



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

Antonia Menghini

CARCERE E COSTITUZIONE

Garanzie, principio rieducativo
e tutela dei diritti dei detenuti

2022



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

39

2022

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

Proprietà letteraria riservata

© *Copyright 2022*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-001-4
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 979-12-5976-485-0 grazie al contributo della Struttura Dipartimentale Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento nell'ambito dell'iniziativa "Dipartimenti di Eccellenza - Legge 232/2016 art. 1 commi da 314 a 338" - MUR

Novembre 2022

Antonia Menghini

CARCERE E COSTITUZIONE

Garanzie, principio rieducativo
e tutela dei diritti dei detenuti

Università degli Studi di Trento 2022

*A mia madre,
ineguagliabile esempio di forza e abnegazione*

Ringraziamenti

Ringrazio il prof. Fornasari per la sollecitudine con cui da sempre mi segue, per il costante confronto ed il tempo prezioso che mi ha dedicato.

Ringrazio il Presidente Pavarin per i preziosi spunti di riflessione e per la contagiosa passione che mette nel suo lavoro.

Ringrazio la dott.ssa Menegoni, che presto discuterà la sua tesi di dottorato e che è stato un piacere seguire per un tratto del suo cammino professionale, per il valido aiuto in fase di revisione finale della bibliografia.

Ringrazio la mia famiglia che non mi fa mai mancare affetto, sostegno e incoraggiamento.

Ringrazio Roberto che è sempre un “porto sicuro” e che sa sempre trovare il modo di starmi vicino.

Ringrazio le mie care amiche Elena, Serena, Sara e Clara, valore aggiunto speciale nella mia vita spesso troppo frenetica.

Tengo infine a ricordare *ratione materiae* il dott. Gerola, che mi ha affiancato in questi anni di mandato quale Garante dei diritti dei detenuti della Provincia Autonoma di Trento, perché ogni piccolo successo in questo difficilissimo campo è sempre un lavoro di squadra. Allo stesso modo un pensiero speciale va a tutti i tirocinanti che si sono succeduti in questi anni all’Ufficio Garante, studenti della Facoltà di Giurisprudenza di Trento che sono andati a comporre quello che io definisco il mio *dream team*. Che il futuro vi sorrida!

INDICE

Pag.

CAPITOLO PRIMO LIBERTÀ PERSONALE E GARANZIE COSTITUZIONALI

<i>1.1. Privazione della libertà personale e legalità della pena in executivis.....</i>	1
<i>1.2. Sui confini del discusso concetto di libertà personale.....</i>	4
<i>1.3. Il carattere inviolabile della libertà personale.....</i>	8
<i>1.3.1. Inviolabilità della libertà personale e afflittività della sanzione penale.....</i>	13
<i>1.4. Libertà personale e garanzie costituzionali.....</i>	18
<i>1.4.1. Riserva di legge.....</i>	18
<i>1.4.2. Riserva di legge e esecuzione penale.....</i>	25
<i>1.4.3. Le norme sull'esecuzione penale e la controversa applicabilità del principio di irretroattività.....</i>	29
<i>1.4.3.1. La legge n. 3/2019 ed il conseguente dibattito.....</i>	45
<i>1.4.3.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020.....</i>	49
<i>1.4.4. Riserva di giurisdizione.....</i>	55
<i>1.5. La tutela della libertà personale del condannato.....</i>	56
<i>1.5.1. Le sanzioni disciplinari quali sanzioni “sostanzialmente penali” incidenti sul residuo di libertà del detenuto.....</i>	64
<i>1.6. La portata delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.</i>	69

CAPITOLO SECONDO IL PRINCIPIO RIEDUCATIVO TRA LEGALITÀ DELLA PENA E DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE

<i>2.1. La giurisdizionalizzazione della fase esecutiva.....</i>	73
--	----

<i>2.2. Legalità vs discrezionalità giudiziale: il necessario scollamento, funzionale all'istanza rieducativa, tra pena minacciata, irrogata ed eseguita</i>	79
<i>2.3. Il giudizio "flessibile" della Magistratura di Sorveglianza in tema di accesso alle misure alternative</i>	90
<i>2.4. Gli automatismi penitenziari: ovvero dove la discrezionalità muore.....</i>	108
<i>2.5. L'incessante opera della Consulta nello smantellamento degli automatismi penitenziari.....</i>	118
<i>2.5.1. Il concorrente interesse del minore.....</i>	124
<i>2.5.2. La non sacrificabilità della finalità rieducativa della pena</i>	131
<i>2.6. Gli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale relative agli automatismi penitenziari</i>	142

CAPITOLO TERZO
RICONOSCIMENTO E TUTELA
DEI DIRITTI DEI DETENUTI

SEZIONE I
LA LUNGA MARCIA VERSO IL RICONOSCIMENTO
E LA TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI

<i>3.1. I rapporti tra i principi affermati nell'art. 27 co. 3 Cost.....</i>	148
<i>3.2. Il rapporto di supremazia speciale e il suo difficile superamento</i>	160
<i>3.3. Il contributo del legislatore: i principi affermati nella legge sull'ordinamento penitenziario</i>	167
<i>3.4. Le diverse classificazioni dei diritti dei detenuti e i limiti alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria</i>	169
<i>3.5. Il contributo della giurisprudenza costituzionale nella determinazione del perimetro delle situazioni giustiziabili e nel riconoscimento di una loro effettiva tutela giurisdizionale</i>	173
<i>3.5.1. La fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 204/1974.....</i>	174
<i>3.5.2. La definizione del perimetro delle posizioni soggettive azionabili di fronte al Giudice dei diritti</i>	177

3.5.3. <i>La giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive</i>	179
3.6. <i>La Magistratura di Sorveglianza quale Garante dei diritti dei detenuti. L'evoluzione dell'art. 69 o.p.</i>	191
3.7. <i>Il panorama pre-Torreggiani: le varie forme di reclamo</i>	195
3.7.1. <i>Il reclamo generico e la chiave di volta impressa dalla sentenza della Consulta n. 26/1999 e dalle Sezioni Unite Gianni</i>	198
3.8. <i>La tutela multilivello</i>	206
3.9. <i>Il contributo della Corte di Strasburgo nella tutela dei diritti dei detenuti</i>	209
3.9.1. <i>Il problema del sovraffollamento carcerario in Italia</i>	214
3.10. <i>La sollecita presa di posizione della Cassazione quanto alla competenza a riconoscere un risarcimento per condizioni detentive disumane o degradanti</i>	220
3.11. <i>La messa in mora dell'Italia</i>	221
3.12. <i>La valorizzazione del dettato dell'art. 69 co. 5 o.p. ed i profili di ineffettività della tutela apprestata dal c.d. reclamo atipico</i>	222
3.13. <i>La proposta del rinvio dell'esecuzione della pena</i>	231

SEZIONE II

GLI ATTUALI RIMEDI PREVENTIVI E COMPENSATIVI

3.14. <i>L'introduzione del rimedio preventivo</i>	239
3.14.1. <i>La definizione del perimetro applicativo del rimedio preventivo</i>	243
3.14.2. <i>L'estensione del rimedio preventivo giurisdizionalizzato anche agli interessi legittimi</i>	252
3.15. <i>Il rimedio compensativo di cui all'art. 35 ter o.p. e la tipologia del ristoro</i>	254
3.15.1. <i>La tesi attualista e l'ineffettività del rimedio</i>	259
3.15.2. <i>Le numerose altre problematiche esegetiche poste dall'art. 35 ter o.p.</i>	262
3.16. <i>L'epilogo della vicenda Torreggiani</i>	268
3.17. <i>Un problema esegetico ancora irrisolto: il c.d. rinvio mobile e lo spazio minimo vitale</i>	269

CAPITOLO QUARTO
I CIRCUITI PENITENZIARI

SEZIONE I
LA FOTOGRAFIA DELL'ESISTENTE

<i>4.1. Trattamento penitenziario e trattamento rieducativo</i>	285
<i>4.2. L'apparente contraddizione tra il principio della parità di trattamento e il principio dell'individualizzazione del trattamento</i>	291
<i>4.3. I criteri di riferimento per la differenziazione degli istituti di pena e per l'assegnazione dei detenuti</i>	292
<i>4.3.1. I criteri oggettivi legati a posizione giuridica, età e sesso .</i>	292
<i>4.3.2. I criteri di cui all'art. 14 co. 3 o.p.</i>	299
<i>4.3.3. Le esigenze di sicurezza quale criterio di riferimento primario del circuito di Alta sicurezza.....</i>	307
<i>4.3.4. La frantumazione dei c.d. rinvii a catena sui criteri per la differenziazione/assegnazione e i limiti alle esigenze di ordine e sicurezza.....</i>	312
<i>4.4. Regimi e circuiti.....</i>	316
<i>4.5. I circuiti penitenziari nella loro ampia accezione e le sezioni ex art. 32 co. 3 reg. esec.</i>	319
<i>4.5.1. Il circuito di Media sicurezza.....</i>	324
<i>4.5.1.1. Il riordino della Media sicurezza: la circolare DAP del luglio 2022</i>	333
<i>4.5.2. Il circuito di Alta sicurezza</i>	335

SEZIONE II
I NUMEROSI PROBLEMI POSTI
DAL CIRCUITO DI ALTA SICUREZZA

<i>4.6. Sicurezza vs trattamento</i>	347
<i>4.7. Riserva di legge.....</i>	355
<i>4.7.1. La discrezionalità senza confini dell'Amministrazione penitenziaria</i>	357
<i>4.7.1.1. Quanto ai presupposti e al procedimento di classificazione in Alta sicurezza</i>	360

4.7.1.2. <i>Quanto ai contenuti del provvedimento di classificazione (rectius: ai contenuti del trattamento) in Alta sicurezza</i>	363
4.7.1.3. <i>Quanto alla durata e all'attivazione dell'iter di declassificazione e ai relativi criteri</i>	367
4.8. <i>Riserva di giurisdizione</i>	370
4.8.1. <i>Tutela avverso l'allocazione in Media sicurezza a custodia chiusa</i>	384
4.8.2. <i>Sezioni 32 co. 1 reg. esec. e possibilità di reclamo</i>	386
4.8.3. <i>La tutela giurisdizionale avverso il provvedimento di trasferimento</i>	388
4.9. <i>Necessità di razionalizzazione del sistema dei circuiti</i>	391
4.10. <i>I regimi speciali di rigore: è davvero piena la garanzia per i diritti dei detenuti?</i>	394
4.10.1. <i>La garanzia giurisdizionale con riferimento al regime del "carcere duro"</i>	402

CAPITOLO QUINTO
PER UN CARCERE DELLA COSTITUZIONE

PARTE I
NORME SCRITTE E REALTÀ DEL CARCERE

5.1. <i>L'enorme distanza tra norma scritta e realtà del carcere</i>	411
5.2. <i>La necessità di una riforma di sistema e la proposta della Commissione Ruotolo</i>	419

PARTE II
GARANZIE COSTITUZIONALI ED ESECUZIONE DELLA PENA

5.3. <i>Umanità della pena e rieducazione</i>	424
5.4. <i>Dignità in senso statico e dignità in senso dinamico</i>	428
5.5. <i>La duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.</i>	431
5.5.1. <i>Sicurezza vs diritti dei detenuti</i>	434
5.6. <i>Garanzie costituzionali e tutela dei diritti: divisione di campo o tutela complementare?</i>	444

<i>5.7. Operatività delle garanzie costituzionali in ambito penitenziario</i>	449
<i>5.8. La recente pronuncia della Consulta n. 32/2020. Riflessioni in chiave critica e propositiva.....</i>	453

PARTE III

PROPORZIONALITÀ E BILANCIAMENTO DI INTERESSI

<i>5.9. Gli spazi di applicazione del principio di proporzionalità in ambito penale.....</i>	458
<i>5.10. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione della pena.....</i>	464
<i>5.11. Il ruolo svolto dal principio di proporzionalità nella tutela dei diritti dei detenuti.....</i>	467
<i>5.11.1. Principio di proporzionalità e previsioni dell'ordinamento penitenziario</i>	468
<i>5.11.2. L'applicazione del principio di proporzionalità nel vaglio della Magistratura di Sorveglianza</i>	471

PARTE IV

LA GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA

<i>5.12. Legalità della pena e principio rieducativo. La necessaria flessibilizzazione della risposta sanzionatoria e la discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza</i>	475
<i>5.13. Incidenza delle vicende esecutive sul giudizio di proporzione sanzionatoria?.....</i>	479
<i>5.14. La riforma Cartabia e le nuove pene sostitutive.....</i>	487
<i>Bibliografia</i>	503

NOTA PER IL LETTORE

Poco dopo la consegna delle bozze del libro alla casa editrice è entrato in vigore il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, con cui il Governo ha inteso apportare significative modifiche alla disciplina relativa ai cc.dd. condannati “ostativi” di prima fascia, di cui ai previgenti commi 1 e 1 *bis* dell’art. 4 *bis* o.p. L’analisi riportata nel testo (in particolare nel secondo capitolo) ha pertanto ad oggetto la normativa, fondata su uno schema presuntivo di carattere assoluto, nella sua previgente formulazione.

La riforma nasce in particolare dall’esigenza di fornire una risposta normativa all’ordinanza n. 97/2021, con cui la Corte costituzionale, accertando, senza però dichiarare, l’incostituzionalità della presunzione assoluta di immanenza dei collegamenti con il consesso criminale in assenza di collaborazione con la giustizia, aveva di fatto messo in mora il legislatore fissando un termine dapprima a maggio 2022, poi prorogato all’8 novembre 2022.

Ad essere incostituzionale, secondo la Consulta, è proprio il carattere assoluto della presunzione su cui poggiava il regime preclusivo di cui all’art. 4 *bis* co. 1 o.p. La Corte costituzionale, infatti, non ha mancato di sottolineare come «la collaborazione con la giustizia non necessariamente *sia* sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non *possa* assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento».

Il legislatore era dunque richiesto di trasformare la presunzione da assoluta in relativa, scardinando l’automatismo che collegava alla mancata collaborazione la presunzione invincibile di immanenza dei collegamenti e dunque di pericolosità sociale, da cui si faceva discendere l’impossibilità di accedere ai benefici richiamati nello stesso art. 4 *bis* o.p.

L’esito della riforma, però, restituisce un quadro ben distante dai moniti della Consulta, che solo formalmente vengono rispettati: la collaborazione infatti perde il suo carattere di *conditio sine qua non* per l’accesso ai benefici, ma la prova richiesta per vincere la presunzione di pericolosità sociale è tale, che molto difficilmente il condannato ostativo di prima fascia potrà accedere ai benefici.

Di più, la riforma, che avrebbe dovuto muoversi nell'ottica della massima valorizzazione del principio rieducativo e del suo corollario della progressione trattamentale, smentisce invece a più riprese questo *imprinting* e amplia di fatto la portata applicativa delle preclusioni rendendo inoperante lo scioglimento del cumulo finora invalso, abolendo la disposizione relativa alla c.d. collaborazione impossibile e costruendo una vera e propria *probatio diabolica*, articolata peraltro in maniera diversa a seconda della tipologia di condannati (da qui la disciplina di cui ai novelli commi 1 *bis* e 1-*bis*.1) che, nel caso di cui al comma 1 *bis*, si trovano a dover allegare elementi specifici tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti – come già richiesto dalla stessa Consulta nella sentenza n. 253/2019 – ma anche tali da escludere collegamenti con il contesto nel quale il reato è stato commesso, oltre a dover provare la revisione critica e la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa, e l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o la sua assoluta impossibilità. Una *probatio* che, inoltre, è la medesima qualsiasi sia il beneficio richiesto, consumandosi in ciò la negazione espressa del principio di progressione trattamentale, quando invece, ad esempio con riferimento alla c.d. revisione critica, si sono da sempre previsti livelli diversi di intensità a seconda delle caratteristiche del beneficio richiesto. Il medesimo ingente aggravio probatorio (con la sola ovvia esclusione del riferimento ai collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva) viene peraltro riservato anche ai condannati per i delitti oggi spostati dal vecchio comma 1 al nuovo comma 1-*bis*.1.

Con specifico riferimento poi all'ergastolo ostativo ed alla concedibilità della liberazione condizionale, non mancano di suscitare condivisibili critiche, nell'ottica del principio rieducativo e di uguaglianza, sia l'aumento del termine per la sua concessione a trent'anni (ed il correlativo aumento a 2/3 della pena per il condannato a pena temporanea), termine questo che appare sproporzionato per eccesso rispetto a quello di 25 anni già indicato come insuperabile dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Vinter c. Regno Unito*, sia l'innalzamento a dieci anni, cui consegue anche un'estensione di durata della libertà vigilata, del termine per l'estinzione della pena.

Tutto ciò si assomma ad una malcelata sfiducia nell'operato della Magistratura di Sorveglianza, richiamata ad un obbligo di motivazione rafforzato, che vede appesantita la propria istruttoria dalla necessità di assumere informazioni dalla Direzione delle strutture di pena, pareri dalla Procura, anche antimafia, e di disporre accertamenti in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali degli istanti, dei loro familiari e delle persone ad essi collegate.

Chiude il quadro una disciplina (peraltro solo parziale) relativa alle norme transitorie che non ha mancato, già in questi giorni di prima vigenza, di creare numerosi interrogativi tra gli operatori, tanto che l'auspicio non può che essere quello che il legislatore vi ponga rimedio in fase di conversione.

Trento, novembre 2022

CAPITOLO PRIMO

LIBERTÀ PERSONALE E GARANZIE COSTITUZIONALI

SOMMARIO: *1.1. Privazione della libertà personale e legalità della pena in executivis. 1.2. Sui confini del discusso concetto di libertà personale. 1.3. Il carattere inviolabile della libertà personale. 1.3.1. Inviolabilità della libertà personale e afflittività della sanzione penale. 1.4. Libertà personale e garanzie costituzionali. 1.4.1. Riserva di legge. 1.4.2. Riserva di legge e esecuzione penale. 1.4.3. Le norme sull'esecuzione penale e la controversa applicabilità del principio di irretroattività. 1.4.3.1. La legge n. 3/2019 ed il conseguente dibattito. 1.4.3.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020. 1.4.4. Riserva di giurisdizione. 1.5. La tutela della libertà personale del condannato. 1.5.1. Le sanzioni disciplinari quali sanzioni "sostanzialmente penali" incidenti sul residuo di libertà del detenuto. 1.6. La portata delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.*

1.1. Privazione della libertà personale e legalità della pena in executivis

In dottrina non si è mancato di sottolineare come, privando il condannato della sua libertà personale, l'ordinamento costituzionale, che indica la finalità rieducativa quale scopo precipuo della sanzione penale, pretenda di rieducare all'esercizio della libertà attraverso la sua negazione¹.

¹ Così T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 287; ID., *Istituti penitenziari*, in *Nov. Digesto It. (Appendice)*, vol. IV, Torino, 1980, 465, il quale sottolinea appunto come sia paradossale pretendere di risocializzare il condannato «educarlo al corretto uso della libertà limitandogliene l'esercizio». Della stessa opinione anche L. STORTONI, *"Libertà" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 31 ss., secondo cui parlare di diritti dei detenuti che non contrastano con la privazione della libertà in carcere è quantomeno contraddittorio. Conforme C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 7. L'acuta osservazione sarebbe a nostro avviso del tutto condivisibile ove l'unico scopo costituzionale della pena fosse quello rieducativo. Pur dovendosi assegnare

Questo è considerato uno dei principali paradossi che contraddistinguono la sanzione della reclusione in carcere. Il paradosso lamentato potrebbe ricomporsi ove si rifletta sul fatto che la stessa istanza rieducativa, anche se intesa in chiave minima quale percorso verso la c.d. legalità esteriore, postula la necessità di un carcere quale luogo di legalità, di rispetto della dignità della persona e dei suoi diritti².

Proprio a questo riguardo, ci proponiamo in questo primo capitolo di indagare il profilo specifico della legalità della pena detentiva con riferimento alle sue modalità esecutive rispetto a quello che attenta dottrina ha individuato come «il volto costituzionale della pena»³. In particolare,

a tale scopo l'assoluta primazia su tutte le altre possibili funzioni della pena, va però osservato come la pena non possa che mantenere un suo ineludibile carattere afflittivo. La stessa Consulta, nella fondamentale sentenza 2 luglio 1990, n. 313, in www.giurcost.org, che pure ha affermato la centralità della finalità rieducativa e la portata assoluta della stessa quale riferimento sia per il legislatore che per i giudici di cognizione e di sorveglianza, su cui torneremo nel terzo capitolo, non ha infatti potuto non riconoscere che «in verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena».

² Cfr. le intramontabili parole di V. Onida in proposito: «Pur con tutte le difficoltà che le situazioni di fatto possono offrire, è essenziale mantenere chiaro – e battersi per attuarlo – il principio per cui il carcere non deve essere luogo di sopraffazione o di degradazione della personalità, ma luogo in cui le persone, rispettate come tali, scontano una pena legalmente inflitta, sono messe in grado di cercare e di percorrere la via del loro riscatto e del loro reingresso nella comunità dei liberi. È necessario, prima di tutto, crederci. La legalità e la cultura della legalità sono una premessa perché ciò possa avvenire». Così V. ONIDA, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, 2002, 11-12, 20. Evoca il celebre sillogismo di Hegel M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, seconda ed., 2014, 25, sostenendo che, per potersi negare il delitto attraverso l'inflizione di una pena, quest'ultima, per poter «riaffermare il diritto», debba essere ad esso conforme.

³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte edu*, Napoli, 2014, 1 ss.; pubblicato anche in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 10 giugno 2014.

è nostra intenzione interrogarci sui margini di operatività della duplice riserva di legge e di giurisdizione prevista dall'art. 13 co. 2 Cost., soprattutto quando a venire in oggetto sia quel residuo di libertà che l'esecuzione della pena in carcere non intacca⁴, e sui suoi rapporti con l'art. 25 co. 2 Cost., dando in particolare conto della recente e fondamentale sentenza della Consulta che ha affermato l'operatività del principio di irretroattività con riferimento alle misure alternative, alla liberazione condizionale e all'istituto di cui all'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p.⁵.

Se le due norme testé evocate possono dunque trovare applicazione, la prima, solo allorché a venire in oggetto sia una restrizione della libertà personale (art. 13) e, la seconda, solo ove questa privazione sia identificabile con una sanzione di carattere penale (art. 25 co. 2 e 3 Cost.), gli ulteriori principi che concorrono a definire il volto costituzionale della pena – principio di umanizzazione, divieto di ogni violenza fisica o morale in danno alle persone comunque private della libertà personale e finalità rieducativa della pena – non fungono da presidio unicamente alla libertà personale ma a tutti i diritti fondamentali riconosciuti alle persone detenute.

Appare di tutta evidenza, infatti, che una pena eseguita in condizioni contrarie al senso di umanità è una pena che «fuoriesce dal perimetro della legalità costituzionale»⁶. Ciò non solo ove si tenga adeguatamente conto del divieto di pene consistenti in un trattamento disumano, ma anche allorché si valorizzi, ex art. 117 co. 1 Cost., il parametro interposto di cui all'art. 3 Cedu, che la Corte alsaziana ha da tempo applicato anche alle condizioni detentive⁷.

⁴ Cfr. C. cost., 28 luglio 1993, n. 349, in *Cass. pen.*, 1994, 2855 ss. con nota di S.F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis ord. penit. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*. Cfr., cap. III, sez. I, par. 3.1, 3.4, 3.5.2 e 3.5.3.

⁵ Negli ultimi anni il concetto di “legalità della pena” è stato utilizzato con specifico riferimento alla questione dell'intangibilità del giudicato. Nella misura in cui una pena sia stata inflitta sulla scorta di una legge dichiarata poi costituzionalmente illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima. Il principio di intangibilità del giudicato è stato quindi considerato recessivo di fronte alla necessità irrinunciabile di eseguire una pena considerata legittima, con conseguente riconoscimento al giudice dell'esecuzione di poteri di rideterminazione della medesima. Cfr., per un breve cenno alla questione, cap. II, par. 2.2, nt. 37.

⁶ Così A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 6.

⁷ Cfr. *infra*, cap. III, sez. I, par. 3.9.

1.2. Sui confini del discusso concetto di libertà personale

La nozione di libertà personale ed il carattere di inviolabilità ad essa riconosciuto dal primo comma dell'art. 13 Cost. hanno alimentato, sia in dottrina che in giurisprudenza, un vivace dibattito sul suo stesso contenuto⁸. Si tratta di un tema che è stato affrontato approfonditamente da esimi costituzionalisti e che in questa sede ci limitiamo a richiamare in quanto funzionale alla ricostruzione che si intende proporre.

Secondo una prima linea interpretativa, che si può ritenere forse anche tutt'oggi maggioritaria, la libertà personale coinciderebbe con la libertà fisica contro arbitrarie misure di carattere coercitivo, c.d. libertà contro gli "arresti"⁹. L'argomento principale di questa impostazione è connesso alla tipizzazione, nel medesimo Titolo I della Parte I («Rapporti civili») della Carta, di ulteriori libertà c.d. negative (domicilio, corrispondenza, etc.), quelle cioè che fondano altrettante pretese di astensione da parte dello Stato¹⁰.

Nella vigenza dello Statuto Albertino, invece, la dottrina, in assenza della previsione delle ulteriori libertà c.d. negative, aveva sviluppato un

⁸ Cfr., per un quadro ricostruttivo delle diverse posizioni: M. RUOTOLO, *Sub art. 13 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 321 ss. Per un quadro completo delle diverse posizioni della giurisprudenza costituzionale, con riferimento alla definizione di libertà personale, cfr. R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 33 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 17; M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, 2-3, 235 ss.

⁹ Cfr. S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, 10; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 29 ss.; G. AMATO, *Sub art. 13 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 1 ss.; A. PACE, (voce) *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 295; ID., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, seconda ed., 1992, 174 ss. Per questa accezione nella giurisprudenza costituzionale, cfr. C. cost., 23 giugno 1956, n. 2; 30 giugno 1960, n. 45; 6 giugno 1973, n. 72; 30 giugno 1964, n. 68, tutte in www.cortecostituzionale.it; 24 aprile 1967, n. 52, in www.giurcost.org; 2 febbraio 1972, n. 13; 24 febbraio 1994, n. 62; 31 maggio 1995, n. 210, tutte in www.giurcost.org; 12 giugno 1996, n. 194, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 191.

concetto lato di libertà personale quale «libertà individuale»¹¹. Questo approccio, teso ad ampliare il concetto di libertà personale oltre gli angusti limiti della libertà c.d. fisica, è stato ripreso e variamente declinato anche successivamente all'entrata in vigore della Costituzione.

Secondo una parte della dottrina, infatti, le garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. si riferirebbero non solo alle limitazioni incidenti sulla libertà fisica del cittadino, ma anche a quelle sulla libertà morale, con estensione dell'oggetto delle restrizioni sia agli atti coercitivi di carattere fisico sia agli obblighi e ai divieti¹². Anche la giurisprudenza costituzionale ha avallato questa tesi, seppur in una risalente sentenza del 1962, riconoscendo tutela anche alla libertà morale nella misura in cui la restrizione imposta comportasse «un totale assoggettamento della persona all'altrui potere»¹³.

È la stessa giurisprudenza costituzionale ad indicare infatti la c.d. «degradazione giuridica» quale indice identificativo di limitazioni incidenti sulla libertà personale aprendo, per questa via, a tesi ancora più ampie¹⁴. Leggiamo ad esempio nella sentenza della Corte costituzionale n. 149/1994 che

¹¹ In argomento, cfr. G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione, e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, 364.

¹² Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111 ss.; G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, II, 40 ss.; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino, seconda ed., 1991; ID., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 200 ss.; A. CERRI, *Libertà, II. Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 5 ss.; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, 1629 ss.; cfr. però ID., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, 363 ss., in cui l'Autore condivideva la tesi dell'accezione restrittiva della libertà personale quale libertà fisica. Più recentemente, per l'approccio che valorizza una lettura dell'art. 13 co. 1 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost.: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 47 ss. e in particolare 51; C. MARTINELLI, *Sub art. 13 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 97.

¹³ Cfr. C. cost., 27 marzo 1962, n. 30, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Sarebbe questo dunque il carattere distintivo rispetto alla libertà di movimento. Cfr. C. cost., 7 dicembre 1994, n. 419, in *Giur. cost.*, 1994, 3702. Cfr., in argomento,

questa Corte ha individuato nella “degradazione giuridica” dell’individuo l’elemento qualificante della restrizione della libertà personale, chiarendo che “per aversi degradazione giuridica [...] occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell’assoggettamento all’altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell’*habeas corpus*” (cit. sent. n. 68 del 1964)¹⁵.

Ciò ha permesso di sviluppare in dottrina una tesi ancor più ampia secondo cui le garanzie proprie dell’art. 13 Cost. si ergerebbero a difesa di tutte le misure limitative della libertà degradanti la dignità sociale¹⁶.

Infine, valorizzando una lettura sistematica dell’art. 13 co. 1 con gli artt. 2 e 3 Cost., secondo un ulteriore e diverso approccio che sembra comunque porsi sulla scia di quelli che propongono un’accezione più ampia del concetto di libertà personale, si giunge a teorizzare, sottolineando la preminenza nell’impianto costituzionale del libero sviluppo della personalità, una «libertà della persona», comprensiva della libertà del corpo e della mente¹⁷, quale unità psico-fisica, «diritto fondamentale», «matrice di ulteriori diritti individuali di identità personale, di integrità psico-fisica e di *privacy*»¹⁸.

A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 80 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 19-20.

¹⁵ Peraltro in linea con la precedente sentenza n. 11/1956, che aveva ritenuto l’istituto dell’ammonizione (disciplinato negli artt. da 164 a 176 del t.u.l.p.s. del 1931) direttamente incidente sulla libertà personale. Conformi le già citate sentenze della C. cost. n. 210/1995, n. 419/1994, n. 68/1964. Da ultimo, nella sentenza 20 aprile 2001, n. 105, si legge seppur con riferimento alla sola coartazione fisica che «la mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere [...] è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale».

¹⁶ Così già C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss.; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 40 ss.; R. NANIA, *La libertà individuale nell’esperienza costituzionale italiana*, cit., 64 ss.

¹⁷ Così anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976, 1040 ss.

¹⁸ Cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11 ss. L’Autore propone più in generale un’interpretazione peculiare dell’art. 2 Cost. che si allontana da quelle tradizionali che ricostruiscono la previsione quale fattispecie aperta o chiusa: l’attributo dell’invulnerabilità andrebbe infatti riferito al principio supremo della libertà-dignità, tanto che solo i diritti definiti inviolabili sarebbero suscetti-

Ove si condivida una ricostruzione ampia del concetto di libertà personale quale «libertà della persona», a rilevare non saranno dunque solo le coercizioni di carattere meramente fisico, ma anche quelle di carattere esclusivamente obbligatorio, incidenti sulla libertà morale della singola persona, e quelle che, più in generale, siano in grado di determinare una lesione della pari dignità sociale.

Una precisazione però è d'obbligo: parte della dottrina, che ha proposto una lettura ampia del concetto di libertà personale valorizzando il carattere dell'inviolabilità, riconosciuto al primo comma dell'art. 13 Cost., alla luce dei principi di personalità e pari dignità sociale di cui agli artt. 2 e 3 Cost., non conclude per la necessaria applicazione delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. in tutti i casi di restrizione della «libertà della persona» in questa lata accezione. Quest'approccio propone cioè una lettura non complessiva della norma, ma isola una certa definizione di libertà personale a partire dal suo carattere inviolabile, senza tradurne le implicazioni sulla valenza applicativa delle garanzie di cui al co. 2, valorizzandone invece la portata sul versante della creazione di “nuovi diritti”¹⁹.

bili di gemmazione di “nuovi diritti”. Il carattere dell'inviolabilità va infatti riconosciuto solo al patrimonio irrettabile della persona umana che fa capo al principio supremo della libertà-dignità: i diritti fondamentali sono perciò sottratti, quantomeno nel loro nucleo essenziale, al potere dell'organo di revisione costituzionale. *Contra* A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007 e in www.costituzionalismo.it, 11 luglio 2016, 1 ss.

¹⁹ Cfr., per una riproposizione della tesi di Modugno, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 52-54; in precedenza, per un rapido cenno, ID., *I diritti dei detenuti*, in E. CHECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 141 ss., in cui afferma che il concetto di libertà della persona «si caratterizza [...] nei termini di una libertà positiva, intesa come autodeterminazione del singolo in tutte le direzioni possibili (civili, etico sociali, economiche, politiche)». L'Autore ritiene che l'utilità della tesi di Modugno sia proprio da rinvenire sul terreno dell'esecuzione penale, laddove un'accezione ampia di libertà personale, non limitata alla libertà fisica ma estesa alla libertà psico-fisica e ispirata al concetto di libertà-dignità, comporta la possibilità di una lettura del principio di umanizzazione della pena di cui all'art. 27 co. 3 prima parte Cost. che vada oltre quanto espresso nella lettera della legge, fino a permettere di affermare il riconoscimento dei diritti fondamentali non incompatibili con lo stato detentivo anche in capo alle persone detenute, che possono essere solo parzialmente limitati e comunque mai fino a comportare il sacrificio del loro c.d. contenuto minimo. Cfr., *infra* in dettaglio, cap. III, sez. I, par. 3.1 e 3.4.

Il concetto di libertà personale rimane peraltro tutt'oggi tema controverso a livello definitorio, non solo per la rilevanza che esso può assumere con riferimento specifico al tema di nostro interesse, ma più in generale. Esso è tornato di grande attualità proprio durante la pandemia da Covid-19, nel cui contesto è stato riproposto l'interrogativo circa la legittimità delle norme limitative imposte al fine di contenere la diffusione del virus²⁰.

1.3. Il carattere inviolabile della libertà personale

La previsione di cui all'art. 13 Cost. si pone in linea di parziale continuità con l'art. 26 co. 2 dello Statuto Albertino in cui già si prevedeva il diritto di ogni cittadino a non essere arrestato «se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive»²¹.

²⁰ Riportiamo la massima della recentissima sentenza della Consulta n. 127 del 26 maggio 2022, relativa ai provvedimenti Covid restrittivi della libertà di movimento, c.d. quarantena obbligatoria, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, co. 6, e 2, co. 3, d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19), conv., con modificazioni, nella l. 14 luglio 2020, n. 74, nella parte in cui non prevede che il provvedimento dell'autorità sanitaria sia convalidato entro 48 ore dal giudice, come stabilisce l'art. 13 Cost. sulla libertà personale, in applicazione della c.d. riserva di giurisdizione: «La quarantena imposta ai malati di Covid-19, così come regolata dalle disposizioni impugnate, è una misura restrittiva di carattere generale, introdotta dalla legge per motivi di sanità, che limita la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), e non quella personale (art. 13). Essa infatti non implica alcun giudizio sulla personalità morale e la dignità sociale della persona risultata positiva, tale da richiedere la valutazione del giudice. Né l'applicazione della misura obbligatoria dell'isolamento, o il suo mantenimento, permette l'uso della coercizione fisica, perché, salve le eventuali conseguenze penali, chi è stato posto in quarantena è in condizione di sottrarsi alla misura senza che sia possibile impedirglielo fisicamente». Non è questa la sede per commentare quanto affermato dalla Corte costituzionale, ma ci sembra evidente che essa si premunisca di scardinare il riferimento all'art. 13 Cost., e all'operatività delle relative garanzie, sia con riferimento alla tesi maggiormente lata, che estende la copertura delle garanzie anche alle limitazioni incidenti sulla libertà morale e sulla dignità sociale dell'individuo, sia rispetto alla tesi restrittiva che ritiene rilevanti le sole misure coercitive di tipo fisico.

²¹ Le origini storiche della previsione si fanno risalire al c.d. *Habeas corpus*, istituto già conosciuto fin dal 1215 dalla Magna Carta di Giovanni senza terra, e cristallizzato da

Una tra le novità più rilevanti che riscontriamo nel testo costituzionale è l'affermazione del carattere inviolabile della libertà personale²². Ciò concorre a collocare la libertà personale, insieme al diritto alla vita e all'integrità fisica, tra i diritti che definiscono il nucleo essenziale dell'individuo. La libertà personale viene dunque considerata «necessaria premessa al godimento effettivo di tutte le altre libertà»²³, «matrice prima di ogni altro diritto»²⁴, «patrimonio irretrattabile della personalità umana»²⁵.

Il passaggio dallo Stato ottocentesco, fondato su una Costituzione ottriatra in quanto oggetto di concessione sovrana, allo Stato costituzionale, con l'ascesa del principio personalista e della dignità della persona che viene posta al centro del progetto costituzionale quale fine supremo dello Stato, comporta anche l'affermazione della preesistenza dei diritti rispetto all'autorità statale, che quindi si autolegittima perché strumentale al godimento dei diritti fondamentali da parte dei cittadini²⁶. Pertanto, non

Carlo II d'Inghilterra nel *Habeas corpus Act* del 1679. Si tratta del diritto riconosciuto a colui che veniva tradotto in vincoli di richiedere al giudice il rilascio di un'ordinanza (*writ*) di c.d. *Habeas corpus* con cui il custode veniva obbligato a tradurre il prigioniero davanti alla Corte – che letteralmente poteva disporre del suo corpo – che decideva poi sulla fondatezza dell'arresto disponendone la conferma o la revoca. In quest'accezione il concetto di libertà personale era riferito esclusivamente alla libertà fisica.

²² Fu l'on. Dossetti a proporre l'inserimento del riferimento al carattere dell'invulnerabilità. Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Segretariato generale della Camera dei deputati, vol. I, Roma, 1970, 343.

²³ Così C. MARTINELLI, *Sub art. 13 Cost.*, cit., 95.

²⁴ Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 189.

²⁵ Cfr. C. cost., 3 luglio 1956, n. 11, in *Giur. cost.*, 1956, 612 ss. In dottrina, cfr. P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, sedicesima ed., 2018, 491, secondo cui il carattere dell'invulnerabilità implica che la Costituzione sia «insuscettibile di emendamenti riduttivi ed essenziali negli articoli che si riferiscono a questi diritti»; F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107.

²⁶ Così A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti invulnerabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss., secondo il quale i diritti di libertà sono fondamentali in quanto non fondati dallo Stato ma fondanti la sua ragion d'essere «quali parametri esterni e oggettivi della sua organizzazione, delimitazione e disciplina funzionale». Sulla funzione di limite al potere statale svolta dai diritti fondamentali in chiave garantista, F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, 2013, 585 ss. Secondo F.

solo il legislatore è tenuto a promulgare leggi che non siano in contrasto con i diritti fondamentali, ma è altresì tenuto a legiferare per garantire detti diritti²⁷.

Nonostante il proclamato carattere dell'inviolabilità, la libertà personale può incontrare delle restrizioni, come l'art. 13 Cost. espressamente ammette. La stessa tecnica del bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti, condotta nel prisma della ragionevolezza e della proporzionalità, adottata dalla Consulta in molte delle sue pronunce, muove dalla premessa necessaria che la garanzia di nessun diritto sia

GAMBINI, *Il principio di dignità*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, vol. I, Torino, 2005, 233, è proprio con riferimento alle norme ben più numerose che fanno riferimento solo implicito al concetto di dignità che va colta la vera portata del valore-principio della dignità della persona nel testo della Costituzione. Fondamentale a questo riguardo l'opera di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1998, 922 ss. e 948 ss.; ID., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016; ID., *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001; e più recentemente ID., *La democrazia attraverso i diritti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2014, 125 ss., secondo cui i diritti fondamentali – che, quali diritti personalissimi, presentano il tratto caratterizzante della indisponibilità, inalienabilità, inviolabilità, intransigibilità – rappresenterebbero il fondamento della dimensione “sostanziale” della democrazia, da cui originerebbe la sottomissione della stessa legge ai vincoli non più solo formali ma anche sostanziali imposti dai principi dei diritti fondamentali espressi in Costituzione. I diritti fondamentali andrebbero quindi ad individuare quella che Ferrajoli definisce «sfera dell'indecidibile»; una sfera dell'indecidibile «che e che non» la quale è sottratta, almeno di principio anche se non sempre di fatto, alla discrezionalità del legislatore. In particolare, nella caratterizzazione che Ferrajoli ne propone, «la sfera dell'indecidibile che», cioè di ciò che è vietato decidere, è determinata dall'insieme dei diritti individuali i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possano lederli; mentre la sfera dell'«indecidibile che non», cioè di ciò che invece risulta obbligatorio decidere, è determinata dall'insieme dei diritti sociali i quali impongono, in quanto aspettative positive, obblighi positivi volti a soddisfarli. Per un commento, G. PINO, *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2014, 57 ss.

²⁷ Solo il Parlamento come organo rappresentativo può dunque disciplinare la materia dei diritti fondamentali, escludendosi recisamente poteri concorrenti dell'esecutivo. In questo contesto anche il principio di legalità dell'azione amministrativa assume caratteri diversi e più stringenti. Cfr., per un approfondimento sul tema, G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 4, 1318 ss. Si rinvia al cap. IV, in cui approfondiremo la materia dei circuiti penitenziari in cui i principi esposti non sembrano trovare adeguata realizzazione.

assoluta, nel senso di prevalere sempre su qualsiasi interesse confliggente, non solo perché è pur sempre necessario garantire (e perciò regolare) l'accesso di tutti al godimento di quel diritto, ma soprattutto perché infinite sono le "rotte di collisione" tra il godimento di quel diritto e il soddisfacimento di altri interessi; non esistono perciò "gerarchie" predefinibili tra gli interessi concorrenti²⁸.

La nostra Costituzione accoglie infatti una «concezione "dignitaria" dei diritti», in virtù della quale «i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata», anche se il nucleo essenziale di ciascuno di essi deve sempre essere garantito²⁹.

L'attributo dell'inviolabilità è stato comunque valorizzato dalla più attenta dottrina: se ne è infatti professata la «tendenziale priorità» che impone di preferirla «nelle ipotesi di dubbio, sia evitandone il sacrificio [...] sia [...] fornendole il più efficiente degli strumenti di tutela fra quanti ne offra di volta in volta l'ordinamento»³⁰ e se ne è fatta derivare la regola del minimo sacrificio possibile³¹. Dal carattere dell'inviolabilità, che come spiegheremo in prosieguo riguarda anche gli altri diritti fondamentali facenti capo ai detenuti, è pertanto possibile dedurre il principio informatore per cui tali diritti non possono essere compressi più di quanto non sia necessario per il perseguimento delle esigenze di ordine e sicurezza (e trattamento) previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario³². Più di recente la Consulta è giunta ad affermare che «nelle

²⁸ Così R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 45 ss.

²⁹ Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 8-9.

³⁰ Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, 323.

³¹ Così M. CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, vol. I, Milano, 1984, 321 e 326; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 117.

³² Così A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, cit., 39-40; V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, in www.treccani.it, 1996, par. 4. Conforme, più recentemente, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzio-*

operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»³³.

Dal quadro brevemente riassunto possiamo quindi dedurre la caratteristica intrinseca della libertà personale a «mantenersi espansa»³⁴, caratteristica questa che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha nel tempo affermato anche con riferimento al soggetto detenuto, sottolineando che:

Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale³⁵.

In particolare, il carattere inviolabile della libertà personale, riferito al soggetto detenuto in esecuzione di pena, sta a significare che l'unica compressione ammissibile della libertà personale e dei diritti a lui riconosciuti è quella funzionale alla stessa esecuzione della pena: vi sono pertanto delle posizioni soggettive che il detenuto conserva in quanto non incompatibili con lo *status* detentivo, tra cui anche un residuo di libertà personale.

Come affermato in dottrina, infatti, l'art. 13 Cost. si interessa di definire i limiti ai pubblici poteri nell'esercizio della loro funzione punitiva

nale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi, Bari, 2018, 90.

³³ Cfr. C. cost., 20 giugno 2013, n. 143, in www.cortecostituzionale.it, su cui M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it. Cfr., in argomento, anche il cap. V, Pt. III, par. 5.10.

³⁴ Così ancora G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 370.

³⁵ Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit. Per l'affermazione di posizioni soggettive in capo ai detenuti, cfr. C. cost., 6 agosto 1979, n. 114, in *Giur. cost.*, 1979, 803 ss. dove si legge «al detenuto deve essere riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità che la pena non intacca». Per un approfondimento delle citate sentenze con riferimento specifico alla tematica del riconoscimento e dell'affermazione dei diritti, cfr. *infra*, cap. III, in generale e sez. I, par. n. 3.5 ss. relativamente all'analisi della giurisprudenza.

«a fronte di una posizione del soggetto che va salvaguardata a prescindere (e nonostante) l'avvenuta condanna a pena detentiva»³⁶.

1.3.1. Inviolabilità della libertà personale e afflittività della sanzione penale

Che sia l'afflittività il tratto caratteristico della sanzione penale, proprio perché la sola nel panorama dei diversi rami dell'ordinamento a poter incidere sulla libertà personale, è dato certamente assodato³⁷. Dal carattere dell'inviolabilità della libertà personale si fa però giustamente discendere non solo il fondamento del principio di sussidiarietà del diritto penale, ma anche quello di *extrema ratio* della stessa pena detentiva³⁸.

³⁶ Così P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 271.

³⁷ Cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, ottava ed., 2021, 15-16, 19-21, in cui si richiama il contenuto necessariamente afflittivo proprio della sanzione penale, quale diretta implicazione della finalità general-preventiva negativa della pena e, prima ancora, di quella retributiva; R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, 10-12 e 23 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, decima ed., 2017, 714 che la definisce il «carattere essenziale e costante dello stesso concetto di pena». La privazione della libertà personale può infatti essere attuale o anche solo potenziale, come accade in caso di irrogazione della pena pecuniaria che, solo in ultima istanza, dopo la sentenza della C. cost., 21 novembre 1979, n. 131, in www.gazzettaufficiale.it, a fronte della violazione delle prescrizioni relative alle sanzioni da conversione delle pene in evase (libertà controllata e lavoro sostitutivo), può essere convertita in pena privativa della libertà personale. Cfr. in argomento, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 3 ss. Sul carattere dell'afflittività proprio della sanzione penale richiama l'attenzione anche G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 2, 246, laddove afferma che «ogni sofferenza intenzionalmente provocata a un essere umano è sempre a rischio di negarne l'inattingibile umanità».

³⁸ Così, recentemente, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 9. Indimenticati sui temi della sussidiarietà, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 477 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XI, Torino, 1973, 7 ss.; ID., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984, 101 ss.; A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1986 (numero monografico della Rivista *Dei delitti e delle pene*, 3/1985), 443 ss.; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, 493 ss.; più recentemente sul rilievo costituzionale del principio di sussidiarietà S. MOCCIA, *Il diritto penale*

Con riferimento specifico al momento esecutivo della pena, tale afflittività non può poi essere indiscriminata: da un lato, in ossequio al principio di umanizzazione della pena, da interpretarsi come limite inferiore invalicabile, presidio della stessa dignità della persona e dunque di quel nocciolo duro di diritti inviolabili che non possono essere negati a nessuno; dall'altro, come vedremo meglio in prosieguo, limitando ulteriori compressioni della libertà personale, comportanti maggiore afflittività, solo ove funzionali a predeterminate esigenze e, comunque, assicurando in questo caso la copertura della duplice riserva di legge e giurisdizione. In quest'ottica, la previsione del principio di umanizzazione della pena funge da baluardo ultimo per la tutela della dignità della persona non solo mettendo al bando tipologie di sanzioni disumane, ma anche segnando, con riferimento specifico alla pena detentiva, il limite inferiore che le esigenze di ordine e sicurezza non possono travalicare³⁹: quello del

tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica, Napoli, 1992, 111 ss.; G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1654 ss. Sulla pena detentiva come *extrema ratio*, cfr. per tutti L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1980, 54, 64; ID., *Riforma penitenziaria o riforma penale? Considerazioni in margine al disegno di legge delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 11, 1333 ss.; R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 185 ss.; F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 530.

³⁹ Si tratta peraltro di un limite di incerta e sfuggente definizione, anche perché il concetto è ovviamente storicamente relativo, come attenta dottrina non ha mancato di sottolineare: «Il divieto di pene inumane unisce ad un'assolutezza ed inderogabilità di principio una relatività di contenuto, che ne rende particolarmente difficile la concretizzazione applicativa». La relatività contenutistica si spiega alla luce del carattere proprio della sanzione penale contraddistinta da «un'ineliminabile componente di inumanità, cioè di sofferenza e di umiliazione volontariamente date». Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 40. La C. cost., 27 maggio 1982, n. 104, in www.giurcost.org, ha precisato che «il trattamento non contrario al senso di umanità deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato per cui un certo tipo di pena viene specificamente comminato», specificando successivamente come un valido riferimento possa rinvenirsi nell'art. 14 *quater* o.p. Così C. cost., 18 ottobre 1996, n. 351, in www.giurcost.org. Cfr. *infra*, cap. III, sez. I, par. 3.5.3. Anche la Corte di Strasburgo, caratterizzata da un approccio casistico, non è stata in grado di fornire un parametro fisso di riferimento. Sulle rilevanti implicazioni di questo profilo con riferimento alla portata applicativa del rimedio compensativo di

contenuto minimo dei diritti fondamentali facenti capo al detenuto che non possono essergli negati⁴⁰.

Va qui richiamata anche la previsione di cui all'art. 13 co. 4 Cost.⁴¹ laddove si impone la punizione di ogni violenza fisica o morale in danno alle persone comunque private della libertà personale, che si pone in funzione "strumentale" rispetto all'affermazione di una pena non disumana⁴². Dalla previsione è altresì possibile inferire che risulta illegittimo

cui all'art. 35 *ter* o.p. che, nel definire il pregiudizio subito dal detenuto, fa riferimento all'art. 3 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, cfr. *infra*, cap. III, sez. II, par. 3.17.

⁴⁰ In generale, sul concetto di nucleo minimo dei diritti fondamentali, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 96, il quale dà conto di tre diverse ricostruzioni: la prima, definita concezione assolutistica, secondo cui il «contenuto essenziale» rappresenta il «nucleo sostanziale» di ogni diritto, «aprioristicamente identificabile» e operante quale «limite assoluto e invalicabile»; la seconda, definita «concezione della proporzionalità del limite», secondo cui il «contenuto essenziale» è un concetto relativo, «nel senso che esprime quello che, in rapporto a una concreta fattispecie, rappresenta un ragionevole equilibrio tra il valore incarnato nel diritto e i suoi limiti immanenti, i quali devono essere mezzi ragionevolmente proporzionati al fine di salvaguardare l'esistenza di altri diritti fondamentali o di beni essenziali della comunità»; la terza, c.d. «concezione dell'essenzialità o necessità del limite», secondo cui il «contenuto essenziale» è ancora una volta un concetto relativo, «ma questa relatività si esprime nel senso che un diritto fondamentale non può essere ristretto se non in base a valori altrettanto primari e attraverso limiti che, rispetto alla tutela di questi valori, sono necessari, indispensabili e non eccessivi». Conforme: F. MODUGNO, (voce) *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, 12.

⁴¹ Trattasi dell'unica norma dell'intera Carta costituzionale che pone espressamente un obbligo di criminalizzazione, peraltro a lungo disatteso. Cfr. A. CAVALIERE, *Le violenze di polizia, l'ideologia securitaria e la forza dello stato costituzionale di diritto*, in www.rivistacriticadeldiritto.it, 5 luglio 2021.

⁴² Così A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 36. La stessa previsione sarebbe poi da leggersi anche in combinato disposto con il principio rieducativo della pena comportando la reiezione di qualsiasi costrizione sia fisica che psichica rispetto al cammino rieducativo. Così G. SERGES, *Il diritto a non subire tortura: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 365 ss. Sul diritto a non subire tortura come «posizione soggettiva legislativamente emersa ad efficacia applicativa semi-sommersa» dopo l'entrata in vigore dell'art. 613 *bis* c.p., cfr. diffusamente S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 221 ss.

qualsiasi tipo di coercizione in grado di annullare l'autonomia psichica di chi la subisce.

Pertanto, come già affermato da autorevole dottrina, umanizzare la pena significa, in negativo, che «la pena non può essere una tortura, un abbruttimento, un trattamento inumano», e, in positivo, che

essa deve rispettare la pari dignità dell'individuo e il suo patrimonio di diritti inviolabili, nonostante i limiti che derivano dalla restrizione della libertà personale e dalle esigenze di organizzazione e di sicurezza della convivenza carceraria⁴³.

Se ne deduce una concezione della sanzione privativa della libertà in carcere cui dovrebbe corrispondere un contenuto predefinito di afflittività che corrisponde a quella che è stata definita «privazione tassativa di diritti», limitata alla libertà di movimento⁴⁴.

Attenta dottrina ha infatti precisato che se la libertà di movimento viene ad essere necessariamente negata, vi sono diritti che permangono o quantomeno dovrebbero permanere intatti, quali il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla salute, alla libertà religiosa, accanto ad altri diritti che vengono invece solo limitati, quali ad esempio la libertà di riunione e di corrispondenza⁴⁵.

Non potrebbe peraltro essere diversamente ove si ponga mente al fatto che il principio di legalità e i suoi corollari dovrebbero trovare applicazione anche con riferimento ai contenuti della sanzione penale, non limitandosi, dal nostro punto di vista, ad un mero riferimento alla priva-

⁴³ Così, letteralmente, G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2012, 2, 194.

⁴⁴ Così V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in ID. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 8; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 6; G. NESPOLI, "Status" detentivo e difesa degli interessi legittimi, in *Giust. pen.*, 1979, 8-9, 321 ss.; S. BELLOMIA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 923.

⁴⁵ Così A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *Indice pen.*, 1973, 19-20. Distingue tra diritti intangibili, che come tali non possono essere intaccati, e diritti "tangibili", D. NOTARO, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 45-46.

zione della libertà personale. Questo concetto – già esso stesso di difficile definizione – non rende evidente come sussista invece in capo al detenuto un residuo di libertà personale che neppure la pena detentiva intacca. Si tenga conto che, nel sistema delineato dalla Costituzione e dalla legge sull'ordinamento penitenziario, qualsiasi afflittività ulteriore rispetto a quella insita nella sentenza di condanna deve necessariamente essere coperta dalla duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost. In questo senso depone anche il combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'art. 1 o.p., i quali, dopo la riforma attuata con d.lgs. 2 ottobre 2018 n. 123, prevedono che ulteriori restrizioni, per quanto concerne i condannati e gli imputati, possano essere imposte unicamente per esigenze di ordine e disciplina/sicurezza e, per quanto concerne i soli imputati, anche per esigenze di ordine processuale e che, comunque, l'ordine e la disciplina siano mantenuti nel rispetto dei diritti dei detenuti.

La previsione della legge sull'ordinamento penitenziario appare del resto in linea con quanto previsto in materia dalle *Mandela Rules*⁴⁶, la cui regola n. 3 prevede che:

La detenzione e le altre misure privative della libertà sono afflittive per il fatto stesso di sottrarre a queste persone la libertà di autodeterminazione attraverso la privazione della libertà personale. Salvo le misure di segregazione giustificate e quelle necessarie per il mantenimento della disciplina, il sistema penitenziario non deve aggravare le sofferenze inerenti a tale situazione⁴⁷.

Il discorso si collega con la previsione della seconda parte dell'art. 27 co. 3 Cost. che si riferisce alla finalità rieducativa della pena. Come avremo modo di vedere, il trattamento rieducativo non può essere imposto al condannato che deve rimanere libero di autodeterminarsi ad intraprendere un simile percorso di reinserimento. È questa l'interpretazione

⁴⁶ Si tratta delle Regole Minime per il trattamento dei detenuti adottate nel 2015 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. *The United Nations Standard Minimum Rules for the treatments of Prisoners*, c.d. *Mandela Rules*, in www.unodc.org.

⁴⁷ La previsione è stata poi replicata, con il medesimo contenuto, anche nelle Regole penitenziarie europee, che oggi alla regola n. 102.2 prevedono che «poiché la privazione della libertà costituisce una punizione in sé, il regime dei condannati non deve aggravare le sofferenze inerenti alla detenzione».

che da ultimo la Consulta ha voluto riconoscere all'espressione «tendere alla rieducazione»⁴⁸.

1.4. Libertà personale e garanzie costituzionali

1.4.1. Riserva di legge

La dottrina è concorde nel riconoscere carattere assoluto alla riserva di legge di cui all'art. 13 co. 2 Cost., ritenendosi ossequiata la riserva solo rispetto alla fonte di rango primario. Da questo principio discende una duplice garanzia per il cittadino, il quale da un lato risulta tutelato da illegittime ingerenze dell'esecutivo, e, dall'altro, vede riconosciuto allo stesso legislatore un potere vincolato sia all'osservanza del principio di tassatività, sia alla necessità di fondare eventuali misure restrittive della libertà personale solo su determinate esigenze, aventi o meno diretto rilievo costituzionale a seconda della tesi che si intenda condividere circa il carattere rinforzato della riserva di legge.

In dottrina è infatti molto acceso il dibattito a questo proposito, anche alla luce del fatto che il legislatore costituente, dopo aver richiamato le ipotesi più ricorrenti di privazione della libertà (detenzione, ispezione, perquisizione personale) – tra cui evidentemente la detenzione risulta essere quella più rilevante, sia che essa venga riferita al solo imputato (carcerazione preventiva), sia che essa venga estesa anche al condannato in esecuzione di pena o di misura di sicurezza⁴⁹ – prevede, a chiusura del sistema, un'ampia clausola che fa riferimento a «qualsiasi altra restrizione della libertà personale», rimettendo dunque allo stesso legislatore la specificazione dei casi in cui sia possibile la limitazione della libertà personale.

Si è parlato a questo proposito di vero e proprio «vuoto di fini»⁵⁰ perché, come è stato giustamente osservato, la Costituzione risulta piuttosto

⁴⁸ Cfr. C. cost., n. 313/1990, cit. Anche su questo punto cfr. *infra*, cap. III, sez. I, par. 3.1.

⁴⁹ Cfr. sul punto, M.L. FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 587 ss., in particolare 594.

⁵⁰ Così L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 23 ss.; ID., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 950.

povera di indicazioni ove si tratta di individuare i fini per cui sia legittimo incidere sulla libertà personale limitandola⁵¹.

Chi riconosce il carattere della riserva rinforzata limita le restrizioni alla libertà personale al solo perseguimento dei fini espressamente previsti dalla Costituzione, nel senso che la portata applicativa delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. si limiterebbe, per quanto di interesse in ambito penale, alle c.d. misure cautelari⁵². Ne deriverebbe un considerevole limite per il legislatore e un ruolo servente dell'art. 13 Cost. rispetto alle specifiche finalità contemplate all'art. 25 Cost. Da questa impostazione si fa discendere l'illegittimità di restrizioni alla libertà personale che non trovino giustificazione nella repressione di specifici reati, come ad esempio accade con le misure di prevenzione⁵³. Ne consegue anche l'impossibilità di invocare, nel settore penale, una «costituzionalizzazione diretta da parte dell'art. 13 dei principi da quest'ultimo espressi»⁵⁴.

Secondo una diversa ricostruzione, il legislatore potrebbe liberamente individuare le diverse ragioni fondanti eventuali limitazioni della libertà personale, purché esse non siano espressamente precluse dal testo

⁵¹ Cfr. V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 6.

⁵² Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., *passim* e in particolare 33, secondo cui gli unici fini per cui sarebbe possibile limitare la libertà personale sono quelli di giustizia penale (art. 25 Cost.), educazione dei minori (art. 30 Cost.) e salute (art. 32 Cost.); P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 111; F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, 70. Ci sembra che, pur nella laconicità di riferimenti quanto ai fini che possano giustificare una limitazione della libertà personale, dal principio di presunzione di innocenza possa ad esempio farsi derivare il divieto di applicazione della custodia cautelare con la finalità di "anticipazione della pena". Così già G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

⁵³ In argomento, cfr. V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1523 ss.; A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, 1 ss., e, più in generale, F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, seconda ed., 2021.

⁵⁴ Così F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale, nel diritto penale*, Padova, 1979, 47. Sottolinea come anche sposando questa chiave ricostruttiva debba comunque apprezzarsi un'indiretta innegabile efficacia dell'art. 13 co. 2 Cost. anche con riferimento al penale sostanziale, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 278.

costituzionale⁵⁵. La stessa giurisprudenza costituzionale, muovendosi in questa direzione, ha individuato, ad esempio, anche la difesa e la sicurezza sociale, oltre all'esigenza di giustizia penale di cui all'art. 25 Cost., tra gli obiettivi perseguibili nel limitare la libertà personale⁵⁶. Da questa tesi discende la legittimità della previsione di misure limitative della libertà personale anche laddove le stesse non trovino giustificazione nella commissione di un reato e la diretta costituzionalizzazione dei principi di tassatività e giurisdizionalità anche in materia penale. Ne discende che le previsioni di cui agli artt. 13 co. 2 e 25 co. 2 presenterebbero un'area di parziale sovrapposizione, potendosi apprezzare un valore aggiunto delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 e 3 Cost. solo con riferimento ai corollari non direttamente contemplati dall'art. 13 co. 2 Cost. (ad esempio l'irretroattività).

Quale che sia l'approccio condiviso, è bene da subito rammentare che l'eventuale compressione della libertà personale dovrebbe comunque essere operata da parte del legislatore nei limiti della necessità e proporzionalità⁵⁷. L'opera di bilanciamento effettuata sarà dunque passibile di vaglio di ragionevolezza e proporzionalità da parte della Consulta⁵⁸.

⁵⁵ Così A. PACE, (voce) *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., 302; ID., *Problematica delle libertà costituzionali, parte speciale*, cit., 190-191, in cui ad esempio individua anche il buon costume e la sicurezza pubblica tra le possibili finalità. Dalla Costituzione sarebbe infatti possibile desumere i casi in cui la libertà personale non può essere limitata. Cfr. per questa tesi, anche A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 219 ss.; A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale (dir. cost.)*, cit., 7 ss.; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 634.

⁵⁶ Così, ad esempio, C. cost., n. 11/1956, cit., C. cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in www.cortecostituzionale.it, con riferimento alle misure di sicurezza; C. cost., 22 luglio 2005, n. 299, in www.giurcost.org, con riferimento alle misure cautelari.

⁵⁷ Cfr. C. cost., 1 febbraio 1982, n. 15; 15 luglio 2004, n. 223, entrambe in www.giurcost.org. In dottrina: E. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione, e individuale*, cit., 368, che pure sostiene la tesi della riserva rinforzata; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 297 ss.; V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 4; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., 299 ss.

⁵⁸ Sulla necessità di un vaglio della Magistratura di Sorveglianza allorché manchi una previsione normativa di riferimento che legittimi e disciplini il potere autoritativo dell'Amministrazione penitenziaria, cfr. cap. IV, sez. II e cap. V, Pt. II e III.

La riserva di legge, evocata all'art. 13 co. 2 Cost., rinvia peraltro alla legge l'individuazione dei «casi» e dei «modi» nei quali la libertà personale può essere limitata.

Il riferimento ai «casi» evoca inequivocabilmente il corollario della tassatività, così come anche la Consulta ha sottolineato in tempi ormai risalenti affermando che «le norme che siano suscettibili di incidere ulteriormente su tali diritti, previste dall'ordinamento penitenziario (che è appunto un tipico ordinamento derogatorio), non possono essere applicate per analogia e vanno interpretate in modo rigorosamente restrittivo»⁵⁹. Il legislatore non potrà dunque limitarsi a definire il tipo di misura limitativa ma dovrà disciplinarne anche i presupposti e le finalità, oltre che «le forme e le procedure strumentali ai provvedimenti»⁶⁰.

Ma, come chiarito, la previsione costituzionale fa riferimento espresso alla necessità che anche «i modi» delle restrizioni della libertà personale siano coperti da riserva di legge, con ciò intendendo sia la necessità che vengano predefinite legislativamente le tipologie delle menzionate restrizioni, sia che ne vengano definiti i contenuti e le modalità attuative. Da ciò sembra potersi dedurre che la riserva di legge porti con sé quantomeno il corollario della determinatezza ove di questo si voglia dare una definizione quale «idoneità di un dato ad essere precisamente conosciuto in sé stesso»⁶¹.

Assumendo quindi che la previsione di cui all'art. 13 co. 2 Cost. non si riferisca unicamente alle misure cautelari ma estenda la sua portata anche alla privazione della libertà personale discendente da un titolo esecutivo di condanna⁶², sembra corretto desumere la necessità che anche

⁵⁹ Così ancora C. cost., n. 349/1993, cit.

⁶⁰ Così V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 5; A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale (dir. cost.)*, cit., 5 ss. Cfr. in argomento, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 189-191, secondo cui è proprio il corollario di tassatività a garantire «contro le eventuali discipline attributive di poteri arbitrari».

⁶¹ «La determinatezza così definita è dunque una caratteristica essenziale del diritto che, quale insieme di proposizioni destinate a regolare l'attività dei consociati, non può non operare se non in quanto conoscibile nei suoi enunciati e nei suoi significati». Così F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 1.

⁶² Il punto peraltro, come abbiamo visto, è tutt'altro che pacifico in dottrina. Per la tesi che limita la portata applicativa dell'art. 13 Cost. alle misure cautelari incidenti sulla libertà personale, L. ELIA, *Libertà personale*, cit., 68. La tesi è stata però sconfessata

le modalità esecutive della pena detentiva debbano «essere disciplinate attraverso una legge determinata e tassativa»⁶³.

Secondo Bricola, il medesimo epilogo interpretativo troverebbe fondamento anche in una certa lettura dell'art. 25 co. 2 Cost., secondo cui l'ampia dizione «nessuno può essere punito» potrebbe essere riferita anche al momento esecutivo della pena. Considerando l'esecuzione della pena come «la pena nel suo momento dinamico», essa potrebbe essere interpretata in senso lato fino a ricomprendere anche il trattamento punitivo inteso nella sua più ampia accezione⁶⁴.

L'Autore da ultimo citato precisava inoltre, rispetto all'effettiva portata delle garanzie, come in realtà a questo riguardo fosse opportuno distinguere a seconda che gli istituti avessero una chiara vocazione special-preventiva, nel qual caso le esigenze di tassatività e determinatezza potevano anche allentarsi alla luce della necessità di un necessario adeguamento della pena ai progressi nel trattamento *medio tempore* maturati dal condannato e dell'apporto tecnico scientifico di figure specializzate, o afferissero invece alle esigenze di ordine e sicurezza, rispetto alle quali la piena realizzazione delle garanzie tornava ad essere centrale⁶⁵.

da chi, ritenendola irrealistica, ha sottolineato come la stessa Consulta abbia nel tempo affermato a più riprese la riferibilità dell'art. 13 Cost. sia alle misure cautelari che alle pene. Così M. CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, vol. I, *Le garanzie fondamentali*, cit., 305.

⁶³ Così F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 232 ss.; più recentemente A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 478 ss. Conforme anche A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 29.

⁶⁴ Così F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, 279, il quale afferma «la formula “Nessuno può essere punito” può essere intesa in senso così ampio da ricomprendere lo stesso “trattamento punitivo”»; ID., *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 298 ss. Cfr. anche G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Digesto Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 323.

⁶⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, cit., 300; ID., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 279 ss. L'autore sottolinea come la perdita di terreno sul versante della legalità, legata alla necessità di valorizzare a pieno l'istanza rieducativa, debba essere compensata dal potenziamento delle garanzie giurisdizionali. Cfr., in argomento, anche A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte*

Quanto al sotto-principio di irretroattività, non possiamo in questa sede che rinviare all'approfondimento che dedicheremo al tema nel paragrafo 1.4.3, limitandoci qui a rammentare come anche questo corollario del principio di legalità appaia funzionale alla tutela della libertà personale: l'inviolabilità della libertà personale è infatti assicurata sia dal divieto di retroattività delle norme di sfavore sia dal principio della retroattività *in bonam partem*⁶⁶.

costituzionale, in *Cass. pen.*, 1994, 866; C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 3, 320-321. In argomento, cfr. anche F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 234, secondo cui la legalità e la determinatezza sarebbero più facilmente attuabili rispetto alle norme relative ad istituti in cui predominano le esigenze di disciplina e sicurezza, anche se questi porrebbero minori esigenze di garanzie rispetto a quelli vocati alla finalità rieducativa ritenuti più direttamente incidenti sulla libertà personale. Per un approfondimento, cfr. cap. II.

⁶⁶ La dottrina maggioritaria concorda nell'individuare fondamento e limite del principio di retroattività di favore nell'art. 3 Cost., che vieta qualsiasi discriminazione tra situazioni uguali. Per questa via si intende infatti assicurare la parità di trattamento tra fatti uguali commessi prima e dopo la novella di favore. Così anche la Consulta, 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4127 ss. con nota di G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*. Secondo la Corte, infatti, il principio di uguaglianza imporrebbe di «equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice». Secondo la dottrina maggioritaria, quindi, la retroattività di favore sarebbe suscettibile di bilanciamento con contrapposti interessi costituzionali. Cfr. in argomento: E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 268. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 139 ss. V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge sopravvenuta più favorevole*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 286.

Sulla portata applicativa della retroattività *in bonam partem*, si sono espresse sia la Corte europea, relativamente all'art. 7 Cedu (sul caso Scoppola n. 2, cfr. *infra*), sia la Corte costituzionale con alcune successive sentenze, affermandone la portata non assoluta. Cfr., in particolare, C. cost., 22 luglio 2011, n. 236, in www.cortecostituzionale.it, con nota di F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1989 ss.; in *Giur. cost.*, 2011, 4, 3021 ss., con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra Cedu e diritto nazionale*; in *Cass. pen.*, 2011, 12, 4152 ss., con nota di A. MARI, *Inapplicabilità dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi pendenti in*

A quest'ultimo proposito, solo recentemente, con sent. n. 32/2020, la Consulta ha affermato l'applicabilità del principio anche alla materia dell'esecuzione penale tutte le volte in cui a venire in oggetto sia una misura incidente sulla libertà personale, come accade in effetti nei casi delle misure alternative, della liberazione condizionale⁶⁷ e del meccanismo di sospensione dell'ordine esecutivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. A questo epilogo interpretativo la Corte costituzionale approda però, e non potrebbe essere altrimenti, facendo riferimento alla previsione di cui all'art. 25 co. 2 Cost., espressamente riferita alla materia penale sostanziale.

Sembra dunque necessario comprendere in quali rapporti si pongano le previsioni costituzionali di cui agli artt. 13 e 25 Cost. rispetto al tema specifico che ci appassiona, risultando di immediata percezione che, visto il nostro interesse per la sanzione penale privativa della libertà, la portata delle previsioni in questo caso, con riferimento al principio di legalità, dovrebbe essere complementare.

Nello specifico, appare tuttora insuperata la nitida ricostruzione offerta da Palazzo in cui si sottolinea che «gli artt. 13 e 25 Cost. sono diverse germinazioni di un unitario principio garantista», il cui reci-

appello o in Cassazione. In argomento, cfr. anche F. VIGANÒ, (voce) *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012 e 2014, in www.treccani.it; F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penali-stiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, 1173 ss.; O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 5 novembre 2012, 12 ss.

Per la tesi che vuole il principio di cui all'art. 2 co. 4 c.p., riconducibile all'art. 25 co. 2 Cost., cfr. A. ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 2, 208-209. Individua invece il fondamento del principio di retroattività favorevole nell'art. 27 co. 3 Cost., ritenendo che, in assenza di operatività di detto principio, la pena non potrebbe svolgere alcuna funzione rieducativa ove il condannato fosse chiamato a rispondere con un trattamento più grave o per un fatto non più previsto come reato, A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 262. Secondo M.L. FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, cit., 599, ove si considerasse l'art. 25 co. 2 Cost. servente rispetto all'art. 13 co. 2 Cost., valorizzando a pieno il carattere dell'invioleabilità della libertà personale, sarebbe possibile sostenere il carattere assoluto e non derogabile anche della retroattività di favore, in quanto funzionale alla tutela della libertà personale.

⁶⁷ Per un'analisi approfondita della sentenza citata, cfr. *infra*, par. 1.4.3.2.

proco ambito applicativo viene definito dai contenuti delle misure per quanto concerne l'art. 13 e dalla natura delle stesse per quanto invece riguarda l'art. 25 Cost.⁶⁸. Se ne dovrebbe dedurre, a nostro modo di vedere, che l'art. 13 Cost. copre un'area più ampia nella misura in cui si riferisce a tutte le misure restrittive della libertà personale, anche di natura diversa da quella sanzionatoria penale, mentre l'art. 25 co. 2 Cost. trova applicazione con riferimento alla materia penale⁶⁹ e, per quanto concerne le sanzioni, anche rispetto a quelle non incidenti sulla libertà personale.

Quanto all'area di residua libertà che, a detta della Corte, la pena non intacca, risulta pertanto necessario reclamare l'operatività della garanzia della duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost., per lo meno fino a che non si deciderà di condividere la tesi che attrae all'area del penale sostanziale anche quegli istituti che, pur afferendo alle "modalità esecutive della pena", si risolvono, a nostro modo di vedere, in un'ulteriore compressione della libertà personale del condannato e in una limitazione dei suoi diritti.

1.4.2. Riserva di legge e esecuzione penale

Nell'ottica del pieno rispetto della riserva di legge, è ora opportuno svolgere qualche considerazione rispetto all'importante scelta, effettuata dal legislatore del 1975, di normare la materia penitenziaria per la prima

⁶⁸ Così. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 208 e anche 238-239.

⁶⁹ La portata applicativa delle garanzie convenzionali di cui all'art. 7 Cedu ha subito una significativa evoluzione ad opera della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: a far data dalla sentenza Corte eur. dir. Uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola n. 2 c. Italia*, ric. n. 10249/03, in www.osservatoriocedu.eu, il principio di irretroattività è stato ritenuto comprensivo anche del principio di retroattività favorevole. Le citate garanzie vengono introiettate nel sistema nostrano per mezzo dell'art. 117 co. 1 Cost., quale parametro interposto, e, per questa via, estese alla materia penale "sostanziale" ricostruita secondo i famosi criteri *Engel*. Nel caso di specie la Corte di Strasburgo ha riconosciuto natura sostanziale alle norme relative alle diminuzioni di pena per il rito abbreviato, stante la loro immediata incidenza quantitativa sulla pena inflitta al condannato. Per un commento: F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 10 aprile 2012. In materia, cfr. anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 90 ss.

volta attraverso una legge in senso formale e non più attraverso dei regolamenti come era accaduto in precedenza.

Si può certamente affermare che, al di là dei contenuti che fanno della l. n. 354/1975 una legge di rottura verticale con il passato, la prima rilevante novità è che essa pone le basi per il superamento dell'impostazione della supremazia speciale, da un lato tracciando un reticolo di norme all'interno del quale l'Amministrazione penitenziaria viene quantomeno parzialmente "costretta", non più *legibus soluta*, ma al contrario, almeno negli intenti, soggetta a sua volta, nel suo operare, al principio di legalità e alla riserva di legge⁷⁰, dall'altro riconoscendo espressamente ai detenuti quei diritti fondamentali che neppure lo stato detentivo può conculcare⁷¹.

Nemmeno in prima approssimazione possiamo peraltro affermare che l'ossequio della riserva di legge in materia penitenziaria, soprattutto con riferimento alla materia dei diritti dei detenuti, sia stato del tutto appagante. Quanto alla perimetrazione delle situazioni azionabili, non possono non sottolinearsi gli evidenti limiti in termini di piena attuazione della riserva di legge con specifico riferimento ai profili della determinatezza e della tassatività. Come attenta dottrina ha ben messo in evidenza, infatti, sia la presenza di formule ambigue – quali «è ammesso...», «è assicurato...», «è consentito...» – sia l'assenza di una perfetta osservanza del principio di legalità, e nello specifico della riserva di legge rispetto alla disciplina dei poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, hanno reso «incerto il confine tra graziosa concessione e diritto inteso come garanzia»⁷².

⁷⁰ Cfr., sul punto, V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 6.

⁷¹ Sottolinea come il passaggio dal Regio Regolamento del 1931 al distinto impianto della l. n. 354/1975 si esprime anche nel riconoscimento al detenuto di una propria soggettività giuridica, venendo presentato come soggetto titolare di diritti, tra gli altri, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 2014, 57-59. Cfr. sul punto, *infra*, cap. III, sez. I, par. 3.2 ss.

⁷² Così letteralmente A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 10; L. STORTONI, "Libertà" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, cit., 43. Parla di annacquamento dei diritti «nella melassa del trattamento» A. GABOARDI, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, cit., 36.

La dottrina non ha inoltre tardato a sottolineare come ancora troppo ampio sia il ricorso al rinvio al regolamento esecutivo che non si limita sempre a specificazioni di ordine tecnico, disciplinando invece, peraltro in maniera quasi mai soddisfacente, alcune materie “sensibili” quanto a ricadute sulla stessa libertà personale e sui diritti dei detenuti⁷³. Esemplificativi i casi della materia disciplinare e dei circuiti penitenziari, nella misura in cui si ritenga di intravedere il loro fondamento normativo nell’art. 32 reg. esec.⁷⁴.

Inoltre, come avremo modo di vedere più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, in alcuni casi la definizione dei presupposti e delle modalità attuative dei poteri autoritativi riconosciuti all’Amministrazione penitenziaria non risulta adeguata se apprezzata nel prisma della determinatezza e della tassatività. È quanto accade in materia di regimi penitenziari speciali o in materia di perquisizioni personali, ove la previsione di cui all’art. 34 o.p. non fornisce alcuna indicazione puntuale dei presupposti – limitandosi ad un generico quanto vago richiamo alle esigenze di sicurezza – dei contenuti e delle modalità e dunque delle forme di questo tipo di attività⁷⁵. Una materia tanto delicata dovrebbe

⁷³ Suscitano particolare perplessità le norme del regolamento esecutivo che impongono bilanciamenti tra interessi contrapposti, comportando ulteriori limitazioni dei diritti dei detenuti, quando invece solo il legislatore può incidere sui diritti costituzionalmente garantiti. Cfr., in tema, G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, cit., 1332 ss.

⁷⁴ Cfr. *Regolamento recante norme sull’Ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, d.P.R. n. 230 del 30 giugno 2000, d’ora in avanti reg. esec. Sul tema dei circuiti penitenziari, cfr. cap. IV. Per ulteriori esemplificazioni, cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 30-31. Peculiare la vicenda relativa alla materia disciplinare dove, per la definizione delle condotte disciplinarmente rilevanti, l’art. 38 o.p. fa espresso riferimento al reg. esec. che le definisce all’art. 77. Sull’attrazione anche della materia disciplinare nell’alveo della c.d. materia penale e sulle implicazioni da ciò derivanti, cfr. anche *infra* in questo capitolo, par. 1.5.1. Sottolinea come la previsione di cui all’art. 83 co. 2 reg. esec., che impone un trattamento sanitario obbligatorio al detenuto che debba essere trasferito, si ponga in aperta frizione con la Costituzione, ed in particolare con la riserva di legge prescritta all’art. 32 co. 2, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 78.

⁷⁵ L’art. 34 o.p. disciplina le perquisizioni personali che vengono decise dalla Amministrazione penitenziaria sia nell’*an* (quando siano ritenute sussistenti le ragioni di sicurezza prescritte) sia nel *quando* (in quanto è lasciato ai regolamenti d’istituto e, in

be essere coperta puntualmente dalla riserva di legge invece di conferire “carta bianca” all’Amministrazione penitenziaria, non potendosi ritenere soddisfacitivo il riferimento al pieno rispetto della personalità⁷⁶.

Possiamo peraltro già qui condividere la perplessità esternata in dottrina rispetto alla pervicacia con cui la giurisprudenza della Corte costituzionale ha nel tempo ribadito l’ascrizione delle citate materie nel novero di quelle non incidenti sul residuo di libertà riconosciuto al detenuto, ritenendole già implicate dallo stato di detenzione⁷⁷.

In altri casi, l’Amministrazione penitenziaria si muove, a nostro modo di vedere, tutt’ora in un “limbo di illegalità”, al di fuori di qualsiasi previsione normativa espressa, ad eccezione dell’autoregolamentazione legata ad un profluvio di circolari⁷⁸, come è avvenuto in passato per le carceri di massima sicurezza e come è oggi per i circuiti penitenziari. Su entrambe le questioni si tornerà *funditus* nel quarto capitolo, avendo eletto proprio la tematica dei circuiti, in particolare di Alta sicurezza, a cartina al tornasole delle criticità evidenziate.

Con riferimento alle modalità afferenti il trattamento individualizzato nonché in materia di benefici, se il principio di giurisdizione risulta sufficientemente rispettato – seppure con le precisazioni di cui si dirà – il principio di determinatezza non sembra invece godere della medesima

loro assenza, agli ordini di servizio delle singole Direzioni, definire i casi in cui è possibile procedere a perquisizione) sia, infine, nel *quomodo*, prevedendo la norma il solo rispetto della personalità, senza alcuna previsione di un intervento da parte dell’autorità giudiziaria.

⁷⁶ Cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 30 ss. e 80 ss. Sulle criticità riscontrate in materia di perquisizioni personali, ineludibilmente incidenti sulla libertà personale, cfr. anche A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 86; F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, 12, 4219 ss.

⁷⁷ Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit.; C. cost., 23 novembre 1993, n. 410, in *Giur. cost.*, 1993, 3406; C. cost., n. 351/1996, cit., in materia di regime del “carcere duro”, e C. cost., 22 novembre 2000, n. 526, *ivi*, in materia di perquisizioni personali. Cfr. cap. III, in particolare sez. I, par. 3.5.3 e cap. IV, sez. II, par. 4.10 ss. In dottrina, cfr. anche A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 80 ss.

⁷⁸ Cfr. C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 29 ss., che parla di «danni collaterali da delegificazione».

salute, riscontrandosi un *vulnus* sia rispetto ai presupposti degli stessi benefici penitenziari, sia più specificatamente con riguardo al trattamento rieducativo di cui all'art. 13 o.p.⁷⁹.

1.4.3. Le norme sull'esecuzione penale e la controversa applicabilità del principio di irretroattività

Da sempre si è distinto sulla scorta della classificazione penale o processuale di una certa norma al fine di individuare la relativa disciplina in punto di successione di leggi nel tempo: principio di irretroattività per la materia penale⁸⁰ e *tempus regit actum* per quella processuale⁸¹. E

⁷⁹ Rispetto alla fisiologica flessibilizzazione del principio di legalità rispetto agli istituti propri dell'esecuzione penale specialmente vocati all'istanza rieducativa, si è sottolineato come essa debba essere compensata da un «potenziamento delle garanzie giurisdizionali» (così F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 281), così come da un «recupero di "certezza scientifica" attraverso la scientificizzazione delle indagini sulla personalità» (così F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 236). In argomento, si rinvia al secondo capitolo in cui l'argomento verrà approfondito nel dettaglio.

⁸⁰ Per un approfondimento sull'art. 2 c.p., cfr. C. PECORELLA, *Sub art. 2 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, quinta ed., 2021, 48 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Sub art. 2 c.p.*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 71 ss.; D. PULITANÒ, G. DODARO, *Sub art. 2 c.p.*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Milano, sesta ed., 2017, 15 ss.; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 243 ss.; L. PICOTTI, *La legge penale*, in F. BRICOLA V. ZAGREBELSKY (dir.), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1996, 1 ss.; M. ROMANO, *Sub art. 2 c.p.*, in ID., *Commentario sistematico del codice penale, Art., 1-84*, vol. I, Milano, 1995, 53 ss. e in particolare 68-70; P. SEVERINO, *Successione delle leggi penali nel tempo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, 1 ss.

⁸¹ Sul principio del *tempus regit actum*, cfr. M. NOBILI, *Sub art. 25, I comma Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 24-26*, cit., 186, il quale ne stigmatizzava già la crisi latente; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, *passim*; M. CHIAVARIO, (voce) *Norma giuridica. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 478 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 27919, Ambrogio, in *Cass. pen.*, 2011, 4159 ss., con nota di P. SPAGNOLO, *Inapplicabilità del nuovo regime cautelare alle misure in corso di esecuzione*. Nella citata sentenza si afferma che «non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale».

siccome la materia dell'esecuzione della pena è sempre stata considerata una "costola" del diritto processuale penale, la dottrina maggioritaria ha sempre ritenuto che l'intera materia ad essa ascritta soggiacesse all'applicazione del principio del *tempus regit actum*⁸². Tale atteggiamento sembra in effetti il frutto dell'impostazione originaria del codice Rocco, che disciplinava l'esecuzione penitenziaria quale semplice appendice del processo penale⁸³.

Il criterio del *tempus regit actum* risponde ad esigenze di razionalità, assicurando primariamente la certezza del diritto attraverso la validità degli atti già compiuti nella vigenza della precedente normativa e temperando adeguatamente anche l'interesse alla ragionevole durata del processo, applicando lo *ius superveniens* agli atti ancora da compiere. La regola, peraltro, è derogabile dal legislatore, in quanto il principio è espressione diretta dell'art. 11 delle preleggi, secondo cui «la legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo», salvo che il legislatore disponga altrimenti.

L'applicazione del principio *tempus regit actum*, quando il riferimento corre ad atti processuali istantanei, finisce per la verità con il coincidere con l'irretroattività della norma di sfavore⁸⁴. Di tutta evidenza, invece,

⁸² Cfr. A. PAGLIARO, (voce) *Legge penale. c) Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1067-1068, secondo cui il principio del *tempus regit actum* regolerebbe l'intera esecuzione penale: «L'espressione "punito in forza di una legge" indica che il testo costituzionale si riferisce solo alle leggi la cui "forza" consiste nel creare reati e comminare sanzioni penali: perciò non anche alle leggi che statuiscono le modalità del procedimento penale». Conforme: C. ESPOSITO, *Irretroattività e "legalità" delle pene nella nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 91 ss.

⁸³ Il sistema delineato era quello di una pena immutabile, in cui l'esecuzione della sentenza di condanna era funzionale a dare attuazione al giudicato. Parla di «area extraprocessuale neutra, indifferente ai diritti del detenuto» E. DINACCI, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1774. L'applicazione del principio del *tempus regit actum* alla materia dell'esecuzione penale sembra essere peraltro funzionale anche alle «esigenze di governo dell'amministrazione carceraria», impedendo di fatto che coesistano regole distinte relativamente ad un medesimo istituto per i diversi condannati a seconda del *tempus commissi delicti*. In questo senso, cfr. V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in www.sistemapenale.it, 23 marzo 2020, 3.

⁸⁴ Da ciò si deduce che, nella misura in cui l'atto abbia già esaurito i suoi effetti nella vigenza della norma precedente e più favorevole, esso non potrà essere revocato.

come il canone intertemporale citato entri in frizione con il principio dell'affidamento⁸⁵ ove la modifica normativa sopravveniente intervenga su atti ancora in corso di adempimento o dagli effetti non ancora esauriti⁸⁶. In questi casi, facendosi applicazione del principio *tempus regit actum*, debbono trovare immediata applicazione le norme *medio tempore* intervenute⁸⁷.

Non a caso, parte della dottrina, già molti lustri fa, aveva sostenuto la tesi dell'estensibilità del principio di irretroattività, in chiave di ampliamento delle garanzie, anche alle norme processuali ed in particolare alle norme sull'esecuzione penale⁸⁸.

⁸⁵ Come noto il principio di affidamento costituisce un'anima del principio di irretroattività, garantendo la prevedibilità della risposta sanzionatoria e la possibilità dunque per il cittadino di autodeterminarsi liberamente nei propri comportamenti conscio però delle possibili conseguenze. La stessa Corte di Strasburgo ha interpretato il principio di cui all'art. 7 Cedu, riconoscendo la necessità che la "legge" presenti i caratteri dell'accessibilità e prevedibilità. Il medesimo principio è stato declinato anche in ambito processuale ex art. 6 Cedu rispetto alle scelte processuali compiute dall'imputato, il quale deve poter confidare nel fatto che eventuali successive modifiche normative di sfavore non gli si ritorcano contro. Per la distinzione di questi due aspetti, cfr. nt. 141.

⁸⁶ Da qui l'avvertita esigenza di estendere l'operatività del principio di irretroattività anche a queste norme. Così F. BRICOLA, *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, cit., 293. Stigmatizza come la norma *superveniens*, andando ad incidere su atti non ancora esauriti, potrebbe incidere su comportamenti precedenti, già E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana. Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1934, 511.

⁸⁷ Nell'ottica di un recupero sul versante delle garanzie, in dottrina si è tentato di dilatare il concetto di *actus*. In particolare, anche senza arrivare ad abbracciare la singola fase processuale, si è fatto riferimento alla scelta di esercitare un potere o di avvalersi di un diritto, essendo tale scelta espressiva della conoscenza del quadro normativo vigente in quel momento da parte di chi l'effettua. Cfr. in argomento: M. CHIAVARIO, (voce) *Norma giuridica. d) Diritto processuale penale*, cit., 480; A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Torino, 2002, 243 ss.

⁸⁸ Così M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 8, 215 ss. L'Autore aveva infatti sostenuto come la stessa dizione dell'art. 25 co. 2 Cost., facendo riferimento all'ampio concetto di «legge», potesse ritenersi comprensiva anche dell'intera materia processuale. Conforme M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987, 113 ss. *Contra*, G. LOZZI, "Favor rei"

Altra parte della dottrina, invece, ritenendo che la diretta applicazione della garanzia di cui all'art. 25 co. 2 Cost. avrebbe implicato la necessità di fare comunque sempre riferimento al momento del *tempus commissi delicti*, nel tentativo di adattare il principio di irretroattività alle peculiarità della materia processuale, ha sviluppato la c.d. teoria dell'affidamento⁸⁹.

Seppur la tesi dell'estensibilità dell'art. 25 co. 2 Cost. all'intera materia processuale sia rimasta del tutto minoritaria, è stata invece maggiormente sostenuta la tesi dell'applicazione parziale delle garanzie quantomeno a quegli istituti di confine tra penale e sostanziale, rispetto ai quali si è evidenziata l'insufficienza dell'approccio formalista nella distinzione tra penale sostanziale e processuale e conseguente applicazione delle garanzie, stigmatizzato da attenta dottrina quale «censurabile strabismo», «irrazionale inversione di ragionamento»⁹⁰.

Di tutta evidenza che l'approccio formalista, che comporta una gestione omologante del problema, non permette di valutare adeguatamente quale sia la natura del singolo istituto, la sua *ratio* e, in ultima istanza, la sua incidenza sulla libertà personale. È questo infatti l'elemento dirimente che solo basterebbe a far propendere per una classificazione in termini sostanziali, con le conseguenti implicazioni quanto ad estensione

e processo penale, cit., Milano, 1968, 167. Cfr. in materia anche P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 11, 63.

⁸⁹ Ciò comporta inevitabilmente di declinare in maniera diversa, a seconda degli istituti che vengono in oggetto, il *tempus* rispetto al quale deve essere apprezzato il legittimo affidamento. Questa la tesi di M. CHIAVARIO, (voce) *Norma giuridica. d) Diritto processuale penale*, cit., 479 ss. La teoria dell'affidamento si risolve nell'ultrattività a tutela del singolo di ogni norma sulla quale egli possa ragionevolmente fare affidamento. Per una critica di questa tesi, cfr. O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, cit., 234 ss., il quale ne critica il carattere soggettivo, mettendo in evidenza come, in caso di riforme di favore successive, essa possa anche risolversi in un *vulnus* per l'imputato.

⁹⁰ Cfr. G. FLORA, *Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività*, in *Discrimen*, 8 giugno 2020, 1 ss. Parla provocatoriamente di disquisizione sul "sesso degli angeli" L. MARAFIOTI, *Deflazione carceraria e tutela giurisdizionale penitenziaria: nuovi propositi e illusioni normative*, in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 5. In argomento, più recentemente, S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le "cose che accadono al di sopra delle parole"*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 1 ss.

delle garanzie, prime tra tutte quelle di cui all'art. 25 co. 2 Cost. ed all'applicazione della disciplina di cui all'art. 2 c.p.⁹¹.

A venire in oggetto, e non a caso, sono stati gli istituti la cui natura penale o processuale è da sempre controversa, tra cui le condizioni di procedibilità, le cause estintive del reato – prima tra tutte la prescrizione – le misure cautelari, le riduzioni di pena per i riti alternativi, solo per fare qualche illustre esempio⁹².

⁹¹ Fa espresso riferimento all'incidenza della norma processuale sulla libertà personale sostenendo che il principio del *tempus regit actum* dovrebbe venire temperato in questi casi dal *favor rei*, M. NOBILI, *Sub art. 25, I comma Cost.*, cit., 186. Si precisa che sussiste evidentemente una differenza tra quanti sostengono l'estensione in materia processuale della garanzia di cui all'art. 25 co. 2 Cost., che contiene in sé solo il principio di irretroattività, e quanti invece si spingono a sostenere la diretta applicabilità in materia processuale della disciplina di cui all'art. 2 c.p., comprensiva dunque anche del principio della retroazione di favore. Per questa tesi, cfr. S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 115 ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi*, cit., 111. Con riferimento specifico alla materia cautelare, cfr. già G. SABATINI, *Successione di leggi processuali penali e "favor rei"*, in *Giust. pen.*, 1957, 8, ove afferma che «in relazione alla custodia preventiva dell'imputato debbano trovare applicazione le disposizioni più favorevoli al reo in base al principio del *favor libertatis*». *Contra* O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, cit., 117 ss., secondo cui l'ultrattività della disciplina antecedente più favorevole non richiederebbe l'applicazione delle garanzie di cui all'art. 2 c.p. o dell'art. 25 Cost., in quanto sarebbe già garantita da una corretta applicazione del canone processuale di immediata efficacia e dal principio di conservazione degli atti precedenti esauriti. Cfr. in argomento anche A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 265.

⁹² Peculiare la vicenda delle misure cautelari, rispetto alle quali la dottrina più sensibile ha da subito avvertito la necessità di estendere le garanzie sostanziali, sia attraverso l'applicazione dell'art. 25 co. 2 Cost. sia attraverso la valorizzazione dell'art. 13 Cost. Cfr., per quest'ultima tesi, M. NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, 9, I, 2138, che sottolinea come l'art. 13 Cost., nell'affermare il carattere inviolabile della libertà personale, non si produca in alcun distinguo tra norme di carattere sostanziale e processuale. Si riferiscono all'art. 13 Cost. per sostenere l'applicabilità della retroazione di favore alle norme processuali in tema di custodia cautelare anche V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 505-506; C.F. GROSSO, *La carcerazione preventiva tra "emergenza" e costituzione*, in *Giust. pen.*, 1983, 531-532. In giurisprudenza, cfr. le fondamentali pronunce Cass. pen., 31 marzo 2011, n. 27919, Ambrogio, cit., che individua il momento di applicazione della misura cautelare quale riferimento cui ancorare il divieto di retroazione di sfavore e Cass. pen., 8 ottobre 2013, n. 48462, Staffetta, entrambe in *www.dejure.it*.

Ma la questione si è da subito posta anche con riferimento alle norme afferenti all'ampia branca del c.d. diritto penitenziario, tra cui si possono ascrivere sia le norme sull'esecuzione penale, di cui al libro X del codice di rito, relative alla gestione del titolo esecutivo, sia le norme di diritto penitenziario in senso stretto di cui alla l. n. 354 del 1975 e del relativo regolamento esecutivo d.P.R. n. 230 del 2000. La natura stessa della materia penitenziaria ne fa un terreno di confine tra il penale e il processuale, in cui convivono istituti che hanno inequivocabilmente un'incidenza sulla qualità e quantità della pena, istituti di carattere più squisitamente processuale e mere disposizioni c.d. organizzative della vita all'interno degli istituti di pena.

Proprio in questo settore, l'estensione delle garanzie relative al principio di legalità⁹³, tra cui anche quella relativa all'irretroattività *in peius*, è apparsa da subito più facile e intuitiva, considerato che l'esecuzione della pena altro non è se non la pena apprezzata nel suo momento dinamico⁹⁴. La tesi sarebbe inoltre supportata, come autorevolmente sostenuto, anche dal riferimento letterale di cui all'art. 25 co. 2 Cost.: la dizione «nessuno può essere punito» potrebbe infatti essere interpretata in senso ampio, tale da ricomprendere lo stesso trattamento punitivo⁹⁵.

⁹³ Cfr. *supra*, par. 1.4.1 quanto alle riflessioni compiute in dottrina in punto di estensione delle garanzie relative al principio di riserva di legge e tassatività. Tra i primi ad avvertire la necessità che la materia dell'esecuzione delle pene fosse integralmente regolata dalla legge, cfr. G. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit.*, 1951, 1024; ID., (voce) *Potestà punitiva*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 807, ove afferma che vanno considerate quali norme sostanziali, nel momento esecutivo, «quelle che regolano il potere punitivo in concreto in sé e per sé considerato (natura, contenuto, limiti delle pene in cui tale potere si concreta, misure alternative e sostitutive di altre pene nella fase esecutiva), i limiti e le condizioni a cui tale potere va soggetto»; V. ONIDA, *Sulla "disapplicazione" dei regolamenti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1968, 1032 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 232 ss., che sostiene l'applicabilità dell'art. 25 co. 2 Cost. all'esecuzione della pena sotto il profilo della riserva di legge e della determinatezza.

⁹⁴ Così F. BRICOLA, *Editoriale*, in *Quest. crim.*, 1977, 3, 334 ss.; ID., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 279. Per il medesimo approccio, con riferimento alla disciplina peggiorativa introdotta dalla l. n. 251/2005, c.d. ex Cirielli, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier, 2006, 1, 63.

⁹⁵ Così F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 279.

Non stupisce dunque che proprio questa materia, ed in particolare gli istituti incidenti sulla libertà personale, siano stati ascritti dalla più sensibile dottrina al terreno del penale sostanziale, con conseguente ricaduta anche sul piano delle garanzie applicabili⁹⁶. Proprio in quanto esse rappresenterebbero «la massima realizzazione dell’impegno costituzionale al trattamento, al recupero del reo» debbono soggiacere «alle garanzie della giurisdizionalità e, prima ancora, della riserva di legge, della tassatività e, quindi, anche della irretroattività delle disposizioni sfavorevoli»⁹⁷.

Per il vero lo stesso legislatore ha mostrato nel tempo una diversa sensibilità rispetto al tema in oggetto.

Peculiare in questo senso la vicenda relativa all’entrata in vigore della legge Gozzini, n. 663/1986, con cui veniva aumentato lo sconto di pena a semestre relativo alla liberazione anticipata che passava da 20 giorni agli attuali 45. In corrispondenza dell’adozione del provvedimento legislativo i due rami del Parlamento espressero posizioni radicalmente diverse

⁹⁶ Così M. NOBILI, *Sub art. 25, I comma Cost.*, cit., 186, secondo cui il principio del *tempus regit actum* dovrebbe trovare un temperamento ispirato al principio del *favor rei* tutte le volte in cui la norma processuale abbia un’incidenza sulla libertà dell’individuo. Cfr. anche F. BRICOLA, *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, cit., 300, secondo cui il principio di irretroattività dovrebbe essere apprezzato con riferimento al momento del fatto rispetto agli istituti in cui l’esigenza di ordine e sicurezza è predominante e a quelli che incidono sull’esecuzione della pena detentiva, quali ad esempio la liberazione condizionale. Cfr. anche ID., *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 280-281, in cui l’Autore precisa che la portata delle garanzie di cui all’art. 25 co. 2 Cost. dovrebbe adattarsi alla finalità rieducativa della pena, prefigurando – ci sembra – quanto farà poi la Consulta cristallizzando il principio di non regressione nel trattamento; ID., *Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss. Più recentemente difende la tesi del necessario vaglio, istituito per istituto, in termini di concreta afflizione sui destinatari, S. FIORE, *Norme dell’ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L’ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le “cose che accadono al di sopra delle parole”*, cit., 5, il quale sostiene come non sia più «rinviabile un radicale cambiamento del tradizionale modo di intendere il ruolo delle norme processuali se riguardate, appunto, non da un punto di vista formale, ma dalla prospettiva che impone di considerare le norme che appartengono al sistema penale, innanzitutto, in funzione del tipo di effetti che producono sul concreto esercizio dei diritti o sulla loro limitazione».

⁹⁷ Così L. PICOTTI, *La legge penale*, cit., 91 ss.

sulla opportunità o meno di una previsione legislativa espressa atta a contingentare gli effetti di favore della nuova disciplina solo *pro futuro*, dandosi per scontato che, in assenza di una espressa norma transitoria, si sarebbe dovuta applicare la disciplina relativa alla successione di leggi nel tempo *ex art. 2*, allora *co. 3 c.p.*⁹⁸.

In chiave garantista, invece, in due occasioni il legislatore ha avvertito la necessità di adottare una norma transitoria per escludere espressamente l'applicazione retroattiva delle norme di sfavore: è quanto è significativamente accaduto con il d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, conv. in l. n. 203/1991, che, oltre ad aver introdotto l'art. 4 *bis* o.p. rispetto alla cui applicabilità non si prevedeva alcuna norma transitoria, con riferimento alla nuova disciplina di sfavore relativa ai limiti di pena maggiorati richiesti per l'accesso ai benefici e alla previsione di cui all'art. 58 *quater* *co. 4* o.p., ha previsto, con l'art. 4, un regime transitorio, vietandone l'applicazione retroattiva, scelta poi replicata anche con riferimento ad una tra le riforme più significative che hanno interessato la materia⁹⁹.

⁹⁸ Ciò appare sorprendente se è vero che si dovrà attendere fino alla recentissima sentenza della C. cost., 11 febbraio 2021, n. 17, in www.cortecostituzionale.it, perché alla liberazione anticipata sia riconosciuta natura sostanziale. Cfr. *infra*, nt. 144. Cfr., in argomento, F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 2, 400 ss.; G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 326. In materia di applicazione del principio di retroattività delle norme di favore anche alla materia penitenziaria, cfr. più recentemente F. MAZZACUVA, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 3, 422 ss.; G. FLORA, *Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività*, cit., 2 ss.

⁹⁹ Cfr. le l. n. 203 del 12 luglio 1991 e n. 279 del 23 dicembre 2002. Con riferimento al primo dei due provvedimenti, introduttivo dell'art. 4 *bis* o.p., cfr. V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 7, che mette bene in evidenza come una scelta di segno diverso avrebbe comportato rilevanti problemi alla libertà di autodeterminazione del cittadino. In materia, cfr. anche B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 3, 131. Per una analisi critica, si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997, 175 ss. L'art. 4 della l. n. 279/2002 così disponeva: «Le disposizioni di cui all'art. 1 non si applicano nei confronti

Non altrettanta sensibilità ha dimostrato il legislatore in occasione dell'approvazione della l. 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex Cirielli*). Con specifico riferimento alla materia dell'esecuzione sono state introdotte tutta una serie di previsioni peggiorative: per i recidivi reiterati (art. 99 co. 4 c.p.) è stata impedita la sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656 co. 5 c.p.*; elevato a 2/3 il limite di pena necessario per l'accesso alla semilibertà (e a 3/4 per i condannati *ex art. 4 bis*); inibita la concessione della detenzione domiciliare c.d. generica *ex art. 47 ter co. 1 bis*; stabiliti ed elevati i limiti di pena per i permessi premio (1/3, la metà e 2/3 a seconda della tipologia di condannati); introdotto il comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater*, che impedisce la (ri)concessione di misure alternative ai recidivi reiterati.

A fronte del mutato quadro normativo, la giurisprudenza di merito si è divisa sostenendo le più disparate tesi: alcuni hanno sostenuto di applicare le nuove preclusioni tutte le volte in cui nel certificato penale apparisse il riferimento alla recidiva reiterata di cui all'art. 99 co. 4 c.p.; altri ritenevano che la recidiva reiterata dovesse riguardare i titoli in attuale esecuzione, e non le precedenti condanne; i più garantisti ritenevano invece che la nuova normativa si applicasse solo a coloro che avessero commesso il reato fondante la recidiva reiterata solo successivamente all'entrata in vigore della legge. Sul punto la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di precisare che «l'istituto della recidiva ha natura mista, e non produce solo effetti sostanziali, per i quali vige il principio di irretroattività, ma anche effetti processuali, come l'ostatività ai benefici penitenziari ed alla sospensione dell'esecuzione»¹⁰⁰.

delle persone detenute o internate per i delitti di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p. ovvero per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico che fruiscono, alla data in vigore della presente legge, delle misure alternative alla detenzione o di permesso premio, o siano assegnati al lavoro all'esterno, ovvero che alla medesima data abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, salvo che sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata». Per un commento alla normativa, si veda: F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (legge 23 dicembre 2002, n. 279, pubblicata in G.U. 300 del 23.12.02)*, in *www.diritto.it*, gennaio 2003.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., 16 novembre 2006, n. 42403, Marziano, in *Cass. pen.*, 2007, 9, 3404.

Di fatto si ripropone qui la *querelle* sulla necessità di individuare un distinguo tra le c.d. modalità esecutive della pena e gli istituti incidenti sulla qualità e quantità della stessa¹⁰¹. Un approccio questo che possiamo definire sostanzialista, certamente molto più vicino a quello della Corte EDU che, attraverso l'elaborazione dei criteri *Engel*, ha scardinato l'approccio formalista favorendo la definizione di un concetto sostanziale di «materia penale» e che, come vedremo, ha ritenuto di operare anche significative puntualizzazioni con riferimento alla materia dell'esecuzione penale, da sempre ritenuta estranea alle garanzie di cui all'art. 7 Cedu.¹⁰²

Nel perimetro delle “modalità esecutive” rientrano tutte le norme che disciplinano la vita in carcere, siano esse riferibili ai colloqui visivi o telefonici, alla corrispondenza, al sopravvitto etc. Anche in questo diverso ambito, laddove le norme peggiorative andassero ad incidere sulle quota di libertà residua e sugli altri diritti fondamentali (tra cui certamente è ascrivibile anche il diritto all'affettività, di cui colloqui telefonici e visivi sono espressione), sarebbe opportuno quello stesso temperamento che la giurisprudenza della Consulta ha elaborato, valorizzando l'art. 27 co. 3 Cost., con riferimento alle modifiche peggiorative relative alla disciplina dell'art. 4 *bis* o.p. che si sono succedute nel tempo: ci riferiamo al c.d. principio di non regressione nel trattamento, da solo in grado di porre un argine alla retroazione di sfavore tutte le volte in cui si tratti di riconoscere sostanzialmente al detenuto un “diritto quesito” frutto di un percorso rieducativo già maturato¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. *infra*, parr. 1.5 e 1.6, il cap. IV, sez. II, 4.10.1 e il cap. V, Pt. II, par. 5.5.1.

¹⁰² La Corte di Strasburgo, ancora nel 2005 e prima ancora nel 2003, aveva infatti negato che le modifiche alla disciplina dell'esecuzione della pena chiamassero in causa le garanzie dell'art. 7 Cedu: cfr. Corte eur. dir. Uomo, 29 novembre 2005, *Uttley c. Regno Unito*, ric. n. 36943/03; Corte eur. dir. Uomo, 10 luglio 2003, *Grava c. Italia*, ric. n. 43522/98. Cfr. anche, in precedenza, Commissione, 3 marzo 1986, *Hogben c. Regno Unito*, ric. n. 11653/85, *Décisions et Rapports* 46. Tutte le sentenze citate sono pubblicate in www.echr.coe.int.

¹⁰³ Cfr., per un approfondimento sul principio di non regressione nel trattamento e per un'analisi delle sentenze della Consulta che ne hanno fatto puntuale applicazione, cap. II, par. 2.5.2. Di tutta evidenza come anche i colloqui contribuiscano al mantenimento dei rapporti familiari, formando parte integrante del trattamento rieducativo come espresso all'art. 15 o.p. Emblematica a questo riguardo la vicenda relativa alle modifiche apportate all'art. 4 *bis* o.p. dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile, n. 38, con cui venivano inseriti tra i reati ostativi, di cui al comma 1, quelli di cui agli artt. 600 *bis*,

Più difficile, come abbiamo visto, è definire il perimetro delle norme incidenti sulla quantità e qualità della pena: è proprio quest'ultimo termine a creare le più rilevanti difficoltà, in quanto suscettibile di essere variamente interpretato, in termini più o meno ampi. La difficoltà risiede nel definire ciò che concorre alla trasformazione *in peius* della detenzione, con un aggravio sul versante dell'afflittività della stessa.

Eppure, volendo ragionare per istituti, risulta di tutta evidenza come alcuni di questi si caratterizzino in maniera inequivocabile sul versante sostanziale, vista la loro incidenza diretta sulla libertà personale. Ne sono un esempio le misure alternative, compresa la liberazione anticipata, della cui natura la dottrina ha spesso dubitato, che però certamente comporta un'incidenza sul *quantum* della pena, risolvendosi in uno sconto di pena¹⁰⁴; la disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p. relativa all'accesso ai benefici per i c.d. reati ostativi e la stessa disciplina dell'art. 656 co. 9 c.p.p., a dispetto della sua collocazione all'interno del codice di rito¹⁰⁵. Una loro modifica peggiorativa, connessa ad un successivo mutamento normativo

600 *ter* co. 1 e 2 e 609 *octies* c.p., con conseguente applicazione *pro futuro* ai condannati per detti titoli di reato del limite di 4 colloqui telefonici al mese e revoca dei colloqui sovra-numerari rispetto a quanto previsto all'art. 37 reg. esec., in assenza di una diversa indicazione nella norma transitoria, per quanti, condannati precedentemente all'entrata in vigore della novella, ne avessero già beneficiato. La norma, infatti, veniva pacificamente considerata di natura processuale con conseguente applicazione del *tempus regit actum*. Nel caso di specie è stata la stessa Amministrazione penitenziaria che, forse conscia delle possibili reazioni ad un'involuzione nel trattamento, ha ritenuto di emanare una circolare interpretativa del precetto normativo in cui si è valorizzato proprio il principio di continuità trattamentale, riconoscendo ai Direttori la possibilità di autorizzare due ulteriori colloqui a quanti già ne beneficiassero prima dell'entrata in vigore della novella. Cfr. Circ. DAP, 3 novembre 2000, n. 3533/5983, in www.giustizia.it. In argomento, cfr. F. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 1, 68 ss.; F. FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 5, 1339 ss.

¹⁰⁴ Così G. TAMBURINO, *Prefazione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, XVIII-XIX.

¹⁰⁵ A più riprese la dottrina si è espressa a favore dell'estensione del principio di irrotrattività sfavorevole con riferimento alla disciplina delle misure alternative. A venire in oggetto è evidente il principio di affidamento circa le modalità di esecuzione della pena che ne uscirebbe irrimediabilmente sacrificato. Cfr. C. PECORELLA, *Sub art. 2 c.p.*, cit., 63-64 ss.; L. PICOTTI, *La legge penale*, cit., 91 ss.

e quindi non ascrivibile a responsabilità del condannato, comporterebbe inevitabilmente un *vulnus* al principio dell'affidamento circa le modalità di esecuzione della pena.

Bisogna poi precisare che anche chi è favorevole ad un'estensione della portata applicativa del principio di irretroattività agli istituti citati discute, alla luce delle peculiarità della materia processuale, circa l'individuazione del momento rilevante cui fare riferimento per la piena affermazione del principio di affidamento.

Chi ritiene di poter attrarre gli istituti citati nell'alveo della materia penale sostanziale non dubita della necessità di vincolare l'affidamento con riferimento al momento del fatto¹⁰⁶; chi, invece, ragiona in termini di temperamento all'applicazione del principio del *tempus regit actum*, è propenso a valorizzare le peculiarità di ogni singolo istituto declinando un sistema che vede l'individuazione di momenti diversi cui ancorare l'affidamento del destinatario delle norme¹⁰⁷.

Con riferimento specifico all'esecuzione penale e più precisamente alle misure alternative, parte della dottrina ha individuato nel momento dell'inizio dell'esecuzione della pena quello in cui apprezzare l'operatività del divieto di irretroattività¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Così F. BRICOLA, *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, cit., 299 ss., per lo meno con riferimento alle norme fondate su esigenze di ordine e sicurezza e a quelle che incidono sull'esecuzione della pena detentiva. Più recentemente: M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, 7-8, V, 324; A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 4, 866 ss.

¹⁰⁷ Cfr. per questa tesi: M. CHIAVARIO, (voce) *Norma giuridica. d) Diritto processuale penale*, cit., 478 ss. Cfr. anche E. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, 424 ss. *Contra* O. MAZZA, *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2007, 439 ss. Solo alla luce dell'incidenza della norma processuale sulla situazione giuridica sottostante è possibile definire il perimetro applicativo delle garanzie intertemporali.

¹⁰⁸ Così F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, cit., 399 ss. Secondo l'Autore, infatti, ancorare l'irretroattività al momento del fatto, con specifico riferimento alla materia dei benefici penitenziari, equivarrebbe a riconoscere all'autore di un reato un'indebita aspettativa a fruire dei benefici allora previsti. Cfr. anche B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 332; M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass.*

Al fine di ricondurre nell'ambito di applicazione dell'art. 25 co. 2 Cost. le disposizioni sulle misure alternative alla detenzione, si è anche proposta una ricostruzione unitaria del sistema sanzionatorio. Secondo questo approccio, la pena sarebbe il frutto del combinato disposto delle norme di parte speciale con quelle sulle misure alternative: la pena irrogata assumerebbe in sé tutte le possibili variabili di flessibilizzazione legate ai presupposti applicativi delle misure alternative, trattandosi in ultima istanza di una condanna a pena alternativa¹⁰⁹.

La giurisprudenza di legittimità ha invece sempre ritenuto che le misure alternative e, più in generale, l'intera materia penitenziaria, afferendo alle modalità di esecuzione della pena detentiva, dovesse ascrivarsi alla materia processuale, con la conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum*, secondo cui «un'eventuale modifica normativa che introduca una più severa disciplina è immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi non esauriti»¹¹⁰.

In particolare le norme relative alle misure alternative, comprese quelle sui presupposti applicativi, non sarebbero ascrivibili al novero di quelle penali sostanziali¹¹¹. Proprio a questo specifico riguardo si sono espresse le Sezioni Unite penali nel 2006 che hanno cristallizzato la preferenza per l'approccio formalista affermando che

pen., 1997, 5, 1265, che sostiene che è con l'avvio del trattamento rieducativo che sorge l'affidamento del singolo; C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 4, 2509-2510.

¹⁰⁹ Cfr., in questo senso, R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, 301 ss.; F. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, cit., 70 ss.

¹¹⁰ Così Cass. pen., 11 novembre 2009, n. 46649, Nazar, in *www.dejure.it*.

¹¹¹ Cfr. Cass. pen., 14 gennaio 1997, n. 172, Dessolis, in *Cass. pen.*, 1997, 3591. La Cassazione ha più volte dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata ex art. 25 co. 2 Cost., relativa alle disposizioni modificative *in peius* dell'art. 4 *bis* o.p. che ne prevedono l'applicazione retroattiva. Cfr. Cass. pen., 15 aprile 1993, n. 1575, Staltari, in *Massimario Cass. pen.*, 1993, 10, 17; Cass. pen., 23 settembre 1994, n. 3834, Rossi, in *Giust. pen.*, 1995, II, 433; Cass. pen., 3 dicembre 2003, n. 8720, Raffio, in *Cass. pen.*, 2005, 594, secondo cui «le norme che attengono all'esecuzione della pena e alle misure a questa alternative, comprese le condizioni per la loro applicazione, non sono annoverabili tra quelle penali sostanziali per le quali sole vale il principio di irretroattività della legge più favorevole e di ultrattività di quella più favorevole».

e disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi – in assenza di specifiche norme transitorie – soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alla disciplina dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25 comma 2 Cost.:

eventuali modifiche peggiorative si applicano pertanto a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa¹¹².

¹¹² Cfr. Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 183. Tale orientamento è stato successivamente confermato con riferimento alla materia dell'affidamento in prova (Cass. pen., 6 giugno 2006, n. 30792, Spada), della detenzione domiciliare (Cass. pen., 22 giugno 2006, n. 31430, Incelli, in *Riv. pen.*, 2007, 6, 681), della semilibertà (Cass. pen., 5 luglio 2006, n. 24767, Borromeo) del regime dell'art. 41 *bis* o.p. (Cass. pen., 18 settembre 2009, n. 41567, Gionta), delle modiche ampliative dei reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. (Cass. pen., 11 novembre 2009, n. 46649, Nazar) e dei benefici penitenziari, quali il permesso premio (Cass. pen., 23 ottobre 2007, n. 40453, Dolce), con riguardo all'introduzione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui alla lett. c) dell'art. 656 co. 9 c.p.p. per effetto della l. n. 251/2005 (Cass., 19 settembre 2006, n. 33062, Carderoli; conforme a Cass. pen., 11 luglio 2006, n. 25113, De Rosa; Cass. pen., 14 luglio 2006, n. 29508/2006, Maggiore); in materia di estensione dell'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione, prevista dall'art. 16 co. 5 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, operata con l'art. 6 co. 1 lett. a) del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. nella l. 21 febbraio 2014, n. 10 (Cass. pen., 11 novembre 2014, n. 52578, Nika); in tema di aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 628 co. 3 *quinquies* c.p., che impedisce, ai sensi degli artt. 4 *bis* o.p. e 656 co. 9 c.p.p., la sospensione dell'esecuzione della pena, anche se la circostanza sia entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto, «avendo essa natura mista in forza della quale non produce solo effetti sostanziali, soggetti, pertanto, al principio di irretroattività, ma anche processuali, come il divieto di concessione di benefici penitenziari» (Cass. pen., 31 gennaio 2018, n. 18496, Terracciano). Cfr., già prima della pronuncia delle Sezioni Unite: Cass. pen., 17 novembre 1999, n. 6297, Brunello, in *Giust. pen.*, 2000, 648 ss., secondo cui «le norme che disciplinano le misure alternative alla detenzione, e quindi anche quelle relative alla detenzione domiciliare, non attengono alla cognizione del reato e all'irrogazione della pena, ma riguardano invece le modalità esecutive della pena stessa. Esse, pertanto, non sono norme penali sostanziali e ad esse non si riferisce il dettato dell'art. 2 c.p., né il principio costituzionale di cui all'art. 25 Cost.».

La stessa Consulta, quasi stesse giocando a palla avvelenata, aveva a più riprese evitato di esprimersi in proposito¹¹³, preferendo, come abbiamo visto, invocare la violazione degli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. e cristallizzare il c.d. principio di non regressione nel trattamento piuttosto che entrare nel merito della questione dell'applicabilità dell'art. 25 co. 2 Cost. (e dei relativi principi espressi nell'art. 2 c.p.) anche alle norme sull'esecuzione penale¹¹⁴. Ogni ulteriore riferimento alla violazione dell'art. 25 co. 2 Cost. risultava opportunamente assorbito dai rilievi accolti o veniva considerato non conferente nel caso di specie, tanto da meritare solo un fugace cenno nella sentenza della Consulta n. 306/1993¹¹⁵.

A fronte di un atteggiamento di chiusura della giurisprudenza di legittimità e di un sostanziale *non liquet* da parte della Corte costituzionale, un contributo significativo è stato fornito dalla Corte di Strasburgo con la fondamentale pronuncia della Corte EDU *Del Río Prada c. Spagna*¹¹⁶.

¹¹³ A riprova di quanto il tema sia controverso, in un'occasione la Corte costituzionale si trovò divisa al suo interno sulla questione e preferì risolvere altrimenti, lasciando impregiudicata la questione dell'applicabilità dell'art. 25 co. 2 Cost. alle norme sull'esecuzione penale. La vicenda è riportata da G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 17 ss., ripresa più recentemente da G. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur. cost.*, 2006, 4, 2722 ss. e da M.V. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 14 maggio 2015, nt. 26.

¹¹⁴ Sottolinea efficacemente come la Consulta abbia «invalidato le applicazioni retroattive più vistose e più gravide di effetti: l'azzeramento retroattivo dei percorsi "rieducativi" già avviati», D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 240.

¹¹⁵ In quell'occasione la Consulta aveva ritenuto che l'assunto relativo all'applicazione del principio di irretroattività anche alle misure che regolano l'esecuzione della pena avrebbe potuto meritare una «seria riflessione» che avrebbe dovuto incentrarsi sul momento rilevante per apprezzare detto divieto di retroazione *in peius*, che potrebbe coincidere con il momento del fatto o con quello del passaggio in giudicato della sentenza o, ancora, con quello dell'inizio dell'esecuzione o di maturazione dei presupposti o, infine, di concessione delle misure alternative. Cfr. C. cost., 7 agosto 1993, n. 306, in www.giurcost.org.

¹¹⁶ Cfr.: Corte eur. dir. Uomo, 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Italia*, ric. n. 42750/09, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 30 ottobre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, *La grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*; E. MACULAN, *Il volto garantista di un principio di legalità flessibile. Considerazioni sulla sentenza "Del Río Prada c. Spagna" della Corte*

Nel caso di specie, la Corte si era interessata di un istituto analogo alla nostra liberazione anticipata e dunque incidente sulla durata della pena da espriare, la c.d. *redención de penas por trabajo*, secondo cui il detenuto poteva vantare uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario (o attività culturali o di studio)¹¹⁷.

Nel caso di specie la Corte ha ritenuto violato l'art. 7 Cedu sotto il profilo dell'affidamento del detenuto rispetto ad un mutamento *in peius* legato ad un'interpretazione giurisprudenziale di sfavore, la c.d. dottrina Parot: la condannata si era vista infatti riconoscere uno sconto di pena sensibilmente inferiore a quello a cui avrebbe avuto diritto prima del cristallizzarsi di questa diversa e più rigorosa interpretazione giurisprudenziale che voleva applicati gli sconti di pena sulle singole condanne e non sulla pena irrogata di anni 30¹¹⁸.

di Strasburgo, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, 98 ss.; E. PROFITI, *La sentenza Del Río Prada e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 684 ss. Cfr. nella dottrina spagnola: A. LÓPEZ CASTILLO, *Sobre la depuración convencional de la 'doctrina Parot' del Tribunal Supremo español ("Del Río Prada contra España")*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 1, 195 ss.; R. ALCÁCER GUIRAO, *La «doctrina Parot» ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n° 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, 43, 933 ss.; J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ J., *La "doctrina Parot" y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, 9, 380 ss. Il caso riguardava una condanna per 23 omicidi, detenzione illegale di armi, e diversi tentati omicidi con pene che sommate aritmeticamente ammontavano a più di 3.000 anni di reclusione. Nel caso di specie, però, la pena veniva fissata in anni 30 di reclusione, in applicazione dell'art. 70 co. 2 del c.p. spagnolo del 1973. In materia di mutamento giurisprudenziale sfavorevole in ambito penitenziario, cfr. C. CONTE, *Diritto alla progressività trattamentale e legittime aspettative in materia penitenziaria*, in *Giur. pen. web*, 12 luglio 2018. Il principio espresso è stato poi confermato nella successiva pronuncia della Corte eur. dir. Uomo, 23 ottobre 2018, *Arrozpide Sarasola e altri c. Spagna*, ric. n. 6510/16 e altri, in www.echr.coe.int, relativa al mancato computo della pena eseguita in Francia dal tetto massimo dei 30 anni.

¹¹⁷ L'istituto, previsto nel codice penale del 1973, era stato successivamente abrogato con l'entrata in vigore del nuovo codice penale del 1995, rimanendo peraltro applicabile, grazie ad una previsione transitoria, a coloro che erano stati condannati nella vigenza del precedente codice penale.

¹¹⁸ Conseguentemente la Corte di Strasburgo ha affermato anche la violazione dell'art. 5 Cedu ritenendo che la detenzione, a far data dal momento in cui Ines Del Río

Sebbene a detta della Corte di Strasburgo la materia dell'esecuzione penale risulti estranea, per regola generale, al concetto di «materia penale» e dunque non sia assoggettabile al principio di irretroattività di cui all'art. 7 Cedu, lo è nel caso di specie in cui l'istituto della *redención de pena* incide sulla concreta misura della stessa¹¹⁹. In questa importante pronuncia si precisa quindi che il termine «inflitta», cui fa riferimento l'art. 7 Cedu, vada interpretato in senso comprensivo di tutte le modifiche che possono intervenire anche successivamente alla condanna e in corso di esecuzione: nella misura in cui le stesse comportino una ridefinizione o una modifica della portata della pena, si dovrà applicare il divieto di retroattività di cui all'art. 7 Cedu¹²⁰.

1.4.3.1. La legge n. 3/2019 ed il conseguente dibattito

Come noto, il problema della natura delle norme sull'esecuzione penale è tornato a riproporsi con prepotenza all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019, che ha inserito nel novero dei reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. le fattispecie più gravi dei reati contro la Pubblica Amministrazione, scatenando un vivace dibattito in accademia e nelle aule dei tribunali¹²¹.

Prada era stata trattenuta in carcere sulla base del nuovo metodo di calcolo imposto dalla Dottrina Parot, fosse illegittima.

¹¹⁹ Così si esprime la Corte di Strasburgo: «90. In order to determine whether a measure taken during the execution of a sentence concerns only the manner of execution of the sentence or, on the contrary, affects its scope, the Court must examine in each case what the “penalty” imposed actually entailed under the domestic law in force at the material time or, in other words, what its intrinsic nature was. » [] «109. ... the recourse in the present case to the new approach to the application of remissions of sentence for work done in detention introduced by the “Parot doctrine” cannot be regarded as a measure relating solely to the execution of the penalty imposed on the applicant as the Government have argued. This measure taken by the court that convicted the applicant also led to the redefinition of the scope of the “penalty” imposed».

¹²⁰ Cfr. art. 7 co. 1 Cedu: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

¹²¹ La dottrina ha espresso unanimemente feroci critiche. Cfr. in argomento T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 3, 1 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la*

Per il vero, se ripercorriamo l'evoluzione storica dell'art. 4 *bis* o.p., e la progressiva implementazione dei reati ostativi intervenuta negli anni attraverso diversi provvedimenti normativi, peraltro non sempre ispirata ad un perfetto ossequio del canone della razionalità e proporzionalità¹²², non si erano mai registrate simili “levate di scudi” rispetto all’inserimento di altre tipologie di reati tra quelli ostativi. Probabilmente, siccome a pensar male spesso ci si indovina, la questione sembra essere tornata al centro del dibattito proprio perché questa volta nel mirino dell'art. 4 *bis* o.p. sono entrati i c.d. colletti bianchi¹²³.

La legge n. 3/2019 è in effetti quella che attenta dottrina ha definito «un prodotto perfettamente rappresentativo della degenerazione populista delle politiche penali recenti»¹²⁴, espressiva peraltro della tendenza ad associare ad una recrudescenza del trattamento sanzionatorio anche un inasprimento di quello penitenziario¹²⁵. Sotto questo specifico aspetto, infatti, all’inserimento tra i delitti c.d. ostativi di cui al primo comma dell'art. 4 *bis* o.p., corrisponde per il condannato una duplice ricaduta negativa: da un lato, infatti, diventa inapplicabile il meccanismo di cui

p.a.: profili di illegittimità costituzionale, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 105 ss.; S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le “cose che accadono al di sopra delle parole”*, cit., 1 ss.; V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti” ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 231 ss.

¹²² Cfr. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, cit., 235 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 105 ss.

¹²³ Così G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 26 marzo 2019.

¹²⁴ Così, S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le “cose che accadono al di sopra delle parole”*, cit., 1.

¹²⁵ Così E. DINACCI, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, cit., 1773. Avverte come a fronte del progressivo irrigidimento della dimensione esecutiva, le garanzie debbano necessariamente fungere da baluardi che impediscano alle istanze punitive di prevalere sui contrapposti diritti di libertà, S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le “cose che accadono al di sopra delle parole”*, cit., 9.

all'art. 656 co. 5 c.p.p. che prevede la sospensione dell'ordine di esecuzione, con conseguente necessario immediato ingresso in carcere, dall'altro scatta la ben più gravosa disciplina di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. per l'accesso ai benefici ivi indicati¹²⁶.

Se da un lato, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019, alcune Procure si erano espresse riconoscendo natura processuale alle norme citate e facendo conseguentemente applicazione del principio *tempus regit actum* per l'individuazione del passaggio in giudicato della sentenza quale spartiacque per l'applicazione della nuova normativa¹²⁷, vi sono stati anche taluni coraggiosi provvedimenti di segno

¹²⁶ Dall'applicazione della disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p. non discende solo la necessità di dare prova della collaborazione per accedere ai benefici, ma anche tutta una serie di ulteriori limitazioni: preclusione assoluta di accesso alle ipotesi di detenzione di cui ai commi 01 e 1 *bis* dell'art. 47 *ter* o.p. (detenzione domiciliare dell'ultrasettantenne e detenzione domiciliare c.d. generica); peggioramento dei termini richiesti per accedere alle misure della semilibertà, al lavoro all'esterno ed ai permessi premio; una disciplina più rigorosa in ipotesi di revoca della misura (cfr. art. 58 *quater* co. 5 o.p.). Ha parlato di volontà di riconoscere un assaggio di carcere ai colletti bianchi, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., 282.

¹²⁷ Cfr. la *Direttiva orientativa della Procura generale della Repubblica di Reggio Calabria*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2019. Dello stesso parere anche la Corte di Appello di Catania, in funzione di giudice dell'esecuzione, che il 22 marzo 2019 ha sostenuto che è nel momento del passaggio in giudicato che «si apre il rapporto processuale di esecuzione e si cristallizza il contesto normativo che definisce le modalità di esecuzione della pena» ed è rispetto a questo momento che va apprezzato l'affidamento del condannato. La questione è tanto dibattuta che la stessa Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Catania ha provveduto ad impugnare, con provvedimento di data 28 marzo 2019, sostenendo come non sia il passaggio in giudicato della sentenza a segnare l'inizio dell'esecuzione, ma, semmai, l'ordine di esecuzione. A detta di tale ufficio requirente, facendosi applicazione del principio del *tempus regit actum*, lo spartiacque per verificare l'applicabilità o meno della norma sopravvenuta di sfavore coincide con la c.d. "situazione esecutiva esaurita". Entrambi i provvedimenti sono pubblicati in www.giurisprudenzapenale.it. Cfr. anche Trib. Napoli, Sez. VII, 28 febbraio 2019, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 14 marzo 2019, con nota di L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. Legge Spazzacorrotti*, che, facendo applicazione della tesi processualistica, ha ritenuto che «proprio in applicazione del principio del *tempus regit actum*, le successive modifiche di legge non possono interferire con i provvedimenti di

diverso¹²⁸. Tra questi si segnala un'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Como del 8 marzo 2019 che, in sede di incidente di esecuzione, aveva optato per un'interpretazione convenzionalmente conforme, ritenendo di dover applicare la norma previgente, in quanto «quelle che vengono considerate norme processuali ... sono in realtà norme che incidono sostanzialmente sulla natura afflittiva della pena»¹²⁹.

Altrettanto significativa una pronuncia della prima sezione della Corte di cassazione che, valorizzando la giurisprudenza della Corte EDU nel caso *Del Río Prada c. Spagna*, in cui si è affermato che il principio della prevedibilità della sanzione penale, previsto all'art. 7 Cedu¹³⁰, deve essere inteso non solo con riferimento alla pena irrogata ma anche alla sua concreta esecuzione¹³¹, ha ritenuto non manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo cui

l'aver il legislatore cambiato *in itinere* le “carte in tavola” senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 Cedu e, quindi, con l'art. 117 Cost. là dove si traduce, per il ricorrente, nel passaggio – a “sorpresa” e dunque non prevedibile – da una sanzione “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione¹³².

esecuzione con sospensione già emessi», in quanto gli effetti dell'atto in discussione si sono esauriti con la sospensione medesima.

¹²⁸ Le prime pronunce di merito, anche quelle che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, concernevano a ben vedere il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 c.p.p., precluso oggi per i reati contro la Pubblica Amministrazione ai sensi del co. 9 lett. a). Cfr., quali ordinanze di rimessione alla Consulta: Corte App. Lecce, 4 aprile 2019 e G.i.p. Trib. Napoli, 2 aprile 2019, su cui cfr. G.L. GATTA, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p. ai reati contro la p.a.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*, cit. Tutti i provvedimenti citati sono pubblicati su <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>.

¹²⁹ Cfr. G.i.p. Trib. Como, 8 marzo 2019, in www.giurisprudenzapenale.it. A questo ne sono seguite altre, tra cui Corte App. Reggio Calabria, 10 aprile 2019, in *Giur. pen. web*, 13 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019, in www.dejure.it.

¹³⁰ Rileva, rispetto a quanto previsto all'art. 7 Cedu, in particolare il secondo periodo in cui si prevede che «... non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

¹³¹ Cfr.: Corte eur. dir. Uomo, 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna*, cit.

¹³² Cfr. Cass. pen., 14 marzo 2019, n. 12541, Ferraresi, in *Guida dir.*, 2019, 16, 62.

1.4.3.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020

La Consulta, con una sentenza interpretativa di accoglimento, dunque valida *erga omnes*¹³³, si è espressa a fronte di ben 11 ordinanze che ponevano altrettante questioni di legittimità costituzionale opportunamente riunite¹³⁴. La pronuncia è stata giustamente ritenuta epocale¹³⁵, probabilmente la più importante sentenza in materia di esecuzione della pena, unitamente alla n. 253/2019 sull'art. 4 *bis* o.p., cui anche dedicheremo un commento nel secondo capitolo.

Seppur rivoluzionaria rispetto all'assetto consolidatosi nel tempo nella giurisprudenza di legittimità, la pronuncia non può considerarsi un "fulmine a ciel sereno", ponendosi in realtà nel solco di quanto già af-

¹³³ La scelta, che è stata definita «inusuale» da I. GIUGNI, *La differenza tra "dentro" e fuori" il carcere è radicale*, in www.diritticomparati.it, 11 marzo 2020 e «singolare» da A. APOLLONIO, *I guardiani della legge: le ragioni dell'intervento della Consulta sulla "spazzacorrotti"*, in www.giustiziansieme.it, è stata invece salutata con favore da chi ha sottolineato come, nell'ottica del diritto vivente, una interpretativa di rigetto sarebbe stata del tutto velleitaria. Così A. PUGIOTTO, *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili di interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quad. cost.*, 2020, 2, 397-398.

¹³⁴ Per un commento di alcune tra le ordinanze di remissione, cfr. L. BARON, *"Spazzacorrotti", art. 4-bis ord. penit. e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 153 ss. Per un commento all'ordinanza di remissione del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, cfr. A. MENGHINI, *Norme sull'esecuzione penale tra esigenze di garanzie e principio di affidamento*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1635. Cfr. Trib. Sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1188/19, in www.giurispudenzapenale.it.

¹³⁵ Cfr. C. cost., n. 32/2020, cit. Per un commento, cfr. V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, cit.*; R. DE VITO, *Corte costituzionale e "Spazzacorrotti": cronaca di una rivoluzione (non) annunciata*, in www.questionegiustizia.it, 13 febbraio 2020; E. DINACCI, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, cit., 1773 ss.; D. NOTARO, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, 985 ss.; G.L. GATTA, *Articolo 4 bis o.p. e legge "spazzacorrotti": possibile dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in www.sistemapenale.it, 17 febbraio 2020; A. GARGANI, *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, in *Giur. cost.*, 2020, 1, 263 ss.

fermato dalla Corte di Strasburgo nelle citate sentenze *Scoppola n. 2* e *Del Rio Prada* e della sua stessa più recente giurisprudenza tesa a riconoscere, attraverso un approccio sostanziale, figlio della giurisprudenza europea, natura penale anche a sanzioni formalmente amministrative ma di natura punitiva e a talune forme speciali di confisca¹³⁶.

Tutte le ordinanze di rimessione, ritenuta impraticabile un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme¹³⁷, si fondavano sul comune presupposto, frutto del diritto vivente, dell'applicazione delle norme sopravvenute di sfavore ai fatti pregressi, ritenendolo in contrasto con molteplici parametri costituzionali tra cui *in primis* l'art. 25 co. 2 Cost. e l'art. 117 co. 1 in combinato disposto con l'art. 7 Cedu, ma anche gli artt. 24 co. 2, 3 e 27 co. 3 Cost.

La Consulta non rinuncia a ribadire l'operatività generale del principio del *tempus regit actum* in materia di esecuzione penale; pone però una significativa eccezione allorquando

¹³⁶ Cfr. ad esempio, C. cost., 4 giugno 2010, n. 196; 5 dicembre 2018, n. 223; 21 marzo 2019, n. 63, tutte pubblicate in www.cortecostituzionale.it. Per un approfondimento dei noti criteri *Engel* e della giurisprudenza citata, si rinvia ai fondamentali lavori di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017 e L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018. Nel caso di specie, però, è bene precisare che a venire in oggetto non è la natura della sanzione, trattandosi di esecuzione di una pena detentiva. Si tratta piuttosto di riconoscere la valenza affittiva di alcune norme relative all'esecuzione penale in quanto incidenti sulla libertà personale del condannato. Cfr., in questo senso, S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le "cose che accadono al di sopra delle parole"*, cit., 10 e in particolare 21 ss. La pronuncia risulta particolarmente significativa anche per gli interessanti riferimenti comparatistici che vengono evocati a suffragio della decisione, quale canone ermeneutico che permette di rileggere la portata applicativa del principio di irretroattività, come la disciplina statunitense che estende la regola del divieto *ex post facto law* anche alla materia dell'esecuzione penale e la previsione di cui all'art. 112-2 del Codice penale francese del 1992 che eccettua dalla regola del *tempus regit actum*, altrimenti applicabile in materia di esecuzione penale, i casi in cui le disposizioni rendano maggiormente severe le pene inflitte con la sentenza di condanna.

¹³⁷ Distingue tra accezione rigida del "diritto vivente" e accezione flessibile dello stesso, D. NOTARO, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, cit., 987, il quale mette in evidenza come, nel sollevare questione di legittimità costituzionale, i giudici *a quo* abbiano condiviso un'accezione rigida del diritto vivente.

la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato. In tal caso, infatti, la successione normativa determina, a ogni effetto pratico, l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto.

In questo caso, infatti, come sottolinea la Consulta, torna attuale la duplice *ratio* del principio di irretroattività individuata nella necessità di garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrebbe trasgredendo il precetto penale e di porre un limite al potere legislativo di aggravare *ex post* il trattamento sanzionatorio previsto per il reato.

Ed è qui che la Corte costituzionale innesta il distinguo qualitativo tra pena da eseguirsi dentro e fuori dal carcere: da un lato le misure alternative, la liberazione condizionale, ma anche il meccanismo tutto processuale di cui all'art. 656 c.p.p., dall'altra i c.d. benefici penitenziari.

Con riferimento specifico alle misure alternative, la Consulta precisa, rievocando precedenti arresti, che si tratta di

“misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena [...] e che per ciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto” (sentenza n. 349 del 1993), finendo anzi per costituire delle vere e proprie “pene” alternative alla detenzione (ordinanza n. 327 del 1989).

Quanto invece al meccanismo di cui all'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p. si tratta – a detta della Consulta – di una norma che incide direttamente sulla quantità e qualità della pena in concreto applicabile, non rilevando la sua collocazione topografica ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile.

Per permessi premio e lavoro all'esterno, invece,

per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, non pare a questa Corte che modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi determinino una trasformazione della natura della pena da eseguire,

rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, si da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola.

I destinatari di tali benefici rimangono detenuti a tutti gli effetti e dunque rimane attuale in questo caso l'esigenza organizzativa, rappresentata dalla Consulta, di evitare disparità di trattamento all'interno di un medesimo istituto di pena. Pertanto, la Corte ritiene di richiamare la sua precedente giurisprudenza relativa al principio di non regressione nel trattamento, ch  disconoscere il percorso rieducativo effettivamente compiuto dal condannato ove lo stesso abbia gi  raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio, risulterebbe in spregio sia all'art. 27 co. 3 che all'art. 3 Cost.¹³⁸.

Pur rimandando talune considerazioni sulla pronuncia al capitolo finale del presente lavoro, non possiamo non anticipare come l'approccio sostanzialista, condiviso dalla Consulta, abbia portato in ultima istanza ad attrarre sotto l'ombrello della garanzia del principio di irretroattivit  tutti quegli istituti che, pur formalmente ascrivibili al novero della materia dell'esecuzione penale o pi  squisitamente processuale, siano in grado di incidere sulla libert  personale del condannato. Pi  in generale, quindi, si pu  affermare che la questione afferisce alla tutela dei diritti delle persone condannate ed in particolare del loro diritto di autodeterminazione¹³⁹, in quanto il principio di affidamento nella prevedibilit  delle conseguenze sanzionatorie¹⁴⁰ deve interpretarsi in senso ampio, quale comprensivo non solo della pena prevista rispetto ad un determinato comportamento tipizzato in una norma penale, ma anche con riferimento alla disciplina relativa a quegli istituti afferenti l'ese-

¹³⁸ Il distinguo operato dalla Consulta   stato per  fortemente criticato dai primi commentatori. Cfr. V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattivit  e libert  personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, cit., 15*. Sul punto cfr. cap.V, Pt. II, par. 5.8.

¹³⁹ Parla dell'art. 25 co. 2 Cost. quale «espressione di garanzie della libert », E. DI NACCI, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, cit., 1780.

¹⁴⁰ Gi  molti anni addietro, la Consulta con la sentenza n. 196/2010, cit., aveva chiarito che il principio di irretroattivit  di cui all'art. 25 co. 2 Cost., interpretato alla luce della giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 7 Cedu, «impone di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto».

cuzione della pena in grado di incidere sulla qualità e quantità della pena¹⁴¹.

L'affidamento del cittadino rispetto alle risposte sanzionatorie, apprezzate anche nella loro dinamica esecutiva, diviene dunque il metro di giudizio dell'incostituzionalità dell'applicazione retroattiva della norma di sfavore¹⁴².

La sentenza ha dunque aperto la strada ad un'applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost. anche con riferimento a condannati per reati diversi da quelli di cui alla l. n. 3/2019. È quanto ha deciso la Cassazione rispetto ad un condannato *ex art. 609 bis c.p.* che aveva visto passare in giudicato la propria sentenza di condanna prima che la fattispecie fosse inserita nel novero dei reati ostativi dalla l. n.

¹⁴¹ A tal proposito, appare opportuna una precisazione: di affidamento, facendo riferimento ai principi espressi nella Cedu, è possibile parlare con due distinte accezioni. Un conto è infatti la prevedibilità rispetto alle possibili conseguenze sanzionatorie che viene naturalmente fatta risalire al momento della commissione del fatto e affonda le proprie radici nel principio di irretroattività e che, strettamente collegata all'affidamento che il cittadino può fare sul quadro normativo di riferimento, permette di orientare consapevolmente scelte e comportamenti, di cui ci stiamo interessando. Un conto è invece l'affidamento maturato dal momento del fatto in poi, durante il processo penale, in cui l'imputato compie le proprie scelte difensive, in cui vengono in considerazione l'art. 6 Cedu relativo al giusto processo e l'art. 24 Cost. sul diritto alla difesa. Cfr., a quest'ultimo riguardo, il caso *Scoppola n. 2 c. Italia*, cit., per la parte relativa alla dichiarata violazione dell'art. 6 Cedu. Sul tema della prevedibilità della decisione giudiziale, cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 19 dicembre 2016, 12, in cui l'Autore delimita il perimetro della garanzia, sostenendo che il cittadino dovrebbe essere in grado di prevedere, prima di porre in essere la propria condotta, non solo se la medesima sia considerata penalmente rilevante, ma anche quale pena dovrà scontare, e che tale conoscenza dovrà intendersi comprensiva anche delle «condizioni alle quali il condannato potrà eventualmente accedere a meccanismi di sospensione del processo e della pena, nonché a sanzioni o misure alternative».

¹⁴² Attenta dottrina non ha poi mancato di mettere in luce come il “fuoco della tutela” apprestata dall'art. 7 Cedu risieda in effetti «nell'interesse dell'individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile ... nell'*an* così come nel *quantum*», aggiungendo che «la prevedibilità della condanna, dell'infrazione e poi dell'esecuzione concreta della pena, sulla base dei dati normativi e della giurisprudenza pertinente, costituisce il contenuto chiave del diritto al *nullum crimen, nulla poena sine lege* riconosciuto dall'art. 7 Cedu». Così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 12 e 16.

38/2009¹⁴³. Significativa anche la pronuncia della Consulta n. 193/2020 che, ribadendo la necessità di un'interpretazione conforme al *decisum* di cui alla pronuncia n. 32/2020, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale posta con riferimento alla previsione di cui all'art. 3 *bis* co. 1 del d.l. n. 7/2015, conv. in l. 17 aprile 2015, n. 43

nella parte in cui, inserendo all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 richiamato dall'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p. il reato di cui all'art. 12, commi 1 e 3, D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non prevede una norma transitoria al fine di evitare l'applicazione retroattiva del divieto di sospensione dell'esecuzione della pena¹⁴⁴.

Più in generale sembra dunque che il principio espresso nella sentenza n. 32/2020 sia foriero di rilevanti ricadute pratiche anche nel futuro. Basti pensare che, a voler far puntuale applicazione del principio ivi espresso, la stessa disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p. non dovrebbe potersi

¹⁴³ Cfr. Cass. pen., 23 aprile 2020, n. 12845, Giuca, in *www.dejure.it*.

¹⁴⁴ Cfr. C. cost., 31 luglio 2020, n. 193, in *www.cortecostituzionale.it*. Nel caso di specie, prima della pronuncia n. 32/2020, i giudici rimettenti, alla luce del "diritto vivente" consolidato nella giurisprudenza di legittimità favorevole all'applicazione del *tempus regit actum*, avevano ancora una volta invocato una sentenza additiva. Veniva infatti censurata l'assenza di una norma transitoria, ritenuta confliggente con il principio di affidamento di cui agli artt. 117 co. 1 Cost. e 7 Cedu e con l'art. 25 co. 2 Cost. È proprio il superamento del c.d. "diritto vivente", operato con la pronuncia n. 32/2020, che permette alla Consulta di dichiarare infondata la questione. Cfr., più recentemente, C. cost., n. 17/2021, cit., che ha esteso l'operatività del principio di irretroattività anche alla liberazione anticipata. Per un commento, cfr. A. GALLUCCIO, *Sui limiti al sindacato di costituzionalità delle norme di diritto penitenziario: la Corte estende le garanzie dell'art. 2, comma 2 Cost. alla liberazione anticipata*, in *Giur. cost.*, 2021, 1, 139 ss. Cfr., infine, C. cost., 30 luglio 2021, n. 183, con nota di F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale riafferma la "garantistica" regola interpretativa sulla normativa penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 4, 1592 ss., in cui, dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 656, co. 9, lett. a) c.p.p. nella parte in cui richiama il secondo co. dell'art. 572 c.p., inserito dall'art. 9, co. 2, lett. b), della legge 19 luglio 2019, n. 69, in assenza di una norma transitoria che limiti la sua operatività solo *pro futuro*, si ribadisce come la sentenza n. 32/2020 abbia modificato «il quadro interpretativo del regime intertemporale delle novelle incidenti sulla disciplina dell'esecuzione della pena», nulla ostando più a che il giudice possa adottare rispetto alla disposizione censurata l'unica interpretazione conforme all'art. 25 co. 2 Cost.

applicare ai condannati che abbiano commesso il fatto prima dell'entrata in vigore del regime impositivo del c.d. doppio binario¹⁴⁵.

1.4.4. Riserva di giurisdizione

Attenta dottrina, così come la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, ha messo in luce come la riserva di giurisdizione sia intimamente connessa al principio di legalità: l'assenza di uno di questi due requisiti vanifica l'altro «rendendolo meramente illusorio»¹⁴⁶.

La riserva di giurisdizione sta a significare che il provvedimento limitativo della libertà personale deve essere adottato da un'autorità giurisdizionale all'esito di un procedimento che abbia i crismi della giurisdizionalità o, quantomeno, secondo una diversa interpretazione, essere suscettibile, a valle della sua adozione, di un controllo di tipo giurisdizionale¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr., in questo senso, Trib. Sorv. Bologna, Ord. 16 giugno 2022, in *www.sistemapenale.it*, 3 ottobre 2022, con nota di S. BERNARDI, *Art. 4 bis ord. penit. e irretroattività della legge penale sfavorevole: l'importante svolta del Tribunale di Sorveglianza di Bologna*. Nell'ordinanza, il Tribunale di Sorveglianza di Bologna ha ritenuto di non poter far applicazione della disciplina di cui all'art. 4 bis o.p., come novellata dal d.l. n. 306/1992, conv. in l. n. 356/1992 (necessità della collaborazione con la giustizia quale condizione per l'accesso ai benefici), per i condannati per reati ostativi commessi prima dell'entrata in vigore della novella citata.

¹⁴⁶ Cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive*, cit., 281 ss.; R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 268; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, cit., 23 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 232 ss.; P. NUVOLONE, *Il processo penale e l'esecuzione delle pene*, in ID. (a cura di), *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Padova, 1969, 1465 ss. Cfr. anche C. cost., n. 177/1980, cit. La c.d. flessibilizzazione in fase esecutiva deve essere quantomeno in parte compensata dalla natura giurisdizionale di tutti i procedimenti applicativi delle misure incidenti sulla libertà personale. Così A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 135, nt. 294. Cfr., per un approfondimento di quest'aspetto, il secondo capitolo del presente lavoro. Allo stesso modo la c.d. azionabilità dei diritti, che è però cosa diversa dalla riserva di giurisdizione in senso proprio, derivando dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost., risulta consustanziale alla loro stessa affermazione. Limpida in questo senso la sentenza della C. cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 2, 208, che sarà anch'essa oggetto di approfondimento nel terzo capitolo del presente lavoro, sez. I, par. 3.5.2.

¹⁴⁷ Molto discussa è ad esempio l'opzione legislativa di aver limitato il presidio giurisdizionale ad un mero controllo ex post in materia di regimi penitenziari di rigore. Sul

I contenuti minimi della giurisdizionalità si deducono dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. e spaziano dalla competenza attribuita ad un giudice terzo ed imparziale, alla garanzia del diritto di difesa e dunque del diritto al contraddittorio in condizione di parità, fino ad arrivare all'obbligo di motivazione e alla facoltà di ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso i provvedimenti privativi della libertà personale.

Si richiede, in particolare, che le restrizioni siano imposte per atto motivato dell'autorità giudiziaria¹⁴⁸. È questa una garanzia strettamente connessa sia alla previsione di cui all'art. 24 Cost., in cui si chiarisce che la legge determina modi e condizioni per la riparazione degli errori giudiziari, sia a quella di cui all'art. 111 co. 7 Cost. laddove si prevede il ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso i c.d. provvedimenti *de libertate*.

La riserva di giurisdizione, a differenza della riserva di legge, non ha carattere assoluto, prevedendosi espressamente, al co. 3, che particolari esigenze di necessità e urgenza possano portare all'adozione di provvedimenti provvisori da parte delle autorità di pubblica sicurezza che però necessitano di convalida in tempi brevi pena la revoca del provvedimento. Essa, nel caso specifico, finisce dunque per operare *ex post*, quale controllo dell'autorità giudiziaria sull'operato dell'autorità di polizia.

Come avremo modo di approfondire nel secondo capitolo del presente lavoro, la giurisdizionalizzazione relativa alla fase dell'esecuzione penale ha riguardato *in primis* solo l'ambito delle misure alternative (e delle misure di sicurezza) proprio per la loro indiscutibile incidenza sulla libertà personale.

1.5. La tutela della libertà personale del condannato

È proprio la sfera residua di libertà personale che la pena non intacca a dover essere adeguatamente presidiata dalle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. e tutelata dalla Magistratura di Sorveglianza nel suo fondamentale ruolo di giudice di "legalità della pena". E se, da un lato, rile-

punto, cfr. *infra*, cap. IV, sez. II, par. n. 4.10.1.

¹⁴⁸ Con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito nel 1988 si è chiarito che per autorità giudiziaria debba intendersi il solo organo giudicante e non quello requirente.

va qui la difficoltà di individuare un parametro univoco che permetta di stabilire quali misure siano effettivamente incidenti sulla residua libertà personale, meritando la duplice garanzia di cui all'art. 13 co. 2 Cost., e quali invece si possano ascrivere tra le misure che possono ritenersi già ricomprese nell'afflittività connaturale alla sentenza di condanna, appare rilevante a questo proposito anche la diversa questione della portata applicativa della tutela giurisdizionale in materia di diritti. Rappresentando quest'ultima di fatto a tutt'oggi l'unico baluardo di difesa di fronte ad eventuali esercizi impropri dei poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, diventa centrale comprendere quali posizioni risultino azionabili e dunque tutelabili e quali invece no¹⁴⁹. Secondo attenta dottrina con ciò la Corte avrebbe scisso due "meta-diritti" identificabili nel binomio sfera residua di libertà – necessità di tutela giurisdizionale¹⁵⁰.

La stessa Corte costituzionale, dopo un lungo periodo in cui ha riconosciuto natura amministrativa al trattamento inteso in senso ampio, ha successivamente fatto propria la distinzione che vuole l'Amministrazione libera di adottare le misure di trattamento attinenti alle modalità concrete di attuazione del regime carcerario, che si assumono non incidenti sui diritti dei detenuti e «già potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione»¹⁵¹, mentre ad essa sarebbe precluso adottare misure ulteriormente incidenti sulla libertà personale in quanto attinenti alla «qualità e alla quantità della pena». Lo spartiacque segnato dalla Corte costituzionale è funzionale a definire quello che è il perimetro dell'agire discrezionale dell'Amministrazione.

La stessa Consulta aveva peraltro già precisato che tra le misure che incidono sulla «qualità e quantità» della pena non rientrano solo le misure alternative alla detenzione, ma anche «quelle che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere», quali il lavoro all'esterno, i permessi premio e le licenze¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. *infra*, cap. III in dettaglio sulla tematica della tutela dei diritti dei detenuti.

¹⁵⁰ Così S. ANASTASIA, *Lo status dei detenuti*, in *Quest. giust.*, 2011, 3-4, 257.

¹⁵¹ Così C. cost., n. 351/1996, cit.

¹⁵² Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit. Appare invece certamente non adeguatamente coperta dalla riserva di giurisdizione la materia delle modifiche delle misure alternative, cui corrisponde un procedimento *de plano* adottato dal Magistrato di Sorveglianza, in quanto

Coerenza avrebbe voluto che da queste premesse si fosse fatta discendere la necessità di estendere la riserva di giurisdizione anche alle ulteriori misure extramurali. Invece, il cammino per la piena giurisdizionalizzazione dei citati istituti non può ancora dirsi interamente compiuto.

Con riferimento alla materia del permesso premio, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità, dopo aver espresso per lungo tempo una posizione contraria ad ammettere la ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza, ha infine mutato orientamento, non prima però che la Corte costituzionale riconoscesse natura giurisdizionale al rimedio da esperirsi di fronte al Tribunale di Sorveglianza in caso di mancata concessione del permesso premio argomentando proprio dall'asserita incidenza dell'istituto sulla libertà personale¹⁵³.

Rispetto sia alle licenze che al lavoro all'esterno, la giurisprudenza di legittimità si è mantenuta a lungo contraria alla ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza di diniego di concessione¹⁵⁴.

Per quanto riguarda le licenze, la giurisprudenza di Cassazione si era in un primo momento consolidata a favore della non ricorribilità del provvedimento di diniego di concessione sulla base dell'argomentazione per cui esso costituiva un mero atto di natura amministrativa non inci-

l'esperibilità del ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso i provvedimenti adottati dal Magistrato di Sorveglianza a seguito di richiesta di modifica delle modalità di esecuzione delle misure alternative è ammessa più che altro in relazione alla sola detenzione domiciliare, proprio perché trattasi di provvedimenti che incidono sulla libertà personale: così Cass. pen., 7 novembre 2019, n. 52134, Zecchillo; Cass. pen., 21 maggio 2013, n. 25639, Giugliano (che ammette il ricorso da parte di entrambe le parti processuali); Cass. pen., 5 febbraio 2013, n. 11578, Povia, tutte pubblicate in *www.dejure.it*.

¹⁵³ Cfr. C. cost., 6 giugno 1995, n. 227, in *www.cortecostituzionale.it*. Rammentiamo che la C. cost., 16 febbraio 1993, n. 53, in *Cass. pen.*, 1993, 1085 ss. ha dichiarato incostituzionale il combinato disposto dell'art. 53 *bis* e 14 *ter* o.p. nella parte in cui non prevedeva, in luogo del meno garantito strumento del reclamo atipico, quello tipico di cui al codice di rito. Questa procedura giurisdizionale riguarda però unicamente il profilo del ricorso avverso il diniego del computo nel periodo di detenzione del tempo trascorso in permesso premio o licenza. Per un commento della sentenza citata, cfr. T. DELLA MARRA, *Esecuzione penitenziaria nella sent. n. 53 del 1993 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 3, 2311 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Cass. pen., 13 giugno 1986, n. 2674, Zabiroski, in *Giust. pen.*, 1987, III, 587. La Cassazione ha affermato in particolare che non si tratta di «provvedimenti sulla libertà personale ma solo di mezzi con i quali può essere realizzato il trattamento penitenziario e l'individualizzazione della pena».

dente sulla libertà personale¹⁵⁵. Solo a valle della sentenza della Consulta n. 227/1995, relativa alla materia dei permessi premio, la giurisprudenza di legittimità ha espresso un diverso orientamento¹⁵⁶, peraltro con riferimento specifico alle licenze per gli internati che, però, la dottrina ha ritenuto estensibile anche alla materia delle licenze dei semiliberi¹⁵⁷.

La questione, con particolare riguardo al lavoro all'esterno, è invece tutt'ora dibattuta allorché si ponga mente alla natura del relativo giudizio del Magistrato di Sorveglianza in fase concessiva, ridotto a mera autorizzazione rispetto ad una scelta operata dalla Direzione del carcere¹⁵⁸. La dottrina maggioritaria che si è espressa sul punto non ha mancato di sottolineare una progressiva attrazione del lavoro all'esterno nel novero delle misure alternative alla detenzione, frutto di alcune modifiche significative che hanno riguardato l'istituto, tra cui spicca la riforma della legge c.d. Gozzini. Se, infatti, nella sua prima formulazione, l'art. 21 o.p. rappresentava solo una modalità dell'esecuzione della sanzione penale¹⁵⁹, è con la riforma del 1986 che lo stesso viene attratto nella sfera giurisdizionale prevedendosi, dopo il provvedimento di ammissione del soggetto suscettibile di inserimento al lavoro all'esterno da parte del Direttore, l'approvazione del Magistrato di Sorveglianza. Con ciò il lavoro all'esterno veniva a perdere la sua natura di provvedimento amministrativo e di modalità trattamentale assumendo i connotati della «modalità esecutiva attenuata»¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. pen., 13 aprile 1978, n. 863, Di Giovanni, in *Cass. pen.*, 1979, 1618; Cass. pen., 10 ottobre 1978, n. 1950, Lo Russo, in *Riv. pen.*, 1979, 200; più recentemente: Cass. pen., 13 dicembre 2002, n. 15684, Natoli, in *Riv. pen.*, 2004, 121.

¹⁵⁶ Così Cass. pen., 1 dicembre 2019, n. 4606, Alfano, in *Riv. pen.*, 2011, 94; Cass. pen., 7 gennaio 2010, n. 4087, Attilio, *ivi*, 2011, 94; Cass. pen., 17 febbraio 2010, n. 15535, Conte, *ivi*, 2011, 343.

¹⁵⁷ Così A. PRESUTTI, *Sub art. 52 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 764.

¹⁵⁸ La dottrina non ha mancato di sottolineare come, a fronte di un'eventuale inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, il Magistrato di Sorveglianza rimanga sprovvisto di qualsiasi possibilità di intervento. Così L. FILIPPI, G. SPANGHER, M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016, 117.

¹⁵⁹ Così A. BENEDETTI, *Sul lavoro all'esterno: interpretazione giuridica e caratteristiche*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, 1, 337.

¹⁶⁰ Così M. PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 219. Così anche

Con specifico riferimento al tipo di giudizio cui è chiamata la Magistratura di Sorveglianza è opportuno sottolineare come esso sia duplice: da un lato, un vaglio di legittimità da eseguirsi in sede di approvazione del programma trattamentale, in quanto l'ammissione al lavoro all'esterno deve necessariamente essere ivi prevista; dall'altro, un vaglio di merito *ex art. 48 co. 4 reg. esec. a valle dell'individuazione della persona e del parere della Direzione*¹⁶¹.

Ciononostante, la giurisprudenza è apparsa ondivaga nel momento di individuare i possibili rimedi da esperire avverso il decreto che in ipotesi negasse il beneficio. Una prima tesi, infatti, riconoscendo la natura di provvedimento incidente sulla libertà personale e quella giurisdizionale del relativo procedimento concessivo, ha sostenuto la ricorribilità per Cassazione del provvedimento medesimo. Ben più rappresentata però, nella giurisprudenza di legittimità, è la tesi contraria sulla scorta dell'asserita natura amministrativa del provvedimento e della tautologica affermazione secondo cui la materia riservata all'autorità carceraria non risulta per ciò stesso incidente sulla libertà personale¹⁶².

A questo riguardo particolarmente apprezzabile risulta la proposta della Commissione Ruotolo di una previsione espressa di un reclamo

D. PETRINI, *Detenuti semiliberi o ammessi al lavoro esterno ed impiego sperimentale a protezione dell'ambiente in una recente legge della Regione Piemonte*, in *L.P.*, 1990, 449 ss. Depone a favore dell'attrazione del lavoro all'esterno nel novero delle misure alternative alla detenzione sia la previsione del medesimo accanto alle altre misure alternative precluse ad esempio dall'art. 4 *bis* co. 1 o.p. sia l'inserimento dei condannati ammessi al lavoro all'esterno nel novero delle persone svantaggiate di cui alla l. 22 giugno 2000, n. 193.

¹⁶¹ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Sub art. 21 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 345 ss.

¹⁶² Così Cass. pen., 23 giugno 1993, n. 2985, Falchetta, in *Riv. pen.*, 1994, 1064. Altrettanto dibattuta anche l'ammissibilità del ricorso al Tribunale di Sorveglianza. La tesi affermativa argomenta dalla fisiologica ricorribilità di tutti i provvedimenti adottati dal Magistrato di Sorveglianza *inaudita altera pars* e dalla considerazione che il provvedimento di revoca del beneficio sia comunque incidente sui diritti della persona; quella negativa dalla natura esclusivamente amministrativa del provvedimento. Per la tesi positiva: Cass. pen., 10 luglio 2018, n. 37368, Brandoli; Cass. pen., 27 aprile 2021, n. 21546, Masetti, entrambe in *www.dejure.it*. Per quella negativa: Cass. pen., 10 gennaio 2017, n. 4979, Cesarano, in *www.dejure.it*.

avverso il diniego di concessione o la revoca del lavoro all'esterno *ex art. 21 o.p.*¹⁶³.

Il riferimento alla «quantità e qualità della pena» è peraltro un concetto che ritroviamo anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Emblematico il caso *Del Río Prada c. Spagna*, già citato, in cui a venire in oggetto è un istituto simile alla nostra liberazione anticipata: uno sconto di pena, come abbiamo visto, legato nel caso spagnolo a presupposti leggermente diversi da quelli previsti dall'art. 54 o.p. che invece fa riferimento alla partecipazione all'opera rieducativa¹⁶⁴. In entrambi i casi la pena scontata viene considerata quale pena eseguita con una ricaduta immediata non solo sul fine pena ma anche sulle quote di pena richieste per l'accesso ai benefici penitenziari. Nel caso citato è proprio l'incidenza sulla quantità della pena a far concludere la Corte di Strasburgo per la natura sostanziale della previsione, considerata incidente sulla libertà personale, portandola a far applicazione dell'art. 7 Cedu.

Di tutta evidenza, comunque, come il concetto di «qualità della pena» risulti in realtà di ancor più problematica definizione e il riferimento alle misure che «comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere» non appare né risolutivo né appagante, pur rendendo manifesto come la Corte collochi il *discrimen* tra il dentro e il fuori, considerando che una pena possa definirsi diversa solo allorché porti il soggetto fuori dalle mura del carcere, fosse anche per un breve periodo.

Il problema è dunque quello di individuare il distinguo tra la “mera” modalità esecutiva, già insita nella sentenza di condanna, e l'ulteriore compressione della libertà personale, che, come tale, reclama le garanzie dell'art. 13 co. 2 Cost.¹⁶⁵.

¹⁶³ Cfr. la formulazione proposta del nuovo quarto comma dell'art. 21 o.p. Per il testo dell'articolato e la relativa relazione, cfr. www.sistemapenale.it, 11 gennaio 2022.

¹⁶⁴ Cfr. *supra*, parr. 1.4.3 ss.

¹⁶⁵ In dottrina non è mancato chi ha definito il confine tracciato dalla Consulta «evanescente», «inafferrabile». Così A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 32, 134. L'Autore, nel commentare la sentenza della Corte costituzionale n. 526/2000 sulle perquisizioni personali – che fissa il *discrimen* tra le modalità esecutive incidenti sul trattamento, attinenti alle modalità concrete di attuazione del regime carcerario in quanto tale, come tali ritenute già contenute nel *quantum* di privazione della libertà discendente dalla sentenza di condanna, e quelle incidenti invece sulla residua

Una parte della dottrina ritiene che la linea di confine si collochi sul crinale della «degradazione giuridica». Più precisamente la misura derogatoria delle ordinarie regole di trattamento dovrebbe potere essere considerata «il risultato di una valutazione negativa della personalità del condannato o della commissione di un fatto posto in essere dal medesimo soggetto», in quanto tale incidente in senso peggiorativo sulla c.d. degradazione giuridica intesa come il tratto caratterizzante delle misure restrittive della libertà personale. Secondo questa impostazione, in ciò si perderebbe ogni collegamento logico causale con la sentenza di condanna. Per questa via, dovrebbero poter godere della duplice riserva di legge e di giurisdizione sia i regimi derogatori speciali di cui agli artt. 14 *bis* o.p. e 41 *bis* o.p. sia il regime disciplinare, sia la materia dei circuiti penitenziari¹⁶⁶.

libertà personale – lamenta il «rischio che tutte le misure previste dalla legge e dal regolamento penitenziario finiscano per essere ricomprese tra gli “elementi del trattamento” e siano quindi ritenute per ciò stesso non eccedenti il sacrificio della libertà personale derivante dallo stato di detenzione». Con riguardo specifico alla materia delle perquisizioni personali, anche a voler convenire con una nozione restrittiva di libertà personale, che faccia riferimento solo alla libertà fisica, e correlativamente applichi le garanzie previste all’art. 13 co. 2 Cost. solo nei casi di costrizioni/coartazioni di tipo fisico, l’ipotesi delle perquisizioni con denudamento e flessioni (soprattutto se comportanti l’*inspectio corporis*), sembra rientrare a buon diritto tra gli atti coercitivi incidenti sulla libertà personale.

¹⁶⁶ Così A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 64. L’Autore richiama anche la vicenda delle carceri di massima sicurezza condividendo come la relativa disciplina avrebbe dovuto, in quanto incidente sul residuo di libertà personale, essere oggetto della duplice riserva. Esulerebbero, invece, le assegnazioni negli istituti e nelle sezioni, i trasferimenti e le traduzioni e le perquisizioni in quanto esse, secondo l’Autore, non discenderebbero da comportamenti negativi del detenuto ma da semplici esigenze organizzative. In questi casi, secondo questa tesi, pur mutando l’afflittività, non verrebbe inciso il residuo di libertà personale in quanto non si avrebbe una recrudescenza del livello di degradazione giuridica, essendo di fatto misure non collegate alla condotta del soggetto detenuto. È proprio l’esemplificazione riportata che ci lascia non poco perplessi laddove non si può non evidenziare come furono proprio i trasferimenti a rendere “possibile” la creazione *de facto* delle carceri di massima sicurezza; allo stesso modo le perquisizioni personali sono una delle materie più controverse in cui, qualsiasi sia l’accezione che di libertà personale si voglia condividere, ci sembra difficile non intravedere un’incidenza sulla libertà personale residua. Conforme A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., in particolare 80 ss.

L'approccio da ultimo citato può apparire certamente condivisibile in quanto la degradazione giuridica è considerata dalla stessa giurisprudenza della Consulta il tratto caratteristico della limitazione della libertà personale. Ma è altrettanto evidente come la categoria delle limitazioni da considerarsi incidenti sulla libertà personale dipenderà ancora una volta dal concetto di libertà personale che si intenda fare proprio, senza contare che, come già messo in evidenza, è la stessa nozione di degradazione giuridica che, rifacendosi in ultima istanza alla dignità della persona, risulta di difficile definizione¹⁶⁷. Quanto al riferimento alla mancata correlazione con la sentenza di condanna, certamente tutte le volte in cui sia la pericolosità penitenziaria a rilevare, come in effetti accade nel caso sia della sorveglianza particolare che del regime disciplinare, il collegamento con il titolo di reato appare del tutto reciso. Non possiamo invece non rilevare il controsenso di quelle disposizioni che si fondano su uno schema presuntivo di pericolosità sociale che fa riferimento ad un titolo di reato, magari commesso molto tempo prima dell'inizio dell'esecuzione della pena, quale presupposto per l'applicazione di un certo regime o per l'allocazione in un certo circuito¹⁶⁸. Non è un caso, infatti, che la stessa Consulta abbia dichiarato incostituzionale l'originaria previsione di cui all'art. 41 *bis* co. 2 laddove faceva discendere l'applicazione del regime dal solo titolo di reato, senza che venisse apprezzata l'attualità dei collegamenti¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Sulla complessità del concetto di dignità e sulla sua rilevanza quale valore che informa l'intera Costituzione, cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 59. Esprime dubbi sul carattere autenticamente selettivo del criterio della degradazione giuridica D. NOTARO, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, cit., 49.

¹⁶⁸ Senza contare che il collegamento con il titolo di reato mette bene in evidenza la natura di «pena nella pena» del regime del “carcere duro” che porta giustamente la dottrina che si è interessata del tema a reclamare l'applicazione anche delle garanzie proprie del penale sostanziale. Per tutti, cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016, 369 ss.

¹⁶⁹ In questo senso si può anzi evidenziare come attualmente l'aver eseguito la quota parte di pena relativa al titolo ostativo non sia più condizione sufficiente per la “fuoriuscita” dal regime del “carcere duro”. A differenza di quanto accade ad esempio con riferimento all'art. 4 *bis* o.p., non opera infatti lo scioglimento del cumulo *in bonam partem*. Cfr. a questo riguardo C. cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Cass. pen.*, 1998, 771 ss., ove

Quello che certamente non convince è l'affermazione, a nostro modo di vedere tautologica, ribadita in più occasioni dalla Consulta, secondo cui anche i regimi penitenziari speciali, che pure comportano un'incidenza negativa sui diritti delle persone ristrette e quindi una maggiore afflittività della pena¹⁷⁰, non essendo provvedimenti ulteriormente incidenti sulla libertà personale, non meriterebbero la copertura delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.¹⁷¹.

1.5.1. Le sanzioni disciplinari quali sanzioni "sostanzialmente penali" incidenti sul residuo di libertà del detenuto

Anche il procedimento disciplinare è stato lungamente sprovvisto di un presidio giurisdizionale vero e proprio¹⁷². Fino all'introduzione del rimedio giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* o.p., pur rientrando il relativo procedimento nelle materie cui si applicava il c.d. reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., esso risultava infatti soggetto ad un sindacato di mera legittimità del Magistrato di Sorveglianza limitato ad un controllo di legalità di tipo formale concernente «le condizioni di esercizio del

si afferma che «il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa».

¹⁷⁰ Noto il *refrain* delle fonti sovranazionali in materia, fatto proprio dalla nostra Corte costituzionale, per cui la pena detentiva non deve mai contemplare un'afflittività ulteriore rispetto a quella già insita nella sentenza di condanna. Bisogna però tenere presente che non sempre il concetto di afflittività, che sappiamo essere la cifra distintiva della sanzione penale, in quanto incidente sulla libertà personale, viene associato dalla Consulta ad un'ulteriore incidenza sulla residua libertà personale: sovente la Corte costituzionale parla infatti di ulteriore afflittività per riferirsi al sacrificio imposto ai diritti del detenuto che la pena in quanto tale non dovrebbe intaccare. Il caso esemplificativo è quello del regime speciale del "carcere duro", in cui l'incidenza sui diritti del detenuto è espressamente riconosciuta. Sul supposto declino del c.d. *argumentum libertatis*, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 16 ss.

¹⁷¹ Cfr. in particolare cap. III, sez. I, par. 3.5.3 e cap. V, Pt. II, par. 5.5. ss.

¹⁷² In materia di procedimento disciplinare, cfr. M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., 231 ss.; F. FIORENTIN, *Il procedimento disciplinare illegittimo non preclude la valutazione del fatto ai fini della liberazione anticipata*, in *Giur. merito*, 2010, 1635.

potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa». Non a caso parte della dottrina aveva individuato proprio nella regolamentazione della materia relativa ai disciplinari uno dei tratti più marcatamente espressivi del rapporto di supremazia speciale, che si è per il vero tramandato, inalterato, fino alla l. n. 354/1975 e al relativo reg. esec. d.P.R. n. 230/2000¹⁷³.

Appaiono di tutto rilievo i profili di frizione con il principio di legalità e con la duplice riserva di legge e giurisdizione¹⁷⁴ che dovrebbe, a nostro modo di vedere, operare nella misura in cui, quantomeno per le sanzioni più gravi, venga applicato anche l'isolamento¹⁷⁵. Basti porre mente al fatto che tutt'oggi la competenza ad irrogare le sanzioni disciplinari fa capo all'Amministrazione penitenziaria – al Direttore e al Consiglio di disciplina a seconda della gravità della sanzione¹⁷⁶ – che peraltro mantie-

¹⁷³ Sul punto, cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 13 ss. e in particolare 21 ss.

¹⁷⁴ Sulle falle del sistema di tutela per il detenuto relativo all'irrogazione delle sanzioni disciplinari, cfr. recentemente: G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al "merito" dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full Jurisdiction"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 6, 103 ss.; L. CATTELAN, *Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari carcerarie*, in *Dir. pen. Uomo*, 2019, 11.

¹⁷⁵ *Ad adiuvandum*, per sostenere la tesi della natura essenzialmente penale del "carcere duro" che pure vede il regime di isolamento particolarmente pronunciato, è stato sottolineato in dottrina come l'isolamento diurno in materia di concorso di reati *ex art. 72 c.p.* venga ad assumere la natura di vera e propria sanzione penale per i reati satellite. Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 376. Rammentiamo che la Cassazione si era posta il quesito se l'entrata in vigore della previsione di cui all'art. 33 o.p., relativa alle ipotesi di isolamento, avesse o meno comportato l'abrogazione implicita dell'art. 72 c.p., risolvendolo in senso negativo e affermando in particolare che, seppure l'elencazione di cui all'art. 33 o.p. sia da considerarsi tassativa, lo è «esclusivamente nell'ambito della materia regolata, che è quella del regime del trattamento carcerario, cioè dell'organizzazione e delle modalità della vita e della disciplina dei luoghi di detenzione». Pertanto, l'isolamento diurno *ex art. 72 c.p.*, in quanto aggravamento di pena e non sua modalità esecutiva, non può considerarsi abrogato. Così Cass. pen., 28 febbraio 1980, n. 2016/4, D'Angelo, in *Cass. pen.*, 1982, 267 ss.

¹⁷⁶ Critico, più a monte, sulla stessa competenza riconosciuta al Consiglio di disciplina ad irrogare sanzioni evidentemente incidenti sulla libertà personale, reclamando l'applicazione della duplice riserva di legge e di giurisdizione in materia, proprio sulla scorta

ne una discrezionalità massima quanto alla scelta e alla durata della sanzione tra quelle previste: ciò perché, a differenza di quanto accade per le fattispecie penali, alle condotte passibili di applicazione di una sanzione disciplinare non corrisponde la previsione di una specifica sanzione tra quelle indicate all'art. 39 o.p. In materia rilevano solo i massimi predefiniti dal legislatore per le singole sanzioni e la previsione di cui all'art. 77 co. 3 reg. esec., che stabilisce (salva l'ipotesi di recidiva infratrimestrale) il divieto di irrogare la più grave sanzione dell'esclusione dalle attività in comune per le condotte contemplate dai nn. 1-8. Ne deriva una duplice lesione del principio di legalità e determinatezza sia sotto questo aspetto, sia in quanto le condotte considerate infrazioni vengono definite dal regolamento esecutivo e non dalla legge sull'ordinamento penitenziario.

Per quanto concerne poi il tipo di tutela procedurale offerta, si registra un rilevante *vulnus* al diritto di difesa, in quanto il detenuto non può farsi assistere dal proprio legale allorquando viene convocato dal Consiglio di disciplina, momento in cui gli è riconosciuta la facoltà di discolpa. Senza contare che tutt'oggi l'impugnazione non ha valenza sospensiva dell'applicazione della sanzione disciplinare, il che si riflette spesso in una vanificazione dell'utilità stessa del ricorso avverso le sanzioni disciplinari: tale ricorso mantiene una sua pur limitata rilevanza solo ai fini della successiva concessione dei benefici, primo fra tutti la liberazione anticipata. A ciò si deve infine aggiungere che il sistema prevede anche un'applicazione cautelare delle sanzioni disciplinari, cui si fa spesso ricorso, per cui, in ipotesi, potrebbe anche darsi che il detenuto abbia già scontato la sanzione e venga poi ad essere assolto dal Consiglio di disciplina.

dell'asserita incidenza della sanzione disciplinare sul residuo di libertà personale e dunque della sua ulteriore afflittività, A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 64. In particolare la sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune è stata oggetto di vigorose critiche da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (d'ora in avanti anche CPT) nel suo ventunesimo rapporto del 10 novembre 2011, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2012, con commento di S. RAVEZZI, *Una richiesta dal Consiglio d'Europa: ridurre l'isolamento dei detenuti*. Cfr., per la tesi a favore del riconoscimento della competenza all'irrogazione delle sanzioni disciplinari all'Amministrazione penitenziaria, N. BARBINO, *Il reclamo al Magistrato di Sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all'udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, 9, 2479.

Da ultimo la Cassazione, alla luce del loro rilevante contenuto affittivo incidente sulla libertà personale, ha riconosciuto natura sostanzialmente penale alle sanzioni disciplinari, ed in particolare a quelle dell'esclusione dalle attività in comune (d'ora in avanti anche EAC) e dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta¹⁷⁷. Da ciò però la Cassazione non ha fatto discendere una violazione del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p.¹⁷⁸, precisando che per ritenere che la sanzione disciplinare e quella penale possano rappresentare un "compendio sanzionatorio integrato", occorrerà che i giudici di merito tengano in

¹⁷⁷ Cfr. in giurisprudenza, Cass. pen., 15 dicembre 2016, n. 9184, Pagano, in *www.ilpenalista.it*, 20 aprile 2017, con nota di A.V. LANNA, *Il compendio sanzionatorio integrato e la natura sostanzialmente penale dell'isolamento diurno*. Cfr. in argomento anche K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1463 ss. Dalla sua attrazione nell'area della c.d. "materia penale" deve farsi discendere quantomeno l'applicazione degli artt. 6 e 7 Cedu e delle relative garanzie. Con specifico riferimento alla garanzia del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu si è rammentato come la giurisprudenza di Strasburgo abbia nel tempo affermato il c.d. principio compensativo per cui non vi sarebbe contrasto con quanto prescritto all'art. 6 Cedu tutte le volte in cui vi sia la possibilità di impugnare la decisione assunta dinanzi ad un Tribunale che offra le medesime garanzie di cui all'art. 6. Ciò però non accade nel nostro caso, in cui il vaglio di merito è stato riconosciuto con i limiti precisati negandosi in particolare il «potere di riformare qualsiasi punto, in fatto e in diritto della decisione impugnata». Così F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 110, ripreso anche da L. CATTELAN, *Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari carcerarie*, cit., 15-16. Più in generale, quanto alla materia disciplinare, si pone il problema della sua necessaria conformità ai principi e alle garanzie del diritto penale, ove si riconosca che esso è espressione del potere punitivo statale. In argomento G. MOR, *Le sanzioni disciplinari e il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 47 ss.; L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994, 32; G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1977, 710 ss.

¹⁷⁸ Cfr., per un commento critico, E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 21 aprile 2017. Criticabile appare giustamente all'Autore la tesi sostenuta dalla Cassazione per cui, una volta riconosciuta natura sostanzialmente penale alla sanzione disciplinare, quest'ultima e quella penale assolverebbero funzioni distinte. Allo stesso modo non convince l'asserita sussistenza del criterio cronologico dalla contiguità temporale.

debita considerazione, al momento della commisurazione della pena in sede penale, la sanzione disciplinare già eseguita, rendendo così manifesta la sua rilevanza ai fini del rispetto del canone di proporzionalità con riferimento alla gravità del fatto commesso¹⁷⁹.

Oggi, tipizzando il rimedio giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* o.p., il legislatore ha previsto per la prima volta il potere del Magistrato di Sorveglianza di valutare nel merito la fondatezza dell'addebito¹⁸⁰, seppur criticabilmente solo con riferimento alle sanzioni disciplinari che prevedano l'isolamento durante l'EAC o la permanenza all'aperto, considerate maggiormente afflittive. Il potere riconosciuto al Magistrato, ove ritenga incongrua l'irrogazione di una tra le sanzioni disciplinari di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 39 co. 1 o.p., non è solo quello di annullare la sanzione irrogata, ma anche quello di rideterminarla. Nei casi in cui, invece, il sindacato sia limitato alla legittimità del provvedimento, annullata la sanzione disciplinare, il Magistrato non potrà sostituirsi all'Amministrazione penitenziaria, cui la questione sarà devoluta per l'eventuale prosieguo (ma di norma l'azione disciplinare sarà già perentoria)¹⁸¹.

¹⁷⁹ Per un approfondimento sulla proporzionalità, cfr. in particolare il cap. IV, sez. II, par. 4.10.1 ed il cap. V, Pt. III.

¹⁸⁰ Sottolinea come siano pacificamente ascrivibili all'area della legittimità le attività concernenti il momento intellettuale (quali, ad esempio, la qualificazione giuridica del fatto e l'interpretazione della norma giuridica), mentre quelle relative alla scelta della sanzione disciplinare e al *quantum* della sanzione, seppur nei limiti massimi predefiniti dal legislatore, che abbiamo visto essere libera salvo la prescrizione di cui all'art. 77 co. 3 reg. esec., vengono attratte nell'alveo del giudizio di merito, seppur guidato dal principio di giusta proporzione tra gravità del fatto commesso e sanzione da irrogarsi. Così L. CATTELAN, *Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari carcerarie*, cit., 3 ss.

¹⁸¹ Nella vigenza della precedente normativa, allorquando alla materia disciplinare si applicava il reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., la Cassazione ravvisava un vizio di eccesso di potere nei casi in cui il Magistrato di Sorveglianza giungeva ad estendere il giudizio di legittimità «sino a compiere una valutazione della congruità e proporzionalità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionatoria». Così ad esempio, Cass. pen., 2 agosto 2013, n. 33793, Bosti, e Cass. pen., 9 maggio 2014, n. 37232, Minasi, che, seppur successiva all'entrata in vigore del reclamo giurisdizionalizzato, si riferisce ad un caso deciso precedentemente. Entrambe le sentenze sono pubblicate in *www.dejure.it*. Cfr. in argomento anche F. DELLA CASA, *Sub art. 69 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 935 ss.

1.6. La portata delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.

Laddove non si voglia condividere la tesi “forte” per cui quantomeno taluni istituti propri dell’esecuzione penale dovrebbero essere attratti nell’alveo del penale sostanziale, beneficiando per questa via delle garanzie previste all’art. 25 co. 2 Cost.¹⁸², ci sembra che tutte le modalità esecutive foriere di comportare un’ulteriore afflittività, in quanto incidenti su quel residuo di libertà personale che il detenuto conserva, debbano rientrare nella clausola di chiusura «qualsiasi altra restrizione della libertà personale», cui l’art. 13 co. 2 collega la garanzia della duplice riserva di legge e di giurisdizione¹⁸³. Appare inoltre di tutta evidenza che la portata applicativa delle garanzie citate sarà tanto più estesa quanto più ampia sarà l’interpretazione che si vorrà sostenere del concetto di libertà personale.

Certamente, a seconda del tipo di accezione di libertà personale che si intende condividere, c’è chi limita le garanzie di cui al secondo comma dell’art. 13 Cost. solo agli interventi di coercizione materiale¹⁸⁴ e chi invece le estende anche all’imposizione di obblighi di fare e non fare¹⁸⁵. Si

¹⁸² Come abbiamo visto è questa la tesi di F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 279; ID., *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, cit., 298 ss. Più recentemente la tesi è stata sostenuta con riferimento specifico al “carcere duro” da A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 403 ss.

¹⁸³ Secondo la dottrina più accreditata l’art. 13 co. 2 Cost., ed in particolare la riserva di giurisdizione, deve coprire ogni provvedimento incidente sulla libertà personale e non solo quelli che incidono restringendolo sul residuo di libertà personale. In questo senso sarebbero dunque coperte da riserva di giurisdizione non solo la revoca e la modifica peggiorativa delle prescrizioni attinenti una misura alternativa ma anche la sua concessione. Così G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione e esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 4, 1364-1365. Più recentemente A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 232-233, che conclude sottolineando come anche a non voler considerare la materia della concessione delle misure alternative alla detenzione coperta dalla riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost., essa troverebbe comunque copertura nell’art. 111 co. 7 Cost.

¹⁸⁴ Così G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 23; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 969, 29 ss., C.U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo italiano*, Torino, 1962, 16 ss.

¹⁸⁵ Così A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 50 ss.

tratta di una tematica che ha registrato un atteggiamento ondivago anche nella giurisprudenza della Consulta¹⁸⁶.

Il riferimento a quel residuo di libertà, tanto più prezioso in quanto rappresenta «l'ultimo ambito nel quale può espandersi la [...] personalità individuale», cui fa riferimento la Consulta nella sentenza n. 349/1993 evocando il principio personalistico, sottende un concetto di libertà molto ampio, intimamente e necessariamente connesso alla dignità della persona detenuta¹⁸⁷.

Questa impostazione è peraltro suffragata dalla stessa giurisprudenza costituzionale che è giunta ad affermare che la garanzia di cui all'art. 13 co. 2 Cost.

non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coazione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale “quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere”;

provocando una minorazione del prestigio o della dignità della persona¹⁸⁸.

Siamo dunque propensi a condividere un concetto ampio di libertà personale, comprendente la libertà fisio-psichica della persona, fino a collegare ad essa lo stesso concetto di dignità della persona¹⁸⁹.

Altra cosa è poi la conseguenza che da questa affermazione si faccia discendere. Come abbiamo già chiarito, infatti, la dottrina appare divisa tra quanti, pur condividendo una ricostruzione lata del concetto di libertà

¹⁸⁶ Alcune sentenze hanno infatti limitato l'operatività del secondo comma dell'art. 13 Cost. agli interventi direttamente incidenti sull'*Habeas corpus*, in altri casi invece la Consulta si è spinta ad affermare l'operatività delle garanzie ivi previste anche rispetto a misure che imponevano obblighi di fare e non fare. È questo il caso emblematico delle misure di prevenzione.

¹⁸⁷ Cfr. sul punto anche G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, 4, 25 in cui l'Autore afferma recisamente che non può esservi dignità senza libertà e viceversa.

¹⁸⁸ Cfr. C. cost., n. 30/1962, cit.; C. cost., 30 giugno 1968, n. 68, in *www.giurcost.it*.

¹⁸⁹ Per le implicazioni in punto di interpretazione del divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità quale comprensivo del riconoscimento alle persone detenute dei diritti fondamentali costituenti il nocciolo duro della dignità della persona, cfr. *infra* il cap. III, sez.I, par. 3.1 in dettaglio.

personale, ritengono che non tutte le limitazioni della libertà della persona così intesa debbano godere del presidio delle garanzie della duplice riserva di legge e di giurisdizione e chi, invece, riconosciuta in capo al detenuto una quota parte di libertà personale che la detenzione non intacca, comunque la si voglia intendere, ne fa discendere l'applicazione delle garanzie di cui all'art.13 co. 2 Cost., tutte le volte in cui questa venga ulteriormente conculcata. Tesi quest'ultima che porta chi ricostruisce il concetto di libertà in senso ampio a concludere per l'operatività delle garanzie citate non solo alle limitazioni incidenti sulla libertà di movimento ma anche rispetto a quelle incidenti sulla libertà morale e quindi sulla "dignità sociale" del detenuto¹⁹⁰.

¹⁹⁰ In questo senso: C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, cit., 689 il quale afferma: «Il fare riferimento allo stato di "degradazione giuridica" [...] sembra contenere implicitamente l'assunzione di un concetto di libertà personale tale da non esaurirsi nella protezione della medesima da ogni specie di coazione fisica che si voglia esercitare sulla persona, ma estesa fino a comprendere anche la salvaguardia da altre forme di limitazione della disponibilità della persona stessa, le quali richiedano non già solo valutazioni di esigenze oggettive di sicurezza o di sanità, ma anche apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali dei soggetti cui esse si indirizzino, e tali, quando si concretino in un accertamento di minorata socialità dei medesimi, da influenzare la loro capacità generale, la loro dignità, e da indurre quindi tutta una serie di conseguenze pratiche sullo svolgimento dell'attività di lavoro, o più genericamente, delle relazioni sociali». Conforme, più recentemente: F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000, 663. Riporta le diverse posizioni A. PACE, (voce) *Libertà personale (diritto costituzionale)*, cit., 287.

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO RIEDUCATIVO TRA LEGALITÀ DELLA PENA E DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE

SOMMARIO: 2.1. *La giurisdizionalizzazione della fase esecutiva.* 2.2. *Legalità vs discrezionalità giudiziale: il necessario scollamento, funzionale all'istanza rieducativa, tra pena minacciata, irrogata ed eseguita.* 2.3. *Il giudizio "flessibile" della Magistratura di Sorveglianza in tema di accesso alle misure alternative.* 2.4. *Gli automatismi penitenziari: ovvero dove la discrezionalità muore.* 2.5. *L'incessante opera della Consulta nello smantellamento degli automatismi penitenziari.* 2.5.1. *Il concorrente interesse del minore.* 2.5.2. *La non sacrificabilità della finalità rieducativa della pena.* 2.6. *Gli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale relative agli automatismi penitenziari.*

2.1. *La giurisdizionalizzazione della fase esecutiva*

L'esecuzione penale è stata lungamente considerata una "costola" del processo penale¹. L'immutabilità, quale tratto caratteristico di una pena retributiva, e il dogma dell'intangibilità del giudicato hanno a lungo giustificato una fase dell'esecuzione «povera di garanzie processuali»²: un'esecuzione di carattere meramente amministrativo sprovvista dei ca-

¹ Cfr. G. DEAN, (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 2008, 231; A. PRESUTTI, (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, versione aggiornata, Roma, 1996, 1 ss.; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, cit., 23. Cfr., più in generale, M. RUARO, *La Magistratura di Sorveglianza*, Milano, 2009, *passim*; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, *passim*.

² Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, 1. Cfr. in proposito le acute e sotto molto aspetti ancora attuali affermazioni di F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 265 ss.

ratteri tipici della giurisdizione³, nella quale l'allora Giudice di Sorveglianza interveniva prevalentemente con ordini di servizio⁴.

Nell'impianto originario del codice Rocco, ad esempio, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza – gli unici due momenti di flessibilità delle sanzioni allora previsti – risultavano di competenza del Ministro di Grazia e Giustizia. Sarà la Corte costituzionale, con due distinti interventi, a dichiarare l'illegittimità costituzionale di entrambe le previsioni, riconducendo esplicitamente i due istituti nella competenza di un organo giurisdizionale: la Corte d'Appello, per quanto riguarda la liberazione condizionale, e il Giudice di Sorveglianza, per quanto concerne la revoca delle misure di sicurezza⁵.

Nelle motivazioni della sentenza relativa alla liberazione condizionale ritroviamo un passaggio rilevante in cui la Consulta, alla luce della

³ Cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 1 ss., in cui si afferma che «[...] Le finalità attribuite alla pena in un caso, e le valenze assegnate al giudicato nell'altro caso, rappresentano [...] due tra le più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni della fase *post rem iudicatam*». Per un approfondimento relativo all'esecuzione penale nella vigenza del Regio regolamento del 1931, cfr. V. BAROSIO, (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 489 ss.; G. NEPPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 43 ss. In chiave critica, cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Roma, 1947, 214 ss.; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 206 ss.

⁴ Cfr. cap. III, sez. I, par. 3.5.3.

⁵ Cfr. C. cost., 22 novembre 1974, n. 204, e 23 aprile 1974, n. 110, entrambe in www.cortecostituzionale.it. La prima ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 176 c.p. nella parte in cui attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza alla concessione della liberazione condizionale, riconoscendo che «sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale». La sentenza verrà analizzata in dettaglio nel cap. III, cui si rinvia. La seconda ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 207 co. 3 c.p. (norma poi abrogata dall'art. 89 o.p.) nella parte in cui attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia, anziché al Giudice di Sorveglianza, il potere di revocare le misure di sicurezza. In questo secondo caso, la Corte evidenziò il contrasto della precedente formulazione sia con l'art. 13 Cost., in quanto in spregio alla riserva di giurisdizione ivi prevista, sia con l'art. 102 Cost., in quanto «con l'esercizio del potere di revoca il Ministro viene ad interferire nello svolgimento di funzioni giurisdizionali, quali sono indubbiamente quelle disciplinate dagli artt. 634 e seguenti del c.p.p.».

centralità assunta dall'ideale rieducativo, chiarisce le ragioni della non opportunità di riconoscere, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la competenza per la concessione in capo ad un organo dell'esecutivo: la liberazione condizionale sembra infatti aver

assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine [...] Siamo in presenza di una vera e propria rinuncia, sia pure sottoposta a condizioni prestabilite, da parte dello Stato alla ulteriore realizzazione della pretesa punitiva nei riguardi di determinati condannati, rinuncia che non può certamente far capo ad un organo dell'esecutivo, ma ad un organo giudiziario, con tutte le garanzie sia per lo Stato che per il condannato stesso.

Sarà poi la legge Gozzini, con il riconoscimento della competenza al Tribunale di Sorveglianza⁶, a completare l'opera di quella che è stata definita la progressiva attrazione della liberazione condizionale nell'alveo delle misure alternative⁷.

L'avvento della Costituzione e l'affermazione dell'ideale rieducativo hanno, dunque, imposto una revisione più generale del sistema, per il vero non immediata, che ha portato l'esecuzione penale ad assumere carattere giurisdizionale⁸, seppure con le precisazioni di cui *supra*⁹ e *infra*. La lettura in chiave riduttiva del dettato dell'art. 27 co. 3 Cost., impostasi all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione¹⁰, ha infatti

⁶ Il riconoscimento della competenza in capo al Tribunale di Sorveglianza per la concessione e la revoca della liberazione condizionale è stato salutato con favore anche in dottrina, ove si è sottolineata l'opportunità di garantire «coerenza e uniformità in una nuova prospettiva di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva». Così BARONE, (voce) *Liberazione condizionale*, in *Digesto Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 424.

⁷ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 865.

⁸ Cfr. in tema F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 267; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 26 ss.; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., 64 ss.; M. RUARO, *Il Magistrato di Sorveglianza*, cit., 6 ss.

⁹ Per quanto riguarda lavoro all'esterno, permessi premio e licenze si rammenta il non perfetto ossequio della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost. Cfr. cap. I, par 1.5.

¹⁰ Tra i detrattori più autorevoli, cfr. G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto*, 1951, 4, 378 ss. Cfr.,

certamente contribuito al perdurare di una «cultura amministrativa della questione carceraria»¹¹.

La giurisdizionalizzazione, con riferimento all'esecuzione penale, ha infatti riguardato in prima battuta solo l'ambito delle misure alternative (e delle misure di sicurezza) per l'evidente incidenza che le stesse comportano sul versante della «quantità e qualità della pena» e dunque in ultima istanza sulla libertà personale. Si tratta infatti di misure considerate pacificamente rientranti nella copertura della duplice riserva di legge e giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.¹².

L'affermazione della funzione rieducativa della pena ha dunque comportato, data l'incidenza delle misure alternative sulla libertà personale, l'estensione delle garanzie di giurisdizionalità alla fase esecutiva, ma soprattutto ha reso necessaria la creazione di meccanismi di controllo *in itinere* dei risultati di trattamento¹³,

con un correlativo irrobustimento delle garanzie giurisdizionali *in executivis* a supporto del giudizio sulla pericolosità sociale del condannato, come reso evidente dalla prima formulazione della legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 e dal nuovo codice di rito.

Ad oggi può dirsi completa la giurisdizionalizzazione della fase esecutiva con riferimento all'accesso alle misure alternative in senso proprio¹⁴, affidata come chiarito alla Magistratura di Sorveglianza, abi-

però, per una rivisitazione del pensiero del Maestro, S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005. *Contra*, per tutti, P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 347, secondo cui l'efficacia precettiva immediata della norma deponeva inequivocabilmente per la prevalenza della finalità rieducativa sugli altri scopi della pena.

¹¹ Così F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 60.

¹² Del tutto assente, invece, nel testo originario della l. n. 354/1975, che pur riconosceva in capo al detenuto la titolarità di posizioni soggettive, una loro tutela di tipo giurisdizionale. Sull'argomento, cfr. cap. III.

¹³ Così F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 3. Cfr. anche G. GIOSTRA, *Il procedimento di Sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., 100.

¹⁴ Ci riferiamo alla semilibertà, alla detenzione domiciliare e all'affidamento in prova, oltre che alla c.d. 199, esecuzione presso il domicilio della pena contenuta nel limite, anche residuo, di 18 mesi, introdotta con la c.d. legge svuota-carceri n. 199

tuata a giudicare della pericolosità sociale, variamente declinata nei diversi benefici, quale presupposto negativo. In particolare, la competenza è del singolo magistrato ove si tratti di concessione provvisoria e di concessione definitiva dalla libertà per pene uguali o inferiori ai 18 mesi (salva la conferma collegiale)¹⁵, e del Tribunale di Sorveglianza, ove si tratti di concessione in via definitiva delle misure alternative nei restanti casi¹⁶.

È l'emergenza dei primi anni '90, segnata da una recrudescenza degli episodi delittuosi legati al contesto mafioso, a segnare una vistosa inversione di tendenza, caratterizzata da una netta valorizzazione delle esigenze fondate sulla difesa sociale: nel tentativo di rendere maggiormente certa e predeterminabile, e dunque prevedibile, la risposta sanzionatoria, fanno la loro comparsa sulla scena i c.d. automatismi penitenziari, mec-

del 26 novembre 2010. Per un approfondimento, cfr. F. DELLA CASA, (voce) *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 818 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, *passim*; E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 3, 857 ss.; C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 77 ss.; F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013; ID. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.

¹⁵ È questa una previsione frutto dell'elaborazione della Commissione Giostra e poi ripresa nella mini-riforma del 2018, funzionale a sgravare il Tribunale di Sorveglianza da una quota parte dell'ingente lavoro legato alla concessione delle misure alternative: il Presidente del Tribunale di Sorveglianza, anziché fissare l'udienza e metterla a ruolo, designa un singolo Magistrato di Sorveglianza e gli fissa un termine entro cui lo stesso può decidere se concedere o meno la misura alternativa. Solo se decide di non concederla, lasciando scadere il termine assegnatogli, egli restituisce gli atti al Presidente del Tribunale di Sorveglianza, il quale fissa l'udienza a ruolo, con conseguente ritorno al normale *iter* procedurale.

¹⁶ Cfr., in argomento, A. MARGARA, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Quest. giust.*, 2015, 2, 107 ss. e 122, che aggiunge che: «È vero che anche il Magistrato di Sorveglianza è "coinvolto" nella gestione delle esecuzioni penali che esamina e decide, ma intanto dobbiamo vedere sempre questo "coinvolgimento" come gestione dei mezzi per il raggiungimento del fine riabilitativo della pena: anche questo, cioè, un coinvolgimento necessario, strettamente connesso alla funzione. E, inoltre, le caratteristiche di giudiziarietà [...] garantiscono un tasso di oggettività maggiore di quello che può essere proprio degli organismi penitenziari».

canismi che cristallizzano una volta per tutte il bilanciamento di interessi contrapposti effettuato dal legislatore, con un effetto perequativo delle specificità dei casi concreti¹⁷. In prima approssimazione possiamo definire l'automatismo legislativo come

quella disposizione che, in via derogatoria, prescrive il meccanico prodursi di un rigido effetto al verificarsi di un dato presupposto, quest'ultimo ritenuto presuntivamente sintomatico dell'elemento fondante la sua stessa *ratio legis*¹⁸.

Impossibile nascondere come questo *trend* sia esso stesso spia di una più generale sfiducia nella classe giudicante¹⁹, caratterizzandosi per uno spossessamento della discrezionalità e del libero convincimento del giudice, «soprattutto laddove la posta in gioco è alta (come nel caso dei condannati per reati gravi) o quando le istanze securitarie sono avvertite come molto pressanti (come nel caso dei recidivi)»²⁰. La Magistratura di Sorveglianza è conseguentemente ridotta a mera esecutrice di un giudizio di pericolosità sociale fondato sulla gravità del titolo di reato o sul particolare *status* del condannato (ad esempio recidivo reiterato) già definito negli esiti, in cui anche il diritto di difesa esce fortemente depotenziato, in quanto le parti vedono significativamente ridotte, se non del tutto precluse, le proprie prerogative con riferimento alla formazione della prova²¹.

¹⁷ Cfr. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4930 ss.

¹⁸ Così S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 29 novembre 2018, 8 ss.

¹⁹ Così F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, 247.

²⁰ Così L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1423.

²¹ Per quest'ultima considerazione, cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 8.

2.2. Legalità vs discrezionalità giudiziale: il necessario scollamento, funzionale all'istanza rieducativa, tra pena minacciata, irrogata ed eseguita

Il principio di legalità in materia penale vale non solo con riferimento al precetto ma anche alla sanzione penale, riferendosi in particolare al tipo, ai contenuti e alla misura delle pene. Esso implica, per quanto concerne il momento legislativo di previsione delle diverse sanzioni, una serie di fondamentali corollari, tra cui il divieto di pene indeterminate, la necessità di individuare con precisione la cornice edittale – che pure non deve essere troppo ampia, pena una discrezionalità eccessiva in capo al giudice – la necessità di criteri vincolanti per l'organo giudicante non solo di carattere fattuale, come accade nell'art. 133 c.p., ma anche di carattere finalistico²². Tale principio risponde primariamente ad esigenze di prevenzione generale, garantendo certezza ed effettività della pena.

In questo paragrafo è nostra intenzione approfondire un aspetto specifico, quello della tensione ineliminabile che si pone tra istanze special-preventive positive e principio di legalità²³. Il tema è evidentemente collegato alla progressiva pervasività riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale alla finalità rieducativa della pena.

Dopo un primo momento in cui ha sostenuto la teoria polifunzionale della pena, riferendosi alla finalità rieducativa come una tra le altre funzioni della pena, da relegare alla fase dell'esecuzione della pena²⁴, la Consulta è giunta ad affermare che essa,

²² Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, undicesima ed., 2022, 101. Cfr. anche E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 14 ss.

²³ Più in generale, sul tema della discrezionalità giudiziale in rapporto al principio di legalità, cfr., per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; recentemente V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 129 ss.

²⁴ Espressive della teoria polifunzionale della pena, le pronunce della Corte costituzionale, 2 febbraio 1966, n. 12, in www.giurcost.org, sulla pena pecuniaria, e l'ancor più famosa sentenza 22 novembre 1974, n. 264 relativa all'ergastolo, entrambe in www.corte costituzionale.it; riferiscono espressamente la finalità rieducativa al momento esecutivo della pena: C. cost., 19 dicembre 1963, n. 167 e C. cost., 30 luglio 1984, n. 237, entrambe in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «sfuggirebbe al controllo di legittimità l'indagine sulla efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore». In dottrina, cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv.*

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

e ancora che

se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto²⁵

e, da ultimo, la sua non sacrificabilità sull'altare di ogni altra funzione della pena²⁶. Il principio rieducativo vale dunque non solo per la Magistratura di Sorveglianza, ma anche per il giudice di cognizione e, prima ancora, per il legislatore che deve tenere in conto detta finalità nel predisporre l'apparato sanzionatorio. Ciò dovrebbe tradursi da un lato nella previsione di un'ampia gamma di pene diverse dal carcere e nel puntuale ossequio del principio di *extrema ratio* della pena detentiva²⁷ e, dall'altro, nella necessità di individuare un percorso di flessibilizzazione della stessa pena detentiva che porti il condannato, a seconda dei risultati raggiunti nel cammino rieducativo, ad un graduale ritorno in libertà²⁸.

it. dir. proc. pen., 1961, 8, 297 ss.; ID., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni convegni)*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 3-4, 437 ss. Sua l'idea che non esistano delinquenti incorreggibili. Per un'approfondita analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale rispetto all'art. 27 co. 3 Cost. in materia di esecuzione della pena, cfr. C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 147 ss.

²⁵ Cfr. C. cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1588 ss. Per un commento: G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385 ss. Più recentemente, prende le mosse da questo fondamentale arresto: A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 1 ss.

²⁶ Cfr. C. cost., 11 luglio 2018, n. 149, in www.cortecostituzionale.it, su cui *infra* in dettaglio, par. 2.5.2.

²⁷ Su cui cfr. L. EUSEBI, *Prevenzioni e garanzie. Promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma "umanizzatrice"?*, in *Studi senesi*, 2017, 1-2, 86 ss.

²⁸ La stessa Corte costituzionale ha cristallizzato un vero e proprio diritto alla rieducazione da intendersi quale diritto all'accesso all'esecuzione penale esterna. Per un ap-

Se quanto alla previsione astratta delle specie di pena, del loro contenuto e della loro durata massima e minima²⁹, il principio di legalità non sembra patire eccezioni di sorta³⁰⁻³¹, la Corte si è espressa in più occa-

profondimento della sentenza C. cost., 4 luglio 1974, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it* e per le sue implicazioni, cfr. *infra*, cap. III, sez. I, par. 3.5.1.

²⁹ Quanto alla durata della pena, è stato affermato dalla Corte costituzionale che l'equilibrio tra l'istanza di legalità della pena, che propenderebbe per una puntuale predeterminazione legale, ed il principio di uguaglianza – che, apprezzato nella sua dimensione sostanziale, agisce da contrappeso permettendo di individualizzare la risposta sanzionatoria – è stato individuato nella c.d. mobilità della pena di cui sono espressione le cornici edittali. Per questi rilievi, recentemente E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 10, che richiama C. cost., 16 luglio 1968, n. 104, in *www.giurcost.it*, e precisa come anche i principi espressi all'art. 27 co. 1 e 3 depongano a favore di una pena individualizzata.

Relativamente alla durata della pena, il tema più scottante, e tutt'ora attuale, è quello della legittimità dell'ergastolo rispetto alla finalità rieducativa della pena. Con riferimento all'ergastolo comune, la perdita del suo carattere definitorio – ovvero sia l'indeterminatezza nella durata, intervenuta ad opera di alcuni importanti arresti della Consulta e delle modifiche normative di cui alle l. n. 1634/1962 e n. 663/1986, le quali hanno portato all'applicazione anche all'ergastolano, sussistendone i presupposti, della liberazione condizionale, della liberazione anticipata (facendo proprio quanto già affermato nella sentenza della C. cost., 21 settembre 1983, n. 274), della semilibertà, dei permessi premio e del lavoro all'esterno – ha permesso alla Consulta di “salvare” la previsione normativa. Rimane invece tutt'ora aperto il problema con riferimento al c.d. ergastolo ostativo, quel “fine pena mai” che scatta in ipotesi di pena all'ergastolo per i condannati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. (cfr. art. 2 co. 2 d.l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991). Il dibattito sul tema, anche in dottrina, è stato particolarmente acceso, soprattutto dopo la pronuncia C. cost., n. 97/2021 su cui *infra*, par. 2.5.2.

³⁰ Salvo l'eccezione relativa alla disciplina delle misure di sicurezza, ove l'assenza di un riferimento al principio dell'irretroattività nel comma 3 dell'art. 25 Cost., e la previsione di cui all'art. 199 co. 2 c.p., hanno portato parte della dottrina a dubitare dell'applicabilità del corollario dell'irretroattività anche alle misure di sicurezza. Per un'interpretazione costituzionalmente orientata, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 130 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 546; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 873. Peraltro, e non è un caso, è proprio la fase predispositiva del precetto ad essere vocata in particolar modo ad istanze di tipo general-preventivo.

³¹ Ove riguardato nel prisma del principio di legalità, è lo stesso contenuto della sanzione detentiva che ci sembra deficitario sul versante della precisione definitoria: è infatti lo stesso concetto di limitazione della libertà personale a creare non pochi problemi allorché si tratti di comprendere quale sia quella quota di libertà personale che la detenzione non intacca, con tutte le problematiche connesse all'applicazione delle garanzie di cui agli artt. 13 e 25 Cost., su cui cfr. *supra* cap. I, par. 1.4.1.

sioni dichiarando l'incostituzionalità del minimo o del massimo previsti nelle cornici edittali di riferimento o dell'intera cornice edittale, considerando le previsioni in aperto contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità della risposta sanzionatoria alla luce degli artt. 3 e 27 co. 3 Cost.³². In passato, invece, le uniche censure di incostituzionalità si erano al più concentrate sul carattere fisso di talune previsioni sanzionatorie e avevano riguardato ancora una volta l'art. 3, nella sua accezione di uguaglianza sostanziale, e l'art. 27 co. 3 Cost.³³.

³² Cfr. C. cost., 25 luglio 1994, n. 341, in www.giurcost.it, in cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del minimo edittale pari a 6 mesi previsto per il delitto di oltraggio (art. 341 co. 1 c.p.), su cui R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 4, 2815 ss. Cfr. anche C. cost., 10 novembre 2016, n. 236, in www.cortecostituzionale.it, sul delitto di alterazione di stato mediante falsificazione (art. 567 co. 2 c.p.), che ha dichiarato incostituzionale l'intera cornice edittale ridefinendola. Per un commento, cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 61 ss.; E. APRILE, *La Consulta ridefinisce la cornice sanzionatoria del reato di alterazione di stato di cui all'art. 567, comma 2, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 513 ss. In argomento, rileva anche il caso paradigmatico della materia degli stupefacenti: cfr. C. cost., 12 febbraio 2014, n. 32, in www.cortecostituzionale.it, e la successiva sentenza Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2014, n. 33040, Jazouli, in www.dejure.it. Per un commento A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 49 ss.; F. VIGANÒ, A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 27 febbraio 2014; S. LO FORTE, *Profili di (in)costituzionalità della legge c.d. Fini-Giovanardi e le Sezioni Unite nella parte del "leone" per la soluzione delle principali questioni applicative in materia di stupefacenti*, in *Giust. pen.*, 2016, 5, 288 ss.; R. DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sui giudicati di condanna - I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1331 ss.; ID., *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sui giudicati di condanna - Il parte*, *ivi*, 2015, 5, 1720 ss. Sottolineiamo che, nel tempo, la Corte ha anche progressivamente modificato la propria tecnica decisoria, iniziando a rilevare l'illegittimità costituzionale della norma oggetto di scrutinio constatando una sproporzione per eccesso della cornice edittale a seguito di un raffronto diretto con i parametri costituzionali invocati (artt. 3 e 27 co. 3 Cost.), a prescindere dalla comparazione con il trattamento sanzionatorio stabilito per altre fattispecie omogenee (*tertium comparationis*). Tutte le sentenze si trovano pubblicate in www.giurcost.org.

³³ Cfr. C. cost., n. 12/1966, cit., sulle pene pecuniarie fisse, su cui cfr. F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della riedu-*

Non è dunque il principio di legalità a subire eventuali contrazioni quando a venire in oggetto è la pena in astratto, quanto una certa accezione del principio rieducativo, letto sempre in relazione al parametro della giusta proporzione: nella misura in cui la cornice edittale definita per un certo fatto di reato sia tale da compromettere *a priori* la possibilità di irrogare una pena che possa sortire effetti rieducativi, sarà in particolare prospettabile una questione di legittimità costituzionale *ex art. 3 Cost.* per irragionevolezza della previsione e *ex art. 27 co. 3 Cost.*, in quanto il condannato non potrà mai considerare proporzionata e dunque giusta la pena prevista³⁴. Rammentiamo infatti che l'istanza special-preventiva può (e deve) contemperare l'istanza di prevenzione generale anche in

cazione del condannato, Padova, 1964, 202, e la successiva C. cost., 14 aprile 1980, n. 50, in www.cortecostituzionale.it, con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 2, 733 ss., in cui viene espresso il principio della legittimità della previsione delle pene fisse solo allorquando esse siano comminate per reati espressivi di un disvalore non graduabile. Più recentemente, cfr. la rivoluzionaria sentenza C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in www.cortecostituzionale.it, sulla pena accessoria per la bancarotta fraudolenta, in cui la Consulta ha infranto per la prima volta il “muro” delle c.d. “rime obbligate”, su cui A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 10 dicembre 2018. In argomento, cfr. anche A. MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, 910 ss.; M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 85 ss.

³⁴ Così, per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 111 ss. Peraltro è la stessa Consulta nella fondamentale sentenza n. 313/1990, cit., ad affermare che «se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto». Cfr. anche ID., *Pena e Costituzione*, cit., 14-15, secondo cui verrebbe in gioco anche il principio di legalità (art. 25 Cost.), il quale deve essere declinato non solo in relazione al reato, ma anche in relazione alla pena, la quale non potrebbe né essere indeterminata nel massimo (es.: espulsione a titolo di sanzione sostitutiva), né essere inquadrata in una cornice edittale imprecisa (come avviene per la disciplina del concorso formale e del reato continuato) o eccessivamente divaricata (come avveniva per la reclusione militare prevista per il reato di violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata prima della sentenza della C. cost., 24 giugno 1992, n. 299, in www.cortecostituzionale.it), né consentire al giudice di definirne il contenuto a proprio arbitrio (sarebbe il caso dell'apparato prescrizione dell'affidamento in prova al servizio sociale).

fase di minaccia di pena³⁵. Il principio rieducativo, che viene in questo senso collegato al principio di giusta proporzione³⁶, svolge però, se vogliamo, un ruolo rafforzativo dell'istanza legalistica, in quanto permette alla Corte costituzionale di esprimere il proprio vaglio rispetto ad una scelta operata dal legislatore avente ad oggetto non tanto la selezione delle condotte da criminalizzare quanto l'individuazione della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore penale del fatto, allorquando essa non appaia congrua e proporzionata.

In questi casi è piuttosto un altro il problema che, con riferimento specifico alla fase esecutiva, si è posto successivamente alle declaratorie citate: quello della c.d. legalità della pena *in executivis*. Allorquando si tratti di sentenze di condanna già passate in giudicato, a rilevare è un *vulnus* al principio di legalità nella misura in cui la pena in esecuzione sia divenuta illegittima a causa della declaratoria di illegittimità costituzionale della cornice edittale di riferimento o di una circostanza aggravante o, ancora, di una regola di bilanciamento in deroga. È nota infatti la vicenda dei “fratelli minori” di Scoppola che ha portato, nella sentenza delle Sezioni Unite Ercolano, all'affermazione di una competenza in capo al giudice dell'esecuzione di rimodulazione della pena *in executivis*. Il fenomeno, che non è oggetto specifico della presente trattazione, ha contribuito al superamento del dogma dell'intangibilità del giudicato, ritenendosi non tollerabile l'applicazione di una pena dichiarata non conforme alla Costituzione³⁷.

³⁵ È questa l'interpretazione avallata anche dalla Consulta con la già citata sentenza n. 313/1990, cit., in cui si afferma la rilevanza della finalità rieducativa da quando la pena “nasce” a quando “muore”. La dottrina è concorde nel ritenere che non si possa applicare l'approccio dialettico in maniera rigida ritenendo cioè che ogni singola fase sia presidiata esclusivamente da una sola finalità della pena. Pertanto è possibile rinvenire una finalità che acquista un peso preponderante in ciascuna delle fasi. Cfr., in argomento, già A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, cit., 17 ss., E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., in particolare 143 ss.

³⁶ Su questa correlazione, cfr. *infra* in dettaglio.

³⁷ Il problema della necessaria modificabilità del giudicato – e dei poteri da riconoscere in questo senso al giudice dell'esecuzione – a fronte di una pena c.d. illegittima, si è posto in occasione della declaratoria di incostituzionalità delle cornici edittali, così come dell'aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11 *bis* c.p. Cfr. C. cost., nn. 249 e 250, entrambe del 8 luglio 2010, in www.cortecostituzionale.it, e Cass. pen., 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 19 gennaio 2012,

La prospettiva ci sembra invece cambiare radicalmente allorquando

con nota di M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima* o della previsione di cui all'art. 69 co. 4 c.p., come modificata dalla legge ex Cirielli (C. cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *www.cortecostituzionale.it*, e Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *www.dejure.it*, da cui è deducibile il seguente principio di diritto: «Laddove sia colpita da incostituzionalità una norma penale non incriminatrice, ma che comunque abbia inciso sulla determinazione della pena sfavorevolmente, per come irrogata a seguito di una sentenza penale irrevocabile e di cui non sia cessata l'esecuzione, al giudice dell'esecuzione è dato il potere di rideterminare il trattamento sanzionatorio»). In tema, cfr. M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, cit., 229 ss., che, riferendosi alle torsioni che la pena viene a subire durante la fase dell'esecuzione, parla di due diverse metamorfosi, riferendosi, da un lato, alla doverosa metamorfosi consistente nella rideterminazione della pena per rendere “legale” la pena in esecuzione rispetto ad eventuali declaratorie di incostituzionalità di cornici edittali o comunque di disposizioni relative alla commisurazione; dall'altro, al diverso fenomeno, oggetto della nostra trattazione, relativo all'opera di modificazione della pena irrogata dal giudice di cognizione durante la fase esecutiva da parte della Magistratura di Sorveglianza. Cfr., quanto al primo dei due profili, anche B. NACAR, *I “nuovi” poteri del giudice dell'esecuzione di rideterminazione della pena illegittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 2, 189 ss.; C. PECORELLA, *La rideterminazione della pena in sede di esecuzione: le Sezioni Unite danno un altro colpo all'intangibilità del giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 181 ss. In particolare sulla vicenda relativa ai “fratelli minori” di Scoppola, cfr. C. cost., n. 18 luglio 2013, n. 210, in *www.cortecostituzionale.it*, e Cass. pen., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *www.dejure.it*. Per un commento, cfr. F. GAITO, *Giudicato sempre più aperto e composizioni sulla pena*, in *Arch. pen. web*, 2, 1 ss. Il problema, nel caso di specie, si è posto perché l'art. 673 c.p., nel disciplinare la revoca della sentenza, fa riferimento, tra le altre cause, esclusivamente all'abrogazione e alla declaratoria di illegittimità costituzionale della sola previsione incriminatrice. Sulla base delle sollecitazioni provenienti da Strasburgo si è dunque giunti a ritenere rimodulabile da parte del giudice dell'esecuzione la pena sulla scorta di quanto previsto negli artt. 666 c.p.p. e 30 co. 4 della l. 11 marzo 1953, n. 87. Cfr., in argomento, il puntale commento di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 250 ss. L'articolato iter giurisprudenziale è infine giunto ad affermare la fisiologica c.d. cedevolezza del giudicato, con riferimento al trattamento sanzionatorio, e dunque, in ultima istanza, la recessività dell'interesse alla certezza del diritto, e nello specifico della pena, ferma l'intangibilità del giudicato per la parte afferente all'ascrizione di responsabilità. In argomento, prima che la c.d. saga avesse inizio, cfr. ID., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati*

vengano in rilievo il momento commisurativo e, più nello specifico, il momento esecutivo: è qui che emerge un'evidente tensione tra il principio di legalità della risposta sanzionatoria e quello rieducativo.

È il singolo caso concreto nel momento commisurativo a reclamare una certa discrezionalità giudiziale, seppure a detta della più accreditata manualistica, tre volte vincolata³⁸. Rispetto all'individuazione della risposta sanzionatoria da considerarsi congrua, è sempre l'art. 27 co. 3, insieme all'art. 3 Cost., a giocare un ruolo rilevante, in quanto solo una pena considerata dal condannato giusta – e dunque proporzionata – sarà in grado di orientarlo verso un cammino rieducativo³⁹.

Con riferimento al momento esecutivo della pena, è la stessa flessibilità della risposta sanzionatoria a scalfire l'istanza legalistica che vorrebbe la pena "certa" nell'accezione di prevedibile *ex ante*, aprendo invece a spazi di discrezionalità rilevanti riconosciuti alla Magistratura di Sorveglianza nel valutare il cammino rieducativo intrapreso dal condannato o comunque la risposta sanzionatoria maggiormente funzionale al suo reinserimento sociale.

Come affermato da autorevole dottrina, la discrezionalità giudiziale, nel permettere al giudice di valutare le peculiarità del caso concreto, mira a soddisfare il bisogno di uguaglianza, intesa nella sua accezione so-

all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 10 aprile 2012;

³⁸ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 798 ss., secondo cui la discrezionalità giudiziale risulta vincolata dalla previsione della cornice editale, dai criteri fattuali di cui all'art. 133 c.p. e dall'obbligo motivazionale relativo al *quantum* di pena irrogato di cui all'art. 132 c.p. Cfr. in materia di commisurazione della pena i fondamentali lavori di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., *passim*; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, *passim*.

³⁹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 176 ss., in particolare 179-180 e più recentemente ID., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi e domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1667 ss.; ID., *Pene editali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 113 ss., in particolare 149. Per considerazioni in parte divergenti, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazioni, contratti e obbligazioni, famiglia e successioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, vol. I, Mantova, 2017, 315.

stanziale, come «diversa valutazione dei distinti»⁴⁰. Coerentemente, «la discrezionalità penale è, dunque, una forma di equità, ovvero un giudizio del caso concreto»⁴¹.

Se questa è l'istanza primaria sottesa al necessario riconoscimento di una certa discrezionalità all'organo giudicante, essa è evidentemente riscontrabile nel momento in cui si passi dal piano astratto della previsione legislativa della risposta sanzionatoria al piano concreto del singolo caso. Come chiarito, il legislatore ha, infatti, rinunciato a predeterminare rigidamente pena e entità della risposta sanzionatoria, affidando invece al giudice, attraverso l'applicazione dei criteri fattuali di cui all'art. 133 c.p., l'individuazione di un *quantum* di pena che, all'interno della cornice editale e tenuto conto delle eventuali circostanze, rappresenti la risposta sanzionatoria congrua rispetto alla gravità del fatto e alla c.d. capacità a delinquere del condannato. In questo contesto è l'obbligo motivazionale che si estende specificamente al *quantum* di pena che dovrebbe assicurare un "recupero" sul piano della legalità. Come è noto, peraltro, l'obbligo motivazionale citato è per lo più disatteso dalla classe giudicante, tanto che la Cassazione è giunta ad affermare che esso è imprescindibile – e non può ridursi a mere formule stereotipate – solo ove il giudice ritenga che le peculiarità del caso concreto lo conducano a far applicazione della pena nella sua metà superiore, ad attestarsi cioè tecnicamente verso il massimo⁴².

⁴⁰ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., VIII.

⁴¹ Così ancora F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 102.

⁴² Tradizionalmente, infatti, la tendenza dei giudici è quella di irrogare una pena appiattita sul minimo editale: ciò allo scopo di mitigare gli eccessi sanzionatori tipici del codice Rocco. Le formule di stile più comunemente usate sono le seguenti: «al fine di adeguare la pena al fatto», oppure «avuto riguardo all'entità del fatto e alla personalità dell'imputato», oppure ancora «equa appare la pena di...»). Nel caso in cui il giudice irroghi una pena prossima al minimo editale, ovvero inferiore alla media editale, la giurisprudenza ritiene che l'obbligo di motivazione del giudice si attenui: in questo caso è sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 c.p. Così, ad esempio, Cass. pen., 22 febbraio 2019, n. 29968, Del Papa, in *www.dejure.it*. Mano a mano che ci si discosti dal minimo editale, più intenso diventa invece l'obbligo motivazionale del giudice. Ciò vale in particolare in caso di irrogazione di una pena base pari o superiore al medio editale: il che richiede una specifica motivazione in ordine ai criteri soggettivi e oggettivi elencati nell'art. 133 c.p., valutati ed apprezzati tenendo conto della funzione rieducativa, retributiva e preventiva

Con specifico riferimento alla fase esecutiva, il superamento dell'ottica esclusivamente retributiva, consacrato nella cristallizzazione della finalità rieducativa nella Carta costituzionale, ha revocato in dubbio il tratto dell'immutabilità della sanzione penale⁴³ aprendo alla previsione di modalità alternative all'esecuzione della pena detentiva e ad una pena per sua natura "in possibile evoluzione". «È dunque nello statuto costituzionale della pena la sua modificabilità in fase esecutiva»⁴⁴.

L'introduzione delle misure alternative alla detenzione, intervenuta con la legge sull'ordinamento penitenziario⁴⁵, ha dunque riequilibrato in un'ottica special-preventiva un sistema penale fortemente sbilanciato verso la funzione retributiva e general-preventiva della pena.

della pena. Così Cass. pen., 27 giugno 2019, n. 35100, Torre; Cass. pen., 27 aprile 2017, n. 36104, Mastro; Cass. pen., 8 maggio 2013, n. 28852, Taurasi; Cass. pen., 13 marzo 2013, n. 24213, Pacciarotti, tutte in *www.dejure.it*, in cui si legge che «in tema di determinazione della pena, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale». Lo stesso vale anche in relazione all'esercizio del potere di scelta tra l'applicazione della pena detentiva e quella pecuniaria, ove la norma incriminatrice le preveda in via alternativa e il giudice si risolva per l'irrogazione della pena detentiva (Cass. pen., 20 febbraio 2018, n. 10772, Formicola, in *www.dejure.it*). L'obbligo motivazionale stringente verrebbe invece meno nella misura in cui il giudice optasse per la pena pecuniaria, anche qualora si attestasse in una misura superiore a quella media. Così Cass. pen., 18 novembre 2014, n. 8560, Merenda; Cass. pen., 18 giugno 2015, n. 37867, Di Santo, entrambe in *www.dejure.it*.

⁴³ Cfr. L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulle funzioni della pena*, Brescia, 1980, *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 39 ss.

⁴⁴ Così M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, cit., 340.

⁴⁵ L'affidamento in prova e la semilibertà sono state disciplinate dalla l. n. 354/1975, mentre la detenzione domiciliare, nella sua originaria "versione umanitaria", è stata introdotta dalla legge Gozzini del 1986 (cfr. attuale art. 47 *ter* co. 1 o.p.). Numerose altre misure alternative sono state introdotte successivamente con ulteriori interventi normativi: è il caso ad esempio della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47 *quinquies* e delle misure alternative per soggetti affetti da AIDS conclamata o affetti da grave deficienza immunitaria di cui all'art. 47 *quater* o.p., rispettivamente introdotti ad opera della l. n. 231 del 12 luglio 1999, il primo, e della l. n. 40 del 8 marzo 2001, poi modificata con la l. n. 62 del 21 aprile 2011, il secondo.

Assumono qui un ruolo centrale i corollari del principio rieducativo quali l'individualizzazione della risposta sanzionatoria, la flessibilità della pena e il reinserimento c.d. graduale del condannato. Nella fase esecutiva della pena, ove vi sia stato un inizio di esecuzione della pena in carcere, la discrezionalità del giudice è infatti oggi esercitata al fine di adeguare la sanzione ai progressi compiuti dal condannato e all'evolvere della sua personalità nel corso del trattamento⁴⁶.

È la Magistratura di Sorveglianza ad essere chiamata a dare piena attuazione ai principi citati nel suo ruolo di giudice di prossimità, il cui oggetto di giudizio, a differenza di quanto accade in fase di cognizione, non è il fatto, ma l'uomo⁴⁷, in quanto tale suscettibile di evoluzione e cambiamento, come ci ha rammentato la Consulta anche recentemente⁴⁸.

Ed è proprio nella costante frizione tra flessibilità della sanzione, che porta la Magistratura di Sorveglianza ad adeguare la risposta sanzionatoria ai cambiamenti del condannato intervenuti durante il percorso rieducativo, e principio di legalità, funzionale alla certezza della risposta sanzionatoria e dunque alla sua prevedibilità, che registriamo quello iato tra pena non solo minacciata, ma anche irrogata dal giudice di cognizione, e pena in concreto eseguita, che è stata a più riprese stigmatizzata anche di recente in dottrina⁴⁹.

⁴⁶ Ove invece si tratti di condannati c.d. liberi sospesi *ex art. 656 c.p.p.*, il giudizio evidentemente muta, così come mutano i documenti che vanno a confluire nel fascicolo del Tribunale di Sorveglianza allorché lo stesso debba decidere della concessione di una misura alternativa dalla libertà: non più la relazione di sintesi dell'*équipe*, ma la relazione socio-familiare dell'Ufficio di esecuzione penale esterna competente. Il compendio istruttorio comune ad entrambe le ipotesi è invece costituito dalle informazioni richieste alle forze dell'ordine, nonché dai certificati delle iscrizioni e delle pendenze *ex artt. 335 e 60 c.p.p.*, su cui cfr. *infra*, par. 2.3.

⁴⁷ Seppur con riferimento al giudizio sulla pericolosità sociale relativo alle misure di sicurezza, chiarisce come gli strumenti a disposizione del Magistrato di Sorveglianza siano gli stessi a disposizione del giudice di cognizione, cambiando solo l'oggetto del giudizio, A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 76.

⁴⁸ Così C. cost., n. 149/2018, cit.

⁴⁹ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in G. BORRÈ, P. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1988, 51 ss. Più recentemente: M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, cit., 339 ss.

Occorre dunque trovare il punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilizzazione e di individualizzazione della pena, di cui la discrezionalità riconosciuta nel caso concreto alla Magistratura di Sorveglianza è espressione, e il principio di legalità⁵⁰.

2.3. Il giudizio “flessibile” della Magistratura di Sorveglianza in tema di accesso alle misure alternative

Approfondendo, seppur solo per cenni, la tematica della riserva di legge in materia di esecuzione della pena, non si può prescindere dal porsi una questione fondamentale, se cioè la riserva di legge, e più in generale il principio di legalità, debba valere, e in che misura, in materia di misure alternative. Se non è a nostro avviso possibile revocare in dubbio l'applicabilità del principio di legalità anche in materia di misure alternative, riteniamo però che esso debba subire un contemperamento, legato alla necessaria valorizzazione della finalità rieducativa della pena e dei suoi corollari, tra cui spiccano, come già chiarito, non solo l'individualizzazione del percorso trattamentale ma anche la flessibilizzazione della risposta sanzionatoria e il graduale reinserimento sociale⁵¹. Ci sembrano a tal proposito ancora del tutto attuali le parole di Bricola:

⁵⁰ Mette bene a fuoco la questione M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 433, quando precisa che «la delimitazione *perimetrale e contenutistica* degli spazi di discrezionalità giudiziale deve essere pertanto condotta nel quadro di un programma sanzionatorio e politico-criminale complessivo, che presuppone però la *metabolizzazione* di una rinnovata cultura della individualizzazione, capace di affrancarsi sia da forme massimaliste di legalismo sia da altrettanto discutibili adesioni a paradigmi incentrati sul “mito” positivistico dell'indeterminatezza sanzionatoria quale presupposto irrinunciabile per il raggiungimento di una pena realmente personalizzata».

⁵¹ Ritiene che le misure alternative, quale massima espressione della finalità rieducativa, debbano necessariamente riconoscere una «larga e speciale discrezionalità al giudice» F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 541. Larga perché la discrezionalità attiene sia all'*an* sia al *quomodo* relativo ai contenuti prescrittivi delle misure alternative, speciale perché attinente al profilo personalologico del condannato.

L'inserimento di momenti giurisdizionali nell'esecuzione è condizionato dal fatto che l'attribuzione di una valenza rieducativa alla pena comporta, se non l'adozione della pena c.d. indeterminata, la configurazione di taluni istituti (es. liberazione anticipata, semilibertà, etc.) diretti ad alleviare la durata prefissata della pena ovvero a sospenderne l'esecuzione⁵².

Una certa flessibilità delle norme che declinano i presupposti per la concessione delle citate misure è dunque se vogliamo "ontologica", ma «non può tramutarsi in una sostanziale rinuncia al principio di legalità e, conseguentemente, in una delega in bianco all'autorità penitenziaria»⁵³.

Se prendiamo come riferimento i presupposti delle diverse misure alternative non possiamo non rilevare come si tratti di formule normative molto elastiche e di clausole generali che devono essere riempite di contenuti⁵⁴. Solo a titolo esemplificativo richiamiamo qui il presupposto dell'affidamento in prova relativo al fatto che «il provvedimento stesso contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 o.p.); quello della semilibertà, concernente «i progressi compiuti nel corso del trattamento, sempre che vi *siano* le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società» (art. 50 o.p.); quello della detenzione domiciliare generica, relativo all'idoneità «ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati» (art. 47 *ter* co. 1 *bis* o.p.); quello relativo alla partecipazione all'opera di rieducazione proprio della liberazione anticipata; quel-

⁵² Cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 269.

⁵³ Così A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 32. Notevoli problemi sia sul versante del principio di legalità sia su quello dell'esercizio della stessa discrezionalità giudiziale sorgono qualora i presupposti si limitino a richiamare l'esigenza che la misura deve contribuire alla rieducazione del reo, come accade ad esempio per l'affidamento in prova; così come notevoli problemi esegetici ha posto una formula quale quella del «sicuro ravvedimento» richiesta dall'art. 176 c.p. come presupposto per la liberazione condizionale. Sul punto, cfr. nt. 69.

⁵⁴ Parla espressamente di "elastica" funzione, L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1406. Cfr. anche G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., *passim*; C.A. ESPOSITO, *Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Torino, 2004, 24 ss.

lo dell'assenza di pericolosità sociale per la concessione del premesso premio⁵⁵ e, infine, quello del «sicuro ravvedimento» per la liberazione condizionale, che non a caso ha suscitato un vivo dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza⁵⁶.

È anche vero, però, che la presenza di riferimenti troppo specifici si risolverebbe nell'introduzione di elementi di rigidità in un sistema volutamente flessibile, realizzando di fatto un controsenso⁵⁷. Il giudizio sull'evoluzione personologica del condannato nell'ottica del suo reinserimento sociale appare tanto ampio e complesso che ogni tentativo di inserirlo «in schematiche tipizzazioni normative, prima che impossibile, sarebbe discriminatorio e pericoloso»⁵⁸. È proprio la natura del giudizio della Magistratura di Sorveglianza a rendere connaturale questo margine di «discrezionalità suppletiva», in quanto si tratta di un giudizio di tipo prognostico, che si caratterizza per un connotato di maggiore «fluidi-

⁵⁵ Questa specifica misura rimanda espressamente al concetto di pericolosità sociale di cui all'art. 203 c.p. che rinvia ai criteri fattuali di cui all'art. 133 c.p., gravità del fatto e capacità a delinquere. Si è a questo proposito rilevato che si tratta in realtà di «un giudizio di compatibilità tra la pericolosità sociale rilevata nel caso concreto e le modalità di esecuzione del permesso premio, in termini di ragionevole aspettativa di una corretta gestione del beneficio da parte dell'interessato». Così F. FIORENTIN, *Sub art. 30 bis o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 430. Oltre alla pericolosità, rilevano anche la condotta tenuta *intramoenia*, ed in particolare la partecipazione al trattamento, come pure i motivi per cui il permesso è stato richiesto.

⁵⁶ Cfr. G. FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, in *Indice pen.*, 1989, 363; L. CESARIS, *Sulla valutazione del "sicuro ravvedimento" ai fini della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 1, 291 ss.; A. MORRONE, *Liberazione condizionale tra risarcimento del danno e ravvedimento del reo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 2, 209 ss.; F. FIORENTIN, *Liberazione condizionale*, in ID. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, cit., 1 ss. Sottolinea come la giurisprudenza si sia spinta a definire un vero e proprio catalogo di «comportamenti concludenti» espressivi dell'effettivo ravvedimento a riprova delle difficoltà per il giudice di investigare il c.d. foro interno del condannato L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1420, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali relativi. Cfr. nt. 69.

⁵⁷ Così A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quad. del C.S.M., La Magistratura di Sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, 1991, 46, 212.

⁵⁸ Così G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., 137-138.

tà” rispetto al rigore richiesto da un accertamento sul fatto⁵⁹. La stessa elasticità della norma è peraltro funzionale al tipo di giudizio cui il Magistrato di Sorveglianza è chiamato che, con riferimento alle misure alternative, è un giudizio di pericolosità sociale di tipo negativo⁶⁰, un giudizio predittivo «il cui perimetro non è confinato nelle sicurezze di un passato certamente avvenuto, ma è proteso ad un futuro aperto, sperato o temuto a seconda dei casi, ma solo immaginato»⁶¹. Certo la flessibilità congenita alla trasposizione normativa di giudizi di questa natura non può tradursi in una rinuncia al principio di legalità⁶², ma dovrebbe forse portare ad un’applicazione più elastica del principio, come ad esempio è stato suggerito con riferimento alle misure di sicurezza⁶³. Questa caratteristica intrinseca, che connota, secondo parte della dottrina, il giudizio prognostico del Magistrato di Sorveglianza in materia di concessione di misure alternative quale valutazione «di incerta consistenza e di dubbio fondamento»⁶⁴, si pone, a nostro modo di vedere, in frizione con il principio di legalità tutte le volte in cui l’incertezza dei presupposti sia eccessiva, rischiando di degenerare in un giudizio “da sfera di cristallo”⁶⁵.

⁵⁹ Cfr. G. DI GENNARO, E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rass. studi penit.*, 1975, 1 ss.; A. DI MARTINO, *Rivoltarsi nella feccia di Romolo. Lessico di legge, situazioni di stallo e aporie del trattamento*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 12.

⁶⁰ Si interroga sul diverso contenuto dei giudizi di pericolosità sociale F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, cit., 955 ss.

⁶¹ Così G.M. PAVARIN, *Pericolosità sociale: il ruolo del Magistrato di Sorveglianza*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020, 103.

⁶² Così, A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., 32.

⁶³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 872-873; A. CABIALE, *Sub art. 199 c.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 942.

⁶⁴ Così T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 425.

⁶⁵ Cfr. G. NEPPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 56 che ritiene i «criteri per la concessione delle singole misure alternative [...] talmente generici da rendere aleatorio il loro accertamento da parte degli operatori che dovrebbero condurre l’osservazione della personalità, in vista dei relativi provvedimenti del Tribunale di Sor-

Non a caso la stessa Corte costituzionale ha affermato a questo proposito che il giudizio prognostico, per la sua connaturale struttura, è suscettibile anche di fondarsi su elementi di tipo presuntivo, sempre che essi corrispondano «a comportamenti obiettivamente rilevabili»⁶⁶.

veglianza». Secondo l'Autore, tali meccanismi «hanno messo in crisi gli stessi presupposti di legalità della pena detentiva».

⁶⁶ Cfr. C. cost., 23 marzo 1964, n. 23, in *Giur. cost.*, 1964, 193, in materia di giudizio prognostico relativo alle misure di prevenzione. Questo principio è stato poi ribadito più volte, sempre in tema di misure di prevenzione. Cfr. C. cost., 22 dicembre 1980, n. 177; 7 dicembre 1994, n. 419, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*.

Come afferma, citando la sentenza della C. cost., 7 dicembre 1994, n. 419, in *www.cortecostituzionale.it*, A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., 33, «cambia la tecnica legislativa ma non l'obiettivo finale che deve rimanere quello di evitare l'uso di una formula che» «non individua una fattispecie sufficientemente determinata tale da escludere valutazioni puramente soggettive da parte dell'autorità competente, finendo così con l'attribuire a questa uno spazio di incontrollabile discrezionalità». Nel caso di specie il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento alla previsione di cui all'art. 25 *quater* co. 1 (soggiorno cautelare) del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 «Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa», conv., con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356. Tale norma, al comma 1, attribuisce al Procuratore Nazionale Antimafia il potere di «disporre il soggiorno cautelare di coloro nei cui confronti abbia motivo di ritenere che si accingano a compiere taluno dei delitti indicati nell'art. 275, comma 3, del c.p.p. avvalendosi delle condizioni previste nell'art. 416 *bis* del c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni indicate nel medesimo art. 416 *bis*». La Corte, richiamando principi già espressi in precedenti sentenze, e fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ritiene però la questione non fondata. In particolare la Consulta ricorda che «con la sentenza n. 23 del 1964, questa Corte ebbe modo di affermare – esplicitando principi già insiti in precedenti pronunce – che dalla natura e dalle finalità delle misure di prevenzione discende che “nella descrizione delle fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene”. Nella sentenza n. 177 del 1980 si sottolineò ulteriormente l'esigenza che “l'applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in “fattispecie di pericolosità, previste – descritte – dalla legge”; per cui l'accento cade sul sufficiente o insufficiente grado di determinatezza della descrizione legislativa di tali fattispecie (destinate a costituire il parametro dell'accertamento del giudice), descrizione che “permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa

Al fine di scongiurare questo rischio, dunque, si è assistito ad una «sempre più marcata oggettivizzazione dei giudizi in sede di sorveglianza»⁶⁷, introducendo nella valutazione prognostica anche elementi fattuali come i precedenti, i carichi pendenti, il titolo di reato, le denunce, soprattutto laddove venga a mancare l'apporto dei tradizionali parametri fondati sull'osservazione dell'individuo⁶⁸.

fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire". E si aggiunte che la descrizione di tali condotte non può non involgere il riferimento, esplicito o implicito, ai reati, o alle categorie di reati, della cui prevenzione si tratta, per cui essa acquista tanto maggiore determinatezza quanto più consenta di dedurre dal verificarsi delle condotte indicate la ragionevole previsione che quei reati potrebbero venir consumati». Tanto basta a permettere alla Corte costituzionale di concludere che «la formula adoperata dal legislatore consente di interpretare la norma nel senso che la valutazione del procuratore nazionale antimafia debba ancorarsi a fatti e comportamenti oggettivi, che egli ragionevolmente ritenga, sulla base di adeguata motivazione, strumentalmente collegati alla commissione di una o più delle fattispecie criminose tassativamente indicate». Nella medesima sentenza la Corte non manca di osservare che «l'istituto, così com'è concretamente disciplinato, integra senza dubbio una restrizione della libertà personale e non una mera limitazione della libertà di circolazione e soggiorno, e cade, quindi, sotto il disposto dell'art. 13 della Costituzione (esattamente invocato dal remittente) e non già nell'ambito di operatività dell'art. 16 della Carta». In dottrina, sul tema delle misure di prevenzione, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. i contributi richiamati nel cap. I, nt. 53.

⁶⁷ Così L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1414 ss. e 1423. Secondo l'Autrice, mentre la giurisdizione di cognizione apparirebbe impermeabile ai giudizi di carattere rieducativo, la Magistratura di Sorveglianza sarebbe maggiormente incline ad allontanarsi dal suo originario *modus operandi* mostrando una «tendenziale propensione ad assumere, apparentemente contro natura, le forme di cognizione». L'espressione più significativa di questo *trend* sarebbe appunto la progressiva mutazione delle misure alternative, con specifico riferimento alla loro concedibilità anche dalla libertà, su cui *infra*. Della medesima opinione anche F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persone/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2928 ss. Nel contributo citato l'Autore precisa come siano stati gli stessi Magistrati di Sorveglianza ad orientarsi verso l'apprezzamento di elementi oggettivi: ne sono un esempio la valorizzazione centrale della prospettiva lavorativa nella semilibertà, neppure contemplata esplicitamente nella fattispecie quale autonomo presupposto, o la tendenza a valorizzare la mera assenza di disciplinari per la concessione della liberazione anticipata o, ancora, la disponibilità di un domicilio idoneo per la detenzione domiciliare generica.

⁶⁸ Come accade ad esempio in caso di liberi sospesi *ex art. 656 co. 5 c.p.p.*, su cui *infra* in dettaglio.

Rimane peraltro insuperato il problema di dover comunque valutare elementi che attengono alla sfera introspettiva e che dunque risultano di assai problematica individuazione. L'esempio paradigmatico è la c.d. revisione critica rispetto al fatto di reato commesso, elemento di difficile definizione, che rimanda alla dimensione psicologica profonda⁶⁹.

⁶⁹ Dispone oggi l'art. 13 co. 3 o.p.: «Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione». Cfr., in argomento, M. BORTOLATO, E. VIGNA, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Bari-Roma, 2020, 89-90, in cui si precisa che la riflessione critica non coincide con un'ammissione di responsabilità, significa invece «partire da una riflessione su quanto sta scritto nella sentenza di condanna. Anche una minima riflessione sul mondo di valori toccato dal reato, su ciò che emerge dalla vita vissuta, sul contesto dal quale il carcerato proviene per cominciare a guardare al futuro, a un futuro diverso». La nozione di revisione critica ha dato luogo ad un vivace contrasto giurisprudenziale, soprattutto in tema di liberazione condizionale, sotto il profilo delle condizioni necessarie per potersi ravvisare il «sicuro ravvedimento» di cui all'art. 176 co. 1 c.p., talora esigendosi che la netta scelta di revisione critica rispetto al passato deviate parta dal riconoscimento degli errori commessi (Cass. pen., 11 luglio 2014, n. 45042, Minichini), talaltra ritenendosi che la mancata ammissione delle proprie colpe non possa, di per sé sola, costituire indice del mancato ravvedimento, posto che l'art. 176 c.p. richiederebbe solo la convinta adesione al trattamento rieducativo, l'accettazione dell'espiazione della pena ed i suoi positivi risultati in termini di conseguito ravvedimento (Cass. pen., 10 dicembre 2004, n. 196, Micaletto: al condannato non sono richieste «né abiure formali né riconoscimenti di errori o colpe»). Sembra comunque prevalere una concezione per così dire "laica", secondo cui la nozione di ravvedimento starebbe ad indicare il complesso dei comportamenti concretamente tenuti ed esteriorizzati dal soggetto durante l'espiazione, obiettivamente idonei a dimostrare, anche sulla base del progressivo percorso trattamentale di rieducazione e di recupero, la convinta revisione critica delle pregresse scelte criminali e a formulare in termini di "certezza" – o di elevata e qualificata "probabilità" confinante con la certezza – un serio, affidabile e ragionevole giudizio di pragmatica conformazione della futura condotta di vita all'osservanza delle leggi. Così Cass. pen., 23 marzo 2021, n. 19818, Vallanzasca; Cass. pen., 17 luglio 2012, n. 34946, Somma. Non si è ritenuta invece sufficiente la mera dichiarazione di provare rimorso per i reati commessi e di volerli dimenticare (Cass. pen., 7 ottobre 2010, n. 43687, Loggia). Di estrema importanza è considerato anche l'atteggiamento nei confronti delle vittime, quali il grado di interesse e di concreta disponibilità verso le stesse (Cass. pen., 15 febbraio 2008, n. 9815, Iaglietti), le manifestazioni di effettivo interessamento per la loro situazione morale e materiale, i tentativi fatti per attenuare o riparare i danni provocati (Cass. pen., 20 dicembre 1999, n. 7248, Campana), quanto meno sul piano morale (Cass. pen., 24 febbraio 2021, n. 1782, Minichini). La mancata ammissione degli addebiti non è invece richiesta, per costante

Si comprende, dunque, come l'onere motivazionale che sussiste in capo al Magistrato di Sorveglianza risulti particolarmente gravoso: occorre un'argomentazione pertinente e concreta, che applichi i criteri generali al caso specifico, illustrando dettagliatamente gli elementi e le fonti che stanno all'origine del suo convincimento.

Ciò che invece nel sistema delineato risulta oggi stridente è l'evoluzione sofferta dalla stessa categoria delle misure alternative alla detenzione che ne ha fatto perdere la chiara funzionalizzazione all'istanza rieducativa. A questo riguardo non possiamo infatti sottacere come la stessa categoria delle misure alternative, e nello specifico l'affidamento in prova al servizio sociale, che tra queste è la misura maggiormente rappresentativa, abbiano nel tempo affrontato una metamorfosi significativa⁷⁰: da misure vocate ad istanze special-preventive positive, tese primariamente a contenere gli effetti criminogenetici della detenzione di breve durata, sono divenute dapprima strumenti trattamentali anche con riferimento a pene medio-lunghe, per essere da ultimo utilizzate anche in chiave meramente deflattiva⁷¹. È questo in particolare l'effetto della sen-

giurisprudenza, nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale, occorrendo valutare se il condannato abbia accettato la sentenza e la sanzione inflittagli, in quanto ciò che assume rilievo è l'evoluzione della personalità successivamente al fatto nella prospettiva di un ottimale reinserimento sociale (Cass. pen., 8 febbraio 2019, n. 10586, Catalano; Cass. pen., 11 giugno 2013, n. 33287, Pantaleo; Cass. pen., 8 febbraio 2008, n. 8258, Angelone). Tutte le sentenze citate sono pubblicate su *www.dejure.it*. Cfr. anche nt. 79.

⁷⁰ Parla di «mutazione genetica» C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, in *Quest. giust.*, 2007, 1, 26-27. Certa giurisprudenza è addirittura giunta a riconoscere una funzione retributiva all'affidamento in prova. Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di "diritto pretorio" e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.*, 2002, 10, 3283 ss.; F. ALBANO, *Affidamento in prova con "funzione retributiva": un binomio possibile?*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, 3, 118 ss.

⁷¹ Cfr., a questo riguardo, M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 735 ss.; M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, *ivi*, 2013, 3, 1153. Sottolinea come questa evoluzione e la conseguente ambiguità di cui soffrono le misure alternative alla detenzione sia all'origine di ulteriori distorsioni, F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 539-540. Da un lato, esse, insieme alla sospensione condizionale, sono le principali cause della c.d. ineffettività del sistema sanzionatorio e, ciononostante, le carceri italiane sono afflitte da un patologico sovraffollamento, dall'altro, ciò ha contribuito a produrre

tenza n. 386/1989 che, nel dichiarare incostituzionale l'art. 47 co. 1 o.p., nella parte in cui non prevedeva che nel computo della pena, ai fini della determinazione del limite dei tre anni per la concessione del beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale, non si dovesse tener conto anche delle pene già espiate, ha affermato che il limite d'accesso alla misura (tre anni) dovesse interpretarsi non solo come pena concretamente irrogata ma anche come pena residua. Oltre a questa rilevante modifica, che ha reso di fatto applicabile l'affidamento, dopo l'esecuzione di una certa quota parte di pena, anche a pene medio-lunghe⁷², il legislatore ha poi progressivamente superato anche l'altro carattere definitorio delle misure alternative, quello di essere concedibili solo dopo un periodo di osservazione trascorso in carcere, funzionale ad apprezzare l'adesione al percorso rieducativo del condannato. Dapprima con la legge Gozzini⁷³ e poi con la legge Simeone-Saraceni, n. 165/1998, il legislatore ha previsto, all'art. 656 co. 5 c.p.p., un meccanismo sospensivo che permette oggi di fare richiesta di misura alternativa dalla libertà⁷⁴, sempre che la

«un'abnorme distribuzione di compiti tra il legislatore e la Magistratura di Sorveglianza» permettendo al legislatore di adottare una linea repressiva, lasciando la Magistratura di Sorveglianza a gestire il sistema carcere evitandone il collasso attraverso la concessione delle misure alternative. Sull'ineffettività del sistema sanzionatorio, per tutti, G. MARI-NUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 ss.

⁷² La detenzione domiciliare fa espresso riferimento anche alla pena residua, caratterizzandosi fin dalla sua introduzione per essere una misura applicabile anche a pena medio-lunghe dopo aver eseguito un periodo, anche rilevante, di detenzione in carcere (cfr. art. 47 *ter* co. 1 e 1 *bis* o.p.).

⁷³ L'art. 11 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, che ha sostituito l'art. 47 o.p., prevedeva che se il condannato avesse avanzato istanza di affidamento prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, il pubblico ministero o il pretore dovessero sospenderlo fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza. Oggi la sospensione dell'ordine di esecuzione non è più rimessa all'istanza del condannato, ma è automatica *ex art. 656 co. 5 c.p.p.*, e precede, e non segue, la presentazione dell'istanza.

⁷⁴ Questa è stata definita «una vera e propria rivoluzione della giurisdizione di sorveglianza». Così C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, cit., 27 ss. Particolarmente critici su questo meccanismo, G. LATTANZI, *Il sistema sanzionatorio tra criticità e prospettive di razionalizzazione*, in G.A. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione ed involuzioni delle categorie penali*, Milano, 2017, 201 ss. Rammentiamo che, proprio alla luce del venire meno della necessità di un'osservazione in carcere, già la Commissione Grosso di riforma al

pena sia contenuta nel limite massimo di 4 anni (oggi)⁷⁵ di pena residua, o 6 anni in caso di condannati tossico-alcoldipendenti⁷⁶. La *ratio* sottesa alla norma è ancora una volta ambivalente: essa risponde ad esigenze di

codice penale aveva proposto un'attrazione delle misure alternative nella competenza del giudice di cognizione. L'articolato e la relativa relazione sono disponibili su www.giustizia.it.

⁷⁵ Sulla previsione di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p., è intervenuta la C. cost., 2 marzo 2018, n. 41, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1918, con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., data udienza (6 febbraio 2018), data deposito 2 marzo 2018, n. 41*, dichiarando l'illegittimità della previsione nella parte in cui la norma faceva riferimento al limite di 3 anni, anche se costituente residuo di maggior pena, invece che 4. L'intervento della Consulta si è reso necessario al fine di riallineare la previsione con i limiti di pena previsti per la concessione di una nuova forma di affidamento in prova c.d. "allargato", introdotto ad opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 148, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10. Per effetto di questa innovazione si era realizzato uno scollamento tra le soglie di pena previste per l'accesso all'affidamento in prova e il limite di pena stabilito per l'applicazione della sospensione dell'ordine di esecuzione, per cui si assisteva al necessario ingresso in carcere di chi in astratto aveva già le condizioni relative ai limiti di pena per l'accesso alla misura (uguale od inferiore ai 4 anni, ma superiore ai 3). Per un ulteriore commento, cfr. M. MIEDICO, *Nuovi limiti per l'accesso all'affidamento in prova, fra scelte legislative e ragionevolezza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 4, 2242 ss.; D. VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 6 ss.; M. CALDIRONI, *L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza? Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41*, in *Lo Stato*, 2019, 12, 229 ss.; C. TRAPPELLA, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1924 ss.; C. MINNELLA, *La Consulta eleva a 4 anni il limite di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione (allineandolo all'affidamento allargato)*, in *Dir. Giust.*, 2018, 41, 8 ss.

⁷⁶ A rilevare in questa fase è la pena che deve essere concretamente espiata e non la pena inflitta. Il pubblico ministero deve infatti considerare la pena irrogata dal giudice di merito e da questa detrarre l'eventuale periodo di carcerazione presofferta per lo stesso titolo esecutivo (es. custodia cautelare, misura di sicurezza detentiva applicata provvisoriamente, ove non applicata in via definitiva), la quota parte di pena espiata senza titolo (art. 657 c.p.p.) o già estinta per altre cause (es. indulto), nonché il periodo trascorso in messa alla prova revocata, o che abbia avuto esito negativo (art. 657 bis c.p.p.). Il d.l. n. 78/2013, conv. in l. n. 94/2013, adottato dopo la sentenza *Torreggiani c. Italia*, ha previsto infine la possibilità di valutare anticipatamente la riduzione di pena derivante dalla liberazione anticipata, da accertarsi mediante un procedimento incidentale di competenza del Magistrato di Sorveglianza (cfr. art. 656 co. 4 bis, 4 ter, 4 quater c.p.p.). Cfr. in tema P. CANEVELLI, *L'esecuzione delle pene detentive*, Milano, 2021, 72-73.

deflazione della popolazione carceraria ma anche all'istanza rieducativa intesa nella sua accezione minima di non desocializzazione, ove si consideri che anche un breve contatto con il carcere può avere un effetto, se non criminogenetico, almeno desocializzante⁷⁷.

Per quanto concerne i liberi sospesi – così vengono definiti i condannati che attendono l'udienza per la concessione delle misure alternative in libertà – il giudizio prognostico manca ovviamente dell'osservazione scientifica della personalità condotta in carcere, e dunque è orfano di un'analisi dei progressi trattamentali del condannato. Il giudizio, in questo caso, si regge sulla valutazione della condotta del reo dopo la commissione del reato, ricostruita sulla scorta della relazione socio-familiare fornita dall'Uepe e dalle informazioni fornite dagli organi di polizia. Vengono pertanto acquisite al fascicolo del Tribunale di Sorveglianza le pendenze (art. 60 c.p.p.), le iscrizioni (art. 335 c.p.p.), il certificato del casellario giudiziario ex art. 21 d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (il quale riporta tutte le condanne⁷⁸, e non solo quelle visibili nel certificato rilasciato a richiesta dell'interessato: cfr. art. 24 stesso d.P.R.) e la sentenza di condanna. In particolare la sentenza dovrà essere adeguatamente presa in considerazione, senza però assumere definitiva centralità proprio per evitare che il giudizio si riduca ad una duplicazione di quello sul fatto già intercorso in sede di cognizione. Si dovrà tenere in considerazione anche la condotta tenuta dal condannato in ambiente libero e tutti gli elementi emersi dalle indagini esperite e dalle informazioni assunte. La Cassazione ha infatti più volte censurato i motivi di rigetto delle istanze di accesso *ab initio* alle misure alternative basati esclusivamente sulla gravità del reato, sui precedenti penali e, più in generale, su condotte pre-

⁷⁷ Cfr. F. DELLA CASA, D. VICOLI, *Magistratura di Sorveglianza ed esecuzione penitenziaria: profili processuali*, in F. DELLA CASA; G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 259 ss. Condivisibili le critiche espresse da E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il Carcere ha alternative?*, Milano, 1989, 10 ss. rispetto alla c.d. pena *shock* di brevissima durata, applicata in talune esperienze nordamericane ai delinquenti occasionali.

⁷⁸ È possibile acquisire anche il c.d. certificato penale europeo, il quale elenca le eventuali condanne riportate negli altri Stati membri dell'Unione europea: cfr. art. 21 *bis* d.P.R. n. 313/2002, introdotto dall'art. 12 co. 1 lett. g) d. lgs. 12 maggio 2016, n. 74.

gresse del condannato⁷⁹. Peraltro non possiamo non sottolineare come, da un lato, le stesse forze di polizia siano impreparate a “ragionare” in termini di rieducazione e finiscano il più delle volte col fornire indicazioni stereotipate in cui si denuncia la pericolosità sociale (spesso per così dire “congelata” al *dies commissi delicti*) del soggetto, e dall’altro come anche la relazione socio-familiare, che in questi casi sostituisce la sintesi dell’*equipe* trattamentale, si riduce troppe volte ad uno sbrigativo quadro del contesto familiare e sociale di riferimento, limitandosi alla verifica della sussistenza di un domicilio idoneo e di una prospettiva lavorativa⁸⁰, senza soffermarsi adeguatamente sul profilo della revisione critica e sulle proposte trattamentali, che pure dovrebbero far parte integrante e sostanziale delle citate relazioni.

Il quadro di informazioni acquisite dal Tribunale in caso di liberi sospesi appare dunque particolarmente deficitario. Ciò ha forse portato una certa parte della giurisprudenza di merito a trincerarsi dietro un approccio che è stato giustamente definito difensivo, richiedendo, per l’accesso alle misure alternative, ed in particolare per l’affidamento in prova, l’adempimento delle prescrizioni risarcitorie e riparatorie, con buona pace della lettera della legge che stabilisce che nel verbale – e dunque una volta che il Tribunale abbia già optato per la concessione – deve anche stabilirsi che l’affidato si adoperi per quanto possibile – altro dato che

⁷⁹ Cfr., recentemente, Cass. pen., 30 ottobre 2019, n. 1410, Marinelli, in *www.dejure.it*, che, sempre in riferimento all’affidamento in prova, dopo aver affermato lo stesso principio, afferma che «ai fini del giudizio prognostico in ordine alla realizzazione delle prospettive cui è finalizzato l’istituto, e, quindi, dell’accoglimento o del rigetto dell’istanza, non possono, di per sé, da soli, assumere decisivo rilievo, in senso negativo, elementi quali la gravità del reato per cui è intervenuta condanna, i precedenti penali o la mancata ammissione di colpevolezza, né può richiedersi, in positivo, la prova che il soggetto abbia compiuto una completa revisione critica del proprio passato, essendo sufficiente che, dai risultati dell’osservazione della personalità, emerga che un siffatto processo critico sia stato almeno avviato». In motivazione, la Corte ha specificato che le fonti di conoscenza che il Tribunale di Sorveglianza è chiamato a valutare sono il reato commesso, i precedenti penali, le pendenze processuali e le informazioni di polizia ma anche la condotta carceraria ed i risultati dell’indagine socio-familiare, da cui sia possibile evincere il ripudio delle condotte devianti passate e l’adesione ai valori socialmente condivisi. Conforme, in precedenza, Cass. pen., 3 dicembre 2013, n. 773, Naretto, in *www.dejure.it*.

⁸⁰ Così F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persone/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, cit., 2934 ss.

deve avere un suo peso – in favore della vittima del reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare. La Cassazione ha però sistematicamente disatteso questa impostazione censurando le ordinanze del Tribunale di Sorveglianza che avevano fondato il rigetto dei benefici deducendo l'assenza di segni di ravvedimento esclusivamente dal mancato risarcimento, anche solo parziale, del danno, ove avessero omesso di considerare le concrete condizioni economiche del reo⁸¹.

A ciò dobbiamo aggiungere il cronico *deficit* di personale che, per il vero, non riguarda solo gli assistenti sociali dell'Uepe, particolarmente assorbiti dal carico di lavoro relativo alla sospensione del procedimento con messa alla prova (c.d. MAP), che dal 2014 è stata estesa anche agli adulti, ma anche le stesse aree educative del carcere che, tra i comparti dell'amministrazione penitenziaria, sono probabilmente quelle che vedono le maggiori carenze di organico, con sacrificio dell'ideale rieducativo che ne costituisce per definizione la *mission*. Ciò si riflette in gravi ritardi nella consegna delle relazioni di sintesi, dei relativi aggiornamenti e delle relazioni socio-familiari, con evidente frustrazione delle aspettative del condannato che, da un lato, si trova ad attendere in carcere per un periodo superiore a quello che la legge oggi prevede (6 mesi per la redazione della sintesi e almeno un anno per i condannati per reati sessuali di

⁸¹ Cfr. Cass. pen., 21 settembre 2016, n. 5981, Panelli, in *www.dejure.it*. Più convincente, a nostro modo di vedere, perché non sono solo le condizioni economiche a rilevare, quanto la semplice disponibilità ad un pagamento secondo le proprie possibilità, Cass. pen., 22 maggio 2000, n. 3713, Giorgio, in *www.dejure.it*, di cui riportiamo la massima ufficiale: «Il risarcimento del danno non costituisce presupposto per l'affidamento in prova al servizio sociale, dovendosi a tal fine valutare l'idoneità della misura a contribuire alla rieducazione del reo e ad assicurare la prevenzione del pericolo di recidiva. (Nella specie, in relazione a misura richiesta da soggetto non detenuto, la S.C. annulla la decisione del giudice di merito che, una volta riscontrata la mancanza del risarcimento del danno, aveva rigettato l'istanza di affidamento in prova, così omettendo la valutazione di ogni altro comportamento tenuto dal condannato dopo la commissione del reato e quindi l'analisi degli elementi apprezzabili in relazione al giudizio sull'idoneità della misura ai fini rieducativi e di prevenzione)». Entrambe le sentenze sono pubblicate su *www.dejure.it*. È stata del pari giudicata illegittima l'ordinanza con la quale il Tribunale di Sorveglianza ha concesso la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale prescrivendo al condannato l'obbligo di provvedere al risarcimento del danno, senza commisurararlo alle concrete condizioni economiche del reo e subordinando a tale adempimento l'esito positivo della decisione da assumere al termine dell'esperimento della misura. Così Cass. pen., 21 novembre 2018, n. 11923, Nicastro, in *www.dejure.it*.

cui all'art. 4 *bis* co. 1 *quater* o.p.) e, dall'altro, aspetta da libero sospeso, alle volte anche svariati anni, prima di poter eseguire la pena, con una possibile ricaduta negativa sul percorso di reinserimento nel frattempo intrapreso, il quale può essere vanificato anche a distanza di anni qualora il Tribunale decida per l'esecuzione della pena in carcere o comunque anche solo per l'applicazione di una misura alternativa più contenitiva dell'affidamento in prova.

Allo stesso modo spesso le relazioni di sintesi e le relazioni socio-familiari sono prive di qualsiasi reale elemento di aiuto per la Magistratura di Sorveglianza, vuoi perché i colloqui con i condannati, che dovrebbero essere numerosi, si riducono a sporadici incontri che non permettono agli educatori e all'*equipe* o agli assistenti sociali dell'Uepe di ricostruire un quadro preciso, vuoi perché troppe volte la parte dedicata alla c.d. revisione critica si limita ad un breve cenno, quando invece questa rappresenta un elemento centrale per la decisione.

Di tutta evidenza, dunque, come quella che è una tra le altre difficoltà da sempre registrate all'interno del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (d'ora in avanti, in sigla DAP) diventi la prima causa dell'insuccesso di una pena che si vorrebbe rieducativa ma che, per mancanza di operatori e di risorse più in generale destinate alle attività trattamentali *intra-moenia* e ai percorsi di reinserimento relativi all'esecuzione penale esterna, si riduce troppo spesso a mero strumento di contenimento.

Date queste premesse, appare di tutta evidenza che, affinché il minimo sacrificio imposto al principio di legalità risulti proporzionato al guadagno sul versante special-preventivo, occorre, in primo luogo, ricondurre le misure alternative nell'alveo della loro funzione originaria valorizzando la loro funzione trattamentale e risocializzante⁸².

In prospettiva *de iure condendo*, appare assolutamente necessario porre mano al problema dei c.d. "liberi sospesi", che sta portando i Tribunali di Sorveglianza, anch'essi in cronica sofferenza di personale a cominciare dal numero dei magistrati (circa 330, a fronte delle diverse migliaia di giudici addetti al settore penale attualmente in servizio), let-

⁸² Cfr. M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1524-1525; F. VIANELLO, *Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione*, in www.questionegiustizia.it, 2018, par. 1.

teralmente al collasso, con tempi di attesa, come ricordavamo, anche di svariati anni: ciò rende il termine ordinatorio previsto tra la presentazione dell'istanza di misura alternativa e la decisione, pari a quarantacinque giorni, un mero auspicio drammaticamente distante dalla realtà e sistematicamente disatteso.

A questo proposito la “riforma Cartabia” (l. 27 settembre 2021, n. 134 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) potrebbe certamente contribuire, seppure solo parzialmente, a “sottrarre” (ma solo pro-futuro) una quota parte dei liberi sospesi alla Magistratura di Sorveglianza, attribuendo la decisione sulla concessione delle citate misure direttamente al giudice di cognizione⁸³. Essa ha infatti inteso elevare alcune tra le misure alternative ad autonome sanzioni sostitutive – è il caso della detenzione domiciliare, della semilibertà, oltre che del lavoro di pubblica utilità e della pena pecuniaria – con una rivitalizzazione della categoria delle pene sostitutive, le quali versano in cronica agonia fin dalla loro introduzione ad opera della l. n. 689/1981 per la fatale sovrapposizione dei termini richiesti per la concessione con quelli della sospensione condizionale della pena⁸⁴. La proposta si regge sulla decisiva “scommessa” relativa alla capacità del giudice di cognizione di interloquire con gli Uffici di esecuzione penale esterna al fine di ottenere le necessarie informazioni relative alla situazione socio-familiare del condannato e, più in generale, sulla capacità del giudice di cognizione di “spostare” la propria attenzione dal fatto alla persona, all'uomo. Certo, il tipo di giudizio evocato meglio si attaglierebbe ad una struttura bifasica del processo penale, che veda un

⁸³ Cfr. in argomento, A. CAVALIERE, *Considerazioni a prima lettura su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. Riforma Cartabia*, in www.penedp.it, 2 novembre 2021; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 settembre 2021; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, *ivi*, 15 ottobre 2021. Lo schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri e la Relazione illustrativa sono *ivi* pubblicati, 5 agosto 2022. Sul punto, cfr. cap. V, Pt. IV, par. 5.14.

⁸⁴ Per tutti C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 536-537; E. DOLCINI, *Le “sanzioni sostitutive” applicate in sede di condanna. Profili interpretativi, sistematici e politico-criminali del capo III, sezione I della legge n. 689 del 1981*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1390 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, *cit.*, 428 ss.

luogo e un tempo a sé stanti in cui addivenire all'individuazione della risposta sanzionatoria – c.d. *sentencing*⁸⁵; ciononostante, la via tracciata deve essere salutata con favore, anche perché avrebbe l'indiscusso merito di una deflazione dei tempi “di attesa” per l'esecuzione della pena. Essa, ove risultasse realmente risolutiva del problema dei c.d. liberi sospesi, sarebbe poi, più in generale, foriera di restituire alla Magistratura di Sorveglianza, libera di concentrarsi sulle istanze di richiesta dei benefici provenienti dalla detenzione, il giudizio prognostico che le è proprio, quello sull'evoluzione personologica del condannato, solo per tale via potendosi giustificare l'attuale scollamento tra pena irrogata e pena in effetti eseguita.

Centrale rimane, infatti, nel giudizio della Magistratura di Sorveglianza riguardo ai condannati che chiedano di accedere alle misure alternative dal carcere, la valutazione della partecipazione del condannato ai percorsi riabilitativi, da effettuarsi sulla scorta di valutazioni penitenziarie aggiornate⁸⁶.

A questo riguardo Margara faceva riferimento all'espressione «discrezionalità piena» proprio per indicare come i presupposti “elastici” della previsione normativa vengano ad essere riempiti di significato at-

⁸⁵ Cfr. in argomento, con riferimento in particolare ad una proposta relativa al *probation*, M. MIEDICO, A. MENGHINI, P. POJER, *Le misure di probation nel Regno Unito. Spunti per una riforma in Italia*, in E. DOLCINI, A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, cit., 92 ss. Più in generale, per una proposta di riforma relativa alle misure alternative attualmente concedibili dalla libertà da parte della Magistratura di Sorveglianza, cfr. M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 449 ss. Parla di sistema bifasico di fatto A. MARCHESELLI, *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e realpolitik*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 40.

⁸⁶ La tendenza all'oggettivizzazione del giudizio di sorveglianza non sarebbe peraltro solo un *trend* legato all'atteggiamento stesso della Magistratura di Sorveglianza con riferimento ai documenti acquisiti su cui fondare il proprio giudizio, ma sarebbe invece una vera e propria tendenza deducibile anche dal dato normativo. Ne sarebbero spia, ad esempio, i parametri ritenuti necessari ai fini della concessione dell'affidamento in casi particolari di cui all'art. 94 d.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990 e la modifica della disciplina della rimessione del debito ad opera del d.P.R. n. 11 del 30 maggio 2002, che ha espunto il riferimento al profilo soggettivo della regolare condotta. Così L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1417 ss.

traverso l'acquisizione di tutta la documentazione frutto dell'attività di osservazione e trattamento: solo in questo modo la discrezionalità è in grado di fugare il sospetto dell'arbitrio⁸⁷.

Seppur la tenuta del sistema dal punto di vista general-preventivo inevitabilmente risenta di una pena solo minacciata, suscettibile di non trovare applicazione o di subire una modificazione nel suo *quomodo*, rammentiamo che l'istanza general-preventiva, nella sua accezione negativa, con riferimento alle fasi commisurativa ed esecutiva deve essere sostanzialmente "messa al bando" per evitare quella strumentalizzazione del reo che porterebbe in ultima istanza al pieno sacrificio della finalità rieducativa, la quale deve invece trovare nella fase esecutiva la sua massima espressione⁸⁸.

Rimane ancora attuale la critica già espressa in dottrina sul versante della determinatezza collegata all'evanescenza dei presupposti per la concessione delle misure⁸⁹. Benché la giurisprudenza costituziona-

⁸⁷ Così A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 213. Cfr., in argomento, anche F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale, nel diritto penale*, cit., 236.

⁸⁸ Così già E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 108 ss. e in particolare 112, secondo cui l'illegittimità di qualsiasi considerazione fondata sull'istanza di prevenzione generale con riferimento al momento esecutivo della pena può già derivarsi dal principio di responsabilità penale personale. Cfr. anche 219 ss. ed in particolare 246.

⁸⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 111; A. DI MARTINO, *Rivoltarsi nella feccia di Romolo. Lessico di legge, situazioni di stallo e aporie del trattamento*, cit., 12. Ritieni che l'ampio scollamento tra pena minacciata e pena eseguita, pur ossequioso del corollario della riserva di legge, presti il fianco a censure sul versante della prevedibilità e determinatezza della risposta sanzionatoria, M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, cit., 344. Se le censure sul versante della determinatezza ci sembrano *de iure condito* fondate, non possiamo non rilevare come la Corte costituzionale stia dimostrando, a nostro modo di vedere, di ritenere questo principio recessivo rispetto alle esigenze rieducative laddove ha deciso di intraprendere una crociata nella direzione dello smantellamento degli automatismi penitenziari restituendo la discrezionalità sottratta alla Magistratura di Sorveglianza. Sul punto, cfr. *infra*.

Non riteniamo invece che la preoccupazione sul versante della prevedibilità della risposta sanzionatoria possa condividersi. Da un lato è la stessa Corte di Strasburgo a rilevare come la prevedibilità della risposta sanzionatoria riguardi anche il momento esecutivo: a dover essere conoscibile *ex ante* da parte del condannato, come abbiamo visto,

le si sia lungamente mostrata possibilista nel salvare anche previsioni più critiche su questo versante, quali quelle relative ad alcune misure di prevenzione⁹⁰, il legislatore dovrebbe prodigarsi per definire meglio i citati presupposti, ancorando il giudizio prognostico anche a indici di tipo oggettivo, così equilibrando l'aleatorietà di un giudizio interamente sbilanciato sul versante soggettivo⁹¹.

è anche il comportamento “virtuoso” richiesto per poter accedere a quel momento di flessibilizzazione della pena che per la Corte europea è irrinunciabile, anche con riferimento alla pena prevista per i fatti più gravi, l'ergastolo. Secondo la Corte di Strasburgo, dunque, ai fini del rispetto dell'evocato principio di affidamento del condannato circa la “prevedibilità della sanzione penale”, occorre avere riguardo non solo alla pena comminata e poi irrogata, ma anche alla sua concreta esecuzione. Ci pare dunque di poter dedurre che detta precisazione stia semplicemente a significare la necessità di una predefinitiva legislativa dei presupposti per l'accesso ad eventuali benefici: al condannato cioè non potranno andare opposte quelle eventuali modifiche *in peius*, anche legate ad interpretazioni giurisprudenziali, intervenute successivamente al fatto di reato che non abbia potuto conoscere non per sua colpa. Non possiamo infatti non tenere in considerazione la peculiare natura delle misure alternative alla detenzione in cui il Magistrato di Sorveglianza mantiene una sua discrezionalità circa la concessione. L'affidamento, pertanto, non può che declinarsi in maniera diversa rispetto a quanto normalmente accade con la risposta sanzionatoria prevista in astratto e irrogata dal giudice di cognizione. Cfr. in particolare Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit.; Corte eur. dir. Uomo, 17 gennaio 2012, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3869/10; Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10, entrambe in <https://hudoc.echr.coe.int>. Per un commento della sentenza di primo grado, cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 4 luglio 2012. Per un commento alla sentenza della Grande camera, cfr. D. GALLIANI, *Il diritto di sperare, la pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.costituzionalismo.it, 2013, 3.

⁹⁰ Cfr., però, recentemente C. cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in www.cortecostituzionale.it, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 16 del citato d.lgs. in relazione all'art. 1, co. 1, lett. a) – c.d. pericolosità generica ex art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2021, n. 15. Per un commento, M. PICCHI, *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi “tassativizzanti” della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁹¹ Cfr. A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 213.

Medesime perplessità erano state avanzate sul versante dei contenuti delle misure alternative, in particolare dell'affidamento in prova che può essere effettivamente plasmato dal Tribunale di Sorveglianza attraverso prescrizioni anche molto diverse a seconda delle esigenze trattamentali del condannato⁹².

2.4. *Gli automatismi penitenziari: ovvero dove la discrezionalità muore*

Soprattutto in materia di esecuzione penitenziaria – ove da sempre è meno percepita l'esigenza di ossequio delle garanzie personali rispetto alla fase di cognizione – si è fatto largo uso degli automatismi fondati su presunzioni di pericolosità sociale di carattere assoluto⁹³.

Come abbiamo già avuto modo di chiarire, la tendenza, inaugurata con il periodo dell'emergenza dei primi anni '90, è stata infatti quella di erodere gli spazi di discrezionalità concessi alla Magistratura di Sorveglianza attraverso l'introduzione di automatismi fondati su presunzioni assolute di pericolosità sociale⁹⁴ per lo più collegate al titolo di reato

⁹² Recentemente stigmatizza questo aspetto E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 16. Aveva provvidenzialmente posto rimedio a questo *deficit* di determinatezza lo schema di decreto legislativo predisposto dalla Commissione Giostra sulla scorta della delega c.d. Orlando, su cui ID., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 10 ss.

⁹³ Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 40.

⁹⁴ Rammentiamo che il fenomeno presuntivo affonda le sue radici nell'ambito del processo civile. In particolare la *praesumptio* permette di risalire per estrazione da un fatto noto ad un fatto ignoto giuridicamente rilevante. Cfr. l'art. 2727 c.c., secondo cui «le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato», e, ancor prima, l'art. 1349 del c.c. del 1865 che definiva le presunzioni come «le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto». Per quanto di nostro interesse, sono in particolare le presunzioni c.d. legali a rilevare, le quali, previste da una norma giuridica, hanno carattere generale e possono essere applicate ad una serie indeterminata di casi, risultando vincolanti per il giudice. Le presunzioni legali si distinguono in assolute e relative a seconda che sia ammessa o meno la prova contraria. In particolare le presunzioni assolute riflettono una massima d'esperienza fondata sull'*id quod plerumque accidit* che in quanto tale ben potrebbe essere smentita dal caso concreto. È proprio la loro sovra-inclusività a porle in aperto contrasto con l'art. 3 Cost. e dunque con l'uguaglianza intesa in senso sostanziale quale necessità di trattare in maniera distinta situazioni diverse. Cfr. in argomento M.

commesso, ma non solo⁹⁵.

Nell'ottica di una valorizzazione di istanze general-preventive o special-preventive negative, il legislatore ha ritenuto di abdicare alla funzione rieducativa tutte le volte in cui a venire in oggetto fossero delinquenti c.d. pericolosi⁹⁶.

FERRAIOLI, (voce) *Presunzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 308; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 14 ss.; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. II, Napoli, 1961, 169; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, cit., 4912.

⁹⁵ È il caso dell'art. 4 bis co. 1 o.p. che oggi subordina alla collaborazione con la giustizia l'accesso ai benefici penitenziari. La norma, introdotta nel 1991 quale risposta in sede esecutiva alla criminalità di stampo mafioso, ha visto nel tempo crescere a dismisura, e troppe volte senza alcuna coerenza con il disegno originario sotteso alla previsione, le fattispecie di reato cui la stessa è applicabile. La dottrina ha sottolineato come ciò abbia segnato una metamorfosi significativa della norma originariamente tesa alla finalità tutta processuale di acquisizione probatoria, per assumere da ultimo una fisionomia squisitamente repressiva tesa a stigmatizzare la pericolosità sociale degli autori di specifiche tipologie delittuose. Per una critica puntuale relativa alla l. n. 3/2019, che ha inserito nel novero dei reati ostativi di cui al primo comma dell'art. 4 bis o.p. alcune tra le più gravi fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione, D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, cit., 235 ss. Non a caso è stata sollevata questione di legittimità costituzionale ex art. 3 Cost. con specifico riferimento all'inserimento del delitto di peculato nell'art. 4 bis co. 1 o.p., allo stato non ancora decisa. Cfr. Cass. pen., 18 luglio 2019, n. 31853, Pascali, in *www.dejure.it*. Cfr. in argomento: V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 105 ss. Di tutta evidenza come i reati contro la Pubblica Amministrazione inseriti nell'art. 4 bis co. 1 o.p. siano per lo più reati monosoggettivi, come tali totalmente inconferenti rispetto alla *ratio* originaria di cui all'art. 4 bis co. 1 o.p. e alla possibilità, anche astratta, di collaborazione.

Volendo individuare almeno un'altra norma emblema degli automatismi in materia delittuosa, il riferimento corre all'art. 58 *quater* o.p. Numerose preclusioni infine sono state introdotte nei confronti dei soggetti recidivi dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex legge Cirielli*). Come avremo modo di vedere, la Corte costituzionale ha iniziato una progressiva opera di smantellamento dei citati automatismi penitenziari. Cfr. *infra*, parr. 2.5 ss.

⁹⁶ La stessa Consulta si è detta recisamente contraria a meccanismi che impediscano l'accesso ai benefici sulla sola base dei titoli di reato ascritti. Ciò infatti non appare in linea né con il principio di individualizzazione della risposta sanzionatoria né con il principio di proporzione. Cfr. in questo senso C. cost., 4 luglio 2006, n. 257, in *www.giurcost*.

Nel fare ciò, si è assistito a quella che è stata definita una «progressiva trasfigurazione del modello di valutazione della pericolosità sociale», in netto contrasto con quanto invece accaduto ad esempio in materia di misure di sicurezza in cui i meccanismi presuntivi, pur abbondantemente presenti nella codificazione del 1930, sono stati progressivamente smantellati già in tempi risalenti con una serie di pronunce di illegittimità costituzionale della Consulta⁹⁷.

Ma proprio questa attitudine a vincolare le decisioni della Magistratura di Sorveglianza a parametri rigidi, stabilendo presunzioni legali assolute, frustra irrimediabilmente la prerogativa primaria della giurisdizione rieducativa, che dovrebbe essere quella di fornire soluzioni individualizzate in relazione al percorso compiuto da ciascun condannato⁹⁸.

Prendendo come riferimento l'art. 4 *bis* o.p., che può certamente essere considerato la norma emblema degli automatismi in fase esecutiva, nel tempo si è creato un vero e proprio catalogo di “delinquenti pericolosi” ritenuti tali *in primis* in ragione del titolo di reato, per i quali si presume persistente una pericolosità sociale refrattaria a qualsiasi percorso rieducativo e contenibile solo attraverso la detenzione in carcere.

L'introduzione dell'art. 4 *bis* o.p. ha dato vita al c.d. doppio binario penitenziario⁹⁹ per i delinquenti c.d. pericolosi, ispirato ad istanze ge-

it, e C. cost., 7 agosto 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, 2466 ss. Più in generale ad essere fortemente criticabile è un diritto penale per tipi d'autore in cui l'istanza rieducativa sembrerebbe rinunciabile. Cfr. C. cost., n. 376/1997, cit., che individua nell'effettivo pericolo dei collegamenti con l'associazione criminale il presupposto di applicazione del regime del “carcere duro”.

⁹⁷ Cfr. C. cost., 20 gennaio 1971, n. 1, che ha dichiarato l'illegittimità della presunzione di cui all'art. 224 co. 2 c.p.; C. cost., 27 luglio 1982, n. 139, relativa alla presunzione assoluta di persistenza dell'infermità psichica dell'imputato dal momento del fatto fino al momento del giudizio di cui all'art. 222 c.p.; C. cost., 28 luglio 1983, n. 249, relativa agli artt. 204 co. 2 e 219 co. 1 c.p., con riferimento alla semi-infermità. Da ultimo, la legge Gozzini nel 1986 ha definitivamente abrogato l'art. 204 c.p. Cfr. più recentemente C. cost., 18 luglio 2003, n. 253 e C. cost., 29 novembre 2004, n. 367. Tutte le sentenze sono consultabili in www.cortecostituzionale.it.

⁹⁸ Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 62.

⁹⁹ Cfr. V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, cit., 4; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata*

neral-preventive e di special-prevenzione negativa¹⁰⁰. Ma se la norma è nata nel tentativo di dare una risposta forte anche per quanto concerne la materia dell'esecuzione della pena nei confronti dei condannati per reati di criminalità organizzata, nel tempo essa ha smarrito la sua originaria vocazione, introiettando in maniera tutt'altro che coerente e sistematica, con successive modifiche interpolative, un numero di reati sempre crescente¹⁰¹.

La Consulta, pur avendo di fatto sempre salvato la previsione¹⁰², ha però recisamente affermato che «la tipizzazione dei titoli di reato non ap-

e politiche penitenziarie, Milano, 1994, 33 ss.; C. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, cit., 1 ss.; ID., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 1138 ss.

¹⁰⁰ Sottolinea la centralità della finalità general-preventiva in una previsione quale quella dell'art. 4 bis o.p., ventilando un profilo di problematicità sul versante della compatibilità costituzionale della norma, M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 2, 145. Con la modifica del 1992 e la previsione della necessità della collaborazione con la giustizia quale *conditio sine qua non* per l'accesso ai benefici, il sistema riacquisterebbe, secondo parte della dottrina, «una precisa identità retributiva». Così M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Esecuzione penitenziaria*, cit., 182. Si esprime nei termini di «tradimento del garantismo penale» M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *www.questionegiustizia.it*, 2015, 2, 57. Cfr. anche B. SPRICIGO, *La "riflessione critica sul reato" e l'automatismo ostativo dell'art. 4 bis o.p.*, in *Criminalia*, 2014, 619 ss.

¹⁰¹ Per una critica G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 giugno 2014. Con specifico riferimento all'introduzione dei reati più gravi contro la pubblica amministrazione nel primo comma dell'art. 4 bis o.p., V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 105 ss.

¹⁰² Cfr. in particolare il filone giurisprudenziale, inaugurato dalla fondamentale sentenza n. 306/1993, cit., che ha cristallizzato il c.d. principio di non regressione nel trattamento, su cui *infra*, par. 2.4. Cfr., inoltre, la sentenza C. cost., 7 giugno 2003, n. 135, in *www.giurcost.org*, che, nel salvare la previsione, ha sottolineato come lo schema di cui all'art. 4 bis co. 1 o.p. non rappresenti una preclusione di carattere assoluto all'accesso ai benefici, ben potendo il condannato "meritare" l'accesso, sussistendone gli ulteriori presupposti, allorquando liberamente si sia determinato a collaborare con la giustizia. Secondo questa pronuncia, dunque, la scelta di collaborare sarebbe del tutto libera. Per un commento: L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. Giust.*, 2003, 19, 14 ss.; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 11, 1351 ss.

pare consona ai principi di proporzione e individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario»¹⁰³, sottolineando a più riprese che spetta al legislatore fissare il punto di equilibrio tra istanze di difesa sociale e di rieducazione del condannato.

Non è questa la sede per approfondire una tematica tanto complessa come quella della previsione di cui all'art. 4 *bis* o.p. Riteniamo però che possa essere di interesse, ai fini della presente trattazione, dare brevemente conto della sua evoluzione per chiarire come il meccanismo presuntivo ivi contemplato si sia evoluto nel tempo. Nella sua prima formulazione, l'art. 4 *bis* o.p., introdotto dal d.l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991, presentava – pur nel quadro di una *probatio* c.d. diabolica¹⁰⁴ – una presunzione relativa per i reati di c.d. prima fascia; esso prevedeva inoltre ulteriori meccanismi preclusivi consistenti nell'aumento della quota di pena necessaria per l'accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e alla liberazione condizionale¹⁰⁵, nonché la disciplina di cui all'art. 58 *quater* co. 4, che rappresentava una “terza forma di ergastolo” (oltre a quella dell'ergastolo comune e dell'ergastolo ostativo). Tale norma era destinata ai condannati *ex artt.* 289 *bis* c.p. e 630 c.p. che avessero cagionato la morte della persona sequestrata e prescriveva i limiti dei due terzi di pena o dei 26 anni, in caso di condanna all'ergastolo, per l'accesso a tutti i benefici¹⁰⁶.

Dopo la violenta strage di Capaci, e prima ancora che si consumasse quella di via D'Amelio, la norma è stata riscritta ad opera del d.l. 8 giu-

¹⁰³ Così ancora C. cost., n. 306/1993, cit.

¹⁰⁴ Per la c.d. prima fascia si prevedeva un'inversione dell'onere della prova: spettava dunque al condannato la prova negativa della sussistenza di elementi tali da escludere l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata. Per i reati di c.d. seconda fascia la prova, invece, era in capo all'accusa ed i benefici venivano concessi solo ove non vi fossero elementi tali da far presumere sussistente il collegamento con l'associazione criminale di riferimento.

¹⁰⁵ Si è dunque previsto un aumento della quota di pena per l'accesso al lavoro all'esterno (*ex art.* 21 o.p.: almeno un terzo della pena e comunque non oltre 5 anni), al permesso premio (*ex art.* 30 *ter* o.p.: almeno la metà e comunque non più di 10 anni), alla semilibertà (*ex art.* 50 o.p.: due terzi della pena) e alla liberazione condizionale (*ex d.l. n.* 152/1991 art. 2 co. 2: due terzi della pena).

¹⁰⁶ La previsione è stata dichiarata incostituzionale. Cfr. C. cost. n. 149/2018, cit. e C. cost., 8 novembre 2019, n. 229, in *www.cortecostituzionale.it*, su cui *infra* in dettaglio, par. n. 2.4.

gno 1992, n. 306 (c.d. novella antimafia), convertito, dopo l'uccisione di Paolo Borsellino, in l. 7 agosto 1992, n. 356, che introdusse la collaborazione con la giustizia *ex art. 58 ter* o.p. quale elemento necessario per l'accesso ai benefici, piegando la fase esecutiva della pena ad esigenze di tipo istruttorio, disponendo l'applicabilità immediata del regime differenziato e prevedendo la revoca di tutti i benefici concessi in precedenza in assenza dei requisiti richiesti dal nuovo art. 58 *ter* o.p.¹⁰⁷. Il citato d.l. n. 306/1992 ha anche modificato in senso peggiorativo l'art. 58 *quater* co. 4 o.p., prevedendo, con riferimento ai condannati *ex art. 4 bis* co. 1, una preclusione di accesso ai nuovi benefici per 5 anni, e la revoca di quelli in corso, in caso di commissione di un nuovo delitto doloso punito con la reclusione non inferiore nel massimo a 3 anni commesso da chi abbia posto in essere una condotta punibile *ex art. 385* c.p. ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa.

Lo stesso provvedimento ha anche introdotto il regime del c.d. "carcere duro" (art. 41 *bis* co. 2)¹⁰⁸, che implica la sospensione delle regole ordinarie del trattamento su provvedimento del Ministro della Giustizia. Vengono poi parzialmente rimodulati i reati ascritti alle diverse fasce ed i relativi regimi probatori, con lo spostamento significativo delle fattispecie connesse al terrorismo che trasmigrano nella c.d. seconda fascia. Infine, viene introdotta una prima forma di collaborazione inutile (c.d. irrilevante) in caso di attenuanti *ex artt. 62, n. 6, 114 e 116* co. 2 c.p., ferma la necessità della prova negativa dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, acquisita attraverso l'informativa del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

La successiva riforma, intervenuta con l. n. 279/2002, recepisce alcune fondamentali pronunce della Consulta che avevano inciso in senso estensivo sul concetto di collaborazione inutile¹⁰⁹: alla collaborazione oggettivamente ininfluenza, già prevista a livello normativo, vengono aggiunte quella impossibile, legata all'integrale accertamento dei fatti

¹⁰⁷ Sulla norma interverrà la Consulta con la già citata sentenza n. 306/1993, cit., su cui *infra* in dettaglio, par. 2.4.

¹⁰⁸ Rammentiamo che non c'è perfetta corrispondenza tra l'art. 4 *bis* e l'art. 41 *bis* o.p.: circa il 70% degli ergastolani hanno commesso reati ostativi e sono dunque ergastolani ostativi e, di questi, circa il 25% è sottoposto al regime del "carcere duro".

¹⁰⁹ Cfr. C. cost., n. 306/1993, cit.; C. cost., 27 luglio 1994, n. 357; C. cost., 1 marzo 1995, n. 68, in www.cortecostituzionale.it.

e delle responsabilità, e quella ininfluyente o inesigibile, collegata alla limitata partecipazione o al ruolo marginale assunto. I reati di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine democratico attraverso atti violenti vengono reinseriti tra le fattispecie di prima fascia e si assiste, più in generale, ad un forte ampliamento dei reati ascritti all'art. 4 *bis* o.p.: si tratta pur sempre di forme di criminalità di stampo organizzato e associativo relative a reati sessuali e alla tratta di persone.

L'ultimo significativo intervento è quello avvenuto ad opera del d.l. n. 11/2009, conv. in l. n. 38/2009, che ha di fatto ridisegnato la norma in una scansione in commi e dunque fasce che si è poi mantenuta, salvo ulteriori inserimenti, costante fino ad oggi: il primo comma relativo ai c.d. reati di prima fascia; il comma 1 *bis* che, per i condannati per i medesimi titoli di reato, prevede la collaborazione impossibile od irrilevante; il comma 1 *ter* che si riferisce ai condannati per reati di c.d. seconda fascia, per cui i benefici possono essere concessi, sempre che non vi siano elementi tali da far ritenere sussistente il collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e, infine, il comma 1 *quater*, novità introdotta dal legislatore del 2009, che prevede la necessità di un'osservazione di almeno un anno per i condannati per i più gravi reati contro la libertà sessuale¹¹⁰.

Premessi questi brevi cenni, è ora utile provare ad applicare la definizione di automatismo all'ipotesi più interessante, che è certamente quella di cui al comma 1.

Come sopra già evidenziato, si definiscono automatismi legislativi «quelli che, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma»¹¹¹. Sono quindi due gli elementi di cui si compone l'automatismo: la “fattispecie-presupposto” e la “conseguenza giuridica” che ne discende. In questo schema è la fattispecie presupposto a fondarsi su uno schema di tipo presuntivo assoluto. È dunque

¹¹⁰ Rammentiamo anche le modifiche intervenute ad opera della l. 1 ottobre 2012 n. 172, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale dei minori di Lanzarote del 2007, che ha introdotto il comma 1 *quinquies*, della legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. codice rosso) e, da ultimo, della già più volte citata l. n. 3/2019.

¹¹¹ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210. Cfr. nt. 94.

la presunzione assoluta a fondare l'automatismo trasfuso in previsione legislativa¹¹².

Volendo applicare lo schema sull'esempio prima citato dell'art. 4 *bis* co. 1 o.p., è allora corretto affermare che detta previsione si fonda oggi su una duplice presunzione assoluta, secondo cui l'assenza di collaborazione con la giustizia fonda una presunzione assoluta di immanenza di collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, che a sua volta fonda una ulteriore presunzione di pericolosità sociale, da cui deriva l'impossibilità di accedere ai benefici ivi elencati¹¹³. La presunzione

¹¹² Così M. TARUFFO, *Presunzioni, Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1 ss.

¹¹³ I benefici preclusi sono il lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative, esclusa la liberazione anticipata. Va però escluso, secondo il prevalente orientamento di legittimità, anche l'affidamento terapeutico. Così Cass. pen., 13 maggio 2015, n. 24721, Casamonica, in *www.dejure.it*. Vi sono però preclusioni assolute che non possono essere superate neppure in caso di collaborazione con la giustizia, nel senso che lo "stigma" del 4 *bis* (cioè la mera circostanza dell'essere il reato inserito nel relativo catalogo) impedisce la concessione di talune misure, ancorché meno ampie rispetto allo stesso affidamento in prova. Si tratta della detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47 *ter* co. 1 *bis* o.p., della detenzione domiciliare dell'ultrasettantenne di cui all'art. 47 *ter* co. 01 o.p., dell'esecuzione della pena presso il domicilio (l. n. 199/2010) e della c.d. liberazione anticipata speciale, introdotta – dopo la condanna dell'Italia nel caso Torreggiani – dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modificazioni, in l. 21 febbraio 2014, n. 10, che ha avuto vigenza biennale prevedendo uno sconto di pena per semestre pari a 75 gg. in luogo degli ordinari 45. Infine, vi sono per converso anche degli istituti che possono essere concessi anche ai condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. Ciò si piega perché si tratta evidentemente di misure vocate ad un'istanza esclusivamente umanitaria. Si segnalano l'art. 30 o.p. (permessi di necessità), gli artt. 146 e 147 c.p. (differimento obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena), gli artt. 90 e 94 d.P.R. n. 309/1990 (sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e affidamento in casi particolari), l'art. 47 *quater* o.p. (detenzione domiciliare e affidamento in prova per i soggetti affetti da Aids conclamata e grave deficienza immunitaria) e l'art. 47 *quinquies* o.p. (detenzione speciale per detenute madri). Inoltre, la condanna per i reati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. comporta anche l'applicazione di norme sull'esecuzione penitenziaria particolarmente stringenti: il riferimento corre alle previsioni di cui agli artt. 37 e 39 reg. esec. in cui si stabilisce un numero più contenuto di colloqui *de visu* e di telefonate (non più di 4 in luogo degli ordinari 6 per i colloqui di persona e non più di 2 in luogo delle ordinarie 4 per le telefonate). Di tutta evidenza come le citate previsioni si risolvano in una vistosa compressione dei diritti dei detenuti la cui fonte si rinviene non nella legge ma nel regolamento, che riconosce la competenza in materia all'Amministrazione penitenziaria (oggi dopo la condanna in primo

assoluta su cui si regge l'automatismo penitenziario citato non si risolve però in una completa ostatività all'accesso ai benefici, cui il condannato può ambire se ne ricorrono i presupposti allorché decida di collaborare con la giustizia. La collaborazione con la giustizia di cui all'art. 58 *ter* o.p. assurge così a vera e propria *conditio sine qua non* per l'accesso ai benefici penitenziari, piegando l'esecuzione penale ad esigenze di tipo probatorio, con pieno sacrificio delle istanze rieducative e rendendo peraltro immediatamente evidente una frizione con il principio di uguaglianza laddove si ponga mente al fatto che, durante le indagini preliminari e poi durante tutto il processo, all'indagato e all'imputato non solo è riconosciuto il diritto al silenzio, ma anche il diritto a mentire, quale piena espressione del principio *nemo tenetur se detegere*. La collaborazione, del resto, permette anche di presentare istanza di accesso ai benefici senza attendere i termini maggiorati di pena ordinariamente previsti nei casi in oggetto, che invece si applicano ove venga riconosciuta la c.d. collaborazione impossibile.

Si tratta dunque, nel caso di specie, di un meccanismo legale che,

pur in presenza dei requisiti soggettivi (meritevolezza) e oggettivi (entità della pena da scontare) che consentirebbero ad un condannato di lasciare il carcere o di non entrarvi, vietano al giudice di disporre misure diverse dalla detenzione intramuraria in ragione del titolo del reato commesso¹¹⁴.

Al cospetto di una condanna per i reati ivi tassativamente indicati e dell'assenza di collaborazione con la giustizia, dunque, a fronte di un'istanza di accesso ad un beneficio penitenziario tra quelli indicati dalla norma, la Magistratura di Sorveglianza si deve limitare ad una semplice

grado) in spregio alla riserva di legge e di giurisdizione prevista in materia di libertà di comunicazione dall'art. 15 Cost. La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul potere di disapplicazione dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria da parte della Magistratura di Sorveglianza, ha confermato le limitazioni previste dal regolamento considerandole espressione di una valutazione di pericolosità già operata dal legislatore nella legge all'art. 4 *bis* o.p. Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, 4, 2961. Per un commento R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi dei detenuti, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, *ivi*, 2004, 4, 1362 ss.

¹¹⁴ Cfr. G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo*, cit., par. 5.

declaratoria di inammissibilità, senza poter entrare nel merito del caso concreto e senza potere dunque valutare il percorso intrapreso *intra moenia* da parte del condannato.

Pur avendo accennato alle motivazioni di politica criminale che hanno dato il là a quella che potremmo definire la “stagione dell’automatismo in ambito penitenziario”, è abbastanza evidente che normalmente il legislatore vi ricorre allorquando l’elemento che costituisce la giustificazione reale della regola giuridica – nel nostro caso la pericolosità sociale – sia un elemento particolarmente difficile da provare. Da questo punto di vista è innegabile infatti che gli automatismi penitenziari si risolvano in meccanismi di semplificazione dell’accertamento giudiziario. Rimane quindi da comprendere quale sia il livello di approssimazione accettabile in un automatismo legale. Questo sembra in realtà dipendere da una molteplicità di fattori: la ragionevolezza del sillogismo presuntivo, lo specifico settore in cui l’automatismo si trova ad operare, le peculiarità del fatto la cui esistenza è stata presunta dal legislatore e, infine, gli interessi in gioco¹¹⁵.

Quella di cui all’art. 4 *bis* o.p. non è peraltro l’unica ipotesi di automatismo prevista in materia penitenziaria. Si riscontra infatti un nutrito novero di ipotesi diverse che declinano altrettanti modelli di preclusività: preclusioni *tout court* di accesso ai benefici, preclusioni condizionate, aggravati dei termini per accedere ai benefici o, infine, preclusioni di carattere meramente processuale¹¹⁶.

L’automatismo carcerario si riduce così ad una inaccettabile preclusione ad una *chance* trattamentale, indifferente al percorso detentivo del condannato e ai suoi sforzi verso la risocializzazione, e ciò in aperto contrasto con la finalità rieducativa della pena¹¹⁷,

ponendosi anche in evidente frizione con l’art. 3 Cost. nella misura in cui esso livella ingiustificatamente situazioni diverse.

¹¹⁵ Così S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, cit., 6 ss.

¹¹⁶ Per una panoramica esaustiva delle diverse ipotesi, cfr. G.M. PAVARIN, *Diritto penitenziario: breve viaggio nel labirinto delle preclusioni. Il filo di Arianna*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 11, 1481 ss.

¹¹⁷ Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 62.

2.5. *L'incessante opera della Consulta nello smantellamento degli automatismi penitenziari*

È proprio sulla scorta dei citati articoli della Costituzione che la giurisprudenza costituzionale ha inaugurato ormai tempo addietro un filone giurisprudenziale che ha portato ad un progressivo smantellamento degli automatismi penitenziari fondati su una presunzione assoluta di pericolosità sociale, supplendo così anche all'inerzia legislativa¹¹⁸.

Vengono normalmente ascritte al filone relativo alla progressività trattamentale tutte quelle sentenze che già in tempi risalenti, nel prisma dell'art. 27 co. 3 Cost., hanno cristallizzato il principio di c.d. *non regressione nel trattamento* con riferimento alle modifiche *in peius* succedutesi negli anni rispetto alla disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p., in assenza di una previsione di norme transitorie da parte del legislatore¹¹⁹. Si è trattato

¹¹⁸ La Corte costituzionale, in materia di esecuzione penale, ha dimostrato da sempre una maggiore sensibilità nell'apprezzare sia le conseguenze pratiche riconducibili alle modalità di applicazione delle sanzioni sia la necessità di rifuggire gli automatismi in favore della realizzazione dell'individualizzazione del trattamento. Esemplificative del principio per cui deve considerarsi illegittima l'esecuzione della pena che non tenga conto degli interessi costituzionalmente tutelati di persone diverse dal condannato: C. cost., 5 dicembre 2003, n. 350, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1, 53 ss., sulla detenzione domiciliare ordinaria concessa a genitori di minore portatore di handicap, e C. cost., 13 aprile 1990, n. 215, in www.giurcost.org, che ha esteso al padre la detenzione domiciliare ordinaria in caso di madre deceduta o impossibilitata a prestare le cure al figlio. Possiamo poi certamente ascrivere al filone della lotta agli automatismi, in materia di esecuzione della pena, le più risalenti sentenze C. cost., 23 maggio 1995, n. 186, in www.giurcost.org, relativa all'ipotesi di revoca automatica della liberazione anticipata; C. cost., 4 luglio 2006, n. 255, in www.giurcost.org, in tema di discrezionalità in capo alla Magistratura di Sorveglianza nel negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena; C. cost., 13 giugno 1997, n. 173, in www.giurcost.org, in tema di sospensione automatica della detenzione domiciliare in caso di denuncia per evasione; C. cost., 30 luglio 1997, n. 296, in www.cortecostituzionale.it, in tema di permessi premio. Cfr. in argomento A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4 bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Arch. pen. web*, 2014, 3, 9.

¹¹⁹ L'operazione esegetica, che ha cristallizzato il principio di non regressione nel trattamento, ha certamente posto un freno significativo all'applicazione retroattiva delle norme di sfavore. Detta operazione, però, contingentava fisiologicamente i propri effetti a quelle situazioni in cui vi fosse stato un avvio, significativo e apprezzabile, del percorso trattamentale. Si è dovuto attendere, invece, fino all'epocale sentenza n. 32/2020, cit., per

di un percorso articolato, che ha portato in un primo momento a negare la revoca dei benefici già concessi sulla base della precedente normativa¹²⁰, poi a riconoscere la concessione di permessi premio a chi ne avesse già fruito in precedenza¹²¹ e, infine, a permettere la concessione di benefici tutte le volte in cui il detenuto avesse raggiunto, prima dell'entrata in vigore delle norme di sfavore, il grado di rieducazione richiesto¹²².

Successivamente, già la prima Commissione Palazzo, istituita nel 2013¹²³, e due anni più tardi, i componenti del Tavolo XVI degli Stati Generali dell'esecuzione penale avevano articolato una proposta che si muoveva nella direzione di trasformare lo schema presuntivo su cui si regge l'art. 4 *bis* o.p. da assoluto a relativo. Nella proposta del tavolo XVI si proponeva anche di valorizzare le condotte riparative considerate manifestazioni di ravvedimento e risocializzazione del condannato¹²⁴, ferma la necessità di provare l'assenza dei collegamenti con il consesso

vedere riconosciuta la possibilità di applicare il principio di irretroattività quantomeno alle misure alternative e alla liberazione condizionale (oltre che all'istituto di cui all'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p.), in quanto misure incidenti sulla qualità della pena e, in ultima istanza, sulla libertà personale del condannato. Cfr. *supra* cap. I, par. 1.4.3.2 in dettaglio.

¹²⁰ Cfr. C. cost., n. 306/1993, cit., con note di C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 4, 2505 ss.; M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, *ivi*, 2511 ss.; E. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 861 ss.

¹²¹ Cfr. C. cost., 14 dicembre 1995, n. 504, in www.giurcost.org.

¹²² Così C. cost., 30 dicembre 1997, n. 445; C. cost., 22 aprile 1999, n. 137; C. cost., 4 luglio 2006, n. 257; C. cost., 16 marzo 2007, n. 79, tutte in www.giurcost.org. Esemplicativamente, il principio di non regressione nel trattamento è stato affermato anche nella sentenza n. 257/2006 che ha dichiarato illegittimo l'art. 30 *quater* o.p., introdotto nel 2005, laddove prevedeva che i nuovi limiti di pena per l'accesso ai permessi premio si applicassero anche ai condannati recidivi reiterati per i delitti commessi prima dell'entrata in vigore della stessa.

¹²³ La relazione e il relativo articolato sono pubblicati in www.giustizia.it.

¹²⁴ Cfr., per una sintesi del lavoro degli Stati Generali dell'esecuzione penale, F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 giugno 2016. La proposta è stata poi ripresa in alcuni scritti. Cfr.: M. BORTOLATO, *La libertà di "non collaborazione": verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017, 155 ss.; F. FIORENTIN, *Superamento delle preclusioni ai benefici penitenziari*, *ivi*, 161 ss.; F. SIRACUSANO, *Modifiche all'art. 4-bis ord. penit.*, *ivi*, 189 ss.

mafioso¹²⁵. Le proposte sono state poi riprese nei lavori della Commissione Giostra nominata per dare attuazione alla legge delega n. 103/2017, che già prevedeva, alla lett. e) del comma 85 dell'art. 1,

l'eliminazione di automatismi e preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale¹²⁶.

La previsione della legge delega c.d. Orlando è però purtroppo rimasta lettera morta: molto poco della sistematica proposta di riforma della Commissione Giostra¹²⁷ è infatti confluito nella c.d. mini-riforma

¹²⁵ Cfr. *Relazione tavolo XVI - Il trattamento. Ostacoli normativi all'individuazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it, 2 ss.

¹²⁶ Anche se la legge delega escludeva espressamente dal perimetro della revisione degli automatismi i casi di eccezionale gravità e pericolosità e «comunque le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale». Per un commento della legge delega, per quanto di nostro interesse: M. BORTOLATO, *La legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Intervento al Convegno di Roma del 7 maggio 2015*, in www.ristretti.it; F. FIORENTIN, *Principi e criteri direttivi della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.ilpenalista.it, 19 ottobre 2015; ID., *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 305 ss.; P. CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 587 ss.; A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 6, 250 ss.; A. FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. SCALEFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 325 ss.

¹²⁷ Uno dei sei Capi del prospetto di riforma presentato dalla Commissione Giostra era relativo proprio al superamento degli automatismi e delle preclusioni. L'articolato e la Relazione sono pubblicati su <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 9 febbraio 2018. Per un commento: G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 119 ss.

del 2018¹²⁸. In particolare non vi è traccia delle numerose proposte modificative dei meccanismi preclusivi. Questa scelta, giustificata alla luce dell'asserita volontà di non "abbassare la guardia" nella lotta alla criminalità organizzata, è stata vigorosamente criticata da chi aveva fatto parte della Commissione: si è infatti osservato con rammarico come «la parte qualificante della riforma *sia* stata ufficialmente sacrificata sull'altare della certezza della pena» da intendersi nell'accezione populista¹²⁹ fatta propria dalla corrente politica in quel momento al governo¹³⁰. La pre-

¹²⁸ Cfr. d.lgs. n. 123 e n. 124 del 2 ottobre 2018. Per un commento a caldo, cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'Ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 novembre 2018; F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2018. Ai decreti citati, si aggiunge anche il n. 121 relativo all'esecuzione delle pene nei confronti dei minori. Per un commento a quest'ultimo decreto, cfr.: L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 16 novembre 2018.

¹²⁹ Il concetto di certezza della pena è stato spesso evocato da esponenti politici e dai media con un significato non conforme a quello proprio della tradizione penalistica illuminista: secondo questa distorta accezione, la certezza della pena starebbe ad indicare la sua immutabilità. Con riferimento specifico alla pena detentiva, essa dunque si identificherebbe con l'esigenza di eseguire interamente la pena all'interno del carcere fino al suo ultimo giorno. Il concetto di certezza della pena, messo in correlazione con il principio di legalità quale conquista dell'illuminismo, va invece identificato con la prevedibilità della stessa: il cittadino deve essere messo nelle condizioni di conoscere con anticipo la possibile conseguenza delle azioni penalmente rilevanti. Cfr. I.G. GIUSTINIANI, *Esecuzione penale ed effettività della pena*, in *Rassegna della giustizia militare*, 2008, 4-6, 21, che definisce l'effettività come «l'idoneità della sanzione penale a raggiungere le funzioni sue proprie, di prevenzione generale e speciale, di retribuzione e di rieducazione» e la certezza della pena come «la prevedibilità della sua irrogazione a seguito della violazione del precetto penale». Cfr. in argomento, per tutti, D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, cit., 235 ss.

¹³⁰ Così G. GIOSTRA, F. GIANFILIPPI, *Quel che poteva essere (e la necessità di preservare)*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 130. Cfr. anche G. DI CHIARA, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, in M. COLAMUSSI (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Torino, 2020, 9, secondo cui «sull'altare dell'abusato refrain della "certezza della pena", in odio a una consapevole discrezionalità valutativa del giudice idonea a dar corpo a una pregnante progettazione individuale dei percorsi rieducativi, risulta inopinatamente sacrificato il solco dell'eliminazione degli automatismi e delle preclusioni»; R. DE VITO, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*,

clusione di accesso ai benefici, in assenza di collaborazione, significa in effetti esecuzione dell'intera pena irrogata in carcere¹³¹.

A fronte di una *débâcle* sul versante legislativo, come precisato, è stata la Consulta a farsi portavoce delle istanze rieducative anche dei condannati c.d. "irriducibili".

In particolare, con riferimento agli automatismi fondati su schemi presuntivi assoluti, la Consulta ha affermato *ex art. 3 Cost.* la violazione del canone della ragionevolezza¹³², sotto il duplice profilo dell'incompatibilità con il principio di proporzionalità¹³³ e/o con il principio di ragionevolezza empirica¹³⁴:

in www.questionegiustizia.it; C. FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, in <http://www.processopenaleegiustizia.it>.

¹³¹ Ad eccezione dell'eventuale sconto di pena legato alla partecipazione all'opera rieducativa per la liberazione anticipata, istituto che mantiene la sua operatività anche nei confronti dei condannati per i reati previsti all'art. 4 *bis* o.p.

¹³² Il principio di ragionevolezza si sviluppa dal principio di uguaglianza sostanziale, assumendo ben presto autonoma rilevanza e centralità quale canone estremamente pervasivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Si tratta di un criterio che permette alla Corte di intervenire di fronte a casi estremi (incongruità, inadeguatezza, inidoneità, abnormità della legislazione), allorché le c.d. rime obbligate (limite poi venuto meno grazie alla successiva giurisprudenza della stessa Corte) impediscano alla Consulta di adottare pronunce di tipo additivo. Attraverso il canone della ragionevolezza la Corte costituzionale verifica che il legislatore non sia incorso in quelle «manifeste ragioni di irrazionalità o discriminazioni prive di fondamento giuridico, che sole potrebbero consentire di sindacare il menzionato ampio potere discrezionale riservato al legislatore». Così C. cost., 13 giugno 1997, n. 175, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. in dottrina M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 3 ss.

¹³³ Il giudizio di proporzionalità si articola in quattro fasi: 1) verifica della legittimità dello scopo perseguito dal legislatore rispetto ai principi costituzionali; 2) valutazione della «"connessione razionale" tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire»; 3) necessità che il legislatore abbia adottato lo strumento che permetta di ottenere l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile degli altri interessi contrapposti; 4) esame degli effetti prodotti dall'atto legislativo, attraverso il confronto tra benefici raggiunti e sacrifici imposti (c.d. proporzionalità in senso stretto). Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 4-5, che rileva come la Corte costituzionale non applichi il test di proporzionalità nella sua interezza ma solo i suoi singoli passaggi.

¹³⁴ Cfr., sul punto, ancora, M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 14 ss., la quale precisa che «è lì, immersi nell'esperienza giuridica, che si può valutare l'adeguatezza del mezzo al fine,

una presunzione assoluta si ritiene sproporzionata quando la norma, proprio a causa della sua inderogabilità, non sia in grado di far fronte alle mutevoli esigenze del caso concreto; è invece irragionevole ove non risponda a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*¹³⁵.

Se infatti è corretto affermare che la giustificazione reale della regola automatica è costituita dal fatto ignoto dato per presupposto,

la congruenza del collegamento probabilistico tra il fatto ignoto (*pericolosità sociale*) e il fatto noto (*condanna per un certo titolo di reato e mancata collaborazione con la giustizia*) inevitabilmente rileva ai fini della valutazione di ragionevolezza dei meccanismi normativi automatici¹³⁶.

l'irragionevolezza intrinseca, gli esiti paradossali che possono prodursi da una regola apparentemente logica, al variare dei dati del contesto e dell'imprevedibile fantasia dei casi della vita, o più semplicemente al trasformarsi dell'ordinamento normativo» (18).

¹³⁵ Così F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 84 nt. 116. Cfr., a titolo esemplificativo, C. cost., 21 luglio 2010, n. 265, in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁶ Nel tentativo di declinare la definizione sull'esempio noto dell'art. 4 bis o.p., il corsivo è nostro, mentre la citazione è di S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, cit., 5: se la giustificazione legale – la commissione di un certo fatto di reato – è dunque un fatto noto, la giustificazione reale – la c.d. pericolosità sociale – rappresenta invece un fatto ignoto, la cui sussistenza viene fatta derivare incontrovertibilmente dalla sussistenza del fatto noto sulla base di un collegamento di tipo necessariamente probabilistico. È la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 22 luglio 2011, n. 231, in www.cortecostituzionale.it, ad aver affermato come l'automatismo citato si basa su una c.d. massima di esperienza secondo cui: «Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo associativo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso». Critica apertamente lo schema presuntivo su cui si fonda l'automatismo con riferimento a praticamente tutte le ipotesi di reato successivamente introdotte in prima fascia, tra cui i c.d. reati di contesto mafioso, il concorso esterno, i reati di associazioni terroristiche o eversive, F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit. 73 ss., la quale sostiene, giustamente, che le ipotesi associative, diverse da quella di cui all'art. 416 bis c.p., risultano «sovra-inclusive rispetto all'*id quod plerumque accidit* sotteso all'art. 4 bis ord. penit.».

In dottrina, peraltro, si è sottolineato come gli automatismi legislativi non vengano dichiarati incostituzionali semplicemente a causa del rigido rapporto tra protasi e apodosi – secondo lo schema «se A, allora B»¹³⁷ – ma vengano censurati dalla Consulta solo in quanto comprimano anche irragionevolmente il diritto contrapposto che il meccanismo presuntivo sacrifica¹³⁸. Per superare indenne lo scrutinio di legittimità costituzionale deve emergere che l'automaticità della previsione mira a tutelare un interesse che è prevalente rispetto agli altri valori coinvolti. Ed è qui che entra in gioco il giudizio di bilanciamento dei diritti e, con esso, il giudizio di proporzionalità¹³⁹.

Come abbiamo però già messo in luce, nell'ambito dell'esecuzione penale, il divieto di automatismi costituisce esso stesso un vero e proprio corollario del principio rieducativo, una costola irrinunciabile strettamente connessa all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, che ha portato in tempi recenti a plurime declaratorie di incostituzionalità di altrettanti automatismi fondati su schemi presuntivi assoluti di pericolosità sociale.

2.5.1. *Il concorrente interesse del minore*

Si può certamente ascrivere al novero del citato filone giurisprudenziale la sentenza n. 239/2014¹⁴⁰, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* co. 1 o.p. nella parte in cui non eccettuava dai

¹³⁷ Cfr. ampiamente in argomento, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 210.

¹³⁸ Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 18 settembre 2014, 1.

¹³⁹ Cfr. cap. V, in particolare Pt. III.

¹⁴⁰ Cfr. C. cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in www.giurcost.org. Per un commento alla sentenza, cfr. A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4 bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, cit., 3; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, 1 ss.; M.T. TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in www.archiviopenale.it, 2014; D.M. SCHIRÒ, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1067 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in <https://>

benefici preclusi, in caso di mancata collaborazione con la giustizia, la detenzione domiciliare speciale per le detenute madri di cui all'art. 47 *quinquies* della stessa legge¹⁴¹. La sentenza ha dichiarato, inoltre, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* co. 1 o.p., nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari da esso stabilito la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter*, co. 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

La declaratoria di incostituzionalità si fonda sulla violazione dell'art. 3 Cost., risultando irragionevole assimilare la misura della detenzione domiciliare speciale per detenute madri ai restanti benefici preclusi dall'art. 4 *bis* co. 1 o.p., in quanto, nel caso di specie, a venire in oggetto non è solo l'interesse del singolo detenuto, *rectius* detenuta, al trattamento rieducativo *versus* l'interesse della comunità alla sicurezza e alla difesa sociale – come accade per i restanti benefici preclusi richiamati dall'art. 4 *bis* co. 1 o.p. – ma anche un interesse ulteriore, facente capo a un soggetto terzo, debole per definizione, qual è il minore, a mantenere un rapporto con la propria madre.

archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 27 ottobre 2014; E. APRILE, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 141 ss.

¹⁴¹ L'istituto della detenzione domiciliare speciale si inserisce nel novero delle misure tese ad evitare che l'espiazione in carcere influisca negativamente sul rapporto madre-figlio (e più in generale genitore-figlio), dando diretta attuazione al dettato dell'art. 31 co. 2 Cost., nell'ottica di assicurare la cura materna al minore in modo continuativo ed in ambiente familiare. Quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47 *ter* o.p., l'art. 47 *quinquies* o.p. prevede per le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, la possibilità di essere ammesse ad espiaire la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. Cfr., in argomento, A. MENGHINI, *Sub art. 47 quinquies o.p.*, in F. FIORENTIN, S. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 637 ss.

La norma al vaglio della Consulta è dunque apparsa sovra-inclusiva¹⁴², in quanto assimilava, quanto a trattamento normativo, misure alternative che si caratterizzavano per una differente finalità. Alla luce dell'automatismo citato, dunque, l'interesse del minore, tutelato in via principale dalla previsione di cui all'art. 47 *quinquies*¹⁴³, risultava sempre recessivo a fronte di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che cristallizzava l'interesse alla difesa sociale come preminente. Il minore si trovava quindi sempre a “subire” le conseguenze del comportamento illecito della madre, prima, e della scelta della medesima di non collaborare, ovvero del fatto che la stessa non si vedesse riconosciuta l'impossibilità, l'inesigibilità ovvero l'irrelevanza della propria collaborazione, poi, trovandosi a pagare in prima persona il “costo” della lotta alla criminalità organizzata.

Pertanto, il bilanciamento tra i citati interessi non può, secondo quanto affermato dalla Consulta, essere affidato ad un automatismo fondato su una presunzione assoluta di pericolosità ma deve necessariamente essere restituito alla discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza, che deve poter valutare il caso concreto e conseguentemente apprezzare, in un'ottica di bilanciamento, non solo l'interesse alla difesa sociale ed il contrapposto interesse della madre ad un adeguato percorso rieducativo, ma anche l'interesse specifico del figlio¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 3948 ss. L'Autore sottolinea come il carattere di sovra-inclusività possa generare una contraddizione tra la regolamentazione normativa e la sua *ratio*, consustanzandosi in un vizio di c.d. contraddittorietà intrinseca. La censura di irragionevolezza, *rectius* di incoerenza logica, nella sentenza n. 239/2014, appare indissolubilmente legata al bilanciamento di interessi. Ciò – sottolinea l'Autore – accade proprio quando il giudizio della Corte ha ad oggetto, come nel caso di specie, meccanismi di bilanciamento legislativi troppo rigidi, come avviene negli automatismi legali.

¹⁴³ Cfr. Relazione di accompagnamento della legge 8 marzo 2001, n. 40, introduttiva dell'art. 47 *quinquies* o.p., che indicava nella volontà di sottrarre i minori dall'ambiente carcerario e nella tutela del rapporto madre-figlio in condizioni di vita familiare, le più normali possibile, le finalità precipue dell'istituto di cui al neo introdotto art. 47 *quinquies* o.p.

¹⁴⁴ La giurisprudenza di legittimità ha dato del giudizio di bilanciamento in tema di concessione della detenzione domiciliare speciale una puntuale interpretazione, giun-

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 situazioni¹⁴⁵.

Dopo tre anni, la Corte è tornata a pronunciarsi sulla disciplina dell'art. 47 *quinquies* o.p. ed in particolare sulla preclusione prevista al comma 1 *bis* o.p.¹⁴⁶ con la sentenza n. 76/2017¹⁴⁷, dichiarando l'incostituzionalità della clausola di riserva che escludeva dall'operatività della previsione proprio le condannate per i reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* o.p.

Il comma 1 *bis* o.p., introdotto dall'art. 3 co. 1 lett. b) della legge 21 aprile 2011 n. 62, prevede che la detenuta madre possa scontare la quota

gendo a sostenere che «ai fini dell'applicazione della detenzione domiciliare speciale il giudice, dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti formali ed escluso il concreto pericolo di commissione di ulteriori reati, deve verificare la possibilità per la condannata sia di reinserimento sociale sia di effettivo esercizio delle cure parentali nei confronti di prole di età non superiore ai 10 anni, costituendo il primo un requisito necessario per l'ammissione al regime alternativo e la seconda la circostanza che giustifica il maggior ambito applicativo della misura alternativa». Così Cass. pen., 7 marzo 2013, n. 38731, Radouane, in *www.dejure.it*; nello stesso senso Cass. pen., 19 luglio 2018, n. 47092, Barbi Cinti. D'altra parte è la stessa Consulta nella sentenza n. 239/2014 ad individuare l'interesse del minore quale *ratio* preminente ma non esclusiva della detenzione domiciliare speciale.

¹⁴⁵ Così C. cost., n. 239/2014, cit.

¹⁴⁶ Dispone il comma 1 *bis* dell'art. 47 *quinquies* o.p.: «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiazione della pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiaata nelle case famiglia protette, ove istituite».

¹⁴⁷ Cfr. C. cost., 8 marzo 2017, n. 76, in *www.cortecostituzionale.it*, con nota di G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 8 maggio 2017; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1047 ss.;

parte di pena richiesta per accedere al beneficio della detenzione domiciliare speciale presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (c.d. ICAM) o presso il proprio domicilio, ove sia ritenuto non sussistente il pericolo di fuga¹⁴⁸.

L'inequivoca formula della clausola di riserva di cui al comma 1 *bis* – «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4 *bis*» – rappresentava inoltre una delle pochissime ipotesi di preclusione del tutto assoluta, nel senso che anche un'eventuale collaborazione con la giustizia non avrebbe permesso di vincere la preclusione di accesso al beneficio.

Con la pronuncia n. 76/2017, la Corte chiude il cerchio, risolvendo di fatto anche la paradossale situazione che poteva porsi all'indomani della pronuncia del 2014 citata, per cui la stessa madre, imputata di un delitto di cui al 4 *bis* o.p., avrebbe potuto accedere ad un ICAM in custodia cautelare (art. 285 *bis* c.p.p.: sempre che il figlio avesse un'età inferiore ai 6 anni), mentre, una volta divenuta definitiva, avrebbe dovuto scontare in carcere la quota parte di pena richiesta per poter avanzare istanza di accesso alla detenzione domiciliare speciale (un terzo della pena ovvero 15 anni, in caso di condanna all'ergastolo)¹⁴⁹.

La Consulta ha pronunciato una sentenza di incostituzionalità parziale, c.d. ablativa, di fatto spazzando via la clausola di riserva, che si differenzia in parte per le argomentazioni addotte, affermando l'incostituzionalità della previsione per violazione dell'art. 31 co. 2 Cost. e non

¹⁴⁸ La realtà degli ICAM è un contesto decisamente diverso e migliore rispetto alle c.d. sezioni nido, previste dal Regolamento esecutivo (art. 19 co. 5), in cui possono soggiornare le detenute madri con i propri figli fino all'età di tre anni. In realtà non tutte le carceri sono dotate della Sezione nido e, anche laddove presente, la realtà del carcere è comunque fortemente traumatica per un bambino; gli ICAM, invece, sono delle strutture esterne al perimetro delle carceri o comunque, anche ove costruite all'interno del perimetro, mantengono una propria autonomia rispetto alla struttura carceraria e assomigliano più a degli appartamenti veri e propri.

¹⁴⁹ Cfr. la Relazione finale (in particolare proposta 6), del Tavolo 14 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, in www.giustizia.it. Ivi si dava conto di questa situazione paradossale e della necessità di porvi rimedio, o attraverso un'ulteriore declaratoria di incostituzionalità – come è in effetti accaduto – ovvero attraverso la previsione legislativa della possibilità di accesso ad un ICAM durante la maturazione dei termini per l'accesso alla misura della detenzione domiciliare speciale.

sulla base di un giudizio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, come accaduto nella sentenza n. 239/2014¹⁵⁰.

La pronuncia si inserisce certamente tra quelle che tutelano la protezione dell'infanzia e della genitorialità¹⁵¹, richiamando espressamente i passaggi fondamentali della sentenza n. 239/2014 e le fonti internazionali che qualificano l'interesse del minore quale interesse superiore¹⁵², e affermando, infine, il principio per cui «in tutte le decisioni relative ad esso, adottate da istituzioni pubbliche o private, tale interesse deve essere considerato preminente».

Trovano poi ampio spazio le considerazioni censorie della Corte in punto di automatismi legislativi, già presenti nella pronuncia del 2014 e in precedenti pronunce della Consulta, che vengono qui riproposte:

Affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che la sussistenza e la consistenza di queste ultime siano verificate in concreto e non sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni.

Ancora una volta la Consulta ha confermato che la cristallizzazione dell'esito di un bilanciamento di interessi, che si riflette in un meccanismo preclusivo e dunque in un vero e proprio automatismo, allorquando entra in gioco l'interesse qualificato di un soggetto terzo, non appare conforme al dettato costituzionale.

Stessa linea argomentativa anche per la successiva sentenza n. 174/2018, relativa al meno conosciuto istituto dell'assistenza all'esterno di figli minori, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 21 *bis* o.p. nella parte in cui, attraverso il rinvio all'art.

¹⁵⁰ Per un approfondimento in proposito, cfr. A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, cit., in particolare 1048 ss.

¹⁵¹ Si inseriscono in questo filone le già citate sentenze della Consulta n. 215/1990, n. 350/2003, n. 239/2014, ma anche le sentenze C. cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e 23 gennaio 2013, n. 7, entrambe in www.cortecostituzionale.it, relative gli automatismi della pena accessoria della decadenza dalla potestà (oggi: responsabilità) genitoriale, su cui *infra*.

¹⁵² Cfr. art. 3 co. 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 176/1991 e art. 24 co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, attuata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

21 (lavoro all'esterno), non consentiva alle detenute madri condannate per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis* commi 1, 1 *ter*, 1 *quater* o.p. l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni, oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che la condannata avesse collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* o.p.¹⁵³.

Appare coerente con l'impostazione esposta, da ultimo, anche la sentenza n. 187/2019 relativa all'art. 58 *quater* o.p., anch'esso – insieme all'art. 4 *bis* o.p. – norma emblema delle preclusioni in ambito di esecuzione della pena. In particolare la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater* co. 1, 2 e 3 o.p., nella

¹⁵³ Cfr. C. cost., 23 luglio 2018, n. 174, in www.cortecostituzionale.it, con nota di A. MENGHINI, *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venir meno un'altra preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, 48 ss. L'assistenza all'esterno dei figli minori si atteggia quale istituto in grado di arricchire il programma trattamentale: il soggetto cioè non esce tecnicamente dal circuito intramurario e continua ad eseguire la propria pena in carcere, salvo per le ore concesse con il beneficio. Esattamente come il lavoro all'esterno, l'assistenza all'esterno deve quindi essere contemplata nel programma di trattamento. In linea con queste sentenze si pone anche la sentenza 22 febbraio 2017, n. 90, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 5, 895 ss., con nota di P. MAGGIO, *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione*, *ivi*, 901 ss.; F. DELVECCHIO, *La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 2, 201 ss. La sentenza dichiara l'incostituzionalità dell'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p., nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti *ivi* elencati. Le eccezioni espresse nel comma 9 riflettono infatti altrettante presunzioni di pericolosità sociale fondate sul titolo di reato commesso. Nel caso di specie la Consulta censura dunque «un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, dirette a perseguire, con il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena». Cfr., in quanto ispirate dalla medesima logica, seppur relative all'applicazione della pena accessoria della decadenza dalla patria potestà, anche le sentenze C. cost., 15 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, 364 con nota di M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso sulla pronuncia sull'articolo 569 c.p.*; C. cost. 16 gennaio 2013, n. 7, *ivi*, 2013, 169, con nota di M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*. Per un commento di quest'ultima sentenza, cfr. anche V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. e aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma 1, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, 199 ss.

parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedevano che non potesse essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, alla condannata nei cui confronti fosse stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel comma 2 dello stesso art. 58 *quater*¹⁵⁴. Si legge infatti nella motivazione della sentenza che

l'assoluta impossibilità per il condannato, madre o padre, di accedere al beneficio della detenzione domiciliare speciale prima che sia decorso un triennio dalla revoca di una precedente misura alternativa sacrifica infatti a priori – e per l'arco temporale di un intero triennio, che come osserva giustamente il rimettente è un periodo di tempo lunghissimo nella vita di un bambino – l'interesse di quest'ultimo a vivere un rapporto quotidiano con almeno uno dei genitori, precludendo al giudice ogni bilanciamento tra tale basilare interesse e le esigenze di sicurezza sociale rispetto alla concreta pericolosità del condannato.

2.5.2. *La non sacrificabilità della finalità rieducativa della pena*

La celebrata sentenza n. 149/2018 costituisce, a detta della dottrina, una pietra miliare nell'affermazione della centralità della finalità rieducativa che viene espressamente considerata non sacrificabile sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr. C. cost., 18 luglio 2019, n. 187, in www.cortecostituzionale.it. Anche in questo caso la Consulta ha dichiarato in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater* co. 1, 2 e 3 o.p. nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedevano che non potesse essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare, prevista dall'art. 47 *ter* co. 1 lettere a) e b) o.p., al condannato nei cui confronti fosse stata disposta la revoca di una delle misure indicate al comma 2 dello stesso art. 58 *quater*, sempre che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

¹⁵⁵ Cfr. C. cost., n. 149/2018, cit. Per un commento, cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 18 luglio 2018; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1359 ss.; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018; S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di C. cost. sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, Studi 2018/III, 505 ss. Aveva precedentemente già espresso il concetto della non sacrificabilità della

La questione di legittimità costituzionale, che era stata sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia rispetto agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., riguardava, come nel caso precedentemente citato, non l'art. 4 *bis*, ma l'art. 58 *quater* co. 4 o.p. nella parte in cui prevedeva che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. – sequestro di persona a scopo di estorsione, laddove facesse seguito la morte del soggetto sequestrato – non potessero essere ammessi ad alcuno dei benefici di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. senza aver «effettivamente espiato almeno 26 anni di carcere»¹⁵⁶. Quella che rappresentava cioè la terza forma di ergastolo, oltre a quello comune e a quello ostativo, contemplata nell'ordinamento penale italiano.

Nel caso specifico il giudice remittente era stato investito di un'istanza di concessione di semilibertà da parte di un detenuto, cui era già stata riconosciuta la collaborazione impossibile, che aveva espiato 22 anni e 11 mesi di reclusione, cioè un limite di pena superiore ai 20 anni previsti per l'ergastolano per l'accesso alla semilibertà. Si trattava, inoltre, di un detenuto che aveva compiuto un percorso rieducativo eccezionale, dando prova di un'importante revisione critica.

In particolare il Tribunale di Sorveglianza, nell'ordinanza di rimessione, aveva stigmatizzato il fatto che l'art. 58 *quater* co. 4 o.p. rappresentasse un'eccezione *in peius* rispetto alla disciplina già fortemente preclusiva di cui all'art. 4 *bis* o.p., con chiaro *vulnus* dell'art. 3 Cost. e con una ricaduta certa in termini di disparità di trattamento. Da un lato, infatti, il legislatore perequava verso l'alto, prevedendo un unico limite pari a 26 anni per l'accesso a qualsiasi beneficio; dall'altro, richiedendosi

finalità rieducativa sull'altare di ogni altra finalità, ritenendo che la stessa debba quantomeno fungere da «limite negativo» alle scelte del legislatore e mettendo bene in luce come la stessa giurisprudenza costituzionale nel tempo abbia contribuito a modificare quel limite in vincolo positivo per il legislatore, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 17.

¹⁵⁶ La pronuncia ha dichiarato consequenzialmente illegittima la medesima previsione anche con riferimento alla diversa ipotesi dei condannati all'ergastolo per la fattispecie di cui all'art. 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. Successivamente la Consulta, con sentenza n. 229/2019, cit., ha dichiarato l'illegittimità della previsione con riferimento ai condannati a pena temporanea nella parte in cui veniva definita una preclusione di accesso ai benefici ove non avessero eseguito effettivamente almeno due terzi della pena. Le argomentazioni sviluppate dalla Corte costituzionale sono le medesime di quelle della sentenza n. 149/2018.

che detto limite di pena fosse “effettivamente” eseguito, si sterilizzava l’operatività dell’istituto della liberazione anticipata che, come sappiamo, non risulta invece preclusa dalla previsione di cui all’art. 4 *bis* co. 1 o.p.

Il Tribunale di Sorveglianza, nella propria ordinanza di rimessione aveva inoltre sostenuto l’illegittimità costituzionale per irragionevolezza intrinseca di questa previsione in rapporto alla necessaria finalità rieducativa: la disposizione risultava, infatti, in netto contrasto con la logica di progressione trattamentale, in quanto la norma allineava al limite di 26 anni l’accesso a tutti i benefici, disinteressandosi degli eventuali progressi nel percorso rieducativo.

Sotto quest’ultimo aspetto, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione totalmente fondata: a rilevare *in primis* è proprio l’appiattimento ad un’unica ed indifferenziata soglia di 26 anni, che si pone effettivamente in contrasto espresso con la progressività trattamentale e la flessibilità della pena, in quanto sovverte irragionevolmente la logica gradualistica, sterilizzando ogni effetto pratico della liberazione anticipata. Il carattere automatico della preclusione temporale all’accesso ai benefici penitenziari impedisce alla Magistratura di Sorveglianza qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato «in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna».

Ciò appare alla Corte costituzionale in aperto contrasto con

l’assunto – sotteso allo stesso art. 27, terzo comma, Cost. – secondo cui la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss’anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento¹⁵⁷.

¹⁵⁷ E, prosegue la Consulta: «Prospettiva, quest’ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell’intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società».

Il condannato non va mai identificato con il reato commesso e la Magistratura di Sorveglianza ne deve potere apprezzare il cammino di evoluzione personale.

Nella stessa ottica si muove anche la fondamentale sentenza n. 253/2019, relativa al meccanismo di presunzione assoluta delineato dall'art. 4 *bis* co. 1 o.p., applicato ai permessi premio¹⁵⁸.

Si tratta del giudizio di legittimità promosso dalla suprema Corte di cassazione con l'ordinanza n. 59 del 20 dicembre 2018¹⁵⁹ e di quello promosso dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia con l'ordinanza n. 135 del 28 maggio 2019 che la Consulta ha deciso di riunire.

I due casi riguardano entrambi condannati all'ergastolo ostativo che, in assenza di collaborazione, hanno proposto istanza di permesso premio *ex art. 30 ter* o.p. e si sono visti opporre dal Magistrato di Sorveglianza una dichiarazione di inammissibilità dell'istanza. Nel caso og-

¹⁵⁸ Cfr. C. cost., 11 dicembre 2019, n. 253, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento, cfr.: M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 12 dicembre 2019; S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis comma 1 o.p.*, *ivi*, 28 gennaio 2020; D. GALLIANI, R. MAGI, *Regime ostativo e permesso premio. La Consulta decide, ora tocca ai giudici*, in www.giustiziainsieme.it, 29 gennaio 2020; A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in www.giurisprudenzapenale.com, 27 gennaio 2020; A. GALLINA, *Benefici penitenziari e collaborazione con la giustizia: quale presente e quale futuro?*, in www.questionegiustizia.it, 17 aprile 2020; A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium iuris*, 2020, 4, 399 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta rimodella solo l'istituto previsto per i "delitti ostativi"*, in *Guida dir.*, 2020, 5, 77 ss.; C. FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 3, 649 ss.; A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in www.rivistaaic.it, 2020, 1, 501 ss.; A. MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4 bis, 1° comma, ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 410 ss.; ID., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in www.rivistaaic.it, 2020, 2, 1 ss.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 57913, Cannizzaro, in www.dejure.it. Per un commento, cfr. M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 28 gennaio 2019.

getto dell'ordinanza della Cassazione, ricorrente è un condannato per concorso esterno in associazione di stampo mafioso resosi responsabile della consumazione di delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione medesima. Nel caso oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza, si tratta invece di un affiliato ad una cosca mafiosa, vero e proprio partecipe *ex art. 416 bis c.p.*

Come già affermato in un precedente commento alla sentenza, la peculiarità dei casi oggetto delle istanze di rimessione ha portato anche i giudici *a quibus* ad argomentare in maniera diversa la supposta irragionevolezza della previsione¹⁶⁰: mentre la Cassazione ha affermato la necessità di distinguere situazioni soggettive diverse che invece appaiono *de iure condito* irragionevolmente assimilate, il Tribunale di Sorveglianza ha invece sostenuto l'irragionevolezza intrinseca del meccanismo presuntivo di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p., con riferimento alla generalità delle posizioni soggettive possibili nel contesto di tipo mafioso.

Ed è proprio l'irragionevolezza di tale presunzione assoluta, che non contempla la possibilità di prova contraria e che affonda le radici nel presupposto che la scelta di collaborazione (o non collaborazione) possa sempre dirsi libera, ad essere stata stigmatizzata dalla Consulta. È cioè il carattere assoluto dello schema presuntivo delineato all'art. 4 *bis* co. 1 – per cui la mancata collaborazione è considerata indice incontrovertibile dell'immanenza di collegamenti con il consesso criminoso e dunque di pericolosità sociale del condannato, da cui viene fatta discendere la preclusione di accesso ai benefici – ad essere dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Viene revocata in dubbio la tesi, già sostenuta dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 135/2003¹⁶¹, secondo cui la scelta di collaborare possa sempre dirsi libera e che la sua assenza debba essere necessariamente indicativa di una volontà di mantenere un collegamento con il consesso mafioso, ben potendo in ipotesi il condannato temere per la sua

¹⁶⁰ Il meccanismo presuntivo dell'art. 4 *bis* co. 1 o.p. “fotografa” infatti la pericolosità sociale del condannato con specifico riferimento al reato commesso, cristallizzandola al momento della commissione del fatto. Si tratta dunque di una presunzione assoluta che non permette in alcun modo di valutare il percorso rieducativo che il condannato possa avere nel frattempo intrapreso.

¹⁶¹ Esprimeva peraltro fondate perplessità sulla libertà della scelta di collaborare già C. cost., n. 306/1993, cit.

incolumità o per quella della sua famiglia. Allo stesso modo – aggiunge la Corte – anche la sussistenza della collaborazione non può essere considerata sempre prova certa dell'avvenuta rescissione del vincolo, in quanto il condannato potrebbe anche essere portato a collaborare solo per un interesse di tipo opportunistico¹⁶².

A venire in oggetto sono ancora gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. nella misura in cui la presunzione assoluta si basa su una generalizzazione che potrebbe essere sconfessata nel caso concreto e inibisce a monte una valutazione nel merito da parte della Magistratura di Sorveglianza, collegando alla scelta di non collaborare ulteriori conseguenze negative del tutto eccentriche rispetto al fatto commesso.

Come chiarito è il carattere assoluto della presunzione di attualità del collegamento con l'associazione di stampo mafioso in assenza di collaborazione ad essere dichiarato illegittimo costituzionalmente. E ciò sotto tre distinti profili: in primo luogo la presunzione assoluta ha una ricaduta negativa per il condannato nella misura in cui impone conseguenze afflittive ulteriori non correlate al fatto commesso e dovute esclusivamente alla sua renitenza a collaborare; in secondo luogo perché impedisce una valutazione individualizzata del caso concreto ed in particolar modo del percorso rieducativo intrapreso dal condannato; in terzo luogo perché la presunzione medesima si basa su di una generalizzazione che potrebbe invece essere sconfessata proprio grazie alla valutazione del caso concreto¹⁶³.

¹⁶² Sono queste le stesse argomentazioni già espresse nella requisitoria del Procuratore Generale presso la Cassazione, poi puntualmente riprese anche nella sentenza della Corte di Strasburgo *Viola c. Italia*. In particolare la Corte europea aveva stigmatizzato la “non libertà” della scelta collaborativa, così come l'equivalenza imposta tra mancata collaborazione e pericolosità sociale del condannato. Non diversamente da quanto opinato dalla Consulta, secondo la Corte di Strasburgo, detta «equivalenza ... finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente». Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 16 giugno 2019, *Viola c. Italia*, ric. n. 77633/16, in <https://hudoc.echr.coe.int>. La traduzione in italiano si trova in www.giustizia.it. Per un commento D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 4, 191 ss.; V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2, 1 ss.

¹⁶³ La Consulta ha già più volte affermato il principio secondo cui le presunzioni assolute, limitative dei diritti fondamentali, violano il principio di uguaglianza ove arbitra-

La presunzione viene pertanto trasformata in relativa¹⁶⁴ ponendosi, sotto questo aspetto, in linea con la più recente giurisprudenza della Consulta, in cui è stato a più riprese affermato che presunzioni assolute di pericolosità sociale non possono essere considerate in linea con il dettato costituzionale ed in particolare con la finalità rieducativa della pena se è vero che, basandosi esclusivamente sulla gravità del fatto commesso, non permettono una valutazione dell'evoluzione personologica del condannato. Viene conseguentemente imposto un onere di allegazione al condannato non solo circa l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche rispetto all'assenza di pericolo di ripristino dei collegamenti¹⁶⁵ che, ove le informazioni pervenute dal Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica siano di segno negativo, si trasforma in

rie e irrazionali, ovvero non rispondenti «a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». Così, ad esempio, C. cost., 23 marzo 2013, n. 57, in www.cortecostituzionale.it, e più recentemente C. cost., n. 149/2018, cit., sentenza in cui si riafferma a chiare lettere la costante giurisprudenza della Corte sul punto che «esclude “rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso” nella materia dei benefici penitenziari (sent. n. 436 del 1999), in particolare laddove l'automatismo sia connesso a presunzioni *iuris et de iure* di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (sent. n. 90 del 2017), giacché ove non fosse consentito il ricorso a criteri individualizzanti “l'opzione repressiva fini[rebbe] per relegare nell'ombra il profilo rieducativo” (sent. n. 257 del 2006)».

¹⁶⁴ Si rammenta che la prima Commissione Palazzo di riforma del sistema sanzionatorio, istituita nel 2013, aveva elaborato una proposta di emendamento dell'art. 4 *bis* o.p. con cui si andava ad incidere sul dettato dell'ultimo periodo del comma 1 *bis* aggiungendo «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere di presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati». Ferma l'acquisizione di elementi tali da escludere i collegamenti con l'associazione mafiosa, si ammetteva, secondo lo schema proposto, che potesse essere data la prova di elementi diversi dalla collaborazione per dimostrare la mancata attualità di collegamento con il consesso mafioso. Per la proposta di articolo e la relazione di accompagnamento cfr. <https://archiviopdp.dirittopenaleuomo.org>, 19 febbraio 2014.

¹⁶⁵ Ciò dovrebbe forse fare riflettere anche sull'opportunità di rimeditare la suddivisione delle competenze tra Tribunale di Sorveglianza e singolo Magistrato di Sorveglianza. Il fatto che la valutazione in punto di assenza di collegamenti in ipotesi di permesso premio spetti al singolo magistrato e che il relativo procedimento sia *de plano*, e dunque sprovvisto di contraddittorio, potrebbe infatti far propendere per la sua devoluzione al Tribunale di Sorveglianza, visto il ruolo fondamentale che il condannato è chiamato a svolgere a fini probatori, permanendo altrimenti, quale unica possibilità di contradditto-

vero e proprio onere della prova. Di tutta evidenza come questo onere così qualificato rischi di limitare oltremodo la portata innovativa della pronuncia¹⁶⁶.

Anche in questo caso la Corte restituisce discrezionalità alla Magistratura di Sorveglianza che, una volta che il condannato abbia assolto l'onere di allegazione relativamente agli elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti ed il pericolo del loro ripristino, potrà effettivamente valutare il percorso che il detenuto in esecuzione di pena possa aver intrapreso.

La sentenza n. 253/2019 non è però una sentenza sull'ergastolo ostativo. La Consulta lo chiarisce preliminarmente affermando che oggetto del giudizio è la sola legittimità del meccanismo preclusivo di accesso ai benefici penitenziari, apprezzata con specifico riferimento al permesso premio¹⁶⁷, relativo ai condannati a qualsiasi pena, sia temporanea sia a

rio, quella di fronte al Tribunale di Sorveglianza investito del reclamo avverso un provvedimento di reiezione.

¹⁶⁶ La Corte precisa infatti come «la presunzione di pericolosità del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi». E prosegue, sempre al par. 9 della sentenza in commento, «l'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale) non solo è criterio già rinvenibile nell'ordinamento [...] nella stessa disposizione di cui è questione di legittimità costituzionale [...] ma è soprattutto criterio costituzionalmente necessario per sostituire *in parte qua* la presunzione assoluta caducata». Sottolineano come ciò rischi di compromettere la reale portata della pronuncia M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., par. 3; A. MENGHINI, *Permessi premio, la Consulta apre un varco nell'art. 4 bis, 1° comma, ord. penit.*, cit., 416, in cui viene approfondito il profilo delle ricadute della pronuncia sulla previsione di cui al comma 1 *bis* relativa alla collaborazione impossibile.

¹⁶⁷ Rammentiamo che la Consulta a pochi giorni della pronuncia è intervenuta con una sentenza in materia di esecuzione penitenziaria minorile. Cfr. C. cost., 6 dicembre 2019, n. 263, in www.cortecostituzionale.it, con cui è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione di cui all'art. 2 co. 3 del d.lgs. n. 121/2018 concernente la disciplina di esecuzione della pena con riferimento ai condannati minorenni laddove si prevedeva che trovasse applicazione la previsione di cui all'art. 4 *bis* co. 1 e 1 *bis* o.p. al fine della concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative alla detenzione. La Consulta ha ritenuto infatti che la previsione si ponesse in contraddizione sia con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di esecuzione

vita, per delitti di associazione mafiosa di cui all'art. 416 *bis* c.p. e per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste¹⁶⁸.

Si è dunque dovuto attendere qualche mese affinché la Cassazione sollevasse questione di legittimità dell'art. 2 co. 2 del d.l. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991¹⁶⁹, nella parte in cui prevede espressamente, tramite un rinvio alla disciplina di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p., il divieto di accesso alla liberazione condizionale per l'ergastolano ostativo non collaborante¹⁷⁰.

Il caso è quello di un detenuto in esecuzione della pena dell'ergastolo dal novembre 1999 per delitti assolutamente ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. il quale aveva avanzato richiesta di liberazione condizionale al Tribunale di Sorveglianza de l'Aquila, che, sulla base della normativa

penale minorile, sia con la legge delega n. 103/2017. La questione di legittimità costituzionale è apparsa dunque fondata in riferimento agli artt. 27 co. 3 e 31 co. 2 Cost. La finalità rieducativa della pena implica, infatti – lo rammenta la Consulta – i corollari di individualizzazione e flessibilizzazione della risposta sanzionatoria, che presuppongono necessariamente che il giudizio nel merito sia restituito alla giurisdizione rieducativa.

¹⁶⁸ Anche se poi la Corte, con una pronuncia consequenziale, «per evitare la creazione di una paradossale disparità», ha dichiarato l'illegittimità consequenziale della presunzione assoluta anche con riferimento ai restanti reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p., reati per cui effettivamente meno si giustifica sia la pretesa di collaborazione sia la prova della rescissione del collegamento con il sodalizio criminoso.

¹⁶⁹ Cfr. Cass. pen., 18 giugno 2020, n. 18518, Pezzino, in *www.dejure.it*.

¹⁷⁰ Il tema dell'ergastolo ostativo è tornato prepotentemente alla ribalta proprio in concomitanza con la sentenza n. 253/2019, pur essendo un tema che ha sempre appassionato e diviso la dottrina. Ci limitiamo a richiamare la recente pubblicazione collettanea di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019. Cfr., prima delle citate pronunce della Consulta, L. EUSEBI, *Ostativo del "fine pena". Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1514 ss.; G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, *ivi*, 1505 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, *ivi*, 1500 ss.; G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*, *ivi*, 1509 ss.; M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, *ivi*, 2016, 2, 575 ss.; A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 17 ss.; D. GALLIANI, *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1522 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *www.rivistaaic.it*, 2017, 4.

vigente, ne aveva dichiarato l'inammissibilità. Nell'analisi del caso di specie i giudici della prima Sezione della Cassazione hanno riconosciuto che il detenuto, nel momento di proposizione della domanda di liberazione condizionale, aveva già espiato – compresi i giorni di liberazione anticipata pari a 2655 – oltre ventisette anni di detenzione e che pertanto i requisiti temporali richiesti dall'art. 176 c.p. potevano dirsi pienamente soddisfatti.

Nell'ordinanza di rimessione la Cassazione non ha mancato di richiamare sia la sentenza Viola, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto l'irriducibilità dell'ergastolo ostativo contraria all'art. 3 Cedu in ragione del carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale che limita eccessivamente le possibilità di liberazione del condannato, sia la già citata sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale. Benché la Consulta abbia fatto cadere la preclusione solo in relazione ai permessi premio, aderendo così al *petitum* circoscritto dalle ordinanze di rimessione, è evidente, a detta dei giudici di legittimità, che gli effetti di detta pronuncia risulterebbero fortemente sminuiti se per le successive tappe del percorso trattamentale dovesse valere ancora tale preclusione: risulterebbe, infatti, sacrificata eccessivamente la finalità rieducativa della pena, che deve, invece, caratterizzarla nel suo contenuto ontologico, accompagnandola da quando nasce fino a quando in concreto si estingue.

La Consulta, come noto, con ordinanza n. 97/2021¹⁷¹, ha disposto il rinvio della trattazione prima al 22 maggio 2022, e poi, al novembre 2022, di fatto mettendo in mora il legislatore, pur avendo nuovamente affermato il contrasto della presunzione assoluta di cui all'art. 4 *bis* c. 1 o.p. con gli artt. 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost., in combinato disposto con il parametro interposto dell'art. 3 Cedu.

¹⁷¹ Cfr. C. cost., 11 maggio 2021, n. 97, con nota di M. PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 8, 1001 ss.; E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione "ergastolo"*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 3, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 2021, 3, 1182 ss.; L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 653 ss.; L. SIRACUSA, *La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 1, 192 ss.; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, G. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra Corti*, in www.forumcostituzionale.it.

La Corte costituzionale ha stabilito come la disciplina ostativa, facendo della collaborazione l'unico modo per il condannato di recuperare la libertà, sia in contrasto con gli artt. 3 e 27, 117 (e 3 Cedu) della Costituzione. Ha dunque riconosciuto, ma non dichiarato, l'illegittimità costituzionale, con una tecnica normativa già sperimentata in materia di fine vita¹⁷² e ciò con il fine dichiarato di evitare che l'accoglimento immediato delle questioni rischi di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata¹⁷³.

Infine, merita certamente un breve cenno anche la sentenza n. 56/2021, in cui la Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter* co. 01 o.p., limitatamente alle parole «né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 del c.p.», ha contribuito a restituire coerenza al sistema¹⁷⁴. La disposizione censurata era infatti l'unica a fare discendere conseguenze radicalmente preclusive rispetto all'accesso ad una misura alternativa a carico di chi fosse stato condannato in passato con l'aggravante della recidiva, in una qualunque delle sue forme¹⁷⁵.

¹⁷² Cfr. C. cost., 16 novembre 2018, n. 207, in www.cortecoostituzionale.it, sull'aiuto al suicidio nel caso Cappato. Per un commento, cfr. S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2159 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 2020, 4, 1428 ss.

¹⁷³ La qual cosa è stata peraltro criticata in dottrina. Cfr. D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in www.giustiziainsieme.it, 20 maggio 2021.

¹⁷⁴ Cfr., per un commento, F. ROCCHI, *Capitola l'ultima preclusione assoluta a carico dei recidivi "in executivis"*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 3, 344 ss.; F. GIANFILIPPI, *La persona ultrasessantenne recidiva può ottenere la detenzione domiciliare: illegittimo un altro (peculiare) automatismo preclusivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 716 ss. Secondo la Consulta: «La menzionata disposizione di cui all'art. 58 *quater* o.p. mostra in modo particolarmente evidente l'anomalia del meccanismo preclusivo qui all'esame: mentre soltanto la recidiva reiterata osta a una seconda concessione di una misura alternativa (e dunque anche alla concessione di tutte le ipotesi di detenzione domiciliare diverse da quella in esame), qui già la recidiva semplice di cui all'art. 99 comma 1 c.p. osta in radice alla detenzione domiciliare; e ciò proprio nei confronti di una categoria di detenuti – quelli ultrasessantenni – rispetto ai quali la vita carceraria risulta, in via generale, particolarmente gravosa».

¹⁷⁵ La legge sull'ordinamento penitenziario prevede infatti a carico dei soli condannati con recidiva reiterata di cui all'art. 99 co. 4 c.p. condizioni più gravose per l'accesso

2.6. Gli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale relative agli automatismi penitenziari

Nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità della previsione, la "demolizione" dell'automatismo legislativo ha come effetto quello di restituire centralità all'attività probatoria nel giudizio, delegando il bilanciamento in concreto agli organi giudiziari¹⁷⁶. Che si tratti dunque di restituire un bilanciamento di interessi in cui confluisca anche la valorizzazione di un interesse ulteriore, facente capo ad un terzo soggetto, o si tratti più precisamente di apprezzare se e come la persona in esecuzione di pena sia cambiata nel tempo progredendo nel percorso rieducativo, la Consulta è stata molte volte preziosa nel supplire all'inerzia legislativa, restituendo progressivamente alla Magistratura di Sorveglianza, giudice di prossimità, la discrezionalità che gli è propria sul caso concreto e contribuendo a conferire coerenza al sistema dell'esecuzione della pena, riallineandolo in ultima istanza al chiaro dettato costituzionale.

Il *trend* inaugurato dalla Consulta ormai alcuni anni or sono, al quale si è mantenuta fedele nel tempo, salvo un paio di recenti battute d'arresto¹⁷⁷, si muove in maniera inequivocabile nella direzione di riaffermare

ai benefici penitenziari. Così accade tuttora per i permessi premio (art. 30 *quater* o.p.) e per la disciplina della preclusione legata alla revoca di una misura alternativa (art. 58 *quater* co. 7 *bis* o.p.). Le ulteriori preclusioni, introdotte dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. *ex* Cirielli, e che rendevano più gravose per i recidivi reiterati le condizioni di accesso anche a talune misure alternative sono state successivamente abrogate dal d.l. n. 78 del 1 luglio 2013, convertito con modificazioni nella l. n. 94 del 9 agosto 2013. È il caso ad esempio della disciplina del previgente comma 1.1 dell'art. 47 *ter* o.p. e dell'art. 50 *bis* o.p. nella sua precedente formulazione.

¹⁷⁶ In argomento, cfr. R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 6, 3574 ss.; ID., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992, 88 ss. in cui l'Autore scrive che la Corte non sostituisce il bilanciamento fallace operato dal legislatore con uno diverso ma si limita invece a «demolire la rigida assegnazione di valore degli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta».

¹⁷⁷ Cfr. C. cost., 2 marzo 2022, n. 50, relativa all'art. 47 *ter* co. 1 *bis* o.p. e C. cost., 23 luglio 2021, n. 173, in www.cortecostituzionale.it, sui commi 1, 2 e 3 dell'art. 58 *quater* o.p., in cui la Consulta sembra comunque lanciare un monito al legislatore nella misura in cui afferma: «Resta, peraltro, affidata alla discrezionalità del legislatore la valutazione

con forza la primazia della finalità rieducativa in fase esecutiva rispetto alle esigenze di prevenzione generale e di prevenzione speciale negativa: la “possibile” flessibilità ritrovata, restituita nelle mani della Magistratura di Sorveglianza, cui corrisponde il progressivo smantellamento degli automatismi, ne è, a nostro modo di vedere, chiara espressione. La complessiva tenuta del sistema da un punto di vista di prevenzione generale dovrebbe dunque essere assicurata da un apparato di misure alternative alla detenzione che non si presentino vuote di contenuti, ma che al contrario conservino un carattere sanzionatorio seppur particolarmente vocato alla risocializzazione del reo.

Come abbiamo potuto apprezzare dalla breve esposizione relativa alle sentenze più significative in tema di automatismi penitenziari, ad essere oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale è sempre il carattere assoluto della presunzione su cui poggia l'automatismo. La presunzione viene infatti trasformata in relativa: «Al giudice di merito viene “delegato” il compito di procedere ad accertamenti e a valutazioni coerenti con la specificità del caso»¹⁷⁸. L'irragionevolezza degli automatismi legislativi si coglie infatti nella privazione della possibilità, per il giudice di merito, di adottare decisioni conformi alle peculiari caratteristiche del caso concreto e nel rigido vincolo di applicazione della norma, anche laddove le ragioni sottese alla regola legislativa non siano riscontrabili nella fattispecie oggetto di giudizio¹⁷⁹. Detto altrimenti, la declaratoria di incostituzionalità dell'automatismo restituisce discrezionalità sul caso

se e in che misura il rigore della disciplina censurata possa essere attenuato, anche in relazione al rischio che la preclusione triennale da essa stabilita conduca, nella pratica, a rendere improbabile non solo un secondo accesso alle misure alternative, ma anche il godimento dei più limitati benefici del permesso premio e del lavoro all'esterno del carcere durante la successiva esecuzione della pena. In effetti, tenuto conto degli stringenti limiti di pena inflitta o residua che condizionano oggi l'accesso alle singole misure (quattro anni, nelle ipotesi ordinarie di detenzione domiciliare e di affidamento in prova al servizio sociale), oltre che dei tempi tecnici necessari per l'esame delle istanze del condannato da parte del giudice di sorveglianza, la preclusione triennale successiva alla revoca, pur potenzialmente temperata dagli effetti della liberazione anticipata, finisce per coprire, in un elevato numero di casi, la totalità o quasi della pena residua».

¹⁷⁸ Cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, Relazione al Seminario «Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale», Parma, 19 marzo 2004, in www.robertobin.it.

¹⁷⁹ Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 86.

concreto al giudice permettendogli di bilanciare l'interesse antagonista che il meccanismo presuntivo aveva sacrificato.

Secondo una parte della dottrina la sentenza con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di un automatismo legislativo costituirebbe un nuovo e diverso tipo di sentenza additiva, la c.d. «sentenza additiva per *deficit* di flessibilità»¹⁸⁰, che si risolverebbe in una semplice manipolazione del linguaggio normativo, che nulla aggiunge alla previsione sindacata. Si tratta infatti di pronunce auto-applicative che non richiedono alcun intervento da parte del legislatore e che vedono i giudici di merito quali destinatari designati¹⁸¹.

A questo riguardo, ci sembra di poter sostenere che non sempre ciò corrisponde al vero, ove si rifletta sul fatto che talvolta, come ad esempio nella sentenza n. 253/2019, la Corte fornisce una serie di indicazioni vincolanti per il giudice relativamente alla prova che deve essere data per vincere la presunzione relativa, assomigliando molto sotto questo profilo alle sentenze additive di principio.

Da ultimo, ci sia permesso sottolineare che l'incessante opera della Consulta non ha peraltro ancora – e non potrebbe essere altrimenti vista la sua attivazione su istanza di parte su specifiche questioni – eliminato integralmente l'ampio panorama degli automatismi in materia penitenziaria¹⁸². L'auspicio allora non può che essere quello che un legislatore attento ponga finalmente mano alla materia, dotando il sistema di una sua coerenza intrinseca: la sopravvivenza di determinati meccanismi mal si

¹⁸⁰ Così C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 279.

¹⁸¹ Cfr. C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in A. RUGGERI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 299.

¹⁸² Rimangono infatti ancora da eliminare gli automatismi relativi all'art. 47 *ter* co. 01, quelli relativi alla materia dei permessi premio e all'art. 58 *quater* co. 7 *bis* o.p., con specifico riferimento ai recidivi reiterati. Come chiarito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 173/2021, non ha poi accolto la censura di illegittimità costituzionale con riferimento alle preclusioni di cui ai primi due commi dell'art. 58 *quater* (cfr. nt. 177); infine rimane ancora in piedi l'eccezione all'operatività del meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 co. 9 c.p.p.

giustifica a fronte della dichiarata incostituzionalità di altri fondati sulla medesima *ratio* e relativi alla medesima esigenza di difesa sociale. Più ancora di un'esigenza sistematica, come abbiamo visto, è la stessa valorizzazione dell'istanza rieducativa a reclamare in questo ambito il venire meno di siffatti meccanismi.

CAPITOLO TERZO

RICONOSCIMENTO E TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI

SEZIONE I

LA LUNGA MARCIA VERSO IL RICONOSCIMENTO E LA TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI

SOMMARIO: 3.1. I rapporti tra i principi affermati nell'art. 27 co. 3 Cost. 3.2. Il rapporto di supremazia speciale e il suo difficile superamento; 3.3. Il contributo del legislatore: i principi affermati nella legge sull'ordinamento penitenziario. 3.4. Le diverse classificazioni dei diritti dei detenuti e i limiti alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria. 3.5. Il contributo della giurisprudenza costituzionale nella determinazione del perimetro delle situazioni giustiziabili e nel riconoscimento di una loro effettiva tutela giurisdizionale. 3.5.1. La fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 204/1974. 3.5.2. La definizione del perimetro delle posizioni soggettive azionabili di fronte al Giudice dei diritti. 3.5.3. La giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive. 3.6. La Magistratura di Sorveglianza quale Garante dei diritti dei detenuti. L'evoluzione dell'art. 69 o.p. 3.7. Il panorama pre-Torreggiani: le varie forme di reclamo. 3.7.1. Il reclamo generico e la chiave di volta impressa dalla sentenza della Consulta n. 26/1999 e dalle Sezioni Unite Gianni. 3.8. La tutela multilivello. 3.9. Il contributo della Corte di Strasburgo nella tutela dei diritti dei detenuti. 3.9.1. Il problema del sovraffollamento carcerario in Italia. 3.10. La sollecita presa di posizione della Cassazione quanto alla competenza a riconoscere un risarcimento per condizioni detentive disumane o degradanti. 3.11. La messa in mora dell'Italia. 3.12. La valorizzazione del dettato dell'art. 69 co. 5 o.p. ed i profili di ineffettività della tutela apprestata dal c.d. reclamo atipico. 3.13. La proposta del rinvio dell'esecuzione della pena.

3.1. I rapporti tra i principi affermati nell'art. 27 co. 3 Cost.

La tutela dei diritti dei detenuti è un tema oggi estremamente attuale, tornato alla ribalta anche grazie all'attenzione mediatica suscitata dalla pesante condanna dell'Italia, nel caso *Torreggiani c. Italia* del 2013, relativa alla situazione di endemico e strutturale sovraffollamento delle carceri italiane, in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu laddove prescrive il divieto di trattamenti disumani o degradanti¹.

Il tema era peraltro già tornato ad attirare l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, anche penalistica², ancor prima della citata sentenza che ha però contribuito a rendere ineludibile la ricerca di

¹ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, ric. n. 43517/09, n. 46882/09, n. 55400/09, n. 57875/09, n. 61535/09, n. 35315/10, n. 37810/10, in www.giustizia.it. Per un commento: M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 948 ss. Prima del 2013 l'Italia era già stata condannata dalla Corte di Strasburgo in un'altra occasione per violazione dell'art. 3 Cedu relativamente alla situazione di sovraffollamento. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03, in www.osservatoriocedu.eu. Per un commento: L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19/06/09, Sulejmanovic c. Italia [Nota a sentenza] C. eur. dir. uomo, Sez. II, 16/07/09, n. 22635/03, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4938 ss. Per un approfondimento, cfr. *infra*, par. 3.9.1.

² Più in generale possiamo affermare che è solo con l'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 che il tema inizia ad interessare la dottrina. Prima di quella data, i contributi sono davvero pochi. Tra questi segnaliamo i principali, in ordine cronologico: G.F. FALCHI, *I diritti soggettivi della persona detenuta*, in *Scuola positiva*, 1935, I, 1 ss.; G. DELITALA, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in AA.VV., *Il rispetto della persona umana nell'applicazione del diritto penale*, in *Quaderni di Iustitia*, Roma, 1957, 9, 91 ss.; R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 258 ss.; P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in ID. (a cura di), *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 295 ss.; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, cit., 17 ss. Successivamente all'entrata in vigore della legge del 1975, cfr. V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., *passim*. Il tema dei diritti dei detenuti diventa una questione di cui la stessa Corte costituzionale inizia ad interessarsi frequentemente dopo la definizione del c.d. doppio binario penitenziario di cui sono espressione gli artt. 4 bis e 41 bis co. 2 o.p. Per un approfondimento delle diverse sentenze, cfr. *infra*, par. 3.5.3.

concrete soluzioni per porre rimedio alla situazione di sovraffollamento che caratterizzava, e purtroppo caratterizza tutt'ora, le nostre carceri³. Allorquando, infatti, l'attenzione della giurisprudenza costituzionale si è spostata dalla finalità rieducativa della pena – che ha incontrato a cavallo della fine del secolo scorso un nuovo momento di crisi – al principio, anch'esso contemplato all'art. 27 co. 3 Cost., secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, il tema del riconoscimento e della tutela dei diritti dei detenuti ha assunto un ruolo centrale nel dibattito dottrinale⁴.

Questo rinnovato interesse per l'umanità della pena, secondo una certa impostazione, sarebbe il frutto del fallimento dell'ideale rieducativo: a fronte del passaggio dallo stato sociale allo stato “penale”, la legalità della pena, intesa non solo quale riconoscimento dei diritti fondamentali

³ Al 30 settembre 2022 i detenuti presenti nelle carceri italiane ammontavano a 55.835 a fronte di una capienza di 50.942. Si deve però tenere adeguatamente in conto che, al 29 febbraio 2020, data in cui idealmente possiamo collocare l'inizio della pandemia da covid 19, i detenuti ammontavano a 61.230 a fronte di una capienza di 50.931 posti disponibili, e che solo la flessione delle presenze legata in particolare all'esigenza di una deflazione carceraria nell'ottica di contenere quanto più possibile la diffusione del contagio – circa meno 7.000 presenze – ha riportato il tasso di sovraffollamento prossimo a valori più accettabili, seppur sempre critici. Cfr. in argomento A. DELLA BELLA, *La Magistratura di Sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in www.sistemapenale.it, 29 aprile 2020; A. MENGHINI, *Il carcere al tempo del coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della Magistratura di Sorveglianza e repliche “garantiste” del Governo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2, 823 ss.

⁴ Cfr. S. ANASTASIA, *Un'età di diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 493. Lamentava ancora nel 2004 come troppo spesso il riferimento al principio di umanizzazione della pena venisse marginalizzato a favore della quasi esclusiva valorizzazione dell'istanza rieducativa M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 6. È stato sottolineato come il divieto di trattamenti disumani debba valere anche nei confronti del soggetto ristretto in carcere in custodia cautelare vista l'omogeneità delle affezioni patite. Così C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 11. Il dettato dell'art. 1 co. 1 o.p. è in linea con questa affermazione allorché vengono individuate le due direttrici dell'umanità e della dignità relative al c.d. trattamento penitenziario, che si riferisce sia ai condannati che ai soggetti in custodia cautelare. Peraltro era già stato sottolineato come la portata dell'art. 1 o.p. vada ben oltre quanto affermato in Costituzione nella prima parte dell'art. 27 co. 3, manifestando il proposito di porre il detenuto al centro del sistema penitenziario. Così V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 13.

alle persone private della libertà, ma in senso più ampio quale insieme delle condizioni giuridiche e di fatto dell'esecuzione della pena secondo diritto, sarebbe divenuta l'unico orizzonte possibile di riflessione⁵. Addirittura c'è chi ha teorizzato la necessità della recessione, *rectius* del fallimento, dell'ideale rieducativo, quale *conditio sine qua non* dell'affermazione di diritti fondamentali in capo ai detenuti⁶.

Riteniamo invece che la precettività della previsione costituzionale di cui all'art. 27 co. 3 Cost. debba essere apprezzata nella sua interezza, dovendosi misurare la legalità della pena non solo con riferimento al principio di umanità ma anche rispetto alla finalità rieducativa⁷.

La previsione di cui al terzo comma, figlia di un emendamento dell'ultimo minuto, restituisce infatti una norma strutturata su due poli indissolubilmente legati tra loro⁸, in cui lo stesso ordine dei principi ivi espressi può essere adeguatamente valorizzato: risulta infatti di tutta evidenza come non sia possibile immaginare alcun percorso rieducativo qualificante senza il previo riconoscimento della dignità della persona

⁵ In questo senso conclude il suo saggio S. ANASTASIA, *Un'età di diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, cit., 499.

⁶ Cfr. M. PAVARINI, *La "lotta per i diritti dei detenuti" tra riduzionismo ed abolizionismo carcerari*, in *Antigone*, 2006, 82 ss., in particolare 88 ss.

⁷ Parla di nesso di strumentalità tra divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità e finalità rieducativa, mettendo in guardia rispetto alla tentazione, pur se fondata sul crudo disincanto della realtà delle carceri, di ridurre il discorso sulla legalità della pena al suo limite inferiore, quello appunto segnato dal principio di umanizzazione, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 25.

⁸ Come noto l'inversione delle proposizioni fu l'effetto di un emendamento dell'ultim'ora teso a scongiurare il timore, in particolare espresso dagli on. Leone e Bettiol, e condiviso anche dall'on. Moro, che la precedente formulazione, che contemplava l'affermazione della finalità rieducativa in apertura di proposizione, potesse alimentare la convinzione di una piena adesione alle posizioni sostenute della scuola positiva. Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., 908. Ritiene invece che l'inversione dei principi abbia di fatto «annacquato in nome della neutralità dello Stato di fronte alle dispute scolastiche» il principio rieducativo, E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla Riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 74. Interessante è anche notare come durante la discussione si abbandonò progressivamente l'idea di richiamare la finalità rieducativa nella sua accezione minima, quale divieto di ulteriore desocializzazione, in favore di un'affermazione propositiva secondo cui la pena deve esprimere una tensione positiva verso la rieducazione del condannato. Cfr., su quest'ultimo punto, R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, cit., 265.

detenuta. In linea con quanto affermato a più riprese anche dalla giurisprudenza costituzionale⁹, il divieto di pene consistenti in trattamenti disumani¹⁰ diviene *conditio sine qua non* di un possibile percorso riedu-

⁹ Cfr. C. cost. n. 12/1966, cit.; C. cost., n. 376/1996, cit.; e, più di recente, l'importante pronuncia C. cost., 22 novembre 2013, n. 279, in www.cortecostituzionale.it, relativa proprio alla tematica del sovraffollamento, laddove la Consulta afferma che «... il divieto di adottare misure concretanti un trattamento contrario al senso di umanità non può essere disgiunto, nella ricostruzione della sua *ratio* e della sua portata applicativa, dal riferimento alla finalità rieducativa (sentenza n. 376 del 1997): al riguardo, questa Corte ha messo in luce il contesto “unitario, non dissociabile”, nel quale vanno collocati i principi delineati dal terzo comma dell’art. 27 Cost., in quanto logicamente in funzione l’uno dell’altro, posto che, in particolare, “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato” (sentenza n. 12 del 1966)». Sulla sentenza n. 279/2013, cfr. *infra*, par. 3.13. L’ipotesi ricostruttiva sostenuta nel testo si discosta da quella che, all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione, aveva voluto leggere nel principio del divieto di pene consistenti in trattamenti disumani un implicito riferimento alla finalità retributiva della pena, ragionamento questo che aveva permesso poi di sostenere una lettura in chiave minima del principio rieducativo, ritenuto valevole solo per la fase esecutiva della pena. Cfr. G. FIANDACA, *Commento all’art. 27, comma 3 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 229 ss., che, in questo senso, richiama le posizioni di Bettiol e Petrocelli.

¹⁰ Il principio di c.d. umanizzazione della pena trova riferimento anche a livello sovranazionale, sia nelle Regole penitenziarie europee, la cui regola n. 72.1 prevede: «Prisons shall be managed within an ethical context which recognises the obligation to treat all prisoners with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person», sia nell’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo del già citato art. 3 Cedu che, per il tramite dell’art. 117 co. 1 Cost., diviene parametro interposto, su cui cfr. *infra*, par. 3.9. Varcando i confini europei, il principio è previsto all’art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite del 1948 in cui si prevede che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizioni crudeli, inumani o degradanti». È del 1975, invece, la Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone sottoposte a forme di tortura o altre pene o trattamenti inumani, crudeli o degradanti. Si trattava pur sempre, in questi due ultimi casi, di strumenti di c.d. *soft law*, in quanto tali non vincolanti. Da qui l’esigenza avvertita di trasfondere i principi previsti dalla Dichiarazione universale in norme internazionali giuridicamente vincolanti. Un primo esempio di trattato generale a vocazione universale è il Patto sui diritti civili e politici del 1966 che, all’art. 7, prevede il divieto di tortura e di punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Il primo trattato vincolante, adottato in seno alle Nazioni Unite e specificamente dedicato alla prevenzione della tortura, è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e gli altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti, siglata nel dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987 e ratificata dall’Italia con l. 3 novembre 1988, n. 498. La Convenzione predispose e regola il Comitato contro la tortura, organo composto da dieci

cativo: così come il condannato non potrebbe mai percepire come giusta una pena che andasse oltre il limite della colpevolezza, con conseguente chiaro *vulnus* anche rispetto al suo consenso ad intraprendere un cammino di rieducazione¹¹, allo stesso modo la dignità della persona detenuta¹², intesa nella sua accezione statica¹³, che si estrinseca nel riconosci-

esperti indipendenti con il compito di monitorare il rispetto da parte degli stati firmatari della Convenzione medesima, in primo luogo esaminando i rapporti periodici sullo stato di adempimento della Convenzione trasmessi dagli Stati contraenti con la possibilità di formulare pareri e raccomandazioni. Si aggiunge alle prerogative del Comitato quella di valutare ricorsi individuali relativi alla supposta violazione da parte di uno stato membro di diritti sanciti dalla Convenzione stessa. Inoltre, il Comitato può fornire un'interpretazione sulle disposizioni della Convenzione. Successivamente alla Convenzione contro la Tortura, è stato adottato a New York, il 18 dicembre 2002, il Protocollo Opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti - OPCAT, entrato in vigore il 22 giugno 2006, cui l'Italia ha aderito con l. 9 novembre 2012, n. 195. Il Protocollo si pone l'obiettivo di integrare e rafforzare l'adempimento della Convenzione ONU, prevedendo a livello internazionale la creazione del Sottocomitato per la Prevenzione della Tortura (SPT) e, a livello nazionale, dei Meccanismi Nazionali di Prevenzione. In Italia, quest'ultimo organo è stato identificato nel Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e nella rete di Garanti territoriali, operanti a livello regionale e locale.

¹¹ Per tutti, cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 176 ss., in particolare 179-180; ID., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi e domani*, cit., 1667 ss.; più recentemente, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 113 ss., in particolare 149.

¹² Cfr. in argomento G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1181, in cui l'Autore si riferisce alla dignità quale vero e proprio «cuore del principio personalista», come tale non suscettibile di alcuna limitazione per effetto del bilanciamento tra interessi contrapposti. L'Autore conclude infatti sostenendo che «essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima».

¹³ Lo stesso concetto di dignità è di per sé polisemico: esso viene infatti indicato in dottrina come valore oppure come principio fondamentale. Per la prima tesi, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 225; per la seconda, cfr. M. RUOTOLO, *I diritti dei detenuti*, cit., 140; ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 47 ss. Viste le difficoltà di convenire su una definizione condivisa, mette in guardia rispetto alle insidie di assumere la dignità quale riferimento per individuare la soglia minima dei diritti delle persone recluse, pur non potendo «revocarsi in dubbio che la violazione di un diritto nel suo nucleo essenziale costituisca il primo sintomo di un

mento di quel nocciolo duro di diritti fondamentali¹⁴ che non possono essere conculcati neppure al detenuto che si sia macchiato del peggior crimine¹⁵, diventa la condizione necessaria affinché il condannato stesso si predisponga, con un consenso libero, al percorso rieducativo. Ove il

vulnus al valore della dignità che lo ha ispirato» A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 64.

Il distinguo tra dignità in senso statico, quale nocciolo duro di diritti inconculcabili, e in senso dinamico, quale conquista dell'uomo attraverso il suo comportamento, molto vicino quest'ultimo concetto a quello di onorabilità, si ritrova già in CICERONE, *De inventione*, 2, 166. Esso verrà poi sviluppato in SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, I, q. 29, art. 1, 77, che fa riferimento alla dignità come dono di Dio da preservare e sviluppare conducendo una vita in armonia con gli uomini, ed infine da PICO DELLA MIRANDOLA, *De hominis dignitate*, 1486, ed. a cura di E. Garin, Firenze, 1942, 109, che la intende quale vera conquista. Per una puntuale e dettagliata ricostruzione del pensiero dei diversi Autori rispetto al distinguo citato, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 9 ss. È dunque solo sul piano della dignità intesa in senso dinamico che è dato apprezzare una differenza tra gli uomini. Sulla dignità in senso statico, cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, 2, 2.

¹⁴ Convincente ci appare la tesi che ricostruisce il concetto di dignità in senso statico quale nucleo irrinunciabile consistente nel contenuto minimo dei diritti fondamentali che non può essere intaccato. Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 95 ss. e 10 ss. Cfr. anche D. MESSINEO, *La garanzia del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, 21. Sostiene che «il riconoscimento dei diritti e il loro rafforzamento sia il principale fattore che decide sull'«umanità» della pena detentiva», F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 531. L'Autore mette comunque in guardia rispetto ad una politica sanzionatoria che si limiti a perseguire la tutela dei diritti dei detenuti, potendo questa, in ultima istanza, risolversi in un'opzione di retroguardia rispetto alla necessaria applicazione del principio di *extrema ratio* della pena detentiva. Si sottolinea che se la linea dei diritti dei detenuti, fondamentale per la salvaguardia dell'umanità della pena, segna la «soglia minima del processo di civilizzazione della penalità, la linea della finalità rieducativa rappresenta una svolta autenticamente rivoluzionaria all'interno del tradizionale paradigma punitivo». Così, ID., *op. ult. cit.*, 537.

¹⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 724 in cui si legge che il principio di umanizzazione della pena trascende la stessa formulazione dell'art. 27 co. 3 Cost. e il solo divieto di trattamenti inumani o degradanti per ricomprendere anche il rispetto della dignità e della personalità del condannato. Cfr. anche G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190; P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., 143; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 2; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 51 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 68 ss.

condannato si sentisse trattato in maniera disumana come potrebbe mai accettare l'offerta trattamentale e predisporre liberamente ad un percorso rieducativo?¹⁶

In particolare, come abbiamo già approfondito nel primo capitolo del presente lavoro, è la lettura del principio di umanizzazione della pena, in combinato disposto con i principi espressi agli artt. 2, 3 e 13 Cost., che permette di apprezzare un contenuto precettivo del principio che va oltre il dettato letterale.

La centralità assunta nel nostro ordinamento costituzionale dal principio personalista di cui all'art. 2 Cost.¹⁷, il crisma dell'inviolabilità dei diritti e delle libertà fondamentali aventi fondamento costituzionale¹⁸ (tra cui anche la libertà personale) e il principio di pari dignità sociale, (inteso sia quale dovere di rispetto assoluto della persona, sia quale divieto di intenderla quale mezzo e non quale fine¹⁹), unitamente ad un'interpretazione lata del concetto di libertà personale, quale autonomia fisio-psichica – sul quale, secondo autorevole dottrina costituzionalistica, si fonderebbe il principio supremo della libertà-dignità²⁰

¹⁶ Collega il principio di umanizzazione della pena all'istanza rieducativa, nell'ottica di scongiurare una «manipolazione coattiva» del condannato, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 24, che chiosa poi sostenendo che l'umanità della pena diviene «criterio di interpretazione dello stesso finalismo rieducativo». Cfr. anche L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, 200, che collegano la stessa efficacia del percorso rieducativo alla sua accettazione «attiva e consapevole» da parte del detenuto.

¹⁷ Cfr. A. BARBERA, *Sub art. 2 Cost.*, in BRANCA (cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 102; E. ROSSI, *Sub art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, cit., 42 ss.; A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 210.

¹⁸ Su cui cfr. A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., 5; G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190. Sull'art. 2 Cost. come norma che conferisce il crisma dell'inviolabilità a tutti i diritti menzionati in Costituzione, cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 56.

¹⁹ Così A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 219.

²⁰ Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12. L'idea è poi ripresa e sviluppata, per quanto concerne il tema della tutela dei diritti dei detenuti, da M. RUOTOLO, *I diritti dei detenuti*, cit., 144 ss.; ID., *Dignità e carcere*, cit., 51 ss. In argomento, cfr. anche A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 68.

– suffragano l’affermazione, che verrà poi inверata dalla legge sull’ordinamento penitenziario, secondo cui anche al detenuto, in quanto essere umano dotato di una propria dignità, debbono essere riconosciuti tutti quei diritti fondamentali che non risultano incompatibili con lo *status detentionis*²¹.

Proprio perché i principi espressi all’art. 27 co. 3 Cost. sono essi stessi espressione dei principi personalista e di pari dignità sociale, il divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità deve essere interpretato quale rispetto necessario della dignità della persona e dunque quale fondamento del riconoscimento dei diritti fondamentali²². Di più, «è la stessa dignità della persona, postulando il principio personalistico, ad esigere che la pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa»²³.

È questa, infatti, a nostro modo di vedere, l’unica lettura che permetta di valorizzare appieno l’approdo cristallizzato dalla Consulta nella fon-

²¹ La dottrina che si è occupata dell’argomento appare a questo riguardo concorde. Cfr. P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nell’esecuzione della pena*, cit., 295 ss.; R. DELL’ANDRO, *I diritti del condannato*, cit., 275 ss.; S. BELLOMIA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 923. Cfr. in particolare i fondamentali lavori di M. RUOTOLO in materia, tra cui *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 51.

²² Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 754; P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., 295; più recentemente, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., in particolare 51 ss.

²³ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190, il quale cita la sentenza della C. cost., 17 maggio 2001, n. 138, in www.cortecostituzionale.it, in cui si afferma che, anche allorché si volesse far propria un’accezione minima di rieducazione quale rispetto della legalità esteriore, «una prognosi sicuramente favorevole su tale versante non può prescindere dalla valutazione di comportamenti che rilevinano la acquisita consapevolezza, da parte del reo, dei valori fondamentali della vita sociale». Conformemente si è sostenuto come la finalità special-preventiva positiva sia da considerarsi concretizzazione essa stessa del valore-dignità «nella sua più pura accezione personalistica», in quanto, per il tramite di una lettura in combinato disposto dei commi 1 e 3 dell’art. 27 Cost., la Consulta è giunta, proprio valorizzando la finalità rieducativa, nella celebrata sentenza C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in www.cortecostituzionale.it, ad affermare la necessaria rimproverabilità per il fatto quantomeno a titolo di colpa quale condizione necessaria per una responsabilità penale, ostracizzando così le ipotesi di responsabilità oggettiva. Così, ancora, G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 195. Conforme, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 121.

damentale sentenza n. 313/1990²⁴, e riconfermato, più recentemente, nella sentenza n. 149/2018²⁵, rispetto alla centralità della finalità rieducativa della pena, che deve informare l'intero suo *iter*, dalla sua nascita nella predisposizione del precetto fino alla sua estinzione, una volta eseguita. Con la citata sentenza del 1990 si afferma un'interpretazione dell'inciso «la pena deve tendere alla rieducazione» che, lungi dal suffragare letture riduttive della portata del precetto costituzionale, quali affermatesi soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione²⁶, valorizza invece la reale portata del consenso libero del condannato²⁷. È questo infatti l'unico viatico realmente dirimente nel percorso rieducativo.

Il primo passo della “vera rieducazione”, qualsiasi sia l'accezione che di questo termine si voglia fare propria²⁸, consiste infatti, a nostro modo di vedere, nel riconoscere al condannato un'autentica possibilità di scelta, cioè di optare per una vita secondo diritto in luogo di un ritorno alla criminalità una volta che lo stesso avrà terminato di eseguire la pena. Si tratta dunque di offrire concrete *chances* per un possibile reinserimento, di modo che la scelta di un “ritorno alla legalità” divenga un'autentica

²⁴ Cfr. C. cost., n. 313/1990, cit. Per un commento: G. FIANDACA, *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, cit., 2385 ss. Più recentemente, prende le mosse da questo fondamentale arresto: A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 15 ss.

²⁵ Cfr. C. cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit. Si rinvia al cap. II, par. 2.5.2 anche per le citazioni dei contributi a commento della sentenza.

²⁶ Secondo le quali la finalità rieducativa della pena era da considerarsi solo eventuale e comunque circoscritta al momento esecutivo della stessa. Per una puntuale ricostruzione del dibattito e per i relativi specifici contributi, cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, cit., 222 ss., che cita, tra i “detrattori” della finalità rieducativa nomi autorevoli quali Bettiol e Petrocelli. Cfr. in particolare 229-230. Cfr., in argomento, il cap. II, par. 2.2.

²⁷ Cfr. C. cost., n. 313/1990, cit. Sottolinea che, fermo il diritto all'offerta trattamentale, affermato dalla sentenza n. 204/1974, su cui *infra* par. 3.5.1, il condannato mantiene la sua libertà nell'aderire o meno a tale offerta, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 18.

²⁸ Cfr. in argomento G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, cit., 222 ss. ed in particolare 273 ss.; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica al diritto*, 2009, 182 ss. Più recente, in argomento, cfr. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018, 62 ss.

possibilità²⁹. Solo così risulta possibile ricomporre l'originario paradosso della pena privativa della libertà, cui si faceva cenno in apertura del primo capitolo.

Anche il riconoscimento di quella libertà residua, che pure la detenzione non intacca, comprensiva della sfera morale, porta quindi necessariamente a concludere per l'estraneità del carattere coercitivo dell'azione rieducativa³⁰.

Proprio per questo ci sembra che l'attuale utilizzo del termine «trattamento», che inevitabilmente tende ad evocare un processo imposto e calato dall'alto, sia quanto mai obsoleta e non rifletta appieno l'idea di una pena che necessariamente si deve fare progetto³¹, rispetto al quale il condannato assuma un ruolo proattivo³². Se dunque l'Amministrazione penitenziaria ha ritenuto maturi i tempi, anche nell'ottica di prevenire il fenomeno della c.d. infantilizzazione del detenuto, per imporre, con una sua circolare, un cambio radicale nelle terminologie da utilizzarsi all'interno delle strutture di pena³³, spiace, ma in ultima istanza non stupisce, che il termine «trattamento», portato esso stesso traluzio di una concezione del carcere quale "istituzione totale"³⁴, sia tuttora presente a caratterizzare una legge – quella sull'ordinamento penitenziario – che,

²⁹ Recentemente E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, cit., 1667 ss.; ID., *Pena e Costituzione*, cit., 25; L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale "umanizzatrice"?*, in *Criminalia*, 2016, 285 ss.

³⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, cit., 232, 277 ss., che correttamente conclude affermando che «il riferimento all'attuazione del programma di trattamento non può mai giustificare l'adozione di provvedimenti che incidano negativamente sulla libertà personale o morale del detenuto». *Contra*, teorizza un corrispondente dovere rispetto al diritto del condannato al trattamento rieducativo, fondato sul dovere di solidarietà sociale, A. BONOMI, *Il diritto/dovere del detenuto condannato e la libertà di autodeterminazione: incontro o scontro?*, in www.dirittifondamentali.it, 2019, 1 ss.

³¹ È questo un concetto molto caro a L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale? Considerazioni in margine al disegno di legge delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 11, 1334 ss.; ID., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, 477.

³² Cfr. *infra*, cap. IV, sez. II, par. 4.6.

³³ Cfr. Circ. DAP, DGDT, 31 marzo 2017, n. 112426, in www.giustizia.it.

³⁴ Cfr. le fondamentali pubblicazioni di E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, 1961, traduzione italiana di F. Basaglia,

seppur risalente nel tempo, ha segnato un forte cambio di prospettiva nei rapporti tra Amministrazione penitenziaria e detenuti, tale per cui questi ultimi non sono più considerati quali soggetti passivi dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria ma quali titolari di diritti³⁵.

Alla considerazione relativa alla centralità del consenso e alla necessità di riconoscere una vera libertà di scelta, quale espressione della propria libertà di autodeterminazione, e dunque in ultima istanza della propria dignità, ne va aggiunta un'altra: quanto più si approcci il problema della rieducazione da un punto di vista di una sua astratta possibilità, tanto più centrale torna ad essere quello della sussistenza di condizioni oggettive perché la stessa possa realizzarsi. Non ci riferiamo solo alla necessità di investire a tal fine rilevanti risorse economiche e di personale ma anche al bisogno di effettivo riconoscimento dei diritti fondamentali (e di una loro tutela) quale *conditio sine qua non* di realizzazione dello stesso percorso rieducativo. Se da un punto di vista soggettivo, per aversi consenso del condannato, è necessario che lo stesso si senta riconosciuto come persona nella sua dignità, e dunque in quel nocciolo duro di diritti fondamentali che non possono essergli negati, condizione obiettiva di un'offerta rieducativa è lo stesso riconoscimento dei diritti in capo alle persone detenute, vista anche la parziale ma significativa sovrapposizione tra diritti ed elementi del trattamento³⁶. Le condizioni non dignitose delle nostre carceri, che si risolvono in violazione di altrettanti diritti, rendono pertanto difficilmente realizzabile l'offerta rieducativa.

Stando così le cose, ci sembra di poter affermare che il riconoscimento dei diritti fondamentali al detenuto sia condizione necessaria, seppur ancora non sufficiente, di un eventuale percorso rieducativo.

Torino, 1968; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, 1974, traduzione italiana di A. Tarchetti, Torino, 2014.

³⁵ Cfr. V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 6-7; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 30-31, 52 ss.; ID., *Dignità e carcere*, cit., in particolare 51 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., *passim*, in particolare 68.

³⁶ Assicurare quei diritti coincide in questi casi, infatti, con l'offerta trattamentale propria di ogni programma rieducativo. Il riconoscimento e la tutela dei diritti dei detenuti divengono *conditiones sine quibus non* per la migliore espressione della finalità rieducativa e dunque, in ultima istanza, dello stesso diritto alla rieducazione.

Non si tratta dunque di scegliere tra (o, come qualcuno ha affermato, di “accontentarsi” della³⁷) “legalità della pena”, intesa quale affermazione e tutela dei diritti fondamentali in capo al detenuto, da un lato, e ideale rieducativo, dall’altro: la tutela dei diritti fondamentali diviene nella lettura proposta – l’unica che ci pare possibile – condizione perché la libertà di autodeterminazione del detenuto possa esplicarsi nella direzione di un percorso di tipo rieducativo.

Di più: lo stesso ideale rieducativo e la sua stessa astratta possibilità di realizzazione sono indissolubilmente connessi alla migliore espressione di altrettanti principi espressi nella nostra Costituzione: l’art. 27 co. 3 Cost. va infatti letto in combinato disposto con gli artt. 2, 3, ma anche con l’art. 97 Cost. (riconoscimento dei diritti inviolabili, principio di uguaglianza e di buon andamento della Pubblica Amministrazione).

Vero, infatti, come già acutamente sottolineato, che non solo il detenuto non si vede privato della totalità dei diritti, neppure della libertà personale, di cui comunque mantiene una parte residua, per ciò stesso tanto più preziosa³⁸, ma addirittura si vede riconoscere, rispetto al privato cittadino, dei diritti ulteriori³⁹, primo tra tutti il diritto alla rieducazione nel momento esecutivo della pena⁴⁰.

Che si tratti di un vero e proprio diritto, quantomeno nel momento in cui l’ideale rieducativo è declinato nel suo momento esecutivo, è stato inequivocabilmente affermato dalla Consulta già prima dell’entrata in vigore della legge sull’ordinamento penitenziario⁴¹.

³⁷ Condanna questo modo riduttivo di guardare al dettato dell’art. 27 co. 3 Cost. G. GIOSTRA, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in www.costituzionalismo.it, 2015, 2, par. 1.

³⁸ Così C. cost., n. 349/1993, cit.

³⁹ Come affermato da attenta dottrina, dunque, la detenzione non solo non fa venir meno la titolarità di diritti in capo ai detenuti, ma gliene attribuisce di nuovi. Così G. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978, 128. Sostanzialmente nello stesso senso: M. D’AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 109 ss.

⁴⁰ Cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 65 ss.; G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 194 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 38 e 121 ss.

⁴¹ Cfr. C. cost., n. 204/1974, cit. Cfr. *infra* par. 3.5.1 per uno specifico approfondimento.

Questo peraltro ben si concilia con la centralità che viene ad assumere il consenso in capo alla persona detenuta cui correlativamente consegue anche la sua rinunciabilità. E dalla configurazione quale vero e proprio diritto consegue anche l'obbligo positivo per l'Amministrazione penitenziaria di fornire tutte quelle condizioni che rendano possibile la scelta di vivere rispettando la legge una volta che il condannato abbia assolto il proprio debito con la giustizia⁴². Obbligo cui ne corrisponde uno, logicamente precedente, che è quello di assicurare tutte le condizioni affinché siano rispettati i diritti fondamentali delle persone detenute e con essi la loro stessa dignità⁴³. Di tutta evidenza, infatti, come molto spesso i diritti dei detenuti, proprio per la posizione in cui questi ultimi si trovano, abbiano necessità di un intervento di tipo positivo dell'Amministrazione penitenziaria affinché ne sia reso possibile l'esercizio⁴⁴.

3.2. *Il rapporto di supremazia speciale e il suo difficile superamento*

Nella vigenza del Regio regolamento del 1931 non c'era evidentemente spazio per un «discorso sui diritti dei detenuti»⁴⁵: l'impianto

⁴² Cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 45. Cfr. anche C. cost., 29 ottobre 1987, n. 343, in www.giurcost.org, in cui si afferma che «sul legislatore incombe l'obbligo di tenere non solo presenti le finalità rieducative delle pene, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle», e ciò a prescindere dalle ben note carenze strutturali e finanziarie. Rammentiamo che la Commissione Giostra aveva proposto di inserire nella legge sull'ordinamento penitenziario il fondamentale principio, tratto dalla Regole penitenziarie europee, per cui la mancanza di risorse non può mai implicare la compressione dei diritti fondamentali.

⁴³ Si tratta dell'«obbligo dell'affidatario di assicurare e rendere concretamente possibile l'esercizio di tutte le libertà fondamentali e dei diritti pretensivi che il detenuto non è in grado di esercitare autonomamente». Così A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 239. Parla di vera e propria posizione di garanzia che trova la sua ragione d'essere nella particolare «situazione segregativa in cui si trova il detenuto», da cui deriva una serie di obblighi tra cui la tutela dell'integrità fisica, della salute, della sfera sociale, familiare e affettiva della persona detenuta, F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, 11, 2815.

⁴⁴ Cfr. *infra*, sez. II, par. 3.14.1.

⁴⁵ Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 23; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 12 ss.

generale rifletteva le teoriche della c.d. supremazia speciale, così come rielaborata dai giuristi nostrani nella teoria degli ordinamenti interni⁴⁶, secondo cui al diritto subiettivo di punire, facente capo allo Stato, faceva da contraltare una posizione di soggezione del detenuto⁴⁷.

Le strutture di pena, nella vigenza del Regio regolamento del 1931, sono state ben descritte da attenta dottrina quali carceri impermeabili ed isolate dalla società libera; luoghi in cui la violenza divampava sia tra gli stessi detenuti che tra i detenuti e gli operatori; strutture burocratiche rigidamente centralizzate in un'ottica verticistica in cui all'Amministrazione penitenziaria si vedeva riconosciuta un'ampissima discrezionalità *lato sensu* organizzativa⁴⁸. In questo contesto, il sistema penitenziario viene presentato come un sistema che si regge anche su premi e punizioni, al fine di incentivare «un'adesione coatta alle regole e all'ideologia del trattamento»⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, 40 ss. Cfr., per un approfondimento A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, 1953, 175 ss.; G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 355. Per una puntuale ricostruzione dei tratti fondamentali di questa teorica, dalla quale certamente è dato riscontrare l'impianto fondamentale nel Regio regolamento del 1931, cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., in particolare 21 ss.

⁴⁷ Così G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 29 ss. In argomento, cfr. anche R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, cit., 258 ss. Per una puntuale ricostruzione del sistema carcere nella vigenza del Regio regolamento, cfr. T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, in *Nov. Digesto It. Appendice*, vol. IV, Torino, 1980, 463 e G. NEPPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 43 ss. Collega al rapporto di supremazia speciale anche la struttura architettonica del *Panopticon* per l'approccio filosofico che ne è alla base, secondo cui il detenuto si ritrova in uno «stato di cosciente visibilità», M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 5.

⁴⁸ Così G. NEPPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 43 ss.; ID., *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia, V: I documenti*, Torino, 1973, 1905 ss.; ID., *Apunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 2-3, 319 ss.; ID., *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, in www.dirittopenitenziarioecostituzionale.it.

⁴⁹ Così, ancora G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Politica dir.*, 1974, 190. Hanno fatto riferimento alla caratteristica da ultimo citata anche più recentemente, ritenendola caratteristica propria anche della legge sull'ordinamento penitenziario, ed in particolare del percorso individualizzante di cui all'art. 13 o.p., che si sarebbe di fatto tradotto in una semplice «imposizione di modalità comportamentali per ragioni di governo disciplinare del carcere stesso», seguendo lo

La stessa idea che alla privazione della libertà potessero e dovessero accompagnarsi anche le più disparate restrizioni dei restanti diritti fondamentali era la diretta conseguenza dell'idea dell'integrale assoggettamento del detenuto al potere punitivo dello Stato: esse venivano cioè considerate «“naturali” conseguenze dello stato detentivo o implicite nel carattere afflittivo della pena»⁵⁰. La teoria della supremazia speciale, negando la persistenza di diritti in capo alle persone detenute e con ciò andando ad individuare una differenza irriducibile con i normali cittadini, poneva i detenuti alla mercé dell'Amministrazione penitenziaria che agiva in piena discrezionalità, in una sorta di “zona franca” in cui la riserva di legge non arrivava: uno spazio in cui i diritti potevano soffrire tutte le limitazioni che l'Amministrazione avesse deciso di imporre al di fuori di qualsiasi previsione normativa⁵¹.

È questa l'idea che ha serpeggiato fino ad oggi, nascosta nelle pieghe di una pena considerata ancora e impropriamente vendetta⁵², in cui l'afflittività connessa alla privazione alla libertà personale non viene ritenuta in sé sufficiente a compensare il male commesso dal condannato tanto che si reclamano ulteriori limitazioni dei diritti delle persone detenute, fino a giungere alla negazione della loro stessa dignità⁵³.

schema correzionale del dualismo tra punizioni e ricompense, M. PAVARINI, G. GUAZZALUCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 109.

⁵⁰ Così, letteralmente, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 5.

⁵¹ Per una puntuale ricostruzione, anche dal punto di vista storico, della teoria della c.d. supremazia speciale e per i relativi riferimenti bibliografici, anche riguardo alla sua prima teorizzazione in Germania da parte di G. Jellinek, O. Mayer e P. Laband e alla fondamentale sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 14 marzo 1972, che ne segna il superamento, cfr. A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 66 ss. Sul punto anche A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 21 ss.

⁵² Recisamente contrario alla pena come «raddoppio del male» M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1162 ss. Ritiene invece che l'ineluttabilità del carcere dipenda da una sua «irrazionalità assiologica», e che ad alimentarla non sia solo il bisogno di vendetta ma anche il senso di giustizia, F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 524 ss.

⁵³ È un dato di fatto che anche parte della dottrina, pur non attestandosi su tali posizioni estreme, sembra ancor oggi condizionata da tale portato storico e, forse, a nostro modo di vedere, dalla quasi sempre deludente traduzione in atto delle previsioni della l. n. 354/1975.

Si assisteva dunque ad una vera e propria *capitis deminutio* della persona detenuta, lasciata alla mercé dell'Amministrazione penitenziaria cui correlativamente veniva riconosciuta in materia di esecuzione della pena una sconfinata discrezionalità, vuoi per la primaria esigenza di difesa sociale connessa al mantenimento della sicurezza, vuoi per la realizzazione di quel trattamento rieducativo che la Costituzione ha elevato a principio informatore dell'esecuzione penale, vuoi, infine, e più in generale, quale espressione naturale della potestà organizzativa riconosciuta allo Stato rispetto all'esecuzione della pena.

Alla *capitis deminutio* corrispondeva, con specifico riferimento ai diritti dei detenuti, una c.d. degradazione giuridica in senso proprio che vedeva il diritto soggettivo, a fronte del potere autoritativo dell'Amministrazione penitenziaria, recedere il più delle volte a semplice interesse legittimo, come tale eventualmente azionabile di fronte al giudice amministrativo, unico a poter vagliare la legittimità dell'operato della Amministrazione.

Nella vigenza del regolamento del 1931, cioè, non era prevista alcuna potestà di sindacato da parte della Magistratura di Sorveglianza: in quanto considerati non incidenti sulla libertà personale, si sosteneva la natura amministrativa dei provvedimenti adottati, negandosi conseguentemente la possibilità di ricorso in Cassazione *ex art. 111 co. 7 Cost.*, riconosciuto per i soli provvedimenti aventi natura giurisdizionale.

L'entrata in vigore del testo costituzionale segna però il necessario superamento dell'impostazione figlia della supremazia speciale e del carcere quale "istituzione totale": è lo stesso impianto della Carta costituzionale, che statuisce il «primato della persona umana e dei suoi diritti» attraverso l'affermazione perentoria del principio personalista e di quello di uguaglianza sostanziale⁵⁴, ad esigerlo⁵⁵, come peraltro non

⁵⁴ Cfr. su questi due aspetti, rispettivamente G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 355 e C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 Cost.*, in ID. (a cura di), *La costituzionale italiana. Saggi*, Padova, 1954, 30.

⁵⁵ Così M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 51 ss.: ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 11 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 27 ss. La dottrina è peraltro consolidata sul punto: V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, 217; G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 97-98; L. LIMOCCIA, *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli, 2012, 319-320. *Contra* G. NESPOLI, *Quel che resta del-*

manca di segnalare anche la Corte costituzionale in alcuni importanti arresti che saranno oggetto di autonoma trattazione nel presente capitolo. Ci limitiamo qui a richiamare solo uno stralcio della fondamentale sent. n. 26/1999 ove si afferma che

l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare consequenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti⁵⁶.

Per parte sua la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, cui corrisponde di lì a poco l'approvazione del nuovo reg. esec., d.P.R. n. 431 del 29 aprile 1976, segna dunque il passo dalla concezione della supremazia speciale, in cui il detenuto era visto come soggetto passivo dell'Amministrazione penitenziaria, ad una nuova prospettiva fortemente innovativa, in cui il detenuto è accreditato quale titolare di diritti e soggetto attivo nel percorso trattamentale⁵⁷: il baricentro si sposta dunque dalle esigenze organizzative e di sicurezza dell'Amministrazione penitenziaria alla centralità delle esigenze rieducative proprie della persona del condannato.

Come vedremo, già l'impianto originario della legge era espressivo del riconoscimento di vere e proprie posizioni soggettive in capo ai detenuti; la mini-riforma del 2018 ha voluto prevederne una solenne affermazione nel nuovo comma 3 dell'art. 1 o.p. che recita: «Ad ogni persona

lo Stato-amministrazione dopo la legge sull'ordinamento penitenziario, in *Giust. pen.*, 1976, I, 254; E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 421-422.

⁵⁶ Così C. cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Cass. pen.*, 1999, 1718 ss. Cfr. *infra*, par. 3.7.1 in dettaglio.

⁵⁷ Ci fu ad esempio chi presentò la legge del 1975 quale “carta dei diritti” delle persone detenute. Così V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 8. Parte della dottrina individua i citati diritti in quelli all'integrità fisica e alla salute mentale, ai rapporti familiari e sociali, all'integrità morale e culturale. Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 137 ss.; L. LIMOCIA, *Diritto penitenziario e dignità umana*, cit., 114 ss. Sulle diverse classificazioni dei diritti proposte in dottrina, cfr. *infra*, par. 3.4.

privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno»⁵⁸.

L'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario segna dunque un cambio significativo nel c.d. rapporto esecutivo che da rapporto unilaterale – relazione potestà/soggezione – diviene bilaterale – potere/diritto soggettivo, diritto affievolito/interesse legittimo⁵⁹.

E, ciononostante, la traduzione in essere della legge sull'ordinamento penitenziario, sia sul breve che sul lungo periodo, lascia purtroppo molto a desiderare⁶⁰. Tra i molti motivi che hanno concorso, e concorrono tutt'oggi, a uno scollamento significativo tra norma scritta e realtà delle carceri, rilevano anche quelli che Ruotolo ha definito «pregiudizi latenti»⁶¹. Il primo è rappresentato dal fatto che le esigenze di sicurezza postulino «una irrazionale limitazione dei diritti dei detenuti». Come vedremo, in particolare nel quarto capitolo del presente lavoro, se è pur vero che le esigenze di ordine e sicurezza possono legittimamente comportare una compressione dei diritti dei detenuti, come previsto espressamente dall'art. 1 o.p., è anche vero da un lato che detta compressione deve ap-

⁵⁸ In dottrina si è sostenuto che essa appare essere una disposizione bandiera che «sventola un principio che ormai dovrebbe considerarsi incontestato». Così G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 4, 1305. Cfr. anche F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, cit., 7-11.

⁵⁹ Così F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 2815.

⁶⁰ Cfr., per una valutazione dell'impatto della riforma a pochi anni dalla sua entrata in vigore, V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 1 ss., che riconduce le cause della *débaçle* della legge sull'ordinamento penitenziario alla mancata contemporanea approvazione di una riforma del sistema sanzionatorio e del codice di rito, e alla carenza delle risorse strutturali e di organico e degli apparati organizzati per far fronte alla Riforma, cui si assommano le forti tensioni sviluppatesi all'interno delle carceri e i frequenti episodi di evasione, proprio negli anni successivi al 1975. Da qui l'incapacità di segnare, nonostante la piena condivisibilità dei principi ivi affermati e del suo impianto complessivo, una vera svolta. In argomento cfr. anche G. NEPPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 49 ss.

⁶¹ Così M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 55 ss. Più recentemente, ripercorre dia-cronicamente l'evoluzione della normativa penitenziaria per rintracciare le radici e le motivazioni della persistenza di questo pre-giudizio, G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, cit., 1305 ss.

parire ragionevole e proporzionata, e dall'altro che essa non può comunque spingersi oltre il limite inferiore segnato dall'umanità della pena⁶². Il secondo pregiudizio è invece strettamente collegato alla serpeggiante pre-comprensione dovuta al portato storico della teoria della supremazia speciale applicata all'ambito penitenziario, non solo per quanto concerne le previsioni normative ma, ancora una volta, anche rispetto alla loro applicazione. Teoria della supremazia speciale cui ancor oggi aderisce quella parte della dottrina che ritiene che, allorché un soggetto si trovi legittimamente ristretto in carcere, non sopravviverebbe «per definizione alcun “diritto di libertà personale” legittimamente tutelabile contro le concrete misure restrittive»⁶³.

Ci sembra invece che abbia ragione chi afferma che

⁶² Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 9 ss.; ID., *Dignità e carcere*, cit., 55 ss., che sottolinea come maggiormente opportuno sarebbe parlare, in luogo di “diritto alla sicurezza”, di “sicurezza dei diritti”, rispetto alla quale il diritto penale è chiamato a svolgere un ruolo rilevante, ispirato alla massima valorizzazione del principio di sussidiarietà. *Contra*, G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. e soc.*, 1986, 459 ss., in cui l'Autore argomentando dalla necessità di protezione della sfera giuridica dei cittadini rispettosi delle leggi, e dunque valorizzando il ruolo del diritto penale nella tutela dei beni giuridici di rilievo costituzionale, e affermando l'incondizionata supremazia dell'interesse alla difesa sociale, ritiene legittimo qualsiasi sacrificio dei diritti fondamentali facenti capo ai detenuti in nome di un più generale “diritto alla sicurezza”. Propone più recentemente una sua peculiare ricostruzione dei principi costituzionali in materia penale, fondata sulla centralità del diritto alla sicurezza e conseguentemente della pena detentiva, sostenendo una marginalizzazione della valenza rieducativa alla sola fase esecutiva, M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra «ideologia correzionalista» del trattamento e «garanzie» costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1692 ss. Per un'efficace critica, in particolare dell'accezione assunta da Trapani del concetto di certezza della pena, cfr. E. DOLCINI, *Pena e Costituzionale*, cit., 30 ss. Recentemente, sul tema del diritto penale quale strumento di protezione dei diritti umani, cfr. D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1613 ss., ed in particolare 1621-1622, ove l'Autore precisa che «Il diritto penale, se da un lato si pone (può porsi) come strumento di tutela dei diritti e delle libertà, dall'altro lato è costituito da limitazioni di libertà e di diritti, sia mediante la previsione di precetti e norme di comportamento, sia mediante la previsione legislativa e la eventuale successiva irrogazione di sanzioni severe».

⁶³ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale, Appendice di aggiornamento*, Padova, 2002, 2; G. NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 1-2, 35 ss.

potremmo dire di aver raggiunto la pienezza della garanzia costituzionale della libertà e della personalità umana, quando si sarà del tutto cancellato il convincimento che la sospensione delle libertà per effetto della carcerazione comporti anche la sottoposizione del condannato a regole speciali, che vogliono la sua completa soggezione non solo a tali regole, ma anche a coloro che le fanno rispettare⁶⁴.

3.3. *Il contributo del legislatore: i principi affermati nella legge sull'ordinamento penitenziario*

In quella che parte della dottrina ha definito la “lunga marcia” verso il riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive in capo ai detenuti⁶⁵, lo spartiacque fondamentale è certamente rappresentato dall’entrata in vigore della legge sull’ordinamento penitenziario. Come anticipato, questa legge segna un punto di svolta fondamentale rispetto alla tematica che ci appassiona, presentando la persona detenuta quale vero e proprio titolare di posizioni soggettive e destinataria delle proposte trattamentali da parte dell’Amministrazione penitenziaria, cui correlativamente fa capo un obbligo in tal senso. La l. n. 354/1975 si pone infatti quale obiettivo non solo quello di realizzare al meglio l’ideale rieducativo espresso in Costituzione, ma anche di assicurarne i presupposti. È proprio con l’entrata in vigore di tale legge, infatti, che si inizia a parlare per la prima volta di diritti dei detenuti⁶⁶.

Tre in particolare sono le norme che venivano in oggetto all’indomani dell’entrata in vigore della legge sull’ordinamento penitenziario con riferimento al tema specifico dei diritti dei detenuti: gli artt. 1, 4 e 69 co. 5 o.p.⁶⁷.

⁶⁴ Così letteralmente G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 355.

⁶⁵ L’espressione è di C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella “lunga marcia” verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3779 ss. e in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 95 ss.

⁶⁶ Cfr., per tutti, V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 6-7.

⁶⁷ Dopo la condanna nel caso *Torreggiani c. Italia*, il legislatore ha introdotto due nuovi rimedi, uno preventivo *ex art. 35 bis o.p.* e uno c.d. compensativo *ex art. 35 ter o.p.*, su cui *infra* in dettaglio, parr. 3.14 ss.

In particolare, l'art. 1 o.p. è la norma emblema della svolta segnata dalla riforma. Già nella sua prima formulazione faceva, e fa tuttora, riferimento alle due fondamentali direttrici del trattamento penitenziario: umanità e dignità, ponendosi con ciò in linea con quanto previsto nelle Regole penitenziarie europee (in particolare nn. 49, 54 co. 3 e 72), e con l'art. 3 Cedu, che statuisce il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti e naturalmente con il principio di umanità della pena nell'accezione lata da noi condivisa.

L'art. 1 o.p. dispone infatti che «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona». Come abbiamo cercato di spiegare, ciò implicitamente significa affermare la necessità di riconoscere al detenuto quei diritti fondamentali che non possono essergli conculcati neppure a fronte della commissione del più grave reato, costituendo il nocciolo duro della dignità della persona. La dottrina ha da sempre pertanto riscontrato, nel richiamo ai concetti di dignità e umanità, l'implicito riconoscimento di diritti soggettivi in capo ai detenuti⁶⁸.

La norma peraltro individua anche due ulteriori direttrici – l'ordine e la disciplina – fotografando quella che da attenta dottrina è stata individuata come l'inesauribile tensione intrinseca nell'esecuzione della pena, che nella ricerca di un tanto difficile quanto necessario equilibrio tra le due diverse istanze, rischia fatalmente di sacrificare le prime (cioè quelle connesse al riconoscimento dei diritti) alle seconde⁶⁹.

L'originario comma 3 si limitava a richiamare la necessità che negli istituti fossero mantenuti ordine e disciplina. A questo riguardo, nell'ottica di una migliore composizione tra le direttrici del trattamento – umanità e dignità, da un lato, e ordine e disciplina, dall'altro – sembra acquistare un peso rilevante, quantomeno da un punto di vista del princi-

⁶⁸ Per tutti, V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 6-7. Più recentemente M. RUOTOLO, *I diritti dei detenuti*, cit., 140 ss.; ID., *Dignità e carcere*, cit., 51 ss.

⁶⁹ Così T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 285-287. Cfr. anche F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1596 e ss.; M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1274.

pio affermato, la mini-riforma del 2018, che ha espressamente sancito, al nuovo comma 3 dell'art. 1 o.p., il riconoscimento ad ogni persona privata della libertà dei diritti fondamentali ed il divieto di ogni violenza fisica e morale in suo danno⁷⁰, ed ha inserito un nuovo comma 4 ove si prevede che «Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà».

Allo stesso modo l'art. 4 o.p., nel prevedere espressamente che i detenuti e gli internati esercitino personalmente i diritti loro derivanti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, anche ove si trovino in stato di interdizione legale, ne suppone il riconoscimento.

Infine, rileva la previsione di cui all'art. 69 co. 5 o.p., laddove si attribuisce al Magistrato di Sorveglianza il potere di vigilare e intervenire per eliminare le eventuali violazioni dei diritti dei detenuti. Quest'ultima norma, infatti, verrà nel tempo adeguatamente valorizzata dalla Consulta proprio nell'ottica di imprimere maggiore effettività alla tutela dei diritti delle persone detenute⁷¹.

3.4. Le diverse classificazioni dei diritti dei detenuti e i limiti alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria

Prima di addentrarci nel travagliato *iter* che ha condotto al riconoscimento e poi alla giurisdizionalizzazione della tutela dei diritti dei detenuti, riteniamo importante, da un punto di vista ricostruttivo, riportare le diverse classificazioni dei diritti spettanti alle persone detenute che la dottrina ha nel tempo proposto.

Secondo una prima ricostruzione, sarebbe possibile una loro classificazione a seconda della tipologia del diritto riconosciuto, distinguendosi tra quelli relativi all'integrità fisica e alla salute mentale (dunque ad un concetto ampio di salute comprensivo sia della sfera fisica che di quella

⁷⁰ Parla di norma "bandiera", F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, cit., 7-11. Conforme G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, cit., 1305.

⁷¹ Cfr. *infra*, par. 3.6 in dettaglio.

psichica), quelli relativi alla sfera familiare e sociale ed infine quelli relativi all'integrità culturale e morale⁷².

Secondo un diverso approccio, invece, si dovrebbe guardare al soggetto titolare dei diversi diritti e pertanto distinguere quelli facenti capo sia ai condannati (e agli internati) che agli imputati, riconosciuti cioè *uti cives* e conservati anche in costanza di detenzione, in quanto non incompatibili con la *status detentionis* – tra cui ad esempio il diritto all'integrità psico-fisica, al lavoro, all'affettività, alla riservatezza e alla giurisdizione – e quelli che invece derivano dallo speciale *status* di persona detenuta, tra cui spicca, primo tra tutti, il diritto alla rieducazione ed il conseguenziale diritto ad un trattamento individualizzato (che possono essere riconosciuti solo ai condannati e agli internati ma non agli imputati)⁷³, ed il diritto ad un trattamento non discriminatorio in ordine a «sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose», così come oggi prescrive l'art. 1 o.p., dopo la riforma del 2018, diritto, quest'ultimo che – riguardando il trattamento penitenziario – si riferisce a tutti i detenuti e dunque anche agli imputati⁷⁴.

L'esistenza di diritti in capo ai detenuti non esclude che l'Amministrazione penitenziaria conservi un potere di “coazione personale”, le-

⁷² Cfr. M. BORTOLATO, *Sub art. 4 o.p.*, in G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 37 ss.

⁷³ A questo riguardo parla di “diritto-quadro” A. MARGARA, *Garanzia dei diritti in carcere*, in *Legalità e giustizia*, 1986, 410-411.

⁷⁴ Questa distinzione si deve a A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 7 ss. ed è stata più recentemente ripresa anche da A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 57. Entrambi gli Autori sottolineano giustamente come le due categorie di diritti siano passibili di parziale sovrapposizione allorché si ponga mente al fatto che molti dei diritti riconosciuti al detenuto *uti civis* sono poi identificati dall'art. 15 o.p. anche quali elementi del trattamento rieducativo. Partendo dal medesimo distinguo, giunge invece ad una diversa suddivisione dei diritti, C. FIORIO, *Sub art. 4 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 31 ss.; più recentemente ID., *I diritti fondamentali delle persone detenute*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 9 ss. il quale distingue tra diritti inviolabili, riconosciuti ad ogni persona in quanto tale, in forza dell'art. 2 Cost., ed un secondo gruppo di diritti, riconosciuti esclusivamente ai detenuti, tra cui rientrerebbero i diritti relativi all'integrità fisica, quelli relativi alla tutela dei rapporti familiari e sociali e quelli relativi all'integrità morale e culturale.

gittimo se esercitato all'interno del perimetro definito dalle norme della legge sull'ordinamento penitenziario⁷⁵.

Come già chiarito nel primo capitolo del presente lavoro, essa può cioè adottare provvedimenti in ordine alle modalità esecutive della pena che «non eccedano il sacrificio della libertà personale imposto al detenuto con la sentenza di condanna e che rispettino i diritti inviolabili dei detenuti e degli internati»⁷⁶. La competenza dell'Amministrazione penitenziaria dovrebbe dunque limitarsi ai soli interventi sulle modalità concrete di attuazione del regime carcerario, già potenzialmente ricompresi nel *quantum* di privazione della libertà personale derivante dallo *status detentionis*⁷⁷. Ciò significa che le restrizioni imposte dall'Amministrazione penitenziaria non possono andare oltre il livello di afflittività intrinseco alla privazione della libertà personale. Peraltro, è lo stesso art. 1 co. 5 o.p. a prevedere che non possano essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della sicurezza: abbiamo visto che queste direttrici trovano, o quantomeno dovrebbero trovare, un limite nel rispetto dei diritti facenti capo ai detenuti o, quantomeno del loro nucleo c.d. irriducibile⁷⁸.

⁷⁵ Sulla necessità di un fondamento legale e dunque sul rispetto del principio di riserva di legge relativamente ai poteri riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria e al loro esercizio, G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, 1 ss.

⁷⁶ Il principio espresso dalla nostra Consulta è stato peraltro ribadito a più riprese anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, allorché essa ha affermato che la detenzione non comporta la perdita della titolarità e del godimento di quei diritti il cui esercizio risulti compatibile con lo *status detentionis*. È stata questa la prima affermazione rilevante con riferimento al tema delle condizioni detentive, cui, come noto, l'art. 3 Cedu non fa un riferimento espresso. Sebbene ogni pena porti in sé un carattere afflittivo, questa non deve mai tradursi in un'ingiustificata lesione dei diritti convenzionali. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. nn. 7819/77 e 7878/77, § 69, in *www.hudoc.echr.coe.int*, in cui la Corte ha vergato la celebre frase «justice cannot stop at the prison gate».

⁷⁷ Così C. cost., n. 349/1993, cit.

⁷⁸ Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 101, che sostiene che «Il singolo diritto [...] potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti [...] fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere». Per tutti, cfr. V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 10-11; M.

Da quanto affermato dovrebbe discendere l'impossibilità per l'Amministrazione penitenziaria di adottare provvedimenti incidenti sulla quantità e qualità della pena fuori dalle garanzie della duplice riserva di legge e di giurisdizione approntata dall'art. 13 Cost. Il problema, come abbiamo visto, risiede dunque nell'individuare il confine oltre il quale una modalità esecutiva della pena disposta dall'Amministrazione penitenziaria ecceda il sacrificio della libertà già imposto dalla sentenza di condanna⁷⁹.

Ciò che è certo è che è fatto divieto all'Amministrazione penitenziaria di negare o incidere in chiave peggiorativa sul godimento dei diritti fondamentali costituenti il nocciolo duro della dignità della persona, anche se detenuta in esecuzione di pena. Ciò peraltro era già stato affermato dalla Consulta in una risalente sentenza del 1979 laddove si legge che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»⁸⁰.

Che quindi l'esecuzione della pena in carcere comporti una legittima compressione della libertà personale del condannato e di taluni suoi diritti è naturale conseguenza dell'esecuzione della pena in carcere. Non deve però mai essere superato il limite inferiore segnato dal concetto di dignità della persona e fissato, da un lato, nel nucleo duro dei diritti irriducibili e, dall'altro, nel contenuto minimo dei diritti fondamentali, né possono imporsi limitazioni che non trovino una loro giustificazione nelle esigenze di ordine, sicurezza e trattamento⁸¹.

Più in generale l'affermazione ricorrente è quella del divieto per l'Amministrazione penitenziaria di imporre qualsiasi ulteriore limite ai diritti delle persone che segni un'afflittività ulteriore rispetto a quella già insita nell'esecuzione della pena in carcere.

Senza voler approfondire in questa sede aspetti che verranno più oltre ripresi in dettaglio, le restrizioni apportate rispetto all'ordinario regime

RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 51 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., in particolare 7, 64, 103 e 163.

⁷⁹ Cfr. il cap. V, Pt. II, par. 5.5.1.

⁸⁰ Cfr. C. cost., n. 114/1979, cit.

⁸¹ Distingue tra diritti "intangibili" che non possono essere intaccati, tra cui annovera il diritto alla salute e al lavoro ed anche quello a non subire trattamenti inumani o degradanti, e diritti "tangibili", suscettibili di subire una compressione, D. NOTARO, cit., 45-46.

carcerario non possono essere liberamente determinate, ma possono essere – sempre nel limite del divieto di incidenza sulla qualità e quantità della pena e di trattamenti contrari al senso di umanità – solo quelle congrue e proporzionate rispetto alle predette specifiche esigenze di ordine e di sicurezza e trattamento⁸².

Competente in materia di tutela dei diritti è il Magistrato di Sorveglianza, giudice “di prossimità”, naturalmente vicino al detenuto, non a caso definito anche giudice di legalità della pena.

3.5. Il contributo della giurisprudenza costituzionale nella determinazione del perimetro delle situazioni giustiziabili e nel riconoscimento di una loro effettiva tutela giurisdizionale

Certamente l'avvento della legge sull'ordinamento penitenziario è stato un punto di svolta fondamentale nel lungo e complesso *iter* per il riconoscimento e la tutela dei diritti dei detenuti. Le affermazioni di principio, contenute sia implicitamente che (oggi) espressamente nella legge sull'ordinamento penitenziario, sono però ancora ben lontane dall'essere compiutamente implementate e ciò forse proprio perché il “cambio di rotta” segnato dalla legge del 1975, quantomeno in termini di principi affermati, è stato davvero epocale, mentre l'apparato dell'Amministrazione penitenziaria, ora come allora, non ha né le strutture né le risorse di personale ed economiche per tradurre in essere quella che attenta dottrina ha definito una rivoluzione promessa e purtroppo tradita⁸³.

Non può non rilevarsi la distanza tra i principi affermati e la realtà carceraria, una “rinneazione” pratica⁸⁴, in linea con quanto già affermato parecchi decenni addietro da Bricola, secondo cui tale realtà è «uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello stato di diritto,

⁸² Per un approfondimento, anche sul ruolo nevralgico svolto dalla Magistratura di Sorveglianza nel controllo *ex post* in materia di tutela dei diritti dei detenuti, cfr. *infra*, in questo capitolo e anche il cap. V, Pt. III, par. 5.11.2.

⁸³ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 188-189; V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., in particolare 1-5.

⁸⁴ Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 45. Cfr. *infra*, cap. V, Pt. I, par. 5.1.

si realizza l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme»⁸⁵.

Non ci sembra però che questo sia un motivo sufficiente per accontentarsi di una parziale traduzione in essere di quanto affermato solennemente nella legge sull'ordinamento penitenziario, né per abbandonarsi ad un persistente scetticismo albergante in più di un esponente della dottrina⁸⁶.

Certamente, però, per quanto attiene al profilo della tutela dei diritti dei detenuti, non possiamo non rilevare come, nel momento dell'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario, al riconoscimento di diritti facenti capo ai detenuti non corrispondesse alcuna tutela giurisdizionale⁸⁷.

Sia rispetto alla definizione del corretto perimetro delle posizioni soggettive riconosciute in capo ai detenuti sia rispetto allo specifico profilo della giustiziabilità delle medesime, un contributo fondamentale verrà offerto dalla giurisprudenza costituzionale.

Daremo in particolar modo conto di quest'ultima nei suoi approdi più significativi nel tentare di lumeggiare i tre aspetti che ci sembrano fondamentali rispetto alla tematica dei diritti dei detenuti: il perimetro delle posizioni azionabili, la definizione degli strumenti di tutela e, nello specifico, l'ampiezza del controllo e dei poteri riconosciuti alla Magistratura di Sorveglianza.

3.5.1. *La fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 204/1974*

Il primo passo compiuto dalla Corte costituzionale è stato quello di affermare e riconoscere espressamente l'esistenza, in capo ai detenuti, di diritti fondamentali, aventi fondamento costituzionale.

⁸⁵ Così F. BRICOLA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 9.

⁸⁶ Cfr., per una visione particolarmente disincantata, L. STORTONI, *"Libertà" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, cit., 35 ss.; M. PAVARINI, *La "lotta per i diritti dei detenuti" tra riduzionismo ed abolizionismo carcerari*, cit., 82 ss.

⁸⁷ Stigmatizzava il fatto T. PADOVANI, *Promemoria sulla questione della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, 11, 4026, che afferma: «I diritti dei detenuti [...] continuano ad essere oggetto di proclamazioni, ma senza garanzia di effettiva attuazione».

In quest'ottica, assume un'importanza centrale la sent. n. 204 del 1974, anteriore all'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario, che dichiara incostituzionale la previsione di cui all'art. 43 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602 (Disposizioni di attuazione del c.p.p.), nella parte in cui riconosceva la competenza in capo al Ministro di Grazia e Giustizia per la concessione della liberazione condizionale⁸⁸.

In particolare, il Giudice di Sorveglianza di Biella aveva sollevato questione di legittimità con riferimento agli artt. 24 co. 2 e 111 co. 2 Cost. Interessante l'affermazione del giudice remittente, ripresa dalla Corte, secondo cui la competenza in questione sarebbe

quanto mai anacronistica e impernata su residue concezioni storiche del carattere amministrativo della esecuzione penale, ormai generalmente ripudiate, in quanto gli indirizzi teorici e legislativi più moderni tenderebbero a "giurisdizionalizzare" l'esecuzione stessa della pena⁸⁹.

Nello snodo fondamentale della sentenza, la Consulta giunge ad affermare, attraverso la valorizzazione del dettato dell'art. 27 co. 3 Cost., che il legislatore ha esplicitamente riconosciuto in capo al soggetto detenuto un vero e proprio diritto al trattamento rieducativo, diritto che, in quanto tale, «deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

Non è dunque un caso che la prima pronuncia che espressamente riconosce l'esistenza di un vero e proprio diritto in capo al detenuto riguardi proprio il diritto alla rieducazione, un diritto ulteriore che si aggiunge al novero dei diritti fondamentali che debbono comunque essere

⁸⁸ Per un commento della sent. C. cost., n. 204/1974, cfr. E. FASSONE, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975 n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, 11, 569 ss.; P.M. CORSO, *Riforma e controriforma in tema di liberazione condizionale*, in *Foro it.*, 1975, 9, V, 141 ss.

⁸⁹ La liberazione condizionale assume dunque, alla luce del dettato costituzionale, una portata ed un significato maggiormente pregnante all'interno dell'*iter* rieducativo del soggetto, inserendosi nell'ultima e più delicata fase dell'esecuzione, quella del reinserimento sociale del condannato. La misura viene dunque attratta a pieno titolo tra le misure alternative alla detenzione. Proprio per questa ragione la Commissione Giostra aveva proposto una ricollocazione della disciplina della liberazione condizionale all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario.

riconosciuti alle persone in esecuzione di pena e che saranno di lì a poco garantiti nella legge sull'ordinamento penitenziario.

In realtà questa pronuncia contiene in sé già tutti i punti fermi che verranno in seguito solo meglio precisati, valorizzati e declinati nelle successive pronunce della Consulta. Essa, infatti, da un lato, riconosce la sussistenza di diritti in capo al soggetto ristretto, in particolare, nello specifico, del diritto costituzionalizzato al trattamento rieducativo e, dall'altro, afferma la correlativa necessità immanente che detto diritto goda di una tutela giurisdizionale.

Anche due successive sentenze della Corte costituzionale, la n. 185 e la n. 312 del 1985⁹⁰, ambedue in materia di affidamento in prova al servizio sociale, valorizzano il principio cristallizzato all'art. 27 co. 3 Cost. ed il correlativo diritto al trattamento che ne deriva.

Queste ultime pronunce vanno in realtà ben oltre, tematizzando un corollario del diritto al trattamento rieducativo, quello a non vedere vanificati i risultati conseguiti sul versante della risocializzazione, anticipando così l'approdo che si consoliderà successivamente nel filone giurisprudenziale della Corte costituzionale relativo all'art. 4 *bis* o.p., inaugurato con la pronuncia n. 306/1993, ove verrà cristallizzato il principio di c.d. non regressione nel trattamento⁹¹. Ambedue le sentenze pervengono alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 47 o.p.: la prima «nella parte in cui non consente che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione», la seconda «nella parte in cui non prevede che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, nel caso di revoca del provvedimento di ammissione per motivi non dipendenti dall'esito negativo della prova», in quanto non sarebbe coerente con il precetto costituzionale far derivare da un evento del tutto estraneo alla condotta del soggetto la vanificazione di un risultato rieducativo già conseguito.

Il diritto alla rieducazione viene definito dalla Corte nella sent. n. 204/1974 quale vero e proprio diritto del condannato a vedere riesami-

⁹⁰ Cfr. C. cost., 13 giugno 1985, n. 185; C. cost., 6 dicembre 1985, n. 312, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

⁹¹ Cfr. C. cost., n. 306/1993, cit., su cui cfr. *supra*, cap. II, par. 2.4 e 2.5.2, anche per i riferimenti ai commenti in dottrina.

nata la propria condizione in relazione ai progressi ottenuti in regime di detenzione carceraria, affinché possano determinarsi le condizioni per il reinserimento sociale del condannato, con l'ammissione all'esecuzione *extra moenia*.

Il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo.

Si afferma pertanto il diritto ad essere destinatari di un programma trattamentale e così a vedersi applicate le misure alternative, ove ne sussistano i presupposti.

3.5.2. *La definizione del perimetro delle posizioni soggettive azionabili di fronte al Giudice dei diritti*

Lo spartiacque fondamentale nell'affermazione della tutela dei diritti e la vera spinta propulsiva per le successive sentenze derivano, come già chiarito, dalla valorizzazione di quanto affermato in materia di diritti dei detenuti dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Già sul finire degli anni settanta, la Corte costituzionale chiarisce, in più di un'occasione, come la posizione del soggetto *in vinculis* non sia incompatibile con il riconoscimento di diritti.

In particolare, la già citata sent. n. 114/1979 afferma che a colui che subisce una condanna a pena detentiva è «riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca»⁹².

⁹² La Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 589 co. 5 c.p.p. nella parte in cui, nel caso di cui all'art. 147 co. 1 n. 2 c.p., attribuisce al Ministro di Giustizia il potere di sospendere l'esecuzione della pena, quando l'ordine di carcerazione sia già stato eseguito. Trattandosi infatti di un provvedimento incidente sulla libertà, ed in particolare sull'attuazione della potestà punitiva, la competenza riconosciuta in capo al Ministro non può non vulnerare la sfera di competenza degli organi giurisdizionali ad essa istituzionalmente preposti, in ciò confliggendo espressamente con quanto previsto dall'art. 13 co. 2 Cost., che impone necessariamente un atto motivato dell'autorità giudiziaria ogniqualvolta esso incida sulla libertà personale, e dall'art. 102 Cost., che individua l'autorità giudiziaria quale unica depositaria del potere giurisdizionale. Cfr. in argomento, M. BOR-

È poi con le sentenze C. cost., n. 410/1993, e C. cost., n. 212/1997, che il perimetro delle situazioni giuridiche soggettive assume contorni più definiti⁹³. La Corte afferma infatti che detenuti e internati mantengono la titolarità dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, che non vengono conculcati dallo stato di detenzione. Leggiamo infatti nella prima sentenza che «nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche, qualificabili quali diritti soggettivi costituzionalmente garantiti» e, ancora, nella seconda, che «il detenuto, pur privo della libertà personale, è titolare di diritti incomprimibili, il cui esercizio è rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria preposta all'esecuzione della pena, e la cui tutela non sfugge al giudice dei diritti».

La sfera individuale tutelabile viene infine ulteriormente estesa grazie alla sent. n. 26 del 1999, che non a caso deve essere considerata l'architrave su cui tutt'oggi poggia l'attuale assetto della tutela dei diritti dei detenuti⁹⁴. Viene infatti affermato che la piena giurisdizione deve essere assicurata a tutti i diritti, anche se non attinenti a beni inviolabili e anche se non dotati di rango costituzionale.

La Corte precisa quale sia il perimetro applicativo della pronuncia, escludendo, da un lato, i diritti che sorgono in relazione a rapporti estranei all'esecuzione, azionabili per le vie ordinarie, e, dall'altro, i diritti che eventualmente possono essere lesi in sede di applicazione di istituti propri dell'esecuzione, in particolare le misure alternative, incidenti sulla qualità e quantità della pena, già fornite di un loro specifico procedimento di natura giurisdizionale.

L'esigenza di una tutela di carattere giurisdizionale viene invece affermata per quei diritti la cui violazione sia potenzialmente conseguenza

TOLATO, *Sub art. 176 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, cit., 2459 ss., in particolare 2461-2463; T. PADOVANI, *Il nuovo volto della liberazione condizionale dopo la sentenza 282/89 della Corte costituzionale*, in *L.P.*, 1989, 4, 633 ss.

⁹³ Cfr. C. cost., 410/1993, cit. Per un commento, cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 125 ss.; C. cost., n. 212/1997, cit., con nota di F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva da 'graziosa concessione' a 'diritto': Corte costituzionale, sentenza 3 luglio 1997 (9 aprile 1997), n. 212*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 2, 208 ss. Cfr. anche M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *www.rivistaaic.it*, 2016, 3, 1 ss.

⁹⁴ Sulla sent. della C. cost., n. 26/1999, cit., cfr. *infra*, par. 3.7.1.

del regime di sottoposizione a restrizione della libertà e dipenda da atti dell'Amministrazione penitenziaria. La Corte anzi precisa, rispetto al diverso e più ristretto perimetro individuato dal giudice remittente, che detti diritti non debbono avere necessariamente rilevanza costituzionale, e questo in quanto le garanzie di cui agli artt. 24 e 113 Cost. hanno portata generale. Si tratta in particolare – precisa la Corte – di diritti che possono essere lesi dal potere dell'Amministrazione penitenziaria di modificare le modalità concrete del trattamento grazie all'adozione di particolari atti o da determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere.

La necessaria tutela in sede giurisdizionale dei diritti così determinati viene dunque affermata indipendentemente dalla natura del provvedimento produttivo della lesione, sempre che questa trovi origine in un atto dell'Amministrazione penitenziaria.

È questa in particolare la novità più rilevante della citata sentenza. Ed infatti, fino a questa pronuncia, oltre a quello riconosciuto *ex artt. 14 ter e 69 o.p.* in materia di lavoro e di provvedimenti disciplinari, quello dei regimi speciali era l'unico ambito in cui la Magistratura di Sorveglianza aveva visto riconoscersi progressivamente un proprio spazio di sindacato giurisdizionale in materia di tutela dei diritti: *ex lege* per quanto concerne il regime di sorveglianza particolare (art. 14 *ter* o.p.) e grazie alla giurisprudenza costituzionale ed europea per quanto concerne invece il “carcere duro”⁹⁵.

3.5.3. *La giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive*

È la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999, in un suo passaggio, a rammentare quali siano state le tappe più significative della giurisprudenza della Corte costituzionale nell'affermazione della tutela dei diritti dei detenuti, individuando tre distinte fasi. È questo lo snodo cruciale nell'affermazione di un'effettiva tutela dei diritti: il riconoscimento del crisma della giurisdizionalità è infatti ontologicamente connesso al riconoscimento di un diritto soggettivo⁹⁶.

⁹⁵ Cfr. *infra* il paragrafo successivo. Si rinvia all'approfondimento dedicato ai regimi speciali, cap. IV, sez. II, parr. nn. 4.10 e 4.10.1. Cfr. E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 201 ss.

⁹⁶ Cfr., per tutti, C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 20 ss.; A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., *passim* ed in particolare 199 ss.; A.

Una prima fase, che potremmo definire di “giurisdizione subiettiva”, pur posteriore all’entrata in vigore della legge sull’ordinamento penitenziario, passa attraverso l’ordinanza n. 87 del 1978 e giunge, attraverso la sent. n. 103 del 1984 e l’ordinanza n. 166 del 1984, fino all’ordinanza n. 77 del 1986⁹⁷.

Le pronunce citate affrontano tutte un primo profilo estremamente interessante, che è stato lungamente al centro del dibattito in tema di tutela dei diritti dei detenuti: la natura delle decisioni assunte dal Magistrato di Sorveglianza, sia di quelle adottate con ordini di servizio sia di quelle adottate con procedimento *de plano* in base al combinato disposto di cui agli artt. 35 e 69 o.p.⁹⁸. In questa prima fase viene ribadita reiteratamente la natura amministrativa tanto delle misure assunte nell’ambito del «trattamento»

MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 20, nt. 46; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 232 ss.

⁹⁷ Cfr. C. cost., ord. 21 dicembre 1978, n. 87; C. cost., 11 aprile 1984, n. 103, entrambe in *www.giurcost.org*; C. cost., ord. 5 giugno 1984, n. 166, Giacomini; C. cost., ord. 22 marzo 1986, n. 77, Tamiello, in *www.cortecostituzionale.it*. Tutte le pronunce relative alla prima fase hanno come referente normativo l’art. 69 o.p. nella sua prima formulazione: «Il magistrato di sorveglianza vigila sulla organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena e prospetta al Ministro le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo alla attuazione del trattamento rieducativo. Esercita, altresì, la vigilanza diretta ad assicurare che l’esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti. Sovraintende all’esecuzione delle misure di sicurezza personali non detentive. Approva, con ordine di servizio, il programma di trattamento di cui al terzo comma dell’art. 13, ovvero, qualora rinvenga in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell’internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione. Impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati. Decide, con ordine di servizio, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l’osservanza delle norme riguardanti: a) l’attribuzione della qualifica lavorativa, le questioni concernenti la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali; b) l’esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell’organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa. Provvede, con ordinanza, sulla remissione del debito di cui all’art. 56, sulle licenze e sui ricoveri di cui all’art. 148 del c.p.. Esprime motivato parere sulle proposte di grazia formulate dai consigli di disciplina. Svolge, inoltre, le funzioni attribuite al giudice di sorveglianza dai codici penale e di procedura penale e dalle altre leggi, adottando i relativi provvedimenti con il procedimento e le forme ivi previsti».

⁹⁸ Cfr. G. ZAPPA, *Trasferimenti dei detenuti, ordini di servizio e poteri del Magistrato di Sorveglianza*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 3, 611 ss.

penale quanto delle relative garanzie previste dall'ordinamento penitenziario. La Corte costituzionale, pur affermando che il potere di adozione di ordini di servizio non sostituisce la tutela, questa sì giurisdizionale, riservata al giudice dei diritti, ha infatti reiteratamente affermato che la potestà del Magistrato di Sorveglianza di decidere con ordine di servizio sui reclami dei detenuti concernenti la qualifica lavorativa e la mercede non rivestisse natura di attività giurisdizionale⁹⁹. Da ciò la Consulta ha fatto discendere l'impossibilità per il Magistrato di Sorveglianza di sollevare sia conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, ai sensi dell'art. 37 della l. n. 87 del 11 marzo 1953, sia incidente di costituzionalità¹⁰⁰.

Successivamente, in una seconda fase che potremmo definire "di transizione", la giurisprudenza costituzionale ha invece accolto la distinzione, elaborata dalla Cassazione, tra provvedimenti relativi alle «modalità dell'esecuzione della pena» – attratti nell'area dell'amministrazione e dei soli rimedi di natura amministrativa – e provvedimenti riguardanti la «misura e la qualità della pena», rientranti a pieno titolo nell'area della

⁹⁹ L'adozione dell'ordine di servizio quale provvedimento specifico, con riferimento a settori particolarmente sensibili, aveva nelle intenzioni del legislatore la finalità di dotare il provvedimento di carattere decisorio, a differenza di quanto previsto per il c.d. reclamo generico. Ciononostante, la prassi si era attestata su un netto rifiuto dell'Amministrazione penitenziaria di dare attuazione agli ordini di servizio, posizione che viene peraltro ampiamente avallata anche dalla Consulta nelle pronunce citate.

¹⁰⁰ In particolare, l'ordinanza n. 87 del 1978 dichiara inammissibile il ricorso proposto dal Magistrato di Sorveglianza di Bologna con cui il medesimo sollevava conflitto di attribuzione nei confronti dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia che si era rifiutato di dare esecuzione all'ordine di servizio, adottato dal Magistrato in base all'art. 69 o.p., con cui egli disponeva che venisse riconosciuta al detenuto la mercede anche per le giornate festive infrasettimanali in cui non aveva prestato la propria opera, chiedendo in particolar modo alla Corte di chiarire la qualificazione giuridica degli ordini di servizio impartiti ex art. 69 o.p. e di sciogliere l'interrogativo circa la loro efficacia vincolante nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria. Conforme anche C. cost., 11 aprile 1984, n. 103, in www.giurcost.org, in cui la Corte opera un distinguo riconoscendo natura giurisdizionale ai provvedimenti relativi alla rimessione del debito, all'uopo valorizzando le garanzie processuali assicurate alla parti ex artt. 71 e 71 bis o.p. Da ultimo, l'ordinanza n. 77 del 2 aprile 1986, rifacendosi espressamente alle due precedenti pronunce, dichiara ancora una volta manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Padova avente ad oggetto nuovamente l'art. 69 co. 5 o.p. per supposta violazione dell'art. 24 Cost., mancando in materia di remunerazione dei detenuti lavoratori una tutela giurisdizionale.

giurisdizione, alla stregua della doppia riserva, di legge e di giurisdizione appunto, vigente in materia.

Le sentenze che qui rilevano sono quelle già richiamate in parte nel primo capitolo in materia di art. 41 *bis* co. 2 o.p., c.d. “carcere duro”¹⁰¹.

Esemplificativa la sent. del 28 luglio 1993 n. 349, già citata, che dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41 *bis* co. 2 o.p. sollevata in riferimento agli artt. 13 co. 1 e 2, 15 co. 2, 27 co. 3, 97 co. 1 e 113 co. 1 e 2 Cost.¹⁰². In particolare, il Magistrato di Sorveglianza remittente aveva sostenuto che l’art. 41 *bis* co. 2 o.p., attribuendo al Ministro di Grazia e Giustizia la facoltà di sospendere l’applicazione delle normali regole di trattamento e degli istituti previsti dall’ordinamento penitenziario, consentirebbe di incidere sulla pena e sul grado di libertà personale dei detenuti stessi mediante provvedimenti applicativi che, in quanto sprovvisti di esauriente motivazione, priverebbero i destinatari delle facoltà di tutelare adeguatamente i propri diritti in sede giurisdizionale. In ciò si consumerebbe una lesione della riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13 co. 2 Cost.¹⁰³ e del principio rieducativo di cui all’art. 27 co. 3 Cost.¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. in dettaglio anche cap. IV, sez. II, par. 4.10.1.

¹⁰² Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit., con nota di S.F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, 12, 2865 ss. La pronuncia rappresenta di fatto il punto di partenza di un filone giurisprudenziale della Corte costituzionale teso a valorizzare il principio di umanizzazione della pena ed i diritti fondamentali delle persone detenute. Così S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie*, Roma, 2013, 118; nello stesso senso, G.M. NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014, 7 ss. La sentenza è ripresa e commentata anche nei lavori di M. Ruotolo e A. Martufi, già citati.

¹⁰³ Rammentiamo che, nella sua originaria formulazione, l’art. 41 *bis* co. 2 o.p. non prevedeva alcuna forma di tutela giurisdizionale. Cfr. *infra*, cap. IV, sez. II, par. 4.10 e 4.10.1. Il testo del comma 2 *bis*, introdotto dalla l. n. 11/1998, prevedeva che «sui reclami avverso i provvedimenti del Ministro di Grazia e Giustizia emessi a norma del comma 2 è competente a decidere il Tribunale di Sorveglianza che ha giurisdizione sull’istituto cui il condannato, l’internato o l’imputato è assegnato; tale competenza resta ferma anche nel caso di trasferimento disposto per uno dei motivi indicati nell’art. 42». Per un commento M. MONTAGNA, *Adozione del “carcere duro” e procedimento di reclamo*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 165 ss.

¹⁰⁴ La difesa dell’Avvocatura dello Stato aveva preliminarmente sostenuto un difetto di giurisdizione e di competenza: quanto al primo profilo, affermando che il diritto alla

La Corte esordisce ribadendo che lo *status detentionis* non è per ciò solo ostativo al riconoscimento di posizioni soggettive tutelabili in capo ai detenuti, in quanto chi si trova ristretto in regime carcerario conserva comunque una quota parte della propria libertà personale, tanto più preziosa proprio perché costituente l'ultimo baluardo dell'espressione della personalità individuale del soggetto *in vinculis*. Se l'adozione di eventuali provvedimenti ulteriormente incidenti sulla libertà personale può avvenire solo con le garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost., l'ambito della discrezionalità amministrativa – afferma la Corte – è quello che si muove nel perimetro di adozione di atti e provvedimenti che non incidono ulteriormente sulla libertà personale c.d. residua: sussisterebbe dunque una distinzione tra “modalità trattamentali” all'interno dell'istituto penitenziario, di appannaggio dell'Amministrazione penitenziaria, rispetto alle quali il margine di intervento per il Magistrato di Sorveglianza è definito dall'art. 69 o.p., e misure alternative alla detenzione che necessariamente si muovono nel perimetro della piena giurisdizionalizzazione in quanto direttamente incidenti sul *quantum* di libertà del soggetto. Ad essere passibili di sindacato da parte del Magistrato di Sorveglianza sono dunque i provvedimenti ministeriali di applicazione del regime del “carcere duro”, in quanto incidenti sui diritti facenti capo ai detenuti. Da cui l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale e l'asserita necessità che i provvedimenti dispositivi del regime siano adeguatamente motivati.

Segna un significativo passo avanti la sent. n. 410/1993, con cui la Corte costituzionale si pronuncia comunque per la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis* co. 2 o.p. sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Milano con riferimento agli artt. 3, 24 co. 1 e 113 co. 1 e 2 Cost.¹⁰⁵. Il giudice remittente sottolineava infatti come, preso atto dell'impossibilità di applicare in via analogica il reclamo atipico *ex art. 14 ter* o.p. anche avverso i provvedimenti impositivi

libertà del detenuto risultasse già compreso dalla sentenza di condanna e che l'adozione del regime del “carcere duro” rientrasse nel potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione penitenziaria cui necessariamente dovrebbe conseguire unicamente il sindacato del giudice amministrativo; quanto al secondo profilo, evidenziando come la tutela dei diritti veda una competenza generale riconosciuta al Magistrato di Sorveglianza e non al Tribunale.

¹⁰⁵ Cfr. C. cost., n. 410/1993, cit.

del regime di “carcere duro”, si ponesse un possibile contrasto con la previsione di cui all’art. 113 commi 1 e 2 Cost. che garantisce la tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti della Pubblica Amministrazione.

La sentenza è interessante perché, nel riprendere puntualmente i punti fermi di cui al precedente arresto n. 349/1993, afferma che alla discrezionalità amministrativa deve corrispondere il sindacato giurisdizionale attribuito in generale al Magistrato di Sorveglianza nei confronti dei provvedimenti adottati dall’Amministrazione penitenziaria in grado di influire negativamente sui diritti del detenuto:

una volta affermato che nei confronti dell’Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche, qualificabili quali diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell’art. 24, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario,

individuando nel reclamo atipico *ex art. 14 ter* o.p. lo strumento cui ricorrere per la tutela dei propri diritti.

La Corte torna a pronunciarsi in argomento con la successiva sent. n. 351 del 18 ottobre 1996¹⁰⁶. Il giudice *a quo* lamentava l’esistenza di una consolidata posizione della giurisprudenza di legittimità che sosteneva l’utilizzabilità del reclamo di cui all’art. 14 *ter* in materia di 41 *bis* o.p. solo al fine di permettere al Magistrato di Sorveglianza un sindacato in ordine all’esistenza dei presupposti per l’applicazione del “carcere duro” e non invece in ordine al contenuto delle singole misure restrittive che lo compongono¹⁰⁷. In particolare, per quanto qui interessa, il ricorrente sottolineava come l’assenza di un sindacato sulle singole misure si sarebbe tradotta necessariamente in una discrezionalità amministrativa libera da ogni controllo giurisdizionale, che avrebbe potuto incidere sul residuo di

¹⁰⁶ Cfr. C. cost., n. 351/1996, cit., con nota di C. FIORIO, *L’inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell’esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, 5, 3056 ss.

¹⁰⁷ Secondo il giudice *a quo*, dovrebbero infatti essere oggetto di reclamo anche le singole misure disposte e ciò al fine di verificare non solo l’eventuale violazione di determinati diritti facenti capo al detenuto, ma anche se le limitazioni apportate siano funzionali alla *ratio* dell’istituto e non adottate a scopo meramente afflittivo.

libertà personale al di fuori della duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.¹⁰⁸.

La Corte individua il tema centrale oggetto della pronuncia nei limiti del sindacato del Tribunale di Sorveglianza sui decreti ministeriali applicativi dell'art. 41 *bis* co. 2 o.p. e dichiara la questione infondata in quanto l'apprezzamento dei motivi di ordine e sicurezza è rimesso all'autorità amministrativa, salvo il controllo giurisdizionale sulla legittimità di detto provvedimento.

La Corte riconosce però che il sindacato del Magistrato di Sorveglianza, ove teso alla tutela dei diritti dei detenuti, debba necessariamente estendersi anche alla valutazione della compatibilità dei contenuti delle singole misure restrittive che lo compongono con i limiti imposti dalla legge. E ciò non solo per valutare un eventuale sacrificio dei diritti facenti capo ai detenuti, ma anche per verificare la congruità delle misure adottate rispetto ai fini propri dell'istituto di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p.

La Corte costituzionale delinea per questa via un duplice ordine di limiti. Un limite esterno, secondo cui non possono essere adottate misure adatte ad incidere sulla qualità e quantità della pena o «sul grado di libertà del detenuto», nel senso di imporre una limitazione della libertà personale del soggetto ulteriore rispetto a quanto disposto dalla sentenza di condanna se non con l'osservanza della duplice riserva di cui all'art. 13 co. 2 Cost., né, più in generale, misure limitative che incidano sulla libertà residua diverse da quelle espressamente previste dalla legge. A questo riguardo, la Corte conferma la tesi già sostenuta per cui il provvedimento di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p. apparirebbe rispettoso del suddet-

¹⁰⁸ Da un lato, infatti, l'art. 41 *bis* o.p. non indicherebbe le possibili restrizioni che possono in astratto essere disposte, né, appunto, sarebbe prevista la possibilità di sindacato giudiziale circa l'adozione delle singole restrizioni disposte. Nelle sue controdeduzioni l'Avvocatura dello Stato sosteneva la mancata violazione dell'art. 13 Cost. in quanto il legislatore aveva previsto espressamente i presupposti per l'applicazione del regime di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p. Allo stesso modo si riteneva non sussistente la violazione dell'art. 113 Cost. in quanto la garanzia della tutela dei diritti dei detenuti non potrebbe comportare il sacrificio del principio della divisione dei poteri: «L'autorità giudiziaria può disapplicare gli atti amministrativi illegittimi ma non può sostituirsi all'autorità amministrativa nel regolamento delle singole fattispecie concrete, sostituzione che inevitabilmente avverrebbe ove si riconoscesse al giudice il potere di disapplicare il provvedimento che ha disposto in concreto specifiche misure a salvaguardia di esigenze di ordine e di sicurezza degli istituti di pena».

to limite, tanto da non riscontrare un contrasto con l'art. 13 co. 2 Cost.¹⁰⁹. Al limite esterno si somma poi un limite c.d. interno consistente nella necessità che le misure imposte siano necessariamente funzionali ad esigenze di ordine e sicurezza¹¹⁰, cui consegue il necessario riconoscimento di un sindacato del Magistrato di Sorveglianza sulle singole misure adottate nel provvedimento ministeriale. A questo duplice limite si aggiunge quello di ordine generale, imposto dal dettato di cui all'art. 27 co. 3 Cost., che vieta l'imposizione di trattamenti contrari al senso di umanità e impone che le misure adottate non vanifichino completamente la finalità rieducativa della pena. La Corte individua, a questo proposito, nell'art. 14 *quater* co. 4 o.p., relativo al regime di sorveglianza speciale di cui all'art. 14 *bis* o.p., il limite inferiore non travalicabile, al di sotto del quale verrebbe ad integrarsi un trattamento disumano¹¹¹.

In conclusione, nella citata sentenza, la Corte auspica che la prassi applicativa si ponga in futuro sulle orme di quella giurisprudenza di legittimità favorevole a riconoscere un sindacato "diffuso" sulle singole misure restrittive che compongono il provvedimento, con espresso rico-

¹⁰⁹ «Infatti, se non è consentito, attraverso i provvedimenti ministeriali in questione, adottare misure qualificabili come restrittive della libertà personale del detenuto (perché attinenti alla qualità e quantità della pena o alla misura della sua residua libertà personale), ma solo misure di trattamento rientranti nell'ambito di competenza dell'Amministrazione penitenziaria, attinenti alle modalità concrete, rispettose dei diritti del detenuto, di attuazione del regime carcerario in quanto tale, e dunque già potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione, per ciò stesso non vengono in considerazione né la riserva di legge né la riserva di giurisdizione stabilite dall'art. 13, comma 2, della Costituzione».

¹¹⁰ Per un commento, cfr. C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 21 ss.

¹¹¹ La norma delinea, infatti, con riferimento alla materia della c.d. sorveglianza particolare, l'area del non sacrificabile, di quei diritti fondamentali «il cui soddisfacimento corrisponde ad esigenze tanto primarie della persona, che la loro compressione inciderebbe "sul senso di umanità" cui ogni trattamento penitenziario deve uniformarsi». Così T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 171. Si tratta di misure minime di c.d. «civiltà carceraria», come chiarisce E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., 190.

noscimento di un potere di disapplicazione, anche parziale, del provvedimento illegittimo lesivo dei diritti dei detenuti¹¹².

Ciononostante, la Corte costituzionale continuerà, e continua tutt'ora, a nostro modo di vedere inspiegabilmente, ad affermare con una generalizzazione che tutti i provvedimenti relativi alle modalità esecutive della pena, non incidendo sulla libertà personale, risultano perciò estranei alla duplice garanzia della riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost., quasi si accontentasse della tutela apprestata in materia di diritti dalla Magistratura di Sorveglianza, dimenticando forse che le aree ai margini della legalità – quelle in cui i poteri autoritativi dell'Amministrazione penitenziaria non ricevono una puntuale definizione ad opera del legislatore – sono le aree maggiormente delicate in cui rischiano di consumarsi gravi violazioni delle libertà e dei diritti facenti capo al detenuto, prima fra tutti la libertà personale, in cui una tutela strutturalmente *ex post*, quale è quella in materia di tutela dei diritti dei detenuti, appare un presidio necessario eppure ancora insufficiente¹¹³.

Attiene ancora all'ampiezza del sindacato della Magistratura di Sorveglianza rispetto al regime del "carcere duro" anche la sent. n. 376 del 5 dicembre 1997. Il giudice *a quo* sosteneva infatti che il reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. non permettesse di esercitare il sindacato giurisdizionale sulle singole misure che compongono il provvedimento di cui all'art. 41 *bis* o.p.¹¹⁴.

¹¹² Il potere di disapplicare riconosciuto al Magistrato di Sorveglianza si consustanzia dunque non in un potere impugnatorio, ma semplicemente nel potere di dare applicazione unicamente agli atti amministrativi considerati legittimi. In questo senso gli atti illegittimi, incidenti sui diritti dei detenuti, debbono essere disapplicati (art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Cfr. Cass. pen., 22 dicembre 1995, n. 6873, Furnari, in *Cass. pen.*, 1996, 1969 ss.; Cass. pen., 1 febbraio 1996, n. 684, Moretti.

¹¹³ In argomento, cfr. *infra* il cap. IV e le conclusioni del presente lavoro.

¹¹⁴ Cfr. C. cost., n. 376/1997, cit., con nota di L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 12, 3179 ss. La sentenza è importante anche perché afferma un principio che per moltissimi anni condizionerà la materia dell'esecuzione penale: quello per cui «l'irretroattività non si può estendere a provvedimenti che non incidono e non possono incidere sulla qualità e quantità della pena, ma solo sulle modalità di esecuzione della pena o della misura detentiva, nell'ambito delle regole e degli istituti che appartengono alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria».

Nella pronuncia, la Corte ribadisce il richiamo ai limiti c.d. interni ed esterni all'attività dell'Amministrazione penitenziaria, affermando inoltre che

il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa.

Pertanto – afferma la Consulta – le uniche restrizioni possibili sono quelle «concretamente idonee a prevenire tale pericolo, attraverso la soppressione o la riduzione delle opportunità che in tal senso discenderebbero dall'applicazione del normale regime penitenziario», cui deve corrispondere un sindacato del Magistrato di Sorveglianza. Ne discende che

l'applicazione del regime differenziato *ex art. 41 bis*, comma 2, non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare.

Da ultimo accenniamo anche alla sent. n. 526/2000, in tema di perquisizioni personali, in quanto anch'essa relativa all'ambito di operatività delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. e, più in generale, all'ampiezza del sindacato della Magistratura di Sorveglianza quale giudice dei diritti rispetto all'operato dell'Amministrazione penitenziaria che in questa materia, come abbiamo già chiarito nel primo capitolo, è massima¹¹⁵.

La questione di legittimità costituzionale è stata ancora una volta dichiarata infondata sulla base dell'argomentazione per cui le perquisizioni personali rientrerebbero nell'ambito delle misure di trattamento attinenti alle modalità concrete di attuazione del regime carcerario, consistendo

¹¹⁵ Cfr. cap. I, par. 1.4.2.

dunque in restrizioni della libertà personale già implicate dallo stato di detenzione, in quanto tali estranee allo spettro applicativo dell'art. 13 co. 2 Cost.¹¹⁶. Secondo autorevole dottrina che ha commentato la sentenza, ciò avrebbe determinato la «definitiva sottrazione della fase dell'esecuzione penitenziaria dall'alveo dei principi costituzionali delineati nel 2° e 3° comma dell'art. 13 Cost.»¹¹⁷.

È la stessa Consulta, nel dichiarare la questione non fondata, a spostare la questione sul versante dell'assenza di un'adeguata tutela giurisdizionale, prendendo in considerazione le censure sollevate dal giudice *a quo ex* artt. 24 e 113, ma anche 3 e 97 Cost. Sotto questo aspetto la Corte ritiene non sufficiente né il sindacato, solo indiretto, in sede di reclamo al Magistrato di Sorveglianza *ex* art. 69, co. 6, lett. b) o.p. avverso la sanzione disciplinare irrogata per il rifiuto opposto ad ottemperare all'ordine relativo alle specifiche modalità della perquisizione, né le previsioni penali di cui agli artt. 609 c.p. (perquisizione e ispezione personali arbitrarie) e 4 del d.lgs. 4 settembre 1944, n. 288 (esimente per avere reagito ad un atto arbitrario del pubblico ufficiale), affermando la necessità di un provvedimento della Direzione adeguatamente motivato di modo da permettere un vaglio del Magistrato di Sorveglianza sulla legittimità della perquisizione¹¹⁸.

Come evidenziato dall'analisi, seppur necessariamente breve, delle sentenze citate, per quanto riguarda l'area della tutela di tipo giurisdizionale riconosciuta alla Magistratura di Sorveglianza, anche la distinzione tra provvedimenti relativi alle «modalità dell'esecuzione della pena» – attratti nell'area dell'amministrazione e dei soli rimedi di natura amministrativa – e provvedimenti riguardanti la «misura e la qualità della pena», attratti invece nell'area della giurisdizione, va nel tempo progressiva-

¹¹⁶ La soluzione, ancora una volta, appare criticabile. Così anche A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 32 ss., che mette bene in evidenza il rischio che tutte le misure previste nella legge sull'ordinamento penitenziario e nel relativo regolamento esecutivo possano confluire nella macro-area degli «elementi del trattamento», con una ricaduta fortemente riduttiva non solo per l'operatività delle garanzie di cui all'art. 13 Cost., ma più in generale per «l'esercizio di tutti i diritti di libertà spettanti al detenuto».

¹¹⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 62.

¹¹⁸ L'obbligo motivazionale viene fatto discendere dalla Consulta dal principio del buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

mente sfumando, fino a che, in una terza fase, di affermazione della tutela giurisdizionale, viene definitivamente superata: la Corte afferma infatti che al detenuto in esecuzione di pena si devono riconoscere i diritti che l'ordinamento protegge indipendentemente dai caratteri della lesione ipotizzata.

Con la sent. n. 212 del 1997, già citata, è stato infatti riconosciuto un diritto d'azione in un procedimento giurisdizionale indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione, da fare valere esclusivamente davanti alla Magistratura di Sorveglianza, cui l'ordinamento penitenziario assegna una funzione di garanzia dei diritti dei detenuti tendenzialmente piena. Non v'è dunque posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere. Rispetto a questi diritti, il bisogno di tutela deve manifestarsi attraverso un vero e proprio potere di azione in procedimenti giurisdizionali di fronte al Magistrato di Sorveglianza. In particolare, la sentenza individua nella Magistratura di Sorveglianza il giudice preposto alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. Dall'assunto per cui non esiste posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale cui non consegua l'esistenza di un giudice davanti al quale azionarla, la Corte fa quindi discendere, con una coraggiosa forzatura del dato letterale, il carattere giurisdizionale del reclamo *ex art. 35 o.p.* al Magistrato di Sorveglianza¹¹⁹, anche se l'argomento sembra per lo più funzionale a legittimare la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale.

¹¹⁹ A detta della Corte, il reclamo generico di cui all'art. 35 o.p. poteva assumere natura diversa a seconda dell'oggetto del reclamo medesimo e del soggetto cui esso fosse rivolto, dovendosi nel caso di specie riconoscere natura di "giudizio". Il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 o.p. nella parte in cui non prevedeva il diritto del condannato definitivo detenuto a fruire di colloqui con il difensore, nominato *ex art. 656 co. 5 c.p.p.*, con le stesse modalità previste per il soggetto imputato *in vinculis* (art. 104 c.p.p.), nonché nella parte in cui il difensore veniva considerato "terzo" ammesso al colloquio a discrezione della Direzione solo nel caso di pendenza di procedimenti giurisdizionali per cui fosse stato regolarmente nominato. Il reclamo *ex art. 35 o.p.* costituiva l'unico strumento per azionare la tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. che si assumeva violato. Interessante il passaggio della sentenza in cui il giudice si pone l'interrogativo circa la competenza del giudice amministrativo in materia, opzione che viene prontamente respinta sulla base della corretta considerazione per cui si lamenta non già un cattivo uso del potere amministrativo, quanto il mancato riconoscimento, e dunque la violazione, del fondamentale diritto di difesa.

Il terreno si poteva dire con ciò pronto per l'epocale sent. n. 26/1999 che inaugurerà una nuova stagione nella tutela dei diritti dei detenuti e che, come già chiarito, estende il perimetro dei diritti azionabili¹²⁰.

È qui che si innesta, a nostro modo di vedere, lo scollamento tra la portata applicativa delle garanzie della duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost. che, secondo la Consulta, interessano gli istituti incidenti sulla «qualità e quantità della pena» ed il perimetro applicativo della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti¹²¹.

Con il superamento del distinguo citato, la competenza giurisdizionale della Magistratura in materia di tutela dei diritti si attesta su un perimetro applicativo ben maggiore: essa da un lato va a coprire interamente quella zona grigia, in cui non si applicano le garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost., rispetto alla quale la Consulta si ostina ad affermare che non vi sia incidenza sulla libertà residua (è quanto accade ad esempio in materia di regimi, circuiti, perquisizioni personali, sanzioni disciplinari, trasferimenti), dall'altro, essa si estende anche alle modalità esecutive della pena relative alla gestione ordinaria della c.d. vita detentiva.

3.6. *La Magistratura di Sorveglianza quale Garante dei diritti dei detenuti. L'evoluzione dell'art. 69 o.p.*

La Magistratura di Sorveglianza viene individuata dall'art. 69 o.p. come il soggetto deputato alla tutela dei diritti soggettivi del condannato. Non a caso il Magistrato di Sorveglianza è stato definito da attenta dottrina quale «garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria»¹²².

¹²⁰ Cfr. *supra*, par. 3.5.2 e *infra*, par. 3.7.1 in dettaglio.

¹²¹ Come chiarito, fino alla sent. n. 26/1999, infatti, l'unico spazio giurisdizionale di tutela era quello riconosciuto ex artt. 14 *ter* e 69 o.p. in materia di lavoro e provvedimenti disciplinari, da un lato, e di regimi penitenziari, dall'altro: si era infatti prevista, fin dalla sua introduzione, la possibilità di reclamo avverso il provvedimento dispositivo del regime di sorveglianza particolare, mentre, come abbiamo visto, è stata la Consulta a ritenere in un primo tempo applicabile il medesimo strumento di reclamo atipico anche al regime del "carcere duro".

¹²² Così A. MARGARA, *Il Magistrato di Sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e Riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, 204 ss.

Un'ulteriore conferma del ruolo centrale svolto dalla Magistratura di Sorveglianza nella tutela dei diritti dei soggetti ristretti è frutto, lo abbiamo visto, della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Rispetto all'originaria formulazione del comma 4 dell'art. 69 o.p. che prevedeva, accanto all'approvazione, con ordine di servizio, del programma trattamentale, il potere del Magistrato di Sorveglianza di impartire, nel corso del suo svolgimento, le disposizioni che ritenesse opportune in ordine alla tutela dei diritti e degli interessi dei condannati e degli internati nonché al fine della loro rieducazione, si è passati ad una successiva formulazione, frutto della riforma del 1977, che è rimasta vigente anche dopo la promulgazione della legge Gozzini.

In questa nuova formulazione (prima comma 4, poi dal 1986, comma 5) viene chiarito che nel potere di approvazione del programma rieducativo rientra la facoltà di restituirlo affinché lo stesso venga riformulato ove si riscontri una violazione dei diritti facenti capo all'internato o al condannato. Viene dunque declinata una specifica ipotesi di potenziale violazione di diritti: quella scaturente dalla predisposizione del programma rieducativo¹²³. Certamente appare molto sensato riconoscere alla Magistratura di Sorveglianza un potere di sindacato sia nel momento dell'approvazione del programma trattamentale sia nel momento della sua concreta attuazione. Se nella formulazione originaria il potere del Magistrato di Sorveglianza di impartire disposizioni in caso di violazione dei diritti era espressamente riferito all'attuazione del programma rieducativo di cui all'art. 13 co. 3 o.p., nella nuova formulazione, si fa genericamente riferimento al concetto di «trattamento». Una siffatta formulazione avrebbe forse potuto far propendere, già a quel tempo, per un ampliamento della competenza della Magistratura di Sorveglianza, non più limitata al trattamento rieducativo ma estesa al *genus* trattamento penitenziario, ma all'affermazione di una siffatta lettura ostava la limitazione ai soggetti detenuti ed internati, cui soli si riferisce il trattamento

¹²³ Così disponeva l'art. 69 co. 5 o.p. prima della modifica intervenuta ad opera del d.l. n. 146/2013: «Approva, con ordine di servizio, il programma di trattamento di cui al terzo comma dell'art. 13, ovvero, qualora rinvenga in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione. Impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati».

rieducativo, che ha fatto propendere sia la dottrina che la giurisprudenza per una lettura restrittiva della norma¹²⁴.

Di tutta evidenza come la tutela dei diritti divenga il perimetro che definisce il potere della Magistratura di Sorveglianza di impartire disposizioni all'Amministrazione penitenziaria, così scongiurando il pericolo di un ampio sindacato anche sugli aspetti tecnico-operativi del trattamento rieducativo¹²⁵.

La l. n. 663/1986 interviene sul dettato del quinto comma dell'art. 69 o.p. (*ex* quarto comma nella versione precedente dell'articolo) sostituendo all'ordine di servizio il decreto quale provvedimento per l'approvazione del programma trattamentale.

La riforma Gozzini provvede anche a modificare l'art. 69 co. 6 o.p., sostituendo l'ordine di servizio anteriormente previsto in materia di lavoro e disciplinare con la procedura del reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p.¹²⁶, correlativamente riconoscendo natura di ordinanza ai relativi provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza e provvedendo così a superare il sistema degli ordini di servizio che tanti problemi aveva creato per il carattere non giurisdizionale dei relativi provvedimenti.

L'art. 69 o.p., così come modificato dalla legge Gozzini, rimarrà vigente fino alla riforma da ultimo intervenuta dopo la pronuncia *Torreggiani c. Italia* ad opera del d.l. n. 146/2013 «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria», in cui, attraverso la soppressione del riferimento al termine «trattamento», il dettato normativo viene riallineato con quanto nel frattempo affermato molti anni prima dalla Corte costituzio-

¹²⁴ Cfr. in argomento, F. DELLA CASA, *Sub art. 69 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, cit., 929 ss.

¹²⁵ Così, da ultimo, F. DELLA CASA, *op. ult. cit.*, 929. Per l'efficacia vincolante delle prescrizioni imposte dal Magistrato di Sorveglianza, cfr. *infra*, par. 3.12.

¹²⁶ Nel 1986, l'art. 69 co. 5 o.p. viene così modificato: «Decide con ordinanza impugnabile soltanto per Cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14 *ter* o.p., sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti: a) l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali; b) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa».

nale nella sent. n. 26/1999 rispetto al perimetro della competenza della Magistratura di Sorveglianza quale giudice dei diritti¹²⁷.

Peraltro, dopo la sent. del 1999 e fino al 2014, l'art. 69 o.p. è stato oggetto solo di un'altra importante sentenza della Corte costituzionale: la n. 341 del 23-27 ottobre 2006, come modificata dal Comunicato 23 ottobre 2006, n. 341, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 6, lett. a) o.p. Quest'ultima pronuncia rileva in particolar modo rispetto al tema oggetto del presente studio perché parte della dottrina e della stessa Magistratura di Sorveglianza ne ha dedotto il disconoscimento di una competenza esclusiva nella tutela dei diritti dei detenuti in capo alla Magistratura di Sorveglianza¹²⁸. Questa tesi verrà invece recisamente smentita dalla sent. n. 266 del 2009 della Corte costituzionale, in cui la Consulta afferma che nella sent. n. 341 del 2006 la Corte ha inteso riferirsi ad una specifica tipologia di reclami «così che deve ritenersi tuttora valido il criterio per cui la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in carico alla Magistratura – giudice monocratico e collegiale – di Sorveglianza»¹²⁹.

¹²⁷ Non si è peraltro inspiegabilmente ampliato il riferimento agli imputati, quali potenziali soggetti passibili di lesione. Sottolinea l'imperdonabile incongruenza, F. DELLA CASA, *Sub art. 69 o.p.*, ed. 2019, cit., 932-933.

¹²⁸ Cfr. C. cost., 27 ottobre 2006, n. 341, in *Giur. cost.*, 2006, 5, 3377 ss. Per un commento: F. FIORENTIN, *Tutela laburistica del detenuto e ruolo del Magistrato di Sorveglianza alla luce della sentenza Cost. n. 341 del 2006*, *ivi*, 3385 ss.; ID., *La giurisprudenza in tema di lavoro prestato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria dopo la pronuncia costituzionale n. 341 del 2006*, in *Giur. merito*, 2008, 2, 497 ss.; F. DELLA CASA, *Un significativo salto di qualità nella tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto lavoratore*, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4662 ss.; F. CENTOFANTI, *Lavoro penitenziario e giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2007, 35 ss.; A. PULVIRENTI, *Si amplia la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1553 ss.; A. MORRONE, *Diritti del lavoratore detenuto e giudice competente*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 2, 155 ss.; P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie costituzionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione n. 341/2006 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2006, in www.forumcostituzionale.it.

¹²⁹ Cfr. C. cost., 23 ottobre 2009, n. 266, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3779 ss. con nota di C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*. Per un approfondimento, cfr. *infra*, par. 3.12.

3.7. *Il panorama pre-Torreggiani: le varie forme di reclamo*

In materia dei diritti dei detenuti, prima della fondamentale sent. n. 26/1999, il rimedio da azionare era ancora quello di cui all'art. 35 o.p., c.d. reclamo generico in combinato disposto con l'art. 69 co. 5 o.p.

Per meglio comprendere l'assetto delineatosi successivamente, è importante fornire, seppur succintamente, una panoramica delle diverse forme di reclamo previste a quel tempo nell'ordinamento: esse non si esaurivano infatti nel già citato reclamo atipico, esteso dalla legge Gozzini anche alla materia disciplinare e del lavoro, né nel c.d. reclamo generico di cui all'art. 35 o.p.

Una prima forma di reclamo venne introdotta dal legislatore con l. n. 450 del 1977: si prevedeva cioè la possibilità di rivolgere reclamo avverso il diniego di una richiesta di permesso di necessità, al Tribunale di Sorveglianza o alla Corte di Appello, a seconda che il provvedimento di diniego fosse stato adottato dal Magistrato di Sorveglianza o da altro organo giudiziale (art. 30 *bis* o.p.)¹³⁰. L'introduzione va salutata con favore anche perché votata a dare risposta ad una certa posizione della giurisprudenza di legittimità che riteneva che, data la natura amministrativa e non giurisdizionale dei provvedimenti in oggetto, la ricorribilità per Cassazione fosse da escludersi¹³¹.

Segna a questo riguardo uno spartiacque rilevante la sent. n. 227 del 1995 con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 *ter* o.p. nella parte in cui non prevedeva l'ammissione dei condannati militari ai permessi premio¹³². La sentenza rileva perché la

¹³⁰ Si tratta in particolare di una procedura agile e spedita rispetto al procedimento di esecuzione ed al procedimento di sorveglianza disciplinati dall'allora vigente codice di rito. Il giudice di secondo grado deve (*rectius*: dovrebbe, stante la ritenuta natura meramente ordinatoria del termine) infatti provvedere entro 10 giorni dalla ricezione del reclamo.

¹³¹ Cfr. Cass. pen., 10 gennaio 1993, n. 32, Reale, in *Riv. pen.*, 1995, 567; Cass. pen., 16 giugno 1993, n. 2858, Mortafà, in *Cass. pen.*, 1994, 1948.

¹³² Cfr. C. cost., 6 giugno 1995, n. 277, in www.giurcost.org. Per un commento, cfr. P.P. RIVELLO, *Permessi premio ed ordinamento penitenziario militare*, in *Giur. cost.*, 1995, 3, 1698 ss. Nella nota si rileva come giustamente il Giudice delle leggi abbia negato che il permesso premio, facente parte integrante del programma di trattamento rieducativo, possa continuare ad essere considerato quale mera modalità dell'esecuzione penale ed essere sottratto, in quanto tale, alle garanzie della giurisdizione.

Corte costituzionale, al fine di ritenere che il Magistrato di Sorveglianza avesse titolo a presentare incidente di costituzionalità, ha dovuto necessariamente riconoscere la natura giurisdizionale sia dei procedimenti di concessione e di diniego sia del reclamo al Tribunale di Sorveglianza in materia di permessi premio. Con ciò viene riaffermato un principio già condiviso: misure di natura sostanziale, che incidono sulla misura e qualità della pena, quali appunto quelle che permettono una seppur temporanea parentesi dalla realtà carceraria, in quanto tali incidenti sulla libertà personale, debbono necessariamente essere rispettose della duplice riserva di legge e di giurisdizione prevista all'art. 13 co. 2 Cost.¹³³.

È con legge Gozzini del 1986 che viene, come già chiarito, successivamente introdotto il reclamo c.d. atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. Viene prevista la possibilità di ricorrere al Tribunale di Sorveglianza contro il provvedimento definitivo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, impositivo del c.d. regime di sorveglianza particolare. Il Tribunale di Sorveglianza decide in Camera di consiglio entro 30 giorni dalla proposizione del reclamo, ma la partecipazione dell'interessato e dell'Amministrazione penitenziaria è limitata alla presentazione di memorie scritte. Il contraddittorio dunque è meramente cartolare: partecipano al procedimento solamente le parti tecniche (difensore e pubblico ministero).

Il reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. diventa progressivamente strumento privilegiato per la tutela dei diritti soggettivi dei detenuti. E ciò, nonostante nel 1988 il legislatore abbia disciplinato, nel nuovo codice di rito, il procedimento tipico di sorveglianza (art. 678 c.p.p.), disponendo, per quanto non espressamente previsto, il rinvio all'art. 666 c.p.p. relativo al giudizio di esecuzione. All'art. 236 co. 2 delle disposizioni di attuazione e coordinamento del codice di procedura penale il legislatore prevede, infatti, che vengano fatte salve tutte le cosiddette ipotesi atipiche. In particolare, quest'ultima norma così dispone:

¹³³ Conseguentemente ne è stata affermata la ricorribilità per Cassazione. Cfr. in questo senso, tra tutte: Cass. pen., 21 febbraio 1996, n. 1153, Resica, e C. cost., 4 luglio 1996, n. 237, in www.giurcost.org. Come abbiamo già avuto modo di vedere, la Corte costituzionale non si è mostrata invece coerente con il citato arresto nella recente sent. n. 32/2020, cit. Per una critica al distinguo operato dalla Consulta in quella sede, cfr. cap. V, Pt. II, par. 5.8.

Nelle materie di competenza del Tribunale di Sorveglianza continuano a osservarsi le disposizioni processuali della legge 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II-*bis* del titolo II della stessa legge.

Va a tal proposito osservato che la Suprema Corte ha ritenuto che l'art. 236 disp. att. c.p.p. si riferisca esclusivamente alle disposizioni processuali che riguardano il Tribunale di Sorveglianza e non invece a quelle relative al Magistrato di Sorveglianza quale giudice monocratico¹³⁴. Ne consegue che, prima dell'introduzione dell'art. 35 *bis* o.p., l'Amministrazione penitenziaria si considerava legittimata a proporre ricorso per Cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 71 *ter* o.p., avverso i provvedimenti adottati dal Magistrato di Sorveglianza sui reclami di detenuti o internati nelle materie indicate nell'art. 69 co. 6 o.p., non rilevando in contrario, per l'appunto, il disposto di cui all'art. 236 co. 2 disp. att. c.p.p., ritenuto operante per le sole disposizioni riguardanti il Tribunale di Sorveglianza¹³⁵.

Come precisato, l'operatività del reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. viene estesa dal legislatore del 1986 alla materia lavorativa e disciplinare. Esso viene applicato anche nell'ipotesi di cui all'art. 53 *bis* o.p. in caso di reclamo avverso il decreto del Magistrato di Sorveglianza che disponga l'esclusione dal computo della pena eseguita del tempo trascorso in permesso o licenza.

Rileva a questo proposito la sent. n. 53 del 1993, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 236 co. 2 disp. att. c.p.p., 14 *ter* co. 1, 2 e 3 o.p. e 30 *bis* o.p., ove non consentivano l'applicazione degli artt. 666 e 678 c.p.p. nel procedimento di reclamo avverso il decreto del Magistrato di Sorveglianza che avesse escluso dal computo della detenzione il periodo trascorso in permesso premio, avendo considerato il soggetto non meritevole del beneficio (art. 53 *bis* o.p.)¹³⁶.

¹³⁴ Così, ad esempio, Cass. pen., 28 gennaio 2014, n. 6729, Ghidoni, in *www.dejure.it*.

¹³⁵ Cfr. Cass. pen., 14 aprile 1992, n. 1647, Leggio, in *Massimario Cass. pen.*, 1992, 7, 31.

¹³⁶ C. cost., n. 53/1993, cit. Per un commento, cfr. F. DELLA CASA, *L'incostituzionalità del procedimento di reclamo ex art. 53-bis comma 2 ord. penit. Un restyling determinato da un "eccesso di delega" (o dalle eccessive aperture della Consulta nei confronti della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione)?*, in *Giur. cost.*, 1993, 2, 1418 ss.; T. DELLA MARA, *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio nella sent. n. 53 del 1993 della Corte co-*

Dopo la citata sentenza sarebbe stato legittimo aspettarsi che anche tutti gli altri casi, disciplinati nella legge sull'ordinamento penitenziario e facenti riferimento al procedimento atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., venissero assorbiti nel cosiddetto procedimento tipico di sorveglianza. Ciò però non è accaduto e anzi, anche successivamente, è stata introdotta dalla l. 8 aprile 2004, n. 95 una nuova forma "ibrida" di reclamo da proporsi contro i provvedimenti limitativi del diritto alla corrispondenza (art. 18 *ter* co. 6 o.p.). Viene infatti previsto che, per quanto non disposto dall'art. 14 *ter* o.p., debba farsi riferimento all'art. 666 c.p.p., dando vita a un vero e proprio *monstrum* giuridico¹³⁷.

Successivamente, ben dopo l'introduzione del regime del "carcere duro", vengono introdotti dalla l. 23 dicembre 2002, n. 279 i commi 2 *quinquies* e *sexies* dell'art. 41 *bis* o.p., che prevedono, per il reclamo avverso il provvedimento dispositivo del regime, una competenza oggi centralizzata in capo al Tribunale di Sorveglianza di Roma, pur nelle forme del reclamo tipico di cui al codice di rito¹³⁸.

3.7.1. Il reclamo generico e la chiave di volta impressa dalla sentenza della Consulta n. 26/1999 e dalle Sezioni Unite Gianni

Da ultimo occorre dare conto del c.d. reclamo generico previsto all'art. 35 o.p. che è ipotesi diversa rispetto a tutte quelle commentate finora.

Sul reclamo in questione si è pronunciata, come anticipato, la Corte costituzionale con la fondamentale sent. n. 26 del 1999 dichiarandone

stituzionale, cit., 2311 ss.; M. MARGARITELLI, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, 1, 266 ss.; S.F. VITELLO, *Significativo mutamento di indirizzo della Corte costituzionale in tema di ricorribilità dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di permessi premio*, in *Cass. pen.*, 1993, 8-9, 1904 ss. Secondo la Corte costituzionale infatti doveva applicarsi il procedimento tipico di cui agli artt. 678 e 666 c.p.p. in quanto maggiormente garantista. La direttiva relativa alla legge delega per l'emanazione del nuovo codice di rito imponeva infatti garanzie di giurisdizionalità declinate in particolare nella necessità di contraddittorio e nella impugnabilità dei provvedimenti.

¹³⁷ Cfr., per un commento, M. RUARO, C. SANTINELLI, *Sub art. 18 ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., in particolare 300 ss.; P. MAGGIO, *Sub art. 18 ter o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 301 ss.

¹³⁸ Cfr., per un approfondimento, cap IV, sez. II, par. 4.10 e 4.10.1.

l'illegittimità costituzionale «laddove non prevede una tutela giurisdizionale ogni volta che il detenuto lamenti che un atto dell'Amministrazione penitenziaria ha leso un suo diritto soggettivo»¹³⁹.

Fulcro di questa sentenza è non solo l'individuazione dello *status* di detenuto quale momento genetico di posizioni soggettive connesse al trattamento¹⁴⁰, ma soprattutto il riconoscimento della necessaria giurisdizionalità del procedimento destinato a tutelare queste posizioni (carattere invece non riconosciuto al reclamo di cui all'art. 35 o.p.), cui ha fatto da contraltare l'individuazione della Magistratura di Sorveglianza quale organo giurisdizionale esclusivo preposto alla tutela dei diritti dei detenuti.

La sentenza è infatti cristallina allorquando, riprendendo arresti precedenti, afferma che

l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è la finalità [...] non possono mai consistere in 'trattamenti penitenziari' che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà,

e che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento giurisdizionale»¹⁴¹.

Il Magistrato di Sorveglianza di Padova si era limitato a sollevare questione di legittimità costituzionale del solo art. 69 co. 6 della leg-

¹³⁹ Cfr. C. cost., n. 26/1999, cit., con nota di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 1, 193; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, *ivi*, 221 ss.; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., 199 ss.; F. DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 7, 854 ss.; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, in *Giur. cost.*, 1999, 1, 222 ss.

¹⁴⁰ Come afferma la Consulta, dunque, la restrizione della libertà personale connessa all'esecuzione della pena detentiva non comporta una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione. Con ciò, come affermato in dottrina, la Consulta sembra voler chiudere definitivamente i conti con la supremazia speciale. Così G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, cit., 1330-1331.

¹⁴¹ Così già C. cost., n. 212/1997, cit.

ge sull'ordinamento penitenziario¹⁴² relativamente agli artt. 3 e 24 della Costituzione, in particolare lamentando che il procedimento giurisdizionalizzato di cui all'art. 14 *ter* o.p. fosse stato previsto dal legislatore unicamente per la materia lavorativa e disciplinare, mentre per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti sarebbe rimasta la sola tutela del reclamo generico *ex art.* 35 o.p., sprovvisto dei crismi della giurisdizionalità, assunto *de plano* dal Magistrato di Sorveglianza e non ricorribile per Cassazione.

Il fatto che la Corte in precedenza avesse riconosciuto il carattere di "giudizio" al procedimento di cui all'art. 35 o.p., ai fini di riconoscere la legittimazione per il Magistrato di Sorveglianza a proporre questione incidentale di legittimità costituzionale¹⁴³, non valeva certo a riconoscere i crismi della giurisdizionalità al procedimento in oggetto, che non si discosta da una semplice doglianza rivolgibile ai diversi soggetti individuati tassativamente nella norma, cui corrisponde, solo nel caso dell'Amministrazione penitenziaria e del Magistrato di Sorveglianza, *ex art.* 70 co. 4 o.p., un obbligo di informazione verso il soggetto detenuto: la decisione sul reclamo era comunque non sanzionabile e rimaneva fine a se stessa, non essendo prevista alcuna possibilità di impugnativa.

La tesi sostenuta dal giudice remittente era pertanto quella dell'incostituzionalità del dettato di cui all'art. 69 co. 6 o.p. nella parte in cui non prevedeva l'applicazione del reclamo atipico, oltre che per le due ipotesi allora tipizzate, anche in materia di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. Il Magistrato remittente auspicava pertanto una sentenza additiva che estendesse il procedimento atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. anche alla tutela dei diritti dei detenuti.

La Consulta ha però disatteso la richiesta, limitandosi ad una declaratoria di incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 35 e 69

¹⁴² Questo il testo dell'art. 69 co. 6 o.p. vigente in quel momento: «Decide con ordinanza impugnabile soltanto per Cassazione, secondo la procedura di cui all'articolo 14 *ter*, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti: a) l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali; b) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa».

¹⁴³ Cfr. *supra*, C. cost., n. 212/1997, cit.; n. 227/1995, cit.

o.p.¹⁴⁴, nella parte in cui non predisponessa una tutela giurisdizionale in caso di violazione dei diritti dei detenuti, in cui viene rivolto un monito al legislatore affinché individui la forma del reclamo più appropriata tra quelle disciplinate in materia penitenziaria. Si tratta, come attenta dottrina ha messo puntualmente in evidenza, di una sentenza additiva di principio¹⁴⁵.

La Corte dunque si limita a segnalare una lacuna, ma con una classica sentenza monito lascia al legislatore il compito di individuare un meccanismo idoneo alla tutela dei diritti soggettivi dei detenuti, invitando anche la giurisprudenza ad un'interpretazione costituzionalmente conforme.

Dopo la pronuncia n. 26 del 1999, infatti, nella persistente inerzia del legislatore, un primo orientamento aveva dato della pronuncia una lettura in chiave minima e aveva sostenuto che, nelle more di un intervento legislativo, il procedimento di reclamo generico *ex art. 35 o.p.* rimanesse sprovvisto della natura giurisdizionale e, come tale, non consentisse il ricorso per Cassazione. Secondo un diverso e più creativo orientamento, invece, il procedimento di cui all'art. 35 o.p. andava integrato con la procedura giurisdizionale di cui al codice di rito e la relativa pronuncia diveniva per ciò stesso ricorribile per Cassazione.

Le Sezioni Unite sono intervenute nel 2003 a supplire alla perdurante inerzia del legislatore, protrattasi oltre il tollerabile, individuando nel

¹⁴⁴ Letteralmente: «Laddove non prevede una tutela giurisdizionale ogni volta che il detenuto lamenti che un atto dell'Amministrazione penitenziaria ha leso un suo diritto soggettivo».

¹⁴⁵ Le sentenze additive di principio, pur accertando la non conformità di una previsione al dettato costituzionale, non incidono direttamente sull'efficacia della norma dichiarata incostituzionale, sollecitando il legislatore ad intervenire. Nel caso di specie, trattandosi di sentenza di accoglimento, essa vincola anche i giudici. In attesa di una presa di posizione da parte del legislatore, questo tipo di pronuncia autorizza «l'integrazione giurisprudenziale del diritto lacunoso». Così M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., 221. Conforme, S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 193. Questa tesi sembra corroborata anche dalla successiva sentenza della Consulta n. 526/2000, cit., laddove si afferma che, nell'attesa che il legislatore adempia al monito della sent. n. 26/1999, cit., spetta ai giudici «frattanto individuare nell'ordinamento in vigore lo strumento per concretizzare il principio affermato».

ricorso atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. lo strumento deputato alla tutela dei diritti dei detenuti¹⁴⁶. Ed infatti il procedimento *ex art. 14 ter* o.p., seppur caratterizzato da un contraddittorio di tipo solo cartolare, con la partecipazione del solo difensore e del p.m., era apparso al Supremo collegio ossequioso del canone della ragionevole durata del procedimento¹⁴⁷ a differenza del procedimento di sorveglianza c.d. tipico di cui agli artt. 678-666 c.p.p., ritenuto troppo dispendioso, sia in termini di tempi che di costi.

Nello specifico la pronuncia riguardava la materia dei colloqui con i detenuti disciplinati dall'art. 18 o.p. Rispetto a detta previsione si era affermata la distinzione tra colloqui visivi (appartenenti al *genus* dei diritti) e colloqui telefonici (relegati al rango di interessi legittimi) che aveva a lungo giustificato le dichiarazioni di difetto di giurisdizione in materia da parte dei Magistrati di Sorveglianza in favore di decisioni adottate *de plano ex art. 35* o.p.¹⁴⁸.

Le Sezioni Unite non si limitano però a individuare il reclamo atipico quale strumento per la tutela dei diritti dei detenuti: esse sostengono infatti che il modello procedimentale, disciplinato dagli artt. 14 *ter* e 69 o.p., è destinato a trovare applicazione in tutti i casi di lesione di una posizione giuridica qualificata del detenuto o internato derivante da un atto dell'Amministrazione penitenziaria, sia essa qualificabile quale diritto soggettivo o interesse legittimo.

La Corte costituzionale, con la citata sent. n. 26/1999, aveva affermato che il trattamento penitenziario genera diritti, non necessariamente dotati di copertura costituzionale, tutelabili giurisdizionalmente. La Corte di Cassazione, nel 2003, giunge ad affermare che dal trattamento

¹⁴⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, cit., in cui si dà ampiamente conto del contrasto giurisprudenziale. In dottrina, cfr. C. RENOLDI, *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Antigone*, 2011, 2-3, 92 ss.; C. VETRANO, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004, 1, 811 ss. Per un commento puntuale che dia conto anche della precedente sentenza della Consulta n. 26/1999, cfr. C. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, 2, 137 ss.

¹⁴⁷ Il procedimento si conclude con ordinanza entro 10 gg. dal ricevimento del reclamo, termine peraltro non perentorio.

¹⁴⁸ La Corte a Sezioni Unite giunge invece a ritenere che la materia dei colloqui appartenga all'area dei diritti, da sempre coperta da riserva di giurisdizione.

scaturiscono «situazioni giuridicamente rilevanti», una macro-categoria dunque in cui confluiscono sia i diritti soggettivi che gli interessi legittimi, tutelabili entrambi attraverso un procedimento giurisdizionale. Con ciò, la storica distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi viene, in materia penitenziaria, superata. Si delinea infatti per questa via una categoria nuova e più ampia, caratterizzata da un *trait d'union*, la pertinenza al trattamento penitenziario¹⁴⁹.

Il superamento della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi in materia penitenziaria discende dall'individuazione del Magistrato di Sorveglianza quale giudice cui viene riconosciuta la competenza esclusiva¹⁵⁰ in materia di tutela delle posizioni soggettive facenti capo al detenuto¹⁵¹. Con ciò viene meno la ragione del distinguo delle posizioni soggettive che è alla base del riparto di giurisdizione: «La lesione può riguardare sia un diritto sia un interesse legittimo, senza che ciò comporti una diversificazione della tutela perché entrambi hanno in comune la diretta connessione con il trattamento penitenziario»¹⁵².

Fissato questo punto fermo, le Sezioni Unite ribadiscono che la riserva di giurisdizione riconosciuta dalla Corte costituzionale nel 1999 opera solo in presenza di un atto dell'Amministrazione penitenziaria. Era questo, peraltro, il perimetro predeterminato dalla sent. n. 26/1999, nel cui solco la sentenza delle Sezioni Unite si muove.

Il riferimento alla necessità che la lesione trovi origine in un atto dell'Amministrazione penitenziaria permette di inferire che il sistema di tutela delineato dalla Sezioni Unite risulta articolato secondo due modelli

¹⁴⁹ Un argomento forte per questa delimitazione veniva desunto dal riferimento al trattamento allora espresso nell'art. 69 co. 5 o.p., riferimento da ultimo cancellato nel 2018 proprio dalla riforma introduttiva del rimedio giurisdizionalizzato.

¹⁵⁰ In ciò allineandosi con quanto già sostenuto dalla Consulta nelle sentenze nn. 212/1997 e 26/1999, cit.

¹⁵¹ Circa il tendenziale superamento della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, in punto di risarcibilità del danno da fatto illecito, si veda del resto, nel più generale ambito del diritto civile, la fondamentale sentenza: Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, Com. Fiesole c. Vitali, in *www.dejure.it*.

¹⁵² Così R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, cit., 1365. Cfr. il famoso concordato giurisprudenziale del 1930, su cui R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La Giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato, Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 169 ss.

alternativi: uno giurisdizionalizzato, regolato dagli artt. 14 *ter* e 69 o.p., l'altro, lasciato al reclamo generico di cui all'art. 35 o.p., che si concludeva, e si conclude tuttora, in caso di accoglimento, con una semplice disposizione data all'Amministrazione penitenziaria, di carattere vincolante sì, ma non coercibile, potendosi semmai ravvisare, in caso di mancato adeguamento, l'eventuale configurabilità dei reati di cui agli artt. 328 o 651 c.p. e/o una responsabilità di carattere disciplinare.

La sentenza riconosce infatti implicitamente al reclamo generico di cui all'art. 35 o.p. una valenza residuale, anche se non ne definisce i confini operativi. Ragionando *a contrario* rispetto all'ambito applicativo tracciato per il reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., era stato possibile inferire che esso dovesse trovare applicazione, oltre che in tutti i casi di violazione di interessi di mero fatto, tutte le volte in cui si dovesse valutare la lesione di una qualsiasi situazione giuridica soggettiva, così come ampiamente definita dalla Cassazione, per cui non fosse dato rinvenire uno specifico atto dell'Amministrazione penitenziaria, ovvero ci si muovesse al di fuori del perimetro del trattamento¹⁵³. Portando questo ragionamento alle sue estreme conseguenze, la valenza residuale del reclamo generico appariva in realtà più apparente che reale, nella misura in cui, in assenza di un atto/provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria, vi fosse comunque la violazione di un diritto soggettivo¹⁵⁴.

Questo era certamente il dato più preoccupante della sentenza: mentre in presenza di un atto amministrativo il perimetro delle posizioni giuridiche tutelabili era maggiore, in sua assenza si assisteva ad un pericolosissimo arretramento delle garanzie costituzionali rispetto alla tutela dei diritti¹⁵⁵.

In via di prima approssimazione si può dunque affermare che il riconoscimento di una macro-categoria di posizioni soggettive azionabili, quantomeno allorquando la violazione sia il frutto di un atto amministra-

¹⁵³ Cfr. in argomento: C. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, cit., 153-154.

¹⁵⁴ Cfr. R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, cit., 1362 ss.

¹⁵⁵ Il medesimo problema, del resto, si è posto anche nell'evoluzione storica della giurisdizione amministrativa laddove la tutela legale, originariamente limitata alla sola impugnazione di provvedimenti espressi, ha condotto la giurisprudenza amministrativa all'introduzione, in via pretoria, del giudizio contro il silenzio rifiuto-inadempimento.

tivo dell'Amministrazione penitenziaria, in cui confluiscono sia diritti soggettivi che interessi legittimi, permette di collocare la linea di confine rispetto alla tutelabilità delle posizioni sul crinale delle aspettative di mero fatto¹⁵⁶.

Dopo la sentenza della Sezione Unite il perimetro applicativo del reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., strumento più economico e più agile e celere del reclamo tipico di cui al codice di rito, si consolida ampliando ulteriormente il proprio spettro applicativo ed abbracciando non solo la materia disciplinare e di diritto del lavoro ma anche quella della tutela dei diritti dei detenuti.

A questo riguardo rileva quanto statuito dalla Consulta nella sent. n. 135/2013 che, in un *obiter dictum*, distingue tra lesione dei diritti e «semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione e del funzionamento dell'istituto penitenziario», definendo così la linea di demarcazione tra aspettative di mero fatto, come tali non tutelabili in sede giurisdizionale, e diritti soggettivi azionabili¹⁵⁷. La Corte si è però limitata a questa affermazione di principio senza precisare i criteri utili a distinguere¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Così A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 100-101, il quale sottolinea come cercare di distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi sia in realtà una strada poco produttiva. Cfr. anche ID., *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca della effettività*, in *Giur. merito*, 2006, 23, in cui colloca la soglia del tutelabile tra posizioni soggettive e aspettative di mero fatto.

¹⁵⁷ Cfr. C. cost., n. 135/2013, cit. Cfr. in argomento A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di Sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 13 giugno 2013, 1 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 21. Cfr., per un'esemplificazione di diverse ipotesi a cavallo tra aspettative di mero fatto e diritti soggetti azionabili, F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *Il giudice di Sorveglianza. La giurisprudenza dei Tribunali e dei Magistrati di Sorveglianza*, Milano, 2008, 3-11.

¹⁵⁸ Ciò ha di fatto accreditato tesi meno garantiste che rifiutavano il presidio della tutela di cui all'art. 14 *ter* o.p., prima, e di cui all'art. 35 *bis* o.p., oggi, in materia ad esempio di trasferimenti e allocazione nei circuiti di Alta sicurezza, proprio sulla scorta dell'argomento secondo cui l'Amministrazione con i relativi provvedimenti si starebbe muovendo nel pieno della propria attività discrezionale trattandosi di aspetti meramente organizzativi. Per un puntuale approfondimento degli sviluppi quanto a tutela dei diritti

È questo il sistema delineato rispetto al quale, dieci anni più tardi, si pronuncerà la Corte di Strasburgo nel famoso caso *Torreggiani c. Italia*.

3.8. La tutela multilivello

La dottrina ha recentemente applicato l'espressione «tutela multilivello», utilizzata per definire il composito quadro di tutele offerte ai diritti fondamentali, a livello sovranazionale, anche rispetto al tema specifico dei diritti delle persone detenute: alla tutela c.d. ordinaria, infatti, si è aggiunta non solo quella apprestata dalla Magistratura di Sorveglianza, giudice di legalità della pena in fase esecutiva, ma anche quella più recentemente riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵⁹.

A fronte di questo composito novero di posizioni soggettive facenti capo ai detenuti, l'ordinamento giuridico appresta *in primis* una tutela c.d. ordinaria, cui si affianca la tutela azionabile in via amministrativa per richiedere l'annullamento di un atto ritenuto illegittimo e la tutela riconosciuta, dopo il 2006, dinnanzi al giudice del lavoro nella relativa materia¹⁶⁰. È questo un primo livello di tutela, peraltro particolarmente dispendioso sia dal punto di vista economico che dei tempi processuali rispetto ad una materia che dovrebbe invece avere nella solerzia della risposta una delle sue cifre distintive. Può forse essere questa la ragione, unitamente all'impossibilità di produrre personalmente l'istanza, che giustifica lo scarso numero di procedimenti attivati nelle sedi ordinarie dai detenuti.

A questo primo livello di tutela, che si caratterizza dunque per un'ineffettività di fatto, si è aggiunta quella apprestata grazie al reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. (oggi *ex art.* 35 *bis* o.p.) azionabile avanti la Magistratura di Sorveglianza¹⁶¹.

delle persone detenute in materia di classificazione, mancata classificazione e trasferimento, cfr. *infra* in dettaglio, cap. IV, sez. II, par. 4.8 ss.

¹⁵⁹ Cfr. in argomento F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 2813 ss., il quale sottolinea come l'adesione dell'UE alla Cedu determini un «radicale cambiamento di prospettiva, che vincola direttamente gli ordinamenti interni al rispetto della dignità e dei diritti delle persone, con particolare riguardo per i soggetti che risultano particolarmente a rischio».

¹⁶⁰ Cfr. C. cost., n. 341/2006, cit.

¹⁶¹ Rammentiamo anche l'importante ruolo svolto dal Garante Nazionale delle persone private della libertà personale, istituito con d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014,

A ciò, come anticipato, si è poi più recentemente affiancata anche la tutela derivante dall'applicazione da parte della Corte di Strasburgo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

È proprio in materia di sovraffollamento carcerario, che flagella da tempo le nostre carceri, che la tutela multilivello ha dato buona prova di sé. La carenza di previsioni normative a livello di legge sull'ordinamento penitenziario che definissero gli *standard* minimi legati alla superficie utile da riconoscere al singolo detenuto ha infatti messo fuori questione un possibile intervento della Corte costituzionale in materia¹⁶². Peraltro, siccome le possibili violazioni sono originate dal comportamento dell'Amministrazione penitenziaria, il margine di tutela riconosciuto in capo al detenuto risultava connesso all'astratta possibilità di poter agire *ex art. 14 ter* o.p. per la tutela dei diritti eventualmente lesi dalla lamentata situazione di sovraffollamento¹⁶³. Nel caso specifico particolarmente

poco dopo la condanna dell'Italia nel caso Torreggiani e dalla rete dei Garanti locali. I garanti, che non sono dotati di poteri autoritativi, hanno invece potere ispettivo potendo fare ingresso negli istituti di propria competenza senza autorizzazione (art. 67 o.p.). Essi possono anche svolgere colloqui riservati con i detenuti (art. 18 o.p.) e sono tra i soggetti potenziali destinatari di reclami *ex art. 35* o.p.

¹⁶² L'art. 6 o.p. si limita a prevedere al primo comma che: «I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; areati, riscaldati per il tempo in cui le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia». L'art. 14 o.p. si limita poi a prevedere che il numero dei detenuti debba essere limitato al fine di assicurare l'individualizzazione del trattamento. Il riferimento normativo cui il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria afferma di fare riferimento nella definizione della capienza degli istituti di pena è l'art. 2 co. 2 del D.M. del Ministero della Sanità del 5 luglio 1975, in cui è stabilito che le stanze da letto, se individuali, debbano avere una metratura di almeno 9 m² e contemplare 5 m² in più per ogni ulteriore occupante. La genericità dei riferimenti citati ha portato parte della dottrina a ritenere non immaginabile un intervento additivo della Corte costituzionale in materia. Così A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 148. In argomento, cfr. anche A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1207 ss., ed in particolare 1210-1211, che propone di introdurre una previsione che definisca lo spazio minimo vitale sulla scorta delle indicazioni fornite dal CPT.

¹⁶³ Rammentiamo che solo la formulazione del rimedio preventivo di cui all'art. 35 *bis* o.p., introdotto dopo la sentenza *Torreggiani c. Italia* nel 2013, ha stabilito la possibilità espressa di poter adire il Magistrato di Sorveglianza anche alla presenza di semplici

rilevante, come vedremo, è stato l'intervento della Corte di Strasburgo che, nel condannare l'Italia, riconoscendo come del tutto ineffettive le tutele al tempo previste, ha imposto al nostro paese di predisporre validi rimedi preventivi e compensativi.

Sulla carta, dunque, la tutela apprestata poteva apparire esaustiva. Se valutata però con il prisma dell'effettività, essa lasciava molto a desiderare. In particolare la tutela apprestata dal Magistrato di Sorveglianza scontava purtroppo un'evidente carenza sul versante dell'esecutività: pur avendo la Corte costituzionale a più riprese affermato che le disposizioni impartite dal Magistrato di Sorveglianza per eliminare eventuali violazioni di diritti hanno valenza di vere e proprie prescrizioni o ordini e non di mere sollecitazioni, venendo dunque ad assumere un valore cogente e vincolante nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria¹⁶⁴, esse permanevano sprovviste della valenza di titolo esecutivo¹⁶⁵. Di fronte ad un'ipotetica inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, dunque, il detenuto, pur essendosi vista riconoscere una lesione di un proprio diritto da parte del Magistrato di Sorveglianza, non avrebbe ricevuto adeguata tutela né preventiva né successiva all'accertamento della lesione stessa¹⁶⁶.

comportamenti, non necessariamente integranti un atto amministrativo in senso proprio. La giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità precedente aveva invece sempre fatto riferimento al concetto formale di violazioni derivanti da atti amministrativi. Solo alcune coraggiose ordinanze della giurisprudenza di merito avevano, sulla scorta della precettività immediata della norma costituzionale di cui all'art. 27 co. 3 prima parte Cost. e degli obblighi convenzionali, non solo accertato la violazione ma anche ordinato all'Amministrazione penitenziaria di attivarsi per eliminare qualsiasi possibile situazione in conflitto con la previsione costituzionale. Così Pres. Trib. Sorv. Napoli, Ord. 20 aprile 2010, inedita, citata da A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 258 ss.

¹⁶⁴ Cfr. C. cost., 8 ottobre 2009, n. 266, in *Giur. cost.*, 2009, 3766. Conforme successivamente anche C. cost., n. 135/2013, cit. Su entrambe le sentenze, cfr. *infra*, sez. II, par. 3.14.1 b).

¹⁶⁵ La dottrina si era lungamente interrogata sulla possibilità di far eseguire coattivamente gli ordini imposti ex art. 69 co. 5 o.p. dal Magistrato di Sorveglianza in caso di inerzia dell'Amministrazione penitenziaria. Cfr. F. FIORENTIN, L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali delle persone detenute fra giurisprudenza costituzionale e disciplina europea*, in *Riv. pen.*, 2010, 3, 237.

¹⁶⁶ Per un approfondimento, cfr. *infra*, par. 3.12.

3.9. *Il contributo della Corte di Strasburgo nella tutela dei diritti dei detenuti*

È in questo contesto normativo che si innestano le numerose sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Nell'ultimo decennio la Corte si è infatti occupata svariate volte della compatibilità del nostro sistema penitenziario con i principi fissati dalla Cedu, sia per quanto concerne il riconoscimento di determinati diritti, soprattutto nei regimi detentivi speciali, sia sotto il profilo della tutela giurisdizionale degli stessi.

Necessario punto di partenza, che ci permette di capire il percorso evolutivo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è l'analisi dell'art. 5 Cedu che garantisce ad ogni persona il diritto alla libertà e alla sicurezza, prevedendo però delle ipotesi tassative nelle quali è ammessa la privazione della libertà, purché attuata nei modi e nei casi indicati dalla stessa Convenzione¹⁶⁷. Se, in presenza dei presupposti di legge, la

¹⁶⁷ L'art. 5 Cedu dispone: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; b) se è in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge; c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso; d) se si tratta della detenzione regolare di un minore, decisa per sorvegliare la sua educazione, o di sua legale detenzione al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; e) se si tratta della detenzione regolare di una persona per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcoolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; f) se si tratta dell'arresto o della detenzione legali di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione d'extradizione. 2. Ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico. 3. Ogni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria. La scarcerazione può essere subordinata ad una garanzia che assicuri la comparizione della persona all'udienza. 4. Ogni persona privata della libertà mediante

privazione della libertà dell'individuo non è dunque di per sé illegittima, il trattamento al quale è sottoposto il detenuto potrebbe ciononostante concretamente essere in contrasto con i principi della Cedu. I diritti più facilmente esposti a violazione in tema di restrizione della libertà sono certamente il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti (art. 3) e il diritto al rispetto della vita privata (art. 8).

Al di là dei maltrattamenti fisici e psichici, che possono concretizzare la violazione dell'art. 3 Cedu, l'area coperta da tale principio si è progressivamente espansa grazie alla giurisprudenza della Corte degli ultimi anni: essa ha ritenuto di sussumere sotto l'area di operatività del divieto del trattamento inumano o degradante tutte quelle ipotesi in cui le condizioni di fatto della detenzione, pur non consistendo in maltrattamenti fisici o psichici volontariamente inflitti, appaiono comunque lesive della dignità umana dei detenuti e ciò anche se la Cedu non prevede norme espresse sul punto¹⁶⁸. Fin dal caso *Soering c. Regno Unito* la Corte di Strasburgo ha affermato la possibilità di valutare *par ricochet* (di riflesso, in maniera indiretta) la loro conformità alla Convenzione ed in particolare all'art. 3¹⁶⁹. Perché le condizioni di detenzione siano considerate in violazione dell'art. 3 Cedu, esse debbono eccedere l'afflittività connaturale a qualsiasi forma di privazione della

arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale. 5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione».

¹⁶⁸ Cfr. *in primis* Corte eur. dir. Uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, in www.hudoc.echr.coe.int, in cui la Corte di Strasburgo non si limita ad ampliare l'ambito di operatività del divieto di trattamenti inumani o degradanti anche alle modalità esecutive della pena, ma ribadisce il contenuto positivo dell'obbligo che il principio espresso all'art. 3 Cedu porta con sé, che nel caso di specie si rivolge nell'imposizione all'Amministrazione penitenziaria che sovraintende all'esecuzione della pena di assumere tutte le misure utili per salvaguardare la dignità della persona detenuta e di assicurarsi che le modalità di esecuzione della pena non sottopongano il detenuto ad un'afflittività maggiore di quella insita nella detenzione. Cfr., in argomento, A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti disumani e degradanti*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in Onore di E. Dolcini*, vol. II, cit., 783 ss.

¹⁶⁹ Cfr.: Corte, eur. dir. Uomo, Grande Camera, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, in www.hudoc.echr.coe.int.

libertà personale. All'interno di questa macro-categoria rientrano tutte le violazioni legate a situazioni di carattere oggettivo quali il sovraffollamento¹⁷⁰, le carenti situazioni igienico-sanitarie, la mancanza di areazione o illuminazione, temperature eccessivamente alte o basse etc.¹⁷¹, ma anche aspetti diversi quali la sottoposizione a particolari regimi e

¹⁷⁰ Mette bene in evidenza come il sovraffollamento sia esso stesso un problema di legalità della pena e come la stessa lotta agli automatismi in materia cautelare, così come la già citata sent. n. 32/2014, abbiano una rilevante ricaduta deflattiva, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 40. Di tutta evidenza, infatti, come il sovraffollamento precluda qualsiasi positiva realizzazione di un trattamento rieducativo; ID., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1211 ss., il quale sottolinea come il problema abbia una rilevanza costituzionale ed una serie di ricadute deleterie, tra cui mette in evidenza: la scissione tra la dimensione deontica della pena (il suo fine rieducativo) e la sua dimensione ontica (il divieto di trattamenti inumani), un *vulnus* ai diritti fondamentali, «una pena disumana e degradante quale pena ulteriore e aggiuntiva a quella inflitta dal giudice, dunque priva di base legale e di titolo esecutivo in deroga all'art. 25 comma 2 Cost.», una violazione strutturale e sistemica dell'art. 3 Cedu. Più in generale ad essere vulnerato è lo stesso principio della dignità personale, il tutto con il riflesso ulteriore di una perdita di credibilità internazionale del nostro Paese. Così anche A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 236-237; S. ALEO, *Stato sociale e risocializzazione*, in ID. (a cura di), *Lavoro e inclusione sociale dei condannati. Un'esperienza a Catania*, Padova, 2014, 216. Parla di «metastasi istituzionale» A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1260. È questa, peraltro, l'indicazione che si trae dalla giurisprudenza di Strasburgo laddove si afferma a più riprese che sussiste violazione dell'art. 3 Cedu tutte le volte in cui i detenuti siano sottoposti ad un livello di sofferenza e dunque di afflittività maggiore rispetto a quello già inerente lo stato detentivo. Così, ad esempio, Corte eur. dir. Uomo, *Torreggiani c. Italia*, cit.; Corte eur. dir. Uomo, *Kudla c. Polonia*, cit.

¹⁷¹ Rientrano nella macro-area di violazioni afferenti le condizioni di detenzione anche quelle legate al profilo dell'incompatibilità delle condizioni di salute del soggetto ristretto con le normali condizioni detentive. Emblematici il caso *Scoppola c. Italia n. 1*, 10 giugno 2008, ric. n. 50550/06, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1290 ss. Per un commento: S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 389 ss.; e il caso *Contrada c. Italia n. 2*, 11 febbraio 2014, ric. n. 7509/08. Per un commento: V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 Cedu*, in <https://archivio.dpc.dirittopenaleuomo.org>, 4 novembre 2014.

circuiti (art. 41 *bis* co. 2 o.p., E.I.V., AS, isolamento¹⁷²) ed il carattere stesso della durata della pena¹⁷³.

Come noto, l'art. 3 Cedu accorda un diritto assoluto, che non patisce deroghe né in caso di guerra, né in caso di pericolo pubblico per la nazione (art. 15 Cedu), né in caso di fenomeni di terrorismo o di associazione a delinquere¹⁷⁴.

Dalla previsione scaturiscono obblighi negativi di astensione e, ciò che più rileva, anche obblighi positivi di protezione a fronte di condotte lesive dell'art. 3 Cedu, tanto se provenienti da privati quanto se poste in essere da rappresentanti del potere statale, come accade nel caso dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei soggetti ristretti. Da questo punto di vista, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, l'art. 3 della Cedu implica un obbligo di *facere* positivo in capo all'Amministrazione penitenziaria che si traduce nella necessità di predisporre condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, in cui salute e benessere del detenuto siano assicurati compatibilmente con le esigenze pratiche della detenzione, obbligo questo che si accompagna alla necessità di non infliggere una sofferenza superiore a quella inevitabilmente connessa alla privazione della libertà¹⁷⁵.

Nello specifico, a venire in oggetto non è il divieto di tortura, che pure è contemplato nella norma, ma quello di trattamenti disumani o degradanti. Tratti caratterizzanti la tortura sono infatti, oltre alla rilevante gravità della sofferenza imposta, che sfocia normalmente in una lesione fisica o psichica grave, lo scopo specifico cui l'uso della violenza o della

¹⁷² Per una panoramica delle sentenze più rilevanti in argomento, cfr. E. NICOSIA, *Cedu e ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 749 ss.; ID., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, cit., 3 ss.

¹⁷³ Si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali ed i diversi commenti citati in materia di ergastolo ostativo al cap. II, par. 2.5.2, in particolare nt. 162, per quanto riguarda la sentenza della Corte EDU *Viola c. Italia*, cit., e nt. 170 e 171 per quanto riguarda C. cost., n. 97/2021, cit.

¹⁷⁴ Cfr., in argomento, A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 1, 194 ss.

¹⁷⁵ Cfr. *infra*, Corte eur. dir. Uomo, *Suleimanovic c. Italia*, cit.

minaccia è rivolta e la volontarietà della condotta¹⁷⁶. Nei trattamenti degradanti vengono in oggetto, invece, elementi di natura emotiva (si tratta per lo più di condotte umilianti¹⁷⁷), mentre nei trattamenti inumani la sofferenza può essere sia fisica che psicologica e deve comunque attingere la soglia della particolare intensità. In questi due ultimi casi però, come chiarito, non è richiesta la prova del dolo.

Con riferimento al tema del sovraffollamento carcerario, la Corte di Strasburgo si riferisce di norma cumulativamente al concetto di «trattamento disumano o degradante», senza prendere una posizione, anche se appare di tutta evidenza che l'ipotesi andrebbe più correttamente attratta nel concetto di trattamento degradante, ma non può certo escludersi che particolari situazioni di sovraffollamento carcerario particolarmente gravi possano dare luogo anche ad un trattamento che possa essere definito inumano¹⁷⁸. Ciò è tanto vero che, come vedremo, la posizione della

¹⁷⁶ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, Corte eur. dir. Uomo, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, n. 25803/94, entrambe in www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁷⁷ Nella misura in cui il maltrattamento, pur non comportando una lesione corporale o un'intensa sofferenza fisica o mentale, umilia il soggetto ristretto ledendo la sua dignità, facendo insorgere sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità, esso può certamente integrare il profilo del trattamento degradante. Così si legge nella sentenza *Muršić c. Croazia*, 12 marzo 2015, ric. n. 7334/13, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 22 ss., su cui *infra* in dettaglio. Il tratto caratteristico del trattamento degradante non è il grado di sofferenza inflitta, che accomuna e distingue la tortura e il trattamento disumano, quanto l'umiliazione o lo svilimento arrecati nella vittima. La definizione più completa di cosa debba intendersi per trattamento degradante è contenuta nella sentenza Corte eur. dir. Uomo, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, ric. n. 54810/00, in www.hudoc.echr.coe.int, in cui leggiamo che le condizioni detentive, per essere considerate degradanti, debbono produrre nelle persone detenute «sensazioni di paura, tormento e inferiorità capaci di umiliare e denigrare e possibilmente spezzare la loro resistenza psichica e fisica» o «essere tali da condurre la vittima ad agire contro la propria volontà o la propria coscienza».

¹⁷⁸ Cfr. in argomento A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, cit., 1263 ss., che sostiene la possibile integrazione del reato di cui all'art. 572 c.p., argomentando dallo stato di soggezione del detenuto cui corrisponde una posizione di garanzia in capo all'Amministrazione penitenziaria (un vero e proprio obbligo di protezione ci sembra) che rende le omissioni causalmente rilevanti rispetto al disconoscimento della dignità della persona condotte penalmente rilevanti. Né sembra che la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere – assicurare la punizione del condannato – sia qui invocabile, ove si rifletta sul fatto che l'interesse facente capo allo Stato di vedere eseguite le sen-

Corte di Strasburgo è consolidata nel richiedere, anche per il caso del sovraffollamento, una soglia minima di gravità, che va apprezzata, caso per caso, sulla base di circostanze oggettive, quali la durata e la gravità del trattamento e di circostanze soggettive relative a qualità proprie della vittima (età, sesso, condizioni psicologiche etc.)¹⁷⁹.

3.9.1. *Il problema del sovraffollamento carcerario in Italia*

Con riferimento al nostro Paese¹⁸⁰, la Corte di Strasburgo si è espressa una prima volta in tema di sovraffollamento nel 2009 condannando l'Italia nella nota sentenza *Sulejmanovic*¹⁸¹. Il caso riguardava un uomo bosniaco, *Izet Sulejmanovic*, detenuto nel carcere romano di Rebibbia che, all'epoca dei fatti, nel 2003, ospitava un numero di detenuti assai superiore a quello regolamentare¹⁸². Il ricorrente lamentava come, durante il primo periodo di detenzione, fosse stato costretto a dividere una cella di 16 m² con altri cinque detenuti, avendo così a disposizione uno spazio personale di appena 2,70 m², in ciò consustanzandosi una lesione

tenze di condanna non può comportare un sacrificio dei diritti del detenuto che vada oltre la soglia minima definita dal concetto di umanità della pena fungendo esso, come già *supra* chiarito, da limite oltre il quale risulterebbe violata la dignità stessa della persona.

¹⁷⁹ Così già Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, *Jalloh c. Germany*, cit.

¹⁸⁰ Per una puntuale ricostruzione della situazione del sovraffollamento nelle carceri italiane comparata a quella registrata in altri paesi a livello europeo, cfr. l'esautivo saggio di A. ALBANO, F. PICOZZI, *Il sovraffollamento carcerario: un concetto solo apparentemente assiomatico*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, 183 ss.; F. PICOZZI, *Le origini della crisi*, *ivi*, 41 ss.

¹⁸¹ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, *Sulejmanovic c. Italia*, cit. Per un commento, oltre a quello di L. Eusebi, già citato in nt. 1 del presente capitolo, M. BORTOLATO; *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Quest. giust.*, 2009, 111 ss.; N. ANGELINI, *Detenzione e divieto di tortura*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1, 89 ss.; B. CRISTIANA, *Il sovraffollamento carcerario italiano alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso Sulejmanovic*, in *Antigone*, 2009, 301 ss.; N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4928 ss.

¹⁸² A fronte di una capienza "tollerabile" di 1.271 detenuti, fissata da un decreto del Ministro della Giustizia del 6 settembre 1990, i detenuti presenti oscillavano tra 1.456 e 1.660.

dell'integrità fisica e psichica tale da configurare un trattamento inumano e degradante.

La Corte, a maggioranza (cinque voti contro due), ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu con riferimento al primo periodo di detenzione del ricorrente. In particolare ha sottolineato che l'articolo in questione impone a tutti gli Stati di garantire una detenzione rispettosa della dignità umana senza procurare sofferenze ulteriori rispetto a quelle già connesse alla privazione della libertà personale, in particolare affermando che lo Stato deve assicurarsi che

le modalità di esecuzione della misura non sottopongono l'interessato ad un disagio o ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente la detenzione e che, tenuto conto della reclusione, la salute ed il benessere del detenuto siano adeguatamente assicurate.

La Corte, cristallizzando un principio di diritto, cui si è poi costantemente attenuta fino al più recente caso *Muršić c. Croazia* del 2016¹⁸³, ha ritenuto che, in caso di detenzione in uno spazio individuale inferiore a 3 m², come era nel caso di specie, scattasse una presunzione assoluta di violazione dell'art. 3 Cedu, che non ammette dunque prova contraria¹⁸⁴. Qualora il detenuto disponga di uno spazio compreso tra i 3 e i 4 m², la Corte europea non ha ritenuto il criterio spaziale sufficiente e ha individuato invece dei criteri ulteriori, che devono essere valutati congiuntamente per stabilire se sussiste o meno una violazione della dignità: in particolare assumono rilevanza le caratteristiche del luogo di detenzione, come l'areazione, l'illuminazione, le condizioni igieniche, le condizioni

¹⁸³ Cfr. *infra*, sez. II, par. 3.17 in dettaglio.

¹⁸⁴ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, *Muršić c. Croazia*, 12 marzo 2015, cit.; Corte eur. dir. Uomo, Grande camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13, in <https://archivioldpc.diritto penaleuomo.org>, 13 novembre 2016, su cui *infra* in dettaglio. Interessante l'opinione dissenziente del giudice italiano Vladimiro Zagrebelsky, che si fonda sul supposto fraintendimento della maggioranza dei giudici della Corte rispetto al valore da conferire alle indicazioni fornite dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, che individuerrebbero secondo quest'ultimo un livello auspicabile e non un livello minimo di tutela, senza contare che il solo parametro spaziale sembra non essere esaustivo, dovendosi necessariamente prendere in considerazione anche altri aspetti, valorizzandosi un approccio multifattoriale, che verrà infine prediletto nella successiva sentenza *Muršić c. Croazia*.

climatiche, ecc. In questo specifico caso, dunque, la violazione dell'art. 3 Cedu si considera integrata solo in presenza di condizioni degradanti ulteriori, come ad esempio la mancanza di areazione o luce¹⁸⁵.

Quattro anni dopo la condanna nel caso *Sulejmanovic*, con sentenza pilota della Corte EDU del 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha condannato nuovamente l'Italia, questa volta all'unanimità, accertando la violazione dell'art. 3 Cedu a danno di sette ricorrenti, ristretti nei penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza, contestualmente ingiungendo allo Stato italiano di introdurre entro il termine di un anno dal passaggio in giudicato «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte»¹⁸⁶. In particolare, precisa la Corte, tale rimedio deve essere idoneo non solo a riparare *ex post* le conseguenze della violazione – in particolare garantendo un risarcimento pecuniario – ma anche a porre fine alla violazione e a migliorare le condizioni generali della detenzione. «Perché un sistema sia effettivo, i rimedi preventivi e compensatori debbono coesistere in maniera complementare».

Questa pronuncia sembra essere l'epilogo scontato di una situazione patologica di sovraffollamento che affonda le proprie radici in tempi or-

¹⁸⁵ Così si era espressa la Corte eur. dir. Uomo, 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*, ric. n. 62936/00, in www.echr.coe.int.

¹⁸⁶ Corte eur. dir. Uomo, *Torreggiani c. Italia*, cit., con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 9 gennaio 2013; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 3, 261 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, cit., 48 ss.; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica dir.*, 2013, 4, 441 ss.; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2013, 6, 4549 ss.; A. DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Corr. Merito*, 2013, 7, 701 ss.; L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium iuris*, 2013, 12, 1329 ss.; G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, cit., 237 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 11 ss.

mai remoti¹⁸⁷ e che ha certamente avuto il merito di richiamare almeno l'attenzione dell'opinione pubblica su una realtà troppe volte volutamente negletta.

La Corte utilizza lo strumento dell'arresto pilota: lo Stato, infatti, ai sensi dell'art. 46 Cedu, viene condannato a dare esecuzione alla sentenza e a rimuovere le condizioni che, nel caso concreto, fondano la violazione di cui all'art. 3 Cedu. Con ciò la Corte intende tutelare indirettamente anche tutti gli altri soggetti che si trovano nella medesima situazione dei sette ricorrenti, in ciò esplicitamente dando attuazione anche al principio di sussidiarietà che dovrebbe sempre guidare l'operato della Corte di Strasburgo, sollecitando lo Stato a trovare una soluzione interna ai numerosi casi di violazione legati al sovraffollamento. La Corte ha inoltre optato per l'applicazione dell'art. 41 Cedu e ha sospeso tutti i ricorsi pendenti a Strasburgo (circa 3.600!), dando allo Stato un anno di tempo per adottare le misure utili a risolvere il sovraffollamento, da un lato, e a predisporre adeguati strumenti di tutela delle ragioni preventive e risarcitorie dei detenuti, dall'altro¹⁸⁸.

La sentenza è estremamente interessante, dunque, non solo in quanto ribadisce concetti che già erano stati puntualmente espressi dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Sulejmanovic* del 2009, ma perché, andando ben oltre rispetto a questo primo arresto, mette in evidenza come il problema del sovraffollamento sia divenuto sistemico e strutturale. In particolare la Corte alsaziana non si esime dal fornire qualche importante

¹⁸⁷ Anche i provvedimenti di amnistia e indulto non sono mai risultati risolutivi. Ci sono voluti infatti solo pochi anni perché i numeri si riportassero sulle cifre precedenti l'ultimo provvedimento di indulto, adottato con l. n. 241/2006, il diciottesimo nella storia della Repubblica italiana. Esso disponeva il condono di 3 anni di pena detentiva per i reati commessi prima del 2 maggio 2006, salvo le eccezioni previste legate a gravi titoli di reato tra cui i reati di terrorismo (compresa l'associazione eversiva), strage, banda armata, schiavitù, prostituzione minorile, pedo-pornografia, tratta di persone, violenza sessuale, sequestro, riciclaggio, produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti, usura ed i reati di mafia, ad eccezione dell'art. 116 *ter* c.p.

¹⁸⁸ Spetta al Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa *ex art.* 46 co. 2 valutare la congruità delle soluzioni adottate dallo Stato a fronte di un arresto pilota. È ciò che è avvenuto, a più riprese, con una serie di valutazioni parziali intervenute durante il 2014, fino alla definitiva decisione assunta l'8 marzo 2016 con cui il Comitato dei Ministri ha favorevolmente valutato l'operato dello Stato italiano, archiviando definitivamente l'*affaire* Torreggiani. Per un approfondimento della decisione, cfr. *infra* in dettaglio.

indicazione in questo senso, richiamando anzitutto le raccomandazioni Rec(99)22 e Rec(2006)13 del Comitato dei Ministri che invitano gli Stati, ed in particolare pubblici ministeri e giudici, ad implementare il più possibile il ricorso alle misure alternative alla detenzione e a valorizzare il principio dell'*extrema ratio* della sanzione detentiva, riducendo al tempo stesso l'applicazione delle misure cautelari in carcere.

Nello specifico, dunque, la Corte europea ingiunge all'Italia di agire su tre diversi fronti: non solo di risolvere il problema del sovraffollamento, ma di predisporre altresì uno strumento preventivo di tutela ed un rimedio compensativo per la tutela risarcitoria conseguente alle citate violazioni, che siano dotati del crisma dell'effettività.

Particolarmente interessanti le due eccezioni sollevate dal Governo italiano per sostenere l'irricevibilità del ricorso.

La prima è fondata sull'asserita assenza della qualifica di vittima in capo ai ricorrenti che sarebbero stati tutti scarcerati o trasferiti in altre celle dopo l'invio dei ricorsi¹⁸⁹. La Corte disattende detta impostazione sottolineando come la qualifica di vittima permanga invece in capo ai ricorrenti, in quanto un provvedimento di favore – come può essere in effetti il trasferimento in una cella più spaziosa – non può dirsi di per sé esaustivo delle pretese dei ricorrenti in quanto, da un lato, non comporta un'ammissione di responsabilità da parte dell'Amministrazione rispetto alla violazione contestata né, dall'altro, si risolve in un adeguato ristoro per il danno sofferto, con ciò di fatto giungendo ad affermare che la qualifica di "vittima" permane fintanto che il soggetto non sia stato adeguatamente risarcito per il danno sofferto.

Con riferimento specifico al rimedio preventivo, il governo italiano ha sollevato una seconda eccezione di irricevibilità del ricorso dinanzi alla Corte EDU, ai sensi dell'art. 35 Cedu, il quale non consente di rivolgersi alla Corte prima di aver esperito tutti i rimedi interni: tale eccezione trova giustificazione, secondo il Governo, proprio nel fatto che i detenuti, pur avendo a disposizione un rimedio per la tutela dei propri diritti *ex*

¹⁸⁹ L'art. 34 Cedu stabilisce che: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

artt. 35 e 69 o.p., non lo abbiano esperito, rivolgendosi direttamente alla Corte EDU.

La Corte ha però recisamente respinto l'eccezione, precisando che l'art. 35 Cedu deve essere letto nel senso che il mancato esaurimento dei rimedi interni preclude l'accesso alla Corte solo quando tali rimedi siano effettivi, idonei a riparare la violazione e siano facilmente accessibili¹⁹⁰, mentre i rimedi preventivi previsti dall'ordinamento penitenziario italiano agli artt. 35 e 69 risultano inadeguati, ineffettivi e non facilmente accessibili.

A suffragio della propria tesi la Corte rammenta che uno dei sette istanti fosse ricorso al Magistrato di Sorveglianza facendo valere le proprie ragioni con lo strumento del reclamo generico di cui all'art. 35 o.p. ed avesse ottenuto da parte del Magistrato competente una declaratoria favorevole che riconosceva la sussistenza di una lesione del diritto alla propria dignità. Il provvedimento di fatto era però rimasto ineseguito in quanto il reclamo generico si consustanzia in un procedimento di natura amministrativa, assunto *de plano* dal Magistrato di Sorveglianza, che si traduce in una mera sollecitazione all'Amministrazione penitenziaria a rimuovere le cause della violazione, cui non è collegata alcuna valenza di titolo esecutivo. Ne consegue che, ove l'Amministrazione penitenziaria rimanga inerte di fronte alla sollecitazione del Magistrato di Sorveglianza, come è accaduto nel caso di specie, il detenuto rimane privo di effettiva tutela perché manca l'esecuzione coattiva del provvedimento.

Oltre alla vicenda specifica, la Corte sottolinea anche come sia la stessa situazione di endemico sovraffollamento a rendere di fatto ineffettivi i rimedi interni: anche volendo porre rimedio, l'Amministrazione penitenziaria potrebbe trovarsi nella oggettiva impossibilità ad essa non imputabile, di adempiere correttamente.

¹⁹⁰ In particolare il signor Ghisoni, a fronte del proprio reclamo proposto nelle forme dell'art. 35 o.p., si era visto riconoscere le proprie ragioni dal Magistrato di Sorveglianza di Reggio Emilia. All'inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, prolungatasi per più di 6 mesi, era stato infine posto rimedio con l'adozione di un provvedimento di trasferimento del Ghisoni in altra cella da condividere con un solo altro detenuto. Il Governo, in sede di controdeduzioni, specifica che sarebbe stato onere del ricorrente rivolgersi alle non meglio identificate "autorità giudiziarie" competenti per l'esecuzione coattiva del provvedimento.

Sul versante dei rimedi risarcitori, la Corte puntualmente rileva come l'ordinamento italiano non riconosca alcuna tutela effettiva e, a suffragio dell'affermazione, cita un'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Lecce che, unica nel panorama italiano, aveva riconosciuto al detenuto un risarcimento per il danno esistenziale derivante dalle condizioni di vita disumane o degradanti connesse alla contingente situazione di sovraffollamento carcerario¹⁹¹. Tale rimedio, sulla cui legittimità si potrebbe lungamente discutere, non viene giustamente considerato effettivo, anche perchè si è trattato di una decisione isolata che non ha avuto alcun seguito. La Corte stessa rammenta, infatti, alcune successive e significative pronunce di segno opposto¹⁹².

3.10. *La sollecita presa di posizione della Cassazione quanto alla competenza a riconoscere un risarcimento per condizioni detentive disumane o degradanti*

Pochi giorni dopo la pesante condanna dell'Italia a Strasburgo, la Suprema Corte di Cassazione si è espressa escludendo la competenza risarcitoria del Magistrato di Sorveglianza¹⁹³. In particolare si è ritenuto che

¹⁹¹ Cfr. Mag. Sorv. Lecce, Ord. 9 giugno 2011, n. 17, in *Cass. pen.*, 2012, 1, 249 ss., con nota di A. MARI, *La tutela dei diritti dei detenuti*, *ivi*, 259 ss.; V. FANCHIOTTI, *Glocalizing Prisoners' Rights: dalla California alla Puglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 118 ss. Cfr. anche la successiva ordinanza del medesimo magistrato, 8 febbraio 2012, n. 24, inedita, che ha riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità nascente dalla violazione dell'art. 27 co. 3 Cost nella parte in cui fa riferimento al divieto di pene consistenti in trattamenti disumani. Per un breve commento, cfr. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, *cit.*, 255 ss. In precedenza, cfr. Mag. Sorv. Cuneo, Ord. 12 gennaio 2010, in *Quest. giust.*, 2010, 2, 184 ss., con nota di C. RENOLDI, *I diritti del detenuto tra amministrazione penitenza e magistratura di sorveglianza*.

¹⁹² Cfr. Mag. Sorv. Vercelli, Ord. 18 aprile 2012, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 18 aprile 2012, con nota redazionale di F. Viganò. Per un ulteriore commento, cfr. anche G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 1216 ss.

¹⁹³ Cass. pen., 15 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 18 gennaio 2013, con commento di F. VIGANÒ, *La Cassazione sul risarcimento da lesione dei diritti dei detenuti: un importante seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU*; L. CESARIS, *Prassi giudiziarie e sovraffollamento*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 1, 161 ss. Cfr. anche F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraff-*

né il riferimento di cui all'art. 69 co. 5 o.p. né quello di cui all'art. 35 o.p. potessero legittimare una competenza siffatta: l'art. 69 co. 5 o.p. attribuisce al Magistrato di Sorveglianza solo il potere di impartire «disposizioni dirette a eliminare» eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati, in funzione dunque squisitamente preventiva di ulteriori violazioni e non già riparatoria; l'art. 35 o.p., che disciplina il c.d. reclamo generico, prevede appunto la possibilità che detenuti o internati possano «rivolgere istanze o reclami» al Magistrato di Sorveglianza. Entrambe le disposizioni non sembrano dunque poter essere forzate nel dato letterale fino a comprendere una domanda di risarcimento del danno contro un soggetto – l'Amministrazione penitenziaria – che nemmeno è parte del procedimento. Mancava pertanto una norma che riconoscesse espressamente alla Magistratura di Sorveglianza la competenza a decidere sul risarcimento da riconoscersi al detenuto, che veniva implicitamente riconosciuta al giudice ordinario civile¹⁹⁴. La conclusione risultava vieppiù rafforzata anche dalla nota sentenza delle Sezioni Unite civili del 2008¹⁹⁵, che ha riconosciuto la generale risarcibilità delle lesioni dei diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti, tra i quali non può non essere compreso il diritto di cui agli artt. 27 co. 3 Cost. e 3 Cedu.

3.11. *La messa in mora dell'Italia*

Nel momento in cui l'Italia viene condannata a Strasburgo, pendevano dinnanzi alla Corte europea, come precisato, più di 3.600 ricorsi relativi alle condizioni di sovraffollamento delle carceri italiane che era-

ffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza), in Cass. pen., 2013, 6, 2264 ss.; F. FIORENTIN, En attendant Godot, ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 2, 973 ss.

¹⁹⁴ Peralto erano state sparute le richieste di tutela aquiliana in materia di trattamento disumano durante l'esecuzione della pena.

¹⁹⁵ Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 38 con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*.

no stati sospesi in attesa che venissero adottati gli idonei provvedimenti richiesti. Non stupisce allora che l'unico messaggio inviato nel duplice mandato del Presidente Napolitano alle Camere sia relativo al tema del sovraffollamento carcerario. Nella nota, il Presidente non si limita a ricordare che adempiere a quanto imposto al nostro Paese dalla Corte di Strasburgo è «un imperativo morale» e un «obbligo costituzionale» derivante dal combinato disposto degli artt. 117 co. 1 Cost. e 3 Cedu, nonché dagli artt. 2 e 27 co. 3 Cost., ma rammenta che è altresì un «atto politicamente necessario», per ristabilire l'immagine del nostro Paese in ambito internazionale, e quanto mai opportuno da un punto di vista economico, visto che l'inadempimento avrebbe comportato la revoca della sospensione dei ricorsi pendenti e verosimilmente la proposizione di un numero indefinito di ulteriori analoghi ricorsi¹⁹⁶.

Il periodo successivo alla condanna Torreggiani è stato pertanto gravido di aspettative: trattandosi di un arresto pilota, vi era la necessità di un intervento di respiro generale teso a risolvere il fenomeno del sovraffollamento carcerario nel nostro Paese.

3.12. La valorizzazione del dettato dell'art. 69 co. 5 o.p. ed i profili di ineffettività della tutela apprestata dal c.d. reclamo atipico

Alla luce del panorama desolante su cui la sentenza Torreggiani ha avuto l'indubbio merito di aver richiamato l'attenzione, l'interprete è stato sollecitato a confrontarsi nel tentativo di rinvenire possibili soluzioni, in attesa che il legislatore, seguendo il monito proveniente da Strasburgo, si producesse in una importante opera di riforma.

Una prima strada, purtroppo parziale, lo anticipiamo subito, è stata certamente quella di valorizzare adeguatamente il dettato di cui all'art. 69 co. 5 o.p. La norma dispone che il Magistrato di Sorveglianza «im-

¹⁹⁶ Basta rammentare che se l'Italia aveva dovuto pagare al sig. *Sulejmanovic* un'indennità pari ad un migliaio di euro, nel caso Torreggiani i ricorrenti si erano visti riconoscere cifre ben più elevate, oscillanti tra i 10.000 e i 20.000 euro a seconda della durata del pregiudizio sofferto. Stigmatizza l'opzione adottata a Strasburgo, in quanto il regolamento della Corte europea disciplina la sospensione come mera possibilità, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1221.

partisce, inoltre [nel corso del trattamento]¹⁹⁷, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati».

Fondamentale in quest'ottica è la sentenza della Corte costituzionale n. 266 del 2009¹⁹⁸. Nello specifico i reclamanti avevano chiesto al Magistrato di Sorveglianza di Nuoro di decidere rispetto alla loro permanenza nel circuito detentivo definito E.I.V. (ad Elevato Indice di Vigilanza), istituito con circolare del DAP n. 3479/5929 del 9 luglio 1998 e destinato alla custodia dei detenuti di «particolare pericolosità soggettiva», adducendo i motivi per una loro c.d. «declassificazione».

Il giudice remittente solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 14 *ter* e 71 o.p., con riferimento agli artt. 3, 24 co. 1, 27 co. 3, 97 co. 1, 111 co. 1 e 2, e 113 Cost., «ed ai principi generali sulla giurisdizione», ritenendo che il reclamo di cui all'art. 35 o.p., pur deciso con la procedura di cui all'art. 14 *ter* o.p., possa non assicurare al reclamante e all'Amministrazione penitenziaria la tutela giurisdizionale prevista dall'art. 113 co. 1 Cost. Quest'ultima, infatti, si identifica con il «giusto processo» di cui all'art. 111 co. 1 e 2 Cost., che si caratterizza *in primis* per un contraddittorio svolto dalle parti in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. A questo riguardo, secondo la prospettazione del giudice *a quo*, il procedimento di reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., oltre a non assicurare la terzietà del giudice ed il contraddittorio tra le parti (con particolare riguardo alla partecipazione, non necessaria, dell'Amministrazione penitenziaria), non avrebbe garantito un'effettiva tutela dei diritti dei detenuti ove l'Amministrazione penitenziaria non si fosse uniformata a quanto statuito nell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza¹⁹⁹. L'ordinanza del Magistrato di Sorveglian-

¹⁹⁷ L'inciso, come già chiarito, è stato soppresso dall'art. 3, co. 1, lett. i), n. 1) del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10. Cfr., *supra*, par. 3.6, nt. 127.

¹⁹⁸ Cfr. C. cost., n. 266/2006, cit., con nota di C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, cit., 95 ss. e di A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 95 ss.

¹⁹⁹ Mette bene in evidenza i limiti del reclamo atipico sul versante delle garanzie riconosciute G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, cit., 1226 ss. Volendo brevemente riassumere, dunque, gli argomenti addotti a suffragio del dubbio di legittimità costituzionale della norma denunciata, erano i seguenti: a) gli artt. 14 *ter* e 71 o.p. non prevedono che l'Ammi-

za avrebbe infatti la medesima efficacia di una segnalazione e il diritto del detenuto rimarrebbe dunque sprovvisto di adeguata tutela.

Ad ulteriore suffragio della propria tesi, il giudice *a quo* sostiene che la sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 2006 – dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 6 lett. a) o.p. nella parte in cui si applicava anche in materia di controversie di lavoro – avrebbe messo definitivamente in crisi il modello di «integrazione interpretativa» delineato dalle Sezioni Unite nella sentenza Gianni del 2003: sarebbe cioè stato revocato in dubbio che

tutto quel che attiene al trattamento penitenziario, in ossequio al principio della funzione rieducativa della pena, sia sempre e comunque demandato alla cognizione della Magistratura di Sorveglianza, indipendentemente dalla natura dei diritti e degli interessi coinvolti ed a prescindere dagli strumenti processuali disponibili.

nistrazione sia parte nel procedimento, potendo soltanto presentare memorie, mentre il reclamante può presentare memorie e partecipare al procedimento col ministero del difensore; b) la posizione del Magistrato di Sorveglianza – organo preposto a vigilare sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e pena e ad impartire le disposizioni necessarie ad eliminare le violazioni dei diritti dei detenuti – è tale da far dubitare che egli «possa essere giudice terzo quando sia chiamato a decidere della legittimità dell'agire dell'Amministrazione penitenziaria e della sussistenza, in concreto, di lesioni delle posizioni soggettive di singoli detenuti derivanti da atti della stessa Amministrazione», sicché, «visto l'attuale assetto normativo in materia penitenziaria, il rischio potrebbe essere quello che il Magistrato di Sorveglianza possa essere, nella specifica ipotesi, giudice di se stesso»; c) eventuali provvedimenti del detto Magistrato, ancorché assunti con la procedura di cui agli artt. 14 *ter* e 71 o.p., non avrebbero carattere vincolante per l'Amministrazione penitenziaria e sarebbero privi di effettività, «dovendosi escludere che l'atto amministrativo illegittimo possa essere annullato con provvedimento del giudice ordinario, in assenza di espressa previsione normativa (art. 113, terzo comma, Cost.), oppure che il Magistrato di Sorveglianza, in caso d'inerzia, possa nominare un commissario *ad acta*, mentre anche l'eventuale disapplicazione dell'atto illegittimo sarebbe destinata a restare priva di efficacia, in quanto tutto il trattamento del detenuto si svolge attraverso atti dell'Amministrazione penitenziaria»; d) con riferimento all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per le ragioni esposte deve ritenersi che l'assetto normativo vigente non garantisca al reclamante e all'Amministrazione penitenziaria la possibilità di rivolgersi ad un giudice terzo, il quale, attraverso un giusto processo svolto in contraddittorio tra le parti, «assuma una decisione che della giurisdizione non abbia solo il nome e la forma ma anche la sostanza e la forza vincolante».

La questione viene però dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale²⁰⁰.

Con riferimento specifico a quanto il Magistrato di Nuoro inferisce dalla sentenza n. 341/2006, la Consulta afferma come lo stesso sia caduto in un errore interpretativo in quanto essa non incide sulla competenza generale riconosciuta alla Magistratura di Sorveglianza in materia di tutela dei diritti dei detenuti, intendendo riconoscere alle persone detenute per le controversie in diritto del lavoro parità di condizioni quanto al procedimento relativo²⁰¹.

Per quanto attiene al presunto carattere non vincolante dei provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza, la Corte ritiene che ciò configga con quanto previsto all'art. 69 comma 5 o.p. ove si prevede che il Magistrato di Sorveglianza «impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati». A questo riguardo la Consulta afferma perentoriamente che

²⁰⁰ *In primis* la Consulta individua nell'oggetto della questione portata all'attenzione del Magistrato di Sorveglianza – la declassificazione rispetto ad un regime comportante un più restrittivo trattamento penitenziario – situazioni giuridiche cui va riconosciuta la consistenza di diritti soggettivi. E a questo proposito richiama la fondamentale pronuncia n. 212/1997 ove si è affermato che «poiché nell'ordinamento, secondo il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al Magistrato di Sorveglianza che l'ordinamento appresta a tale scopo». La Corte costituzionale articola, inoltre, la propria decisione di inammissibilità stigmatizzando l'assenza di un *petitum* specifico nell'ordinanza di remissione ed il fatto che, dubitando dell'intero assetto delineato all'esito dell'articolato percorso giurisprudenziale richiamato (C. cost., n. 26/1999; Sez. Un. Gianni del 2003), il giudice *a quo* chiede alla Consulta una sentenza additiva che esula dalle "rime obbligate", rifrangendosi in ultima istanza in valutazioni spettanti al legislatore. Nello specifico, poi, la Corte costituzionale rileva come il remittente abbia omesso di procedere ad un'interpretazione costituzionalmente conforme: da un lato, infatti, la posizione dell'Amministrazione penitenziaria potrebbe essere adeguatamente rappresentata dal p.m., dall'altro esistono gli istituti della riacquiescenza e dell'astensione e la non terzietà del Magistrato di Sorveglianza va dunque valutata caso per caso.

²⁰¹ La Consulta infatti chiarisce come in occasione della sentenza n. 341/2006, cit., il procedimento *ex art. 14 ter* o.p. fu considerato, se riferito alle controversie in materia di lavoro «inidoneo ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa».

la parola “disposizioni”, nel contesto in cui è inserita, non significa segnalazioni (tanto più che questa modalità d’intervento forma oggetto di apposita previsione nel primo comma dell’art. 69), ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l’Amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue.

In questo importante *obiter dictum* la Corte ha dunque affermato la giustiziabilità delle pretese legate all’illegittima sottoposizione ad un circuito penitenziario e, soprattutto, la natura necessariamente vincolante della pronuncia del Magistrato di Sorveglianza che tale illegittimità riconosca²⁰².

Rimangono però ancora da decifrare i meccanismi operativi attraverso i quali realizzare un adeguamento dell’attività dell’Amministrazione penitenziaria agli effetti giuridici prodotti dal provvedimento giudiziario, ovviamente nell’ipotesi in cui essa non si conformi ai contenuti della pronuncia giudiziale.

Non scioglie il dubbio neppure la successiva sentenza n. 135/2013, relativa ad un conflitto di attribuzioni tra Magistratura (di Sorveglianza) e Governo, nelle persone del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro di Giustizia, in cui si torna ad affermare il principio per cui «l’Amministrazione penitenziaria non può rifiutarsi di ottemperare ad una decisione del Magistrato di Sorveglianza, che abbia rivelato in via definitiva la lesione di un diritto del detenuto»²⁰³. La Consulta è lapidaria nel sostenere che al carattere giurisdizionale del procedimento corrisponde la vincolatività della prescrizione adottata dal Magistrato:

Le decisioni del Magistrato di Sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui

²⁰² È questa l’affermazione più rilevante della sentenza, come mettono ben in evidenza A. MARCHESELLI, *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca della effettività*, cit., 21 ss.; C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella “lunga marcia” verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, cit., 3779 ss.

²⁰³ Cfr. C. cost. n. 135/2013, cit. Per un commento, cfr. A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di Sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, cit.; M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2084, C. FIORIO, *Poteri dell’Amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, ivi, 2092 ss.

all'art. 14 *ter* o.p., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre autorità²⁰⁴.

Una volta affermata la vincolatività delle disposizioni assunte dal Magistrato, però, la tutela del diritto del detenuto non può ancora considerarsi effettiva. A fronte dell'inattività dell'Amministrazione penitenziaria, infatti, essa non potrebbe dirsi piena. Tornando al caso oggetto della sentenza n. 266/2009, ad esempio, a valle di un'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza che avesse affermato l'illegittimità dell'applicazione del regime di E.I.V., a fronte dell'inazione dell'Amministrazione penitenziaria, il detenuto avrebbe continuato ad esservi sottoposto: il sistema apprestato dal procedimento di cui agli artt. 14 *ter* e 69 co. 5 o.p. rimaneva cioè sprovvisto di strumenti che ne garantissero l'esecuzione in forma coattiva in caso di inerzia da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

Con specifico riferimento alla procedura di cui al reclamo atipico, infatti, controverso è sempre stato il contenuto di tale provvedimento, che astrattamente avrebbe potuto atteggiarsi in maniera diversa garantendo una tutela di diversa intensità²⁰⁵.

²⁰⁴ Nel caso di specie, il Magistrato di Sorveglianza di Roma, con ordinanza del 9 maggio 2011, aveva ordinato all'Amministrazione penitenziaria (Casa circondariale Rebibbia di Roma) il ripristino della possibilità per un detenuto – sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* o.p. – di assistere ai programmi trasmessi dalle emittenti televisive «Rai Sport» e «Rai Storia», in quanto il relativo «oscuramento» aveva leso il diritto soggettivo all'informazione del detenuto medesimo. Nel rimarcare la vincolatività per l'Amministrazione penitenziaria delle disposizioni adottate dalla Magistratura di Sorveglianza, la Corte conclude ritenendo che il Ministro della Giustizia non sia libero di non dare esecuzione all'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Roma. «Nel caso di specie, infatti, non viene in rilievo una doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione penitenziaria, ma la lesione del diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost., che il giudice competente ha ritenuto ingiustificatamente compresso da un provvedimento limitativo dell'Amministrazione penitenziaria. L'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.».

²⁰⁵ In argomento cfr. D. NOTARO, cit., 48 ss.; A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, cit., 1276 ss. ed in particolare nt. 93; A. MARCHESELLI, *Miti e paradossi della*

Secondo una prima tesi, la portata dell'ordinanza si limitava ad accertare la violazione commessa. In tal caso, la tutela sarebbe stata assai tenue, dal momento che il riconoscimento della illegittimità/illiceità della lesione prodotta sulla situazione giuridica soggettiva non si sarebbe accompagnata ad alcuna statuizione impositiva nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria affinché la stessa rimuovesse gli effetti pregiudizievoli della sua condotta.

Secondo un diverso approccio, invece, il reclamo avrebbe assunto natura impugnatoria con facoltà per il Magistrato di Sorveglianza di annullare l'atto eventualmente illegittimo²⁰⁶. Questo approccio è stato radicalmente contestato da quella parte della dottrina che riteneva mancasse un valido riferimento normativo cui ancorare detta proposta²⁰⁷. Per parte nostra osserviamo che tale impostazione non appare comunque risolutiva non foss'altro perché trascura di considerare che la lesione del diritto può anche non dipendere da un atto illegittimo, ma da un mero comportamento (anche omissivo) dell'Amministrazione.

tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca della effettività, cit., 21 ss.; F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 2834 ss.

²⁰⁶ Sostiene il potere di annullamento dell'atto amministrativo lesivo di interessi legittimi, sulla scorta dell'asserita giurisdizione esclusiva della Magistratura di Sorveglianza nella tutela di quello che viene definito «l'unico interesse alla rieducazione» Mag. Sorv. Lecce, Ord. 17 settembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 2800 ss., con nota di F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit. *Contra* Mag. Sorv. Lecce, Ord. 9 febbraio 2012, Roi, inedita, in cui viene sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 co. 5 o.p. per supposta violazione dell'art. 3 Cost., per l'asserita discriminazione della condizione dei detenuti rispetto al cittadino libero che vanta interessi legittimi di fronte alla Pubblica Amministrazione, constatata l'impossibilità alla luce della previsione di cui all'art. 69 co. 5 o.p. di sostenere un potere di annullamento in capo al Magistrato di Sorveglianza.

²⁰⁷ Sottolineava come, *de iure condito*, il diritto vivente fosse recisamente contrario alla tesi della facoltà di annullamento, anche alla luce delle scarse tutele apprestate con riferimento al contraddittorio dal procedimento di reclamo di cui all'art. 14 *ter* o.p. allora applicabile F. FIORENTIN, *op. ult. cit.*, 2835. Argomentando dalla giurisdizione esclusiva del Magistrato di Sorveglianza in materia di diritti, ritiene che, nel caso di interesse oppositivo del detenuto, lo stesso possa annullare l'atto illegittimo dell'Amministrazione penitenziaria, C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, cit., 3779 ss.

Il terzo modello è quello che riconosce all'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza valenza non solo di accertamento ma anche di condanna dell'Amministrazione penitenziaria, cui consegue la possibilità di agire in esecuzione in caso di sua inerzia. Questa soluzione peraltro appariva preclusa, oltre che dal tenore letterale delle previsioni, dalla difficoltà ad immaginare una condanna coattiva ad un *facere* nei confronti dell'Amministrazione pubblica.

Ancora diverso sembra il modello che rinvia all'adozione di provvedimenti di natura ordinatoria, diretti a prescrivere alla parte soccombente un dato comportamento, attivo od omissivo. È questo il modello accolto dal citato comma 5 dell'art. 69 o.p., che attribuisce al Magistrato di Sorveglianza il potere di impartire disposizioni rivolte ad impedire la violazione dei diritti dei detenuti da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Ed a questa prospettiva accede la sentenza n. 266 del 2009 laddove afferma la necessaria vincolatività della pronuncia del Magistrato di Sorveglianza quale corollario del principio della effettività della tutela giurisdizionale.

Nei fatti accadeva che all'accertamento della lesione discendente da un atto dell'Amministrazione penitenziaria conseguisse la disapplicazione del provvedimento da parte del magistrato. Nel caso di lesioni discendenti da scelte organizzative dell'Amministrazione penitenziaria piuttosto che da situazioni o stati di fatto, la tutela si arrestava invece al mero accertamento della lesione dei diritti dei detenuti. Stando così le cose, in caso di inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, la tutela accordata rischiava di rimanere lettera morta.

Se la sentenza in esame rappresenta certamente una tappa importante sul versante dell'affermazione della vincolatività del provvedimento giudiziale, essa tuttavia non chiarisce il passaggio successivo: quello delle concrete modalità dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale nell'ipotesi in cui la relativa statuizione rimanga inadempita²⁰⁸. In altri termini: cosa succedeva se l'Amministrazione penitenziaria non avesse ottemperato alla decisione del giudice?

Anche così come valorizzata dall'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, l'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 69 co. 5 o.p. non

²⁰⁸ Cfr. in argomento anche A. MARCHESELLI, *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e realpolitik*, cit., 43.

pare suscettibile di esecuzione forzata: manca una norma di legge che riconosca la natura di titolo esecutivo all'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza. Ed infatti vincolatività non significa ottemperabilità del provvedimento²⁰⁹.

A ben vedere, il problema in esame accomuna i tre modelli cui si è prima fatto cenno. Anche nel caso in cui il reclamo si configuri, in concreto, come un giudizio sull'atto, resterebbe da affrontare il problema di quali meccanismi attivare ove, rimossa la situazione lesiva da un punto di vista formale attraverso la caducazione (*rectius*: disapplicazione) del provvedimento ritenuto illegittimo, l'Amministrazione non provvedesse ad uniformare alla nuova condizione giuridica quella materiale: e cioè, per rimanere all'esempio già prospettato, mantenesse il detenuto in una sezione destinata ad accogliere coloro che sono classificati come ad «elevato indice di vigilanza», continuando altresì ad applicargli il medesimo «regime penitenziario» previsto per questi ultimi.

Al riguardo, apparivano astrattamente ipotizzabili tre differenti strumenti giuridici, peraltro non sempre agevolmente attivabili.

Due strumenti rientrano nell'ambito di misure meramente dissuasive, senza peraltro avere alcuna diretta efficacia protettiva rispetto all'interesse leso. Il primo di essi è costituito dalla richiesta di iniziative disciplinari nei confronti degli organi dell'Amministrazione penitenziaria che non abbiano rispettato il *dictum* giudiziale, reiterando la condotta di *facere* o protraendo quella di *non facere* già dichiarate illegittime. È peraltro evidente come un tale rimedio sconti un insuperabile limite di effettività nel caso in cui l'inerzia sia riferibile ad organi di vertice dell'Amministrazione penitenziaria, rispetto ai quali l'iniziativa disciplinare non è chiaramente esperibile o è comunque destinata a rimanere inefficace. Il secondo strumento è quello della dissuasione affidata alla sanzione penale, in particolare quella prevista dagli artt. 328 e 650 c.p. Da ultimo

²⁰⁹ In argomento: A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, cit., 1282 ss.; F. FIORENTIN, *Importante passo avanti nella ricerca di effettività della tutela dei diritti negati alle persone detenute*, in *Guida dir.*, 2013, 31, 44 ss.; A. MARCHESELLI, *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca della effettività*, cit., 21 ss.; C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, cit., 3779 ss.; C.L. VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 23 marzo 2013.

si suggeriva, sulla falsariga di quanto previsto dal processo amministrativo, di prevedere un c.d. giudizio di ottemperanza, quale meccanismo diretto a sostituire l'Amministrazione nei casi di sua inerzia, con la nomina di un commissario *ad acta*²¹⁰.

3.13. La proposta del rinvio dell'esecuzione della pena

Una parte della dottrina non aveva mancato di sottolineare che, anche allorquando i rimedi apprestati avessero avuto non solo valore cogente, ma anche valenza di titolo esecutivo – cosa che, come abbiamo chiarito, non era prima della pronuncia Torreggiani – la situazione sarebbe comunque apparsa materialmente irrisolvibile proprio nello specifico caso del sovraffollamento carcerario, risolvendosi in ultima istanza qualsiasi soluzione assunta dalla singola Amministrazione penitenziaria, al di fuori di un disegno complessivo di risoluzione generale del problema, in un “gioco delle 3 carte”. In questo caso, dunque, si era ritenuto che l'unica soluzione percorribile, anche sulla scorta di esperienze analoghe intraprese sia a livello europeo che nello Stato della California, fosse quella della sospensione o del differimento dell'esecuzione della pena.

Parte della dottrina aveva quindi suggerito di valorizzare il dettato di cui all'art. 69 co. 5 o.p. Più nello specifico la proposta individuava un meccanismo per cui il Magistrato di Sorveglianza, in luogo del p.m., su richiesta del detenuto o *ex officio*, avrebbe potuto imporre all'Amministrazione penitenziaria di non procedere all'assegnazione di nuovi detenuti ad una certa struttura di pena, se non previa uscita di altri. Un sistema che è stato definito non a caso “a semaforo verde”²¹¹.

²¹⁰ Anche quest'ultima soluzione, che come vedremo verrà fatta propria dal legislatore, al di là delle concrete difficoltà di pratica implementazione, è però talvolta preclusa già astrattamente: oltre al caso in cui non vi siano concreti provvedimenti da assumere, si pensi alle attività che si cristallizzano nel c.d. programma di trattamento, che presuppongono un'osservazione prolungata e il dispiegarsi di una serie di valutazioni collegiali che risulterebbe difficile surrogare.

²¹¹ Cfr. A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, cit., 1281, in cui sostiene che, una volta appurati il superamento del numero massimo di capienza e le condizioni disumane di vita per i detenuti, il Magistrato di Sorveglianza possa ordinare all'Amministrazione

Altra dottrina, nella medesima direzione, ha suggerito l'applicazione del differimento pena in chiave settoriale per il tramite della norma del codice di rito di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p.²¹². La proposta, per il vero suggestiva, era di fatto tesa a valorizzare l'istituto in chiave squisitamente deflattiva: imponendo cioè la sospensione dell'ordine di esecuzione tutte le volte in cui il tasso di sovraffollamento avesse raggiunto un certo limite soglia²¹³.

penitenziaria di non procedere all'assegnazione di ulteriori detenuti. In argomento, cfr. anche T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 902 ss.; L. GOISIS, *Corte costituzionale e "overcrowding" penitenziario*, in *Studium iuris*, 2014, 9, 994 ss.

²¹² È il meccanismo processuale che, fin dal 1998, prevede che il p.m., al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, debba emettere l'ordine di esecuzione e contestualmente sospenderlo per 30 giorni, termine entro il quale il difensore può presentare istanza di accesso alle misure alternative dalla libertà, sempre che la condanna sia contenuta entro un certo limite di pena (dapprima 3 anni, oggi 4 anni, salvo che si tratti di condannati tossicodipendenti per cui il limite di pena è fissato in anni 6).

²¹³ Così F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "antiovercrowding"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 1009. L'idea era stata già avanzata da G. PALOMBARINI, C. RENOLDI, *Una consapevole provocazione: pena detentiva e numero chiuso*, in *Quest. giust.*, 2006, 926 ss. Conforme, concordando sul sistema del c.d. semaforo verde, anche A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 45. Rammentiamo da ultimo, sempre in una prospettiva *de iure condendo*, la proposta della Commissione mista per i problemi della Magistratura di Sorveglianza (novembre 2012) che aveva prospettato uno sdoppiamento di rimedi, che prevedesse una tutela preventiva da riservare alla competenza della stessa Magistratura di Sorveglianza, permanendo la tutela risarcitoria da esperirsi dinnanzi al giudice ordinario civile. Quanto al rimedio preventivo, con specifico riferimento al problema del sovraffollamento carcerario, esso avrebbe trovato un valido fondamento normativo sempre nell'art. 69 co. 5 o.p., cui, nella proposta avanzata, si sarebbe dovuta aggiungere una disciplina che consentisse l'esecuzione anche coattiva della decisione assunta dal Magistrato di Sorveglianza. La relazione ed il relativo articolato sono pubblicati nel numero monografico dei *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, 2013. In prospettiva *de iure condendo* rammentiamo anche la posizione di chi aveva suggerito il potenziamento di meccanismi premiali, tra cui la liberazione anticipata, quale possibile risposta al sovraffollamento. In questo senso, G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss. È questa la direzione in cui si è mosso il legislatore che ha introdotto la c.d. liberazione anticipata speciale, di durata biennale, che ha portato lo sconto di pena per la positiva partecipazione all'opera di rieducazione dagli ordinari 45 giorni a semestre a 75

Proprio in questa direzione, assume importanza una storica sentenza della Corte costituzionale tedesca del 22 febbraio 2011²¹⁴, che pone un obbligo a carico dello Stato di rinunciare immediatamente all'esecuzione della pena nel caso di detenzioni non rispettose della dignità umana. La *ratio* di fondo di questa decisione riflette la gerarchia di valori costituzionali in gioco: all'esigenza di sicurezza è anteposta la tutela della dignità umana²¹⁵. La Corte costituzionale tedesca, in ciò riprendendo quanto già in precedenza affermato dal BGH, è giunta, seppur in un *obiter dictum*, a formulare un obbligo dello Stato di rinunciare all'esecuzione immediata della pena nel caso di detenzioni non rispettose della dignità umana, cui corrisponde un correlativo diritto del detenuto di richiedere alle autorità l'interruzione ovvero il rinvio dell'esecuzione della condanna (cfr. art. 455 StPO).

Altrettanto interessante la soluzione adottata qualche anno prima dalla Corte federale americana che aveva imposto l'8 aprile 2009 al Governatore della California, considerato da sempre lo Stato dell'Unione con il primato quanto a sovraffollamento carcerario, di adottare entro 45 giorni un piano idoneo a ridurre la presenza di detenuti nelle carceri di almeno

giorni, oltre alla possibilità di concessione provvisoria della detenzione domiciliare ed il c.d. affidamento in prova allargato di cui all'art. 47 co. 3 *bis* o.p., in cui il limite di pena per l'accesso è stato fissato a 4 anni di pena, anche residua.

²¹⁴ Cfr. BGH, 22 febbraio 2011, 1 BvR 409/09, in www.altrodiritto.unifi.it, con nota di F. D'ANIELLO, *La dignità umana e gli spazi di detenzione. La sentenza 1 BvR 409/09 - 22/2/2011 del Tribunale costituzionale federale tedesco*. Per una puntuale ricostruzione delle principali pronunce della Corte federale e della Corte costituzionale tedesca, cfr. P. PASSAGLIA (a cura di), *Il sovraffollamento carcerario*, 2014, in www.cortecostituzionale.it, in particolare la parte dedicata alla Germania, cui si rinvia per i molteplici riferimenti giurisprudenziali.

²¹⁵ Una nutrita giurisprudenza in tema di dignità umana e condizioni detentive del BGH e del BvG in precedenza aveva già stabilito un principio generale secondo cui non era possibile definire aprioristicamente un criterio generale ed astratto di valutazione quanto alla compatibilità tra situazione detentiva e dignità umana: occorreva invece valutare, volta per volta, il caso concreto. Cfr. gli approfonditi studi ricostruttivi che danno conto del tema del sovraffollamento nel panorama europeo: A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli, 2018; A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, cit., *passim*.

46.000 persone entro due anni²¹⁶. Gli istituti di pena della California avevano infatti raggiunto nel 2006-2007 l'orlo del collasso, segnando punte massime del 190% di tasso di sovraffollamento, e ciò soprattutto quale conseguenza dell'adozione della politica del *three strikes and you're out*²¹⁷. I giudici avevano quindi ravvisato una violazione dell'VIII emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, che vieta il ricorso a pene crudeli e disumane. La decisione è stata successivamente confermata il 23 maggio 2011 da una sentenza della *Supreme Court of the United States*²¹⁸. Il Governatore della California, ottemperando all'ordine della *United District Court of California* dell'8 aprile del 2009, ha pertanto ordinato un vero e proprio svuotamento delle carceri californiane.

In Italia, la stessa giurisprudenza di merito ha fornito in materia un contributo significativo, allorché ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., che disciplina il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena²¹⁹.

²¹⁶ Cfr. *Coleman/Plata v. Schwarzenegger*, 2009 WL 2430820, E.D. Cal., tradotta in lingua italiana in *Quest. giust.*, 2009, 5, 124. Per un commento alla decisione cfr. G. SALVI, *Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico (leggendo Three Judges Court California, 8 aprile 2009)*, *ivi*, 122 ss. Si trattava di una decisione su due *class action* proposte dai detenuti, che lamentavano, in particolare ma non solo, le carenze del sistema di assistenza sanitaria in carcere. Cfr., in argomento, A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, *cit.*, 1259 ss.

²¹⁷ Cfr. in argomento A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 833 ss.

²¹⁸ Si tratta del caso *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910 US Cal. (2011), su cui cfr. G. SALVI, *La Costituzione non permette questo torto: la Corte Suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, in *Quest. giust.*, 2011, 6, 205 ss. Nel novembre del 2012 la California, nell'intento di stabilizzare i buoni risultati raggiunti, ha approvato una riforma della legge dei *three strikes*, prevedendo che il terzo *strike* dovesse essere un crimine grave o violento, assicurandosi negli anni successivi una flessione del 10% di condannati in meno giunti al terzo *strike*. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda, cfr. M. LOMBARDI STOCCHETTI, *Il carcere negli U.S.A. oggi: una fotografia. Il rapporto "prisoners in 2013" dello U.S. Justice Department*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 23 dicembre 2014.

²¹⁹ Cfr. Trib. sorv. Venezia, Ord. 13 febbraio 2013, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 20 febbraio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detenti-*

In particolare il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha ritenuto rilevante e non manifestatamente infondata la questione di costituzionalità di questo articolo, che infatti

non prevede, oltre ai casi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, per violazione degli artt. 27, comma 3, 117, comma 1, nella parte in cui recepisce l'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'Uomo, 2 e 3 della Costituzione.

Ritenendo impraticabile un'interpretazione convenzionalmente orientata, visto il carattere tassativo delle ipotesi di differimento della pena previste dall'art. 147 c.p. (e *a fortiori* dallo stesso art. 146 c.p., relativo alle ipotesi di differimento obbligatorio), il Tribunale di Sorveglianza ha optato per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale nella speranza che la Consulta si producesse in una sentenza additiva.

La questione viene considerata dal Tribunale sia rilevante, in quanto il soggetto ricorrente si trovava ristretto in uno spazio inferiore ai 3 m², con presunzione di violazione dell'art. 3 Cedu, sia non manifestamente

va; Cfr. anche: F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "antiovercrowding"*, cit., 997 ss., ed in particolare 1007, il quale si esprime in maniera critica rispetto alla questione di legittimità sollevata, prefigurando una declaratoria di inammissibilità e sottolineando come le ipotesi di cui all'art. 147 c.p. siano relative alla persona del condannato, mentre la situazione di sovraffollamento è una condizione oggettiva relativa all'ambiente penitenziario ed evidenziando infine come un eventuale accoglimento della questione avrebbe comportato il rischio di un'applicazione sperequativa; G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 428 ss.; R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 424 ss.; A. GARGANI, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, 572 ss. A poca distanza il Tribunale di Sorveglianza di Milano sollevava, in data 12 marzo 2013, la medesima questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 147 c.p. Le argomentazioni sono le medesime. Cfr.: Trib. sorv. Milano, ord. 12 marzo 2013, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 28 marzo 2013, con nota di A. DELLA BELLA, *Sollevata ancora una questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*. Cfr. anche F. FIORENTIN, *Il rischio è un'applicazione a macchia di leopardo con modalità non uniformi su tutti i soggetti detenuti*, in *Guida dir.*, 2013, 13, 25 ss.

infondata in relazione non solo ai parametri “interni” rappresentati dagli artt. 2 e 3 (sotto il profilo della violazione della dignità umana e sociale del detenuto) e dall’art. 27 co. 3 Cost. (sotto il duplice profilo del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e del finalismo rieducativo della pena), ma anche – e soprattutto – al dovere di rispetto degli obblighi internazionali discendente dall’art. 117 co. 1 Cost., e segnatamente degli obblighi imposti a carico dell’ordinamento italiano dalla sentenza *Torreggiani c. Italia* più volte citata, che vincola il nostro paese a dotarsi dei rimedi idonei a prevenire o far cessare le violazioni dell’art. 3 Cedu, oltre che ad assicurare adeguato ristoro pecuniario per le avvenute violazioni.

Si tratta, come ha scritto autorevole dottrina, di un

tentativo di individuare in via pretoria un rimedio effettivo contro la violazione del diritto fondamentale del detenuto a un trattamento penitenziario umano e non degradante, secondo le indicazioni fissate dalla Corte europea nella sentenza *Torreggiani*²²⁰.

Non è un caso che si sia scelto di guardare al rinvio facoltativo, che attribuisce al Tribunale di Sorveglianza un delicato vaglio discrezionale in cui bilanciare l’interesse alla dignità umana ed esigenze di prevenzione speciale, anche negativa, visto che i soggetti interessati dal provvedimento potrebbero anche essere particolarmente pericolosi²²¹. La strada

²²⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell’esecuzione della pena detentiva*, cit.

²²¹ La sussistenza dei presupposti per l’applicazione del rinvio facoltativo apre alla possibilità per il Tribunale di Sorveglianza di applicare anche d’ufficio la detenzione domiciliare in surroga. La stessa Consulta definisce quest’ultima misura quale «alternativa rispetto al differimento dell’esecuzione della pena», prevista dal legislatore «nella prospettiva di creare uno strumento intermedio e più duttile tra il mantenimento della detenzione in carcere e la piena liberazione del condannato (conseguente al rinvio): permettendo così di tenere conto della eventuale pericolosità sociale residua di quest’ultimo e della connessa necessità di contemperamento delle istanze di tutela del condannato medesimo con quelle di salvaguardia della sicurezza pubblica». Così C. cost., 19 aprile 2019, n. 99, in *www.cortecostituzionale.it*, par. 5.2 che richiama a sua volta l’Ordinanza n. 255/2005. Il legislatore non ha fornito, però, alcuna indicazione su come orientare la scelta, tanto che la Cassazione ha riconosciuto centralità alle caratteristiche del reo ed alle sue condizioni personali e familiari (età, condizioni di salute, esistenza o non di garanzie di affidabilità, pericolosità sociale, etc.) e alla gravità del fatto e della pena da scontare. Cfr. Cass.

individuata dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia risultava, proprio da questo punto di vista, particolarmente lungimirante, in quanto, valutati sussistenti i presupposti di cui all'art. 147 c.p., il Tribunale conserva il potere di imporre, anche d'ufficio, la c.d. detenzione domiciliare in surroga, senza alcun limite di pena, e per un periodo di tempo predeterminato. Ciò avrebbe quindi permesso, da un lato, di contemperare nel miglior modo possibile eventuali esigenze di sicurezza applicando una misura alternativa contenitiva, dall'altro, di rivalutare in un secondo momento la persistenza delle condizioni di sovraffollamento.

La Consulta, con la sentenza n. 279/2013, ha dichiarato la questione inammissibile per assenza delle c.d. "rime obbligate"²²². La risposta al

pen., 28 gennaio 2000, n. 656, Ranieri, in *Cass. pen.*, 2001, 2493; *Cass. pen.*, 30 giugno 1999, n. 4590, Hass, in *www.dejure.it*. Sul punto cfr. anche: PULVIRENTI A. *La "riforma Simeone" tra questioni interpretative e intenti di razionalizzazione*, in *Giust. pen.*, 1999, II, 557 ss. Per uscire dall'*impasse*, la giurisprudenza di legittimità ha tentato più volte di ribadire le diverse finalità perseguite dai due istituti: finalità rieducativa in senso proprio per la detenzione domiciliare in surroga e finalità umanitaria per quanto concerne il rinvio dell'esecuzione. Pertanto, ove si ritenga persistente una certa pericolosità sociale, dovrà essere applicata la detenzione domiciliare in surroga. Cfr., in questo senso, *Cass. pen.*, 19 ottobre 1999, n. 5715, Di Girolamo, in *www.dejure.it*; *Cass. pen.* 14 gennaio 2011, n. 4750, Tinelli, in *Cass. pen.*, 2012, 3, 1112. Cfr., con riferimento specifico all'ipotesi di cui al comma 1, lett. c), *Cass. pen.*, 18 giugno 2008, n. 28555, Graziano, in *www.dejure.it*. Cfr. anche *Cass. pen.*, 12 giugno 2000, n. 4328, Sibio, in *Cass. pen.*, 2001, 3530, in cui, con riferimento alla detenzione domiciliare in surroga nel caso del differimento facoltativo ex art. 147 co. 1 n. 2 c.p., si prevede che «[...] Il giudice può disporla in tutti i casi in cui, malgrado la presenza di gravi condizioni di salute, il condannato sia in grado di partecipare consapevolmente a un processo rieducativo che si attua attraverso i previsti interventi obbligatori del servizio sociale e residui un margine di pericolosità sociale che, nel bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle di difesa sociale, faccia ritenere ancora necessario un minimo controllo da parte dello Stato».

²²² Cfr. C. cost., 22 novembre 2013, n. 279, in <https://archiviopdc.dirittopenaleu-omo.org>, 25 novembre 2013, con nota di G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*; A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, *ivi*, 19 dicembre 2013; M. RUOTOLO, *Quale tutela per un diritto ad un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, *cit.*, 4549 ss.; F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il "rimedio estremo" della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, *ivi*, 4533 ss.; A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale*

problema del sovraffollamento carcerario può essere infatti variamente articolata e la soluzione da adottare, riflesso di una determinata opzione di politica criminale, non può che spettare al legislatore²²³.

E, ciononostante, il monito al legislatore proveniente dalla Consulta suona perentorio allorché definisce l'attuale situazione di sovraffollamento come «intollerabile» e richiama alla sollecita introduzione di misure risolutive²²⁴.

della pena e sovraffollamento carcerario), *ivi*, 4542 ss.; R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale* (sent. n. 279/2013), in *Consulta online*, 2013; A. RUGGERI, *Ancora una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a C. cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.diritticomparati.it, 26 novembre 2013; A. MACCHIA, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri. Ovvero aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 2, 221 ss.

²²³ Sono ancora lontani gli approdi ben più coraggiosi che hanno segnato più recenti pronunce della Consulta, laddove la stessa ha finalmente infranto il muro delle “rime obbligate”. Per tutte, cfr. C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, sulle pene accessorie nella bancarotta fraudolenta, *cit.*, con nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*.

²²⁴ Parte della dottrina non ha mancato di sottolineare come, a prescindere dal messaggio forte indirizzato al legislatore, il passo possa forse apparire «stonato» ove invece una sentenza additiva di principio sarebbe risultata maggiormente incisiva: dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma nella parte omissiva, avrebbe indicato un principio funzionale a guidare il legislatore nell'individuazione di una possibile risposta e il giudice in caso di inerzia del legislatore. Così A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, *cit.*, 11; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?*, *cit.*, 929 e nt. 68. Cfr. anche P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale, Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in www.giurcost.org/studi/CostanzoLanzarote.htm.

CAPITOLO TERZO

RICONOSCIMENTO E TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI

SEZIONE II

GLI ATTUALI RIMEDI PREVENTIVI E COMPENSATIVI

SOMMARIO: 3.14. L'introduzione del rimedio preventivo. 3.14.1. La definizione del perimetro applicativo del rimedio preventivo. 3.14.2. L'estensione del rimedio preventivo giurisdizionalizzato anche agli interessi legittimi. 3.15. Il rimedio compensativo di cui all'art. 35 ter o.p. e la tipologia del ristoro. 3.15.1. La tesi attualista e l'ineffettività del rimedio. 3.15.2. Le numerose altre problematiche esegetiche poste dall'art. 35 ter o.p. 3.16. L'epilogo della vicenda Torreggiani. 3.17. Un problema esegetico ancora irrisolto: il c.d. rinvio mobile e lo spazio minimo vitale.

3.14. L'introduzione del rimedio preventivo

Si sono dovuti attendere 14 anni e la nota sentenza *Torreggiani c. Italia* perché il legislatore rispondesse al monito della sentenza n. 26/1999, disciplinando nel d.lgs. n. 146/2013 una figura di reclamo c.d. giurisdizionalizzato, quella di cui all'art. 35 *bis* o.p., specificamente riferita alle ipotesi di grave e attuale pregiudizio dovuto alla violazione dei diritti dei detenuti¹.

¹ Riportiamo il testo dell'art. 35 *bis* o.p.: «1. Il procedimento relativo al reclamo di cui all'art. 69, comma 6, si svolge ai sensi degli artt. 666 e 678 del c.p.p.. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'art. 666, comma 2, del c.p.p., il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso, oltre che al soggetto che ha proposto reclamo, anche all'amministrazione interessata, a cui è comuni-

In particolare, il reclamo introdotto nel nostro ordinamento si carat-

cato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste. 2. Il reclamo di cui all'art. 69, comma 6, lett. a) è proposto nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento. 3. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'art. 69, comma 6, lett. a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di cui all'art. 69, comma 6, lett. b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice. 4. Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al Tribunale di Sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. 4-bis. La decisione del Tribunale di sorveglianza è ricorribile per Cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. 5. In caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Si osservano le disposizioni di cui agli artt. 666 e 678 del c.p.p. 6. Il magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta: a) ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; c) [se non sussistono ragioni ostative, determina, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno. La statuizione costituisce titolo esecutivo;]; d) nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*. 7. Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. 8. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per Cassazione per violazione di legge». Questa l'attuale formulazione dell'art. 69 co. 6 o.p.: «6. Provvede a norma dell'art. 35 *bis* sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa; nei casi di cui all'art. 39, comma 1, nn. 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati; b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Per un commento, cfr. M. BORTOLATO, *Sub art. 35 bis o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 461 ss.; K. NATALI, *Sub art. 35 bis o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 452 ss. Per un approfondimento, cfr. A. CIAVOLLA, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 125 ss.; G.M. NAPOLI, *La*

terizza per una puntuale declinazione dei presupposti normativi. Il testo dell'art. 69 co. 6 lett. b) o.p. è in questo senso assolutamente chiaro nel prevedere l'applicazione del rimedio giurisdizionalizzato solo in caso di

inosservanza da parte dell'Amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti².

Rispetto a quanto precisato precedentemente in giurisprudenza, è certamente da salutare con favore il riferimento all'ampia nozione di «inosservanza delle disposizioni», che permette di includere tra le violazioni cui consegue una tutela di tipo giurisdizionale non solo gli atti formali dell'Amministrazione penitenziaria, ma anche eventuali inerzie o semplici comportamenti³.

La norma appare, invece, quantomeno distonica ove la si legga alla luce degli approdi maturati in giurisprudenza e delle posizioni espresse in dottrina successivamente alla citata sentenza delle Sezioni Unite Gianni: da un lato, infatti, essa fa riferimento esclusivamente ai «diritti» ed individua due fonti specifiche dei medesimi – la legge sull'ordinamento penitenziario ed il relativo regolamento –, dall'altro limita la tutela ad un pregiudizio che assommi in sé le caratteristiche dell'attualità e della gravità.

I requisiti dell'attualità e della gravità del pregiudizio concorrono a definire il perimetro di operatività del rimedio.

Per quanto concerne l'attualità del pregiudizio, il requisito risulta difficilmente superabile in via di interpretazione della norma, condizionandone la portata applicativa, in particolare escludendo dal perimetro di tutela i c.d. pregiudizi imminenti⁴. Si rinvia al prossimo paragrafo per un approfondimento specifico.

natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili davanti al magistrato di sorveglianza, ivi, 151 ss.

² Si tenga conto che il Magistrato di Sorveglianza può agire anche *ex officio*, incaricando un procedimento *ex art. 35 bis o.p.* all'esito di un colloquio, così come espressamente riconosciutogli dall'art. 678 co. 1 c.p.p.

³ Cfr. E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 218.

⁴ Critico sul punto F. DELLA CASA, *Sub art. 69 o.p.*, ed. 2019, cit., 939.

Rispetto al requisito della gravità, i commentatori sono addivenuti invece o ad un suo sostanziale annichilimento, sostenendo che ogni violazione di un diritto genera un pregiudizio per ciò stesso grave, o ad una lettura fortemente limitativa, per cui esso «non può essere così lieve da degradare ad un mero disagio o fastidio»⁵.

L'introduzione del reclamo giurisdizionalizzato, caratterizzato rispetto al precedente reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p.⁶ da maggiori garanzie sul versante del contraddittorio, e dalla possibilità di procedere al giudizio di ottemperanza a fronte di un'inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, avrebbe dovuto (il condizionale è d'obbligo), nelle intenzioni del legislatore, completare la quadratura del cerchio⁷.

La vera novità del nuovo rimedio preventivo, infatti, è proprio il giudizio di ottemperanza individuato quale meccanismo idoneo ad ottenere l'esecuzione coattiva da parte dell'Amministrazione penitenziaria inerte⁸. Se infatti, come abbiamo visto, la giurisprudenza costituzionale aveva permesso di affermare il valore cogente dell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria, così come nessuno dubitava dell'immediata esecutività del citato provvedimento, a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione penitenziaria è oggi possibile, ma solo quando il provvedimento non sia più soggetto ad impugnazione⁹, agire in ottemperanza.

⁵ Così F. DELLA CASA, *op. ult. cit.*, 939-940.

⁶ Sui limiti relativi alle garanzie per le parti nel procedimento *ex art. 14 ter* o.p., cfr. C. RENOLDI, *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'Amministrazione penitenziaria*, cit., 93 ss. Sul versante dell'ineffettività della tutela apprestata, essendo l'ordinanza adottata a fronte del reclamo *ex art. 14 ter* o.p. sprovvista di valenza di titolo esecutivo, cfr., per tutti, M. BORTOLATO, *Sub art. 35 bis o.p.*, ed. 2019, cit., 461 ss. ed in particolare 463. In argomento, cfr. *supra*, par. 3.12.

⁷ Sull'effettività anche di questa tutela è peraltro legittimo interrogarsi, soprattutto alla luce dell'articolazione della procedura che prevede tempi lunghi e poco consoni ad una tutela di tipo preventivo. Cfr. sul tema: A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1218.

⁸ Cfr. in argomento, A. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza: tra discrezionalità amministrativa e principio di effettività*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 289 ss.

⁹ Rammentiamo, infatti, che, in sede di conversione, è stato previsto un secondo grado di giudizio di merito di fronte al Tribunale di Sorveglianza. Il provvedimento è succes-

Più precisamente la norma prevede che, ove il Magistrato decida di accogliere la richiesta, ordini l'ottemperanza definendo tempi e modi di adempimento da parte dell'Amministrazione, dichiarando nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito e nominando, ove necessario, un commissario *ad acta*. Proprio con riferimento a questo profilo la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare, in chiave critica, come la necessità di attendere che il provvedimento del Magistrato non sia più impugnabile comporti fatalmente un allungamento significativo dei tempi della procedura in grado di frustrare l'esigenza di una sollecita tutela preventiva, caratteristica questa compendiate nel carattere dell'effettività della tutela richiesta a Strasburgo¹⁰. A questo aspetto se ne aggiunge un altro, ancora più allarmante: se si pone infatti mente ad esempio al fenomeno del sovraffollamento, consistente in una mera situazione di fatto, anche la nomina del commissario *ad acta*, a fronte di un'eventuale inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, non sembra potere essere sempre risolutiva, pena lo spostamento del problema in capo ad un diverso detenuto. Dati alla mano, inoltre, almeno da quanto si evidenzia nei rilevamenti operati dall'Ufficio del Garante Nazionale, i giudizi di ottemperanza attivati non sempre sono stati più in generale risolutivi ed hanno scontato comunque sempre tempi purtroppo molto lunghi¹¹.

3.14.1. La definizione del perimetro applicativo del rimedio preventivo

a) La posizione della dottrina

Come abbiamo già avuto modo di chiarire, la dottrina si è sempre interrogata sul confine delle posizioni azionabili, per lo più concordando

sivamente ricorribile anche per Cassazione. Esso è dunque immediatamente esecutivo, ma per agire in ottemperanza bisogna attendere la definizione di tutti i gradi di giudizio.

¹⁰ Il concetto di effettività si articola nei criteri di accessibilità, quale possibilità concreta per il singolo di utilizzare lo strumento, e adeguatezza, quale capacità dello strumento di fornire adeguata tutela. Cfr. in tema: A. DE RUBEIS, *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 433 ss.

¹¹ Stigmatizza l'infettività del rimedio A. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza: tra discrezionalità amministrativa e principio di effettività*, cit., 289 ss. e in particolare 317 ss.; S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, cit., 310 ss.

sull'impossibilità di distinguere diritti soggettivi e interessi legittimi e collocando la linea di confine sul crinale delle aspettative di mero fatto¹².

In realtà ci sembra che la questione sia duplice. Una primo profilo attiene alla possibilità o meno di rinvenire in capo ai detenuti posizioni tecnicamente assimilabili agli interessi legittimi. Nonostante il detenuto non debba più essere considerato soggetto passivo dell'Amministrazione penitenziaria, appare infatti di tutta evidenza come la stessa mantenga una posizione di preminenza, sia in quanto la legge le riconosce poteri autoritativi con cui, solo per esigenze di ordine, sicurezza e trattamento, essa può variamente incidere i diritti facenti capo ai detenuti¹³, seppur nei limiti sopra chiariti e che meglio verranno precisati nel successivo capitolo, sia in quanto una parte dei diritti facenti capo ai detenuti necessitano, per il loro esercizio, di un intervento attivo, potremmo dire facilitatore, dell'Amministrazione penitenziaria¹⁴.

Altro è poi interrogarsi se, una volta riconosciuta autonomia alla categoria degli interessi legittimi anche in ambito penitenziario ovvero avendola negata, si possa ritenere che le posizioni citate meritino comunque tutte una tutela di tipo giurisdizionale¹⁵. Su questo secondo punto, che ci sembra quello più rilevante, quantomeno dalla sentenza a Sezioni Unite Gianni, la dottrina sembra concordare nel delineare il confine tra le po-

¹² Per tutti M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., 576. Cfr. *supra*, par. 3.7.1 e 3.14.1 lett. a).

¹³ Si precisa che nella cornice della legge sull'ordinamento penitenziario la posizione di preminenza dell'Amministrazione penitenziaria è di natura formale, derivando dai poteri autoritativi ad essa legislativamente riconosciuti. Così G.M. NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili davanti al magistrato di sorveglianza*, cit., 152.

¹⁴ Cfr. M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., 576, il quale ritiene che l'impossibilità di distinguere tra diritti e interessi legittimi in capo ai detenuti sia fisiologica e discendente dalla peculiare situazione detentiva in cui i detenuti si trovano. Conforme A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, cit., 100-101; Cfr. anche S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 14 aprile 2016, 28 ss. Cfr. il paragrafo seguente.

¹⁵ Ritiene che il termine diritto utilizzato all'art. 69, co. 6, lett. b) o.p. sia da considerarsi quale "concetto riassuntivo" di tutte le prerogative azionabili da parte dei detenuti G.M. NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili davanti al magistrato di sorveglianza*, cit., 164.

sizioni tutelabili, convergenti nella macro-categoria delle posizioni *lato sensu* soggettive (diritti soggettivi ed interessi legittimi), e le aspettative di mero fatto¹⁶. Le posizioni giustiziabili dunque venivano ad essere tutelate con il procedimento di cui all'art. 14 *ter* o.p., mentre le situazioni di mero fatto potevano essere tutelate solo attraverso lo strumento del reclamo generico di cui all'art. 35 o.p.¹⁷.

L'entrata in vigore dell'art. 35 *bis* o.p. non ha mancato di sollevare discussioni a questo riguardo allorché ha previsto all'art. 69 co. 6 lett. b), una dizione normativa esclusivamente riferita ai diritti senza far menzione degli interessi legittimi. La dottrina maggioritaria, anche alla luce della modifica che ha interessato l'art. 69 co. 5 o.p., dal quale sono state espunte le parole «nel corso del trattamento», ha proposto una lettura estensiva della norma, sostenendo da un lato, sulla scorta della sentenza Gianni, che il riferimento ai diritti dovesse intendersi comprensivo anche degli interessi legittimi, e dall'altro che le fonti individuate non dovessero ritenersi tassative, dovendo considerarsi incluse quantomeno la Carta costituzionale e le Convenzioni di rilievo sovranazionale, quando non addirittura la legge ordinaria¹⁸.

¹⁶ Cfr., in questo senso, F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 2810 ss.; A. MARCHESELLI, *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca della effettività*, cit., 21 ss.

¹⁷ Anteriormente all'introduzione dell'art. 35 *bis* o.p., cfr.: C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, cit., 3781; ID., *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'Amministrazione penitenziaria*, cit., 80 ss.

¹⁸ In questo senso A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 138-139, che ha valorizzato la portata generale dei principi introduttivi della legge sull'ordinamento penitenziario; F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 3, 243-245; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 577-578, che, anche alla luce del fatto che il reclamo di cui all'art. 35 *bis* o.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento in risposta a quanto richiesto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Torreggiani, ritiene che «sarebbe inaccettabile che non potessero trovare tutela col reclamo ex art. 35 *bis* ord. penit., proprio i diritti fondamentali [...] o i diritti riconosciuti ad ogni cittadino dalla Cedu o dalla nostra Costituzione». Si esprime in maniera estremamente critica sull'indicazione normativa che limita le fonti dei diritti dei detenuti alla legge sull'ordinamento penitenziario ed al relativo regolamento, F. DELLA CASA, *Sub art. 69 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento*

Secondo la dottrina più accreditata, a cambiare non sarebbe stato l'oggetto della tutela ma solo il procedimento di riferimento, che prima del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10, era il reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., mentre oggi è il reclamo giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* o.p.¹⁹. La riforma, lungi dall'individuare una classificazione delle posizioni giuridiche soggettive facenti capo ai detenuti, si sarebbe limitata a riscrivere le forme procedurali di tutela giurisdizionale, rimodulando i poteri di intervento riconosciuti alla Magistratura di Sorveglianza²⁰, senza incidere, se non marginalmente, sul contenuto dell'art. 35 o.p. Si è trattato di un'occasione mancata per fare maggiore chiarezza con riferimento agli approdi consolidatisi in giurisprudenza, soprattutto rispetto a determinate situazioni che permanevano sprovviste di adeguata tutela giurisdizionale²¹.

Come abbiamo infatti già avuto modo di illustrare nel primo capitolo, troppe volte anche un'infelice formulazione contribuisce a rendere sfumato il confine tra «graziosa concessione e diritto inteso come garanzia»²². Una più precisa tipizzazione delle posizioni soggettive aziona-

penitenziario commentato, ed. 2015, cit., 822. L'Autore, nell'ed. 2019 del Commentario, *Sub art. 69 o.p.*, 938, precisa, d'accordo con la dottrina che si è espressa sul punto, che dalla suddetta clausola non scaturisce alcun effetto delimitativo. Nel senso di estendere la tutela anche ove la fonte sia la Costituzione o la legge ordinaria, cfr. in giurisprudenza: Cass. pen., 8 luglio 2014, n. 38068, Gallico, in *Dir. Giust.*, 17 settembre 2014.

¹⁹ Cfr. F. DELLA CASA, *Sub art. 69 o.p.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 931-932.

²⁰ Il tema dei poteri riconosciuti alla Magistratura di Sorveglianza a fronte del procedimento di reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. è stato, come abbiamo visto, estremamente dibattuto, anche se per lo più si concordava sul fatto che il Magistrato di Sorveglianza non avesse un potere di annullamento dell'atto dell'Amministrazione penitenziaria. Cfr. per tutti: C. RENOLDI, *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'Amministrazione penitenziaria*, cit., 94 ss.

²¹ Gli esempi più macroscopici sono quelli del provvedimento di classificazione e di mancata declassificazione, del trasferimento e dell'eventuale rigetto della richiesta di traduzione in un presidio ospedaliero esterno alla struttura carceraria. La dottrina non ha mancato di sottolineare pregi e difetti di un'opzione di questo tipo, che se da un lato, evitando un'elencazione tassativa, si sottrae al rischio di lacune, dall'altro comporta il pericolo di «una proliferazione incontrollata dei diritti tutelati in via giurisdizionale». Così F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., 244; ID., *Decreto svuotacarceri*, Milano, 2014, 42.

²² Così A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 10.

bili, ossequiosa del principio di determinatezza, è infatti «presupposto necessario a una tutela giurisdizionale effettiva»²³.

b) La posizione della giurisprudenza

Come abbiamo già avuto modo di chiarire nei precedenti paragrafi, la fondamentale sentenza n. 26/1999, prima, e le Sezioni Unite Gianni, poi, hanno contribuito in maniera significativa a definire il perimetro delle posizioni soggettive azionabili, estendendo la portata della tutela sia a diritti non aventi necessariamente fondamento costituzionale sia affermando il superamento in ambito penitenziario del distinguo tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Anche successivamente all'entrata in vigore del rimedio preventivo, la giurisprudenza di legittimità è tornata sul punto nel tentativo di portare nuova linfa a quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 26/1999²⁴.

In un'importante sentenza del 2017, la Cassazione fornisce una definizione di “diritto soggettivo”, quale rinvenibile in taluni arresti precedenti alla riforma. Tale sarebbe, in ambito penitenziario, la situazione giuridica soggettiva caratterizzata dall'aspirazione

²³ Così A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., nt. 170; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 84 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 142. Cfr. anche D. NOTARO, cit., 48, che afferma che «...la capacità del legislatore di regolamentare le condizioni di estrinsecazione della situazione soggettiva si *ripercuote* direttamente sui termini della loro tutelabilità giurisdizionale».

²⁴ Isolata invece la posizione che, sulla scorta della genesi storica del rimedio, ha ritenuto che il reclamo di cui all'art. 35 *bis* o.p. si applicasse solo in caso di pregiudizio ai diritti dei detenuti riconosciuti dall'art. 3 Cedu. Così Cass. pen., 7 aprile 2015, n. 32470, Bindi, in *www.dejure.it*. Non mancano sentenze che ritengono il reclamo di cui all'art. 35 *bis* o.p. applicabile solo in occasione di pregiudizi sofferti dai diritti soggettivi. Così Cass. pen., 12 dicembre 2014, n. 3568, Gambardella; Cass. pen., 24 gennaio 2018, n. 16926, Cammarata, tutte in *www.dejure.it*. La tesi sostenuta in queste sentenze è quella dell'insindacabilità delle decisioni amministrative adottate discrezionalmente per la tutela di esigenze di ordine e sicurezza. Critico rispetto a questa tesi, G.M. NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili davanti al magistrato di sorveglianza*, cit., 159 ss., che pure sottolinea come insindacabile rimanga solo il c.d. merito amministrativo cui corrispondono non a caso solo aspettative di mero fatto, tutelabili esclusivamente *ex art. 35 o.p.*

alla fruizione e godimento di beni della vita che restano insensibili alla restrizione di libertà, in quanto ricollegata funzionalmente a quel residuo di libertà che non può e non deve essere rimesso alla discrezionalità amministrativa espressa dagli organi preposti all'esecuzione della pena,

in cui confluiscono anche «interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti nella Carta fondamentale o in trattati sovranazionali recepiti dallo Stato»²⁵.

Nonostante la lettera dell'art. 69, co. 6, lett. b) o.p. faccia riferimento alla sola «inosservanza da parte dell'Amministrazione penitenziaria di disposizioni previste dalla medesima l. n. 354/1975 e dal relativo regolamento», secondo la Cassazione è del tutto evidente che ad essere potenzialmente in contrasto con le forme di esercizio di uno dei diritti fondamentali della persona è sempre un comportamento dell'Amministrazione penitenziaria che non può essere ridotto ad una violazione di legge, in quanto le disposizioni legislative potrebbero non aver riconosciuto in forma espressa l'esistenza della particolare proiezione di uno dei diritti fondamentali.

È proprio questo il caso portato all'attenzione della prima sezione della Cassazione: esso riguardava il trattenimento da parte dell'Amministrazione penitenziaria della fotografia della madre morta di un detenuto, intervenuto alla luce di una previsione del regolamento interno dell'istituto. Nel ricorso si contestava la legittimità di tale trattenimento e la classificazione della domanda operata dal Magistrato di Sorveglianza in termini di reclamo generico. In particolare la difesa, ritenuto il trattenimento in violazione di un diritto soggettivo – in particolare del diritto all'affettività – sosteneva la ritualità del ricorso in Cassazione, legittimo solo nella misura in cui, per la tutela della posizione giuridica, si ritenesse applicabile proprio il rimedio preventivo di cui all'art. 35 *bis* o.p.

La Cassazione, molto condivisibilmente, sostiene che il diritto alla cura delle relazioni affettive comprenda in sé anche quello alla conservazione di immagini relative a persone care quale proiezione di un diritto soggettivo riconosciuto – quello all'affettività – sia nella legge sull'ordinamento penitenziario, che prevede numerose norme a tutela del

²⁵ Cfr. Cass. pen., 30 novembre 2017, n. 54117, Costa, in *Giur. it.*, 2018, 3, 724 ss.

mantenimento dei contatti in particolare con i familiari delle persone detenute, sia nel relativo regolamento²⁶.

Più in generale poi la Cassazione precisa che, ove manchi il riferimento legislativo in una norma ordinaria che riconosca la proiezione di uno dei diritti fondamentali, fonte del pregiudizio potrà essere anche un semplice comportamento della Pubblica Amministrazione (non più ovviamente una violazione di legge). In questo caso, o qualora il pregiudizio derivi dalla violazione di una norma promanante da una fonte diversa ed inferiore alla legge ordinaria (regolamento esecutivo, circolare, regolamento interno, decreto ministeriale), la Magistratura di Sorveglianza, quale giudice dei diritti, non incontra alcun limite e può pertanto giungere a disapplicare l'atto presupposto ove ritenuto illegittimo²⁷.

Nella misura in cui invece vi sia una disposizione avente forza di legge ordinaria, che attribuisca all'Amministrazione penitenziaria un potere di effettiva conformazione²⁸, secondo la Cassazione, bisognerà necessariamente attivare un incidente di costituzionalità con valenza pregiudiziale, in cui si chiedi alla Consulta di valutare la ragionevolezza del bilanciamento di interessi approntato dal legislatore²⁹.

²⁶ Cfr., in particolare, l'art. 14 co. 1 o.p. sul principio di territorialità nell'esecuzione penale che vede riconosciuto il diritto del detenuto ad eseguire la pena nella struttura più vicina al luogo di stabile dimora della famiglia; l'art. 18 co. 4 o.p., che prevede una disciplina di favore per quanto concerne i colloqui; art. 10, co. 3, del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230: «È ammesso il possesso di oggetti di particolare valore morale o affettivo qualora non abbiano un consistente valore economico e non siano incompatibili con l'ordinario svolgimento della vita dell'istituto».

²⁷ Nel caso oggetto del giudizio in Cassazione, ad essere direttamente disapplicata sarebbe dunque la norma del Regolamento interno, cui conseguirebbe l'illegittimità del provvedimento attuativo adottato.

²⁸ Un potere autoritativo per la tutela di un interesse pubblico considerato prevalente – la sicurezza – cui corrisponda il sacrificio del diritto facente capo al detenuto. Sulla necessaria conformità al principio di legalità dell'azione amministrativa e al rispetto, nello specifico, della riserva di legge, cfr. G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 1 ss.

²⁹ Per la verità ci sembra difficile, tranne in casi del tutto peculiari, contestare la legittimità costituzionale, in punto di ragionevolezza, del riconoscimento di un potere di tipo discrezionale in capo all'Amministrazione penitenziaria, rispetto all'esercizio di diritti in ambito carcerario, ove la limitazione della libertà e le esigenze di sicurezza rendono per ciò solo opportuna una tale previsione. Diverso il caso in cui la norma di legge ordinaria si estrinsechi in una limitazione espressa ad un diritto, non implicando alcuna discrezio-

In caso, invece, di atto illegittimo adottato dall'Amministrazione penitenziaria non per «violazione di legge» ma in caso di esercizio abnorme della discrezionalità amministrativa riconosciuta dalla previsione di legge ordinaria, il giudizio deve muoversi nella logica della proporzionalità dell'azione amministrativa nel perseguimento dei propri interessi rispetto al sacrificio imposto ai diritti dei detenuti, che non deve comunque eccedere quello minimo necessario e non può comportare la lesione di diritti per loro natura non conculcabili (quelli inviolabili strettamente collegati alla dignità personale, quali ad esempio l'integrità fisica o il diritto al nome) né il sacrificio di diritti fondamentali oltre la soglia del loro contenuto minimo insopprimibile³⁰. La Corte non precisa quale possa essere l'epilogo ove il Magistrato di Sorveglianza ritenga sussistente la suddetta sproporzione, ma la conclusione più ragionevole sembra essere quella di ritenere che, facendosi applicazione dell'art. 35 *bis* o.p., egli possa disapplicare l'atto medesimo, come previsto dalla legge abolitiva sul contenzioso amministrativo. Ciò che è certo, infatti, rispetto al tema più generale dei poteri riconosciuti alla Magistratura di Sorveglianza, è che neppure la più ampia dicitura prevista al co. 3 dell'art. 35 *bis* o.p. «ordina di porre rimedio» permette di riconoscere un vero e proprio pote-

nalità o al limite una discrezionalità vincolata in capo all'Amministrazione penitenziaria, in quanto espressiva di un bilanciamento di interessi già operato dal legislatore e cristallizzato una volta per tutte. In questa ipotesi, la strada dell'incidente di costituzionalità appare statisticamente più probabile. È quanto per esempio accaduto, anche recentemente, a più riprese, in materia di limitazioni relative al regime di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p. Cfr. C. cost., 12 ottobre 2018, n. 186, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 26 ottobre 2018, con nota di G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*; C. cost., 22 maggio 2020, n. 97, in www.sistemapenale.it, 6 giugno 2020, con nota di I. GIUGNI, *Incostituzionale il divieto assoluto di scambio di oggetti fra detenuti al 41 bis appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Una nuova ripermetrazione del regime differenziato*. Recentemente, cfr. C. cost., 24 gennaio 2022, n. 18, sul visto di censura della corrispondenza del difensore, in www.sistemapenale.it, 1 aprile 2022, con nota di C. CATANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*.

³⁰ Cfr., in argomento, anche A. MARCHESELLI, *I diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in www.diritto.it, 5 novembre 2005, 4. Su questi aspetti, cfr. cap. V, Pt. III.

re di annullamento nelle ipotesi di cui all'art. 69, co. 6, lett. b) o.p., vista la riserva di legge di cui all'art. 113, co. 3, Cost.³¹.

Quanto al perimetro delle posizioni soggettive azionabili ed in particolare alle loro fonti, la sentenza è certamente apprezzabile nella misura in cui chiarisce che esse non debbono necessariamente ed esclusivamente identificarsi con la legge sull'ordinamento penitenziario ed il relativo regolamento. I diritti soggettivi dei detenuti «derivano dalle generali affermazioni di principio contenute nelle norme costituzionali o da fonti sovranazionali pattizie» e in larga parte, ma non sempre, sono espressamente riconosciuti dalla l. n. 354/1975. Conseguentemente, la violazione di un diritto non necessariamente deriva da una «violazione di legge»³². Ed infatti le disposizioni normative potrebbero non aver riconosciuto espressamente l'esistenza di una particolare proiezione di uno dei diritti fondamentali. Ove detto espresso riconoscimento manchi, la fonte del pregiudizio non potrebbe essere «l'inosservanza di una specifica disposizione», quanto piuttosto la condotta tenuta dall'Amministrazione penitenziaria che possa comunque qualificarsi come lesiva della «proiezione di un diritto intangibile della persona, anche se reclusa».

Con ciò la Cassazione forza considerevolmente il testo dell'art. 69 co. 6 lett. b). E per fare ciò collega due profili solo in parte sovrapponibili: le possibili fonti dei diritti e le fonti dei possibili pregiudizi ai diritti.

³¹ Un argomento *a contrario* in questo caso, oltre alla riserva di legge, che ha sempre impedito di ritenere sussistente un siffatto potere anche allorquando si faceva applicazione del rimedio atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., si può trarre dalla sua esplicita previsione solo con riferimento alla materia disciplinare (lett. a). *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Cfr. in argomento G.M. NAPOLI, *La fase decisionale: i provvedimenti del magistrato di sorveglianza sul merito della controversia (annullamento, condanna, rigetto) e le pronunce di rito*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 258 ss., in cui l'Autore precisa come il reclamo non dia luogo ad un giudizio di natura impugnatoria. Pertanto il magistrato potrà solo disporre la disapplicazione dell'atto illegittimo, privandolo di efficacia per il caso concreto, senza però poter adottare un provvedimento in sostituzione o ove esso risulti assente, potendo invece ordinare alla stessa Amministrazione di porre rimedio.

³² Così si esprime la sentenza, anche se è bene precisare che sembra che il riferimento non corra al concetto di violazione di legge quale vizio dell'atto amministrativo, quanto piuttosto al fatto che non necessariamente i diritti sono espressamente previsti in una norma di legge e correlativamente la loro lesione può derivare anche da comportamenti diversi dalla violazione di una norma.

Appare chiaro infatti che, ammettendosi anche la tutela di posizioni giuridiche non espressamente previste in una norma di legge che rappresentino proiezioni di diritti fondamentali ed intangibili, fonte del pregiudizio possa essere non solo l'inosservanza di una espressa disposizione di legge. Detta ricostruzione si pone in linea con le letture maggiormente estensive quanto alle fonti dei diritti e permette di estendere le fonti dell'eventuale pregiudizio, già individuate dalla sentenza n. 26/1999, anche alla mera inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, aspetto questo che sembrerebbe spendibile per argomentare un'azionabilità anche degli interessi legittimi c.d. pretensivi.

Per questa via, si assiste ad un'estensione, quanto alle fonti dei diritti, che non risultano più limitate alla sola Costituzione e ad altre fonti internazionali. Ne consegue anche che le stesse posizioni soggettive azionabili risultano implementate: esse possono non essere espressamente tipizzate, in quanto semplici proiezioni di diritti fondamentali che trovano fondamento nella Costituzione o nelle fonti sovranazionali³³. Allo stesso modo anche le fonti di pregiudizio risultano ampliate, potendo consistere non solo in un atto, ma anche in un comportamento attivo od omissivo.

3.14.2. L'estensione del rimedio preventivo giurisdizionalizzato anche agli interessi legittimi

L'approdo maturato nella sentenza Gianni è stato, come già ricordato, riproposto dalla dottrina anche all'indomani della riforma, nonostante la previsione di cui all'art. 35 *bis* o.p., letta in combinato disposto con l'art. 69, co. 6, lett. b) o.p., sia estremamente chiara nel limitare la tutela ai soli diritti.

In realtà ciò che accade nella stragrande maggioranza dei casi, allorché si ha a che vedere con l'esercizio di diritti soggettivi in ambito penitenziario, è di incontrare ipotesi in cui i diritti soggettivi risultano incisi dall'esercizio del potere discrezionale per il tramite di atti amministrativi, degradando a semplici interessi legittimi c.d. oppositivi. Come

³³ Si esprime criticamente rispetto a questo ampliamento delle posizioni soggettive azionabili per il tramite del rimedio di cui all'art. 35 *bis* o.p., cui corrisponderebbe un sostanziale azzeramento del perimetro applicativo del rimedio generico ex art. 35 o.p., F. DELLA CASA, *Una foto "oversize" nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35 bis o.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 273 ss.

già chiarito, a parte un nucleo intangibile per lo più riconducibile alla dignità della persona, le posizioni soggettive sono suscettibili, infatti, di essere diversamente incise a fronte dell'esercizio dei poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria. La teoria dei c.d. diritti affievoliti conserva sotto questo aspetto tutta la sua attualità e permette di considerare gli interessi oppositivi attratti nella sfera di tutela dell'art. 35 *bis* o.p.³⁴ e di tratteggiare un *discrimen* tra questi ultimi e quelli definiti incomprimibili dall'azione amministrativa, non soggetti a "degradazione": si tratta di diritti connotati da inviolabilità assoluta o per la loro natura di situazione giuridica personalissima (es. diritto al nome, diritto all'integrità personale), o per il loro rango costituzionale (diritto alla salute, diritto all'integrità ambientale), che fondano il nocciolo duro della dignità della persona umana³⁵.

Più difficile l'operazione con riferimento ai c.d. interessi pretensivi – in cui l'intermediazione del provvedimento amministrativo garantisce l'ampliamento della posizione del soggetto –, rispetto alla cui tutelabilità

³⁴ Ritene invece che non sia configurabile un interesse oppositivo in senso proprio in capo al detenuto alla luce dell'asserita assenza di poteri costitutivi in capo all'Amministrazione penitenziaria, S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, cit., 31. Secondo l'Autore, non vi sarebbe spazio per alcuna degradazione dei diritti dei detenuti che risulterebbero solamente compressi. Allo stesso modo per l'Autore non esisterebbero neppure interessi di carattere pretensivo, visto che l'attività dell'Amministrazione penitenziaria sarebbe sostanzialmente diversa da quella della Pubblica Amministrazione esercitata nei confronti dei cittadini liberi: questi ultimi chiederebbero un'autorizzazione al fine di esercitare un diritto «già potenzialmente pieno», mentre nei confronti dei detenuti l'Amministrazione penitenziaria eserciterebbe un potere di regolamentazione dell'esecuzione penale. In realtà, come cercheremo di mettere a fuoco nel prossimo capitolo, molto spesso l'Amministrazione penitenziaria assume di muoversi all'interno della potestà di organizzazione e regolamentazione dell'esecuzione della pena, rispetto alla quale le è riconosciuta una piena discrezionalità, quando invece i provvedimenti assunti si risolvono in una maggiore afflittività della pena per il detenuto e nel sacrificio di altrettanti suoi diritti. È questo il caso della classificazione in Alta Sicurezza. Cfr. cap. IV, sez. II, parr. 4.7 ss.

³⁵ Tali diritti sono insuscettibili di qualsiasi compressione da parte dell'Amministrazione penitenziaria ed il contrasto tra diritto assoluto e provvedimento amministrativo si traduce nella declaratoria della nullità di quest'ultimo in costanza di un difetto assoluto di attribuzione.

si sono espressi dubbi sia prima che dopo la riforma³⁶. Pur in assenza di un appiglio normativo espresso (qui manca una correlazione ad un diritto soggettivo che invece c'è negli interessi oppositivi), si potrebbe forse valorizzare adeguatamente il fatto che oggi è contemplato un potere di intervento giudiziale non più solo a fronte di provvedimenti illegittimi, ma anche a fronte della mera inerzia, e che detto potere in capo alla Magistratura di Sorveglianza si estrinseca nell'ordinare all'Amministrazione penitenziaria di porre rimedio. Sembra infatti che la limitazione della tutela giurisdizionale agli interessi oppositivi si potesse giustificare maggiormente alla luce degli approdi maturati precedentemente in giurisprudenza, allorché si era limitata l'operatività del reclamo atipico, di cui all'art. 14 *ter* o.p., solo alle violazioni originate da un atto dell'Amministrazione penitenziaria.

*3.15. Il rimedio compensativo di cui all'art. 35 *ter* o.p. e la tipologia del ristoro*

Si è dovuto invece attendere il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 117, per l'introduzione del rimedio risarcitorio di cui all'art. 35 *ter* o.p.³⁷.

³⁶ Esterna qualche dubbio M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., 579, alla luce del fatto che il legislatore non ha dotato il Magistrato di Sorveglianza di alcun potere decisorio di natura sostitutiva.

³⁷ Dispone l'art. 35 *ter* o.p.: «1. Quando il pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espriare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espriato in condizioni non

Esso prevede la competenza della Magistratura di Sorveglianza a riconoscere una riparazione in forma specifica, consistente in una riduzione di pena pari ad un giorno ogni 10 di pregiudizio sofferto (comma 1)³⁸, a detenuti ed internati che abbiano sofferto un pregiudizio, superiore a 15 giorni, consistente in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 Cedu, così come interpretato dalla Corte europea; ove invece il pre-

conformi ai criteri di cui all'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espriare ovvero coloro che hanno terminato di espriare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli artt. 737 e seguenti del c.p.c.. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2». Per un primo commento a caldo: A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 ottobre 2014; F. FIORENTIN, *Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello*, in *Guida dir.*, 2014, 30, 21 ss.; ID., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'articolo 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 novembre 2014; G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, *ivi*, 24 gennaio 2015. Cfr. anche: M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARI (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., 269 ss. Per un approfondimento: C. FIORIO, *Sub art. 35 ter o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 470 ss.; G. GIOSTRA, M. RUARO, *Sub art. 35 ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 483 ss.; A. CIAVOLA, *Ambito di operatività e natura dei rimedi compensativi per le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 411 ss.; A. MENGHINI, *La tipologia dei risarcimenti concedibili: i casi di applicazione del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario dopo la sent. costituzionale n. 204 del 2016*, *ivi*, 525 ss.

³⁸ La scelta della compensazione in forma specifica, oltre che pienamente rispondente ad esigenze di giustizia, appare in linea con la giurisprudenza della Corte europea, che già aveva espresso un parere favorevole a questo tipo di ristoro nella sentenza Corte eur. dir. Uomo, 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, ric. n. 42525/07 e n. 60800/08, in www.hudoc.echr.coe.int.

giudizio sia inferiore ai 15 giorni, ovvero dia diritto ad una detrazione maggiore del residuo di pena, si prevede la possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di riconoscere un ristoro monetario pari ad 8 euro per ogni giorno di pregiudizio sofferto (comma 2).

Ove il condannato abbia invece finito di scontare la pena e in caso di pregiudizio sofferto durante la custodia cautelare non computabile nella pena³⁹, la competenza viene riconosciuta dal comma 3 al giudice civile. In questo caso il legislatore ha previsto un termine di decadenza pari a 6 mesi ed il ristoro è ovviamente solo monetario.

La norma di cui all'art. 35 *ter* o.p. individua pertanto due diverse tipologie di rimedi compensatori – per equivalente e pecuniario – a seconda della competenza riconosciuta nel caso di specie⁴⁰.

Come è stato giustamente osservato, l'unica giustificazione possibile rispetto alla previsione espressa da parte del legislatore di un'eccezione alla regola ordinaria della competenza del giudice civile in materia risarcitoria risiede proprio nella volontà di privilegiare il rimedio in forma specifica della riduzione di pena. Ciò spiegherebbe dunque la riconosciuta competenza in capo alla Magistratura di Sorveglianza, organo giudiziario deputato, in forza delle sue riconosciute competenze, alla gestione *in executivis* della pena⁴¹.

La norma prevede anche la possibilità per la Magistratura di Sorveglianza, di riconoscere un ristoro di tipo pecuniario: esso si pone in via esclusiva nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 35 *ter* o.p., in cui il trattamento disumano e degradante sia inferiore ai 15 giorni. Si avrà invece concorrenza del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 35 *ter* o.p., nel caso in cui

³⁹ Si tratta dunque dei soggetti scarcerati nel corso del procedimento e dunque con periodo cautelare di incerta computabilità o assolti e dunque con periodo cautelare certamente non computabile e, inizialmente, nella vigenza della tesi attualista (sulla quale v. *infra*, sez. II, par. 3.15.1), dei soggetti ammessi alle misure alternative alla detenzione.

⁴⁰ In argomento, cfr. A. MENGhini, *La tipologia dei risarcimenti concedibili: i casi di applicazione del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario dopo la sent. costituzionale n. 204 del 2016*, cit., 525 ss.

⁴¹ Secondo parte della dottrina: «Se questa è la logica del riparto di competenze, allora appare illegittima per violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di uguaglianza e ragionevolezza ogni interpretazione che porti un detenuto a non avere il risarcimento in forma specifica». Così, letteralmente, E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 22 gennaio 2015, 15.

il periodo di pena ancora da espiare non sia tale da consentire l'intera detrazione. Ad essa si aggiunge l'ipotesi, non espressamente contemplata, in cui il periodo di pena ancora da espiare sia capiente ma non coincidente con un multiplo di dieci, così da creare un disavanzo⁴².

Il legislatore ha dunque scelto di privilegiare il ristoro per equivalente consistente nella riduzione di pena, opzione questa che si pone in linea con il *favor* espresso per questa tipologia di rimedio dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴³.

Tale particolare tipologia di ristoro risponde ad un'esigenza di giustizia: è sacrosanto riconoscere una riduzione di pena a chi abbia patito un trattamento disumano o degradante, subendo un'ulteriore ed indebita maggiore afflittività della pena⁴⁴, e dunque una maggiore e indebita sofferenza. Il rimedio presenta, inoltre, una diretta incidenza in termini di deflazione carceraria.

È però nelle sentenze *Stella c. Italia* e *Rexhepi c. Italia* che la Corte di Strasburgo prende espressamente in esame il nuovo rimedio risarcitorio, valutando separatamente la riduzione di pena e il ristoro monetario⁴⁵. Se con riferimento alla riduzione dei giorni di pena la Corte si esprime positivamente, ritenendo che essa può costituire una riparazione soddisfacente per violazioni della Convenzione in materia penale, senza considerare l'innegabile vantaggio di contribuire a ridurre il problema del sovraffollamento, appare molto più tiepida con riferimento al ristoro pecuniario, rammentando a sé stessa come debba essere riconosciuto al singolo Stato un più ampio margine di apprezzamento nello stabilire il

⁴² Nel qual caso verrà operata la riduzione di pena massima consentita e si provvederà alla liquidazione in denaro per la restante parte. Tale ricostruzione appare pacifica in dottrina. Per tutti: G. GIOSTRA, M. RUARO, *Sub art. 35 ter o.p.*, ed. 2019, cit., 496 ss. Non così, invece, nella giurisprudenza di merito, in cui si afferma sovente la non liquidabilità dei giorni in esubero rispetto a quelli per cui viene riconosciuta la decurtazione di pena, interpretazione – questa – condivisa anche da Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551, Comisso, pt. 20, sulla quale cfr. *infra*.

⁴³ In particolare nella sentenza *Ananyev c. Russia*, la Corte aveva salutato con favore questo tipo di rimedio. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, ric. nn. 42525/07 e 60800/08, cit.

⁴⁴ Cfr. G. GIOSTRA, M. RUARO, *Sub art. 35 ter o.p.*, ed. 2019, cit., 484 ss.

⁴⁵ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 16 settembre 2014, *Stella c. Italia*, ric. n. 49169/09; Corte eur. dir. Uomo, 16 settembre 2014, *Rexhepi e altri c. Italia*, ric. n. 47180/10, entrambe in www.hudoc.echr.coe.int.

quantum del risarcimento, sempre che esso non appaia irragionevole e il rimedio sia rapido, motivato ed eseguito con celerità. La Corte conclude sul punto per la non irragionevolezza del ristoro pecuniario, pur essendo esso inferiore a quello di regola accordato dalla Corte. Non a caso, sottolinea la Corte, il ristoro pecuniario riveste un ruolo sussidiario, essendo riservato a quanti, per diversi motivi, non possano accedere alla riduzione della pena.

Il giudice alsaziano termina affermando che la propria positiva valutazione non pregiudica un eventuale riesame dell'effettività del rimedio apprestato dall'ordinamento italiano, teso in particolar modo a verificare sia la capacità dei giudici nazionali di produrre una giurisprudenza uniforme sia l'effettività dell'esecuzione delle decisioni assunte.

Ciò che è certo, al di là delle valutazioni espresse oltre confine, è che la previsione pone sicuramente problemi legati alla quantificazione fissa ed iniqua del risarcimento previsto, che non permette di tenere in adeguata considerazione la gravità del pregiudizio sofferto⁴⁶. Con riferimento specifico al ristoro pecuniario, la somma di 8 euro per un giorno di trattamento disumano o degradante appare più in generale irrisoria. Basti pensare al criterio di conversione previsto all'art. 135 c.p. e al fatto che la stessa sentenza Torreggiani ha liquidato una somma a titolo equitativo per il danno morale sofferto pari a tre volte quanto previsto nell'art. 35 *ter* o.p. Stessi problemi pone anche il ristoro per equivalente consistente nella riduzione di pena pari ad un giorno ogni 10 in cui il soggetto abbia subito un trattamento disumano o degradante, rapporto che appare evi-

⁴⁶ Cfr. F. FIORENTIN, *Così la misura fissa "lega le mani" al giudice*, in *Guida dir.*, 2014, 36, 31 ss.; R. BRACCIALINI, *Sub art. 35 ter.3. Ordinamento penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in www.questionegiustizia.it, 11 marzo 2015; A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 EDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 novembre 2014. Avanza, *de iure condendo*, la proposta di parametrare la riduzione di pena tra un minimo e un massimo predeterminato dal legislatore in funzione della gravità delle privazioni subite: G. GIOSTRA, *Il rimedio compensativo della riduzione di pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 123.

dentemente risibile, ove si rammenti quello di 1:4 previsto dall'art. 54 o.p. per la liberazione anticipata⁴⁷.

La previsione fissa, inoltre, vanifica in ambedue i casi qualsiasi possibilità di apprezzamento da parte del giudice del grado di gravità del pregiudizio sofferto, ponendosi in netta frizione con la necessità di personalizzazione ed individualizzazione del danno. L'unica variabile è infatti quella temporale.

A questo proposito stupisce non poco che la Corte di Strasburgo, nel valutare il rimedio compensativo, e così anche il Comitato dei Ministri, lo abbiano promosso a pieni voti. Nella sentenza *Ananyev c. Russia*, infatti, la Corte non aveva mancato di dubitare della legittimità di un sistema che prevedesse una decurtazione predeterminata di pena, senza che fosse riconosciuta al giudice alcuna discrezionalità nell'apprezzamento del pregiudizio sofferto nel caso concreto⁴⁸. Ed è di tutta evidenza come la medesima considerazione sia spendibile anche con riferimento al ristoro pecuniario.

3.15.1. *La tesi attualista e l'ineffettività del rimedio*

L'art. 35 *ter* o.p. ha ben presto dato adito a considerevoli problemi esegetici che si sono riflessi in un imbarazzante *deficit* di effettività del rimedio compensativo stesso, tanto che parte della dottrina è giunta ad affermare che si sia trattato di uno dei più grandi esempi di giustizia negata⁴⁹.

⁴⁷ A ciò si aggiunga che appare quantomeno iniquo addossare le spese del procedimento ai ricorrenti. Rammentiamo che le sole spese vive del procedimento *ex art.* 737 c.p.c. davanti al giudice civile ammontano a circa 90 Euro, importo che dunque potrebbe non essere neppure interamente coperto da un eventuale buon esito del reclamo.

⁴⁸ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, cit.

⁴⁹ Stigmatizza l'ineffettività del rimedio, mettendo in evidenza le numerose problematiche esegetiche che la non felice formulazione normativa ha posto sul tappeto: A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1219. In argomento, cfr. anche S. CIUFOLETTI, *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'(in)effettività del rimedio di cui all'art. 35 *ter* o.p. alla luce di due recenti ordinanze del magistrato di sorveglianza di Pisa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, 5 ss. Rammentiamo che, dei 20 milioni di Euro stanziati, solo una piccola parte è stata impegnata.

Lo stesso Coordinamento nazionale dei Magistrati di Sorveglianza aveva segnalato fin da subito il problema in una accurata lettera datata 13 novembre 2014 rivolta al Guardasigilli, in cui si legge:

Invero, a causa delle incertezze e lacune del testo normativo, dei gravi contrasti giurisprudenziali, della complessità delle istruttorie e dell'assoluta inadeguatezza delle risorse e dei mezzi di cui dispongono gli Uffici di sorveglianza preposti, è facile prevedere che sarà molto esiguo il numero di casi decisi e risolti secondo gli *standard* prescritti dalla Giustizia europea in termini di effettività, rapidità ed efficacia dei rimedi accordati⁵⁰.

Dopo un anno dall'entrata in vigore del rimedio risarcitorio, infatti, il bilancio sulla sua applicazione appariva più che deludente, visto il profluire di un numero rilevantissimo di pronunce di inammissibilità, solo in parte spiegabili con la carenza di allegazioni e con il fatto che il rimedio risulta azionabile direttamente dal detenuto, anche senza l'assistenza di un legale e dunque è esposto a subire la scure dell'inammissibilità ove redatto in maniera atecnica⁵¹. A comportare la sostanziale vanificazione dello strumento stesso era stata piuttosto l'affermazione, nel primo periodo di vigenza del rimedio, della c.d. tesi "attualista"⁵², sia declinata nella sua accezione minima, quale necessità di sussistenza dell'attualità del pregiudizio nel momento della presentazione dell'istanza, sia nella sua

⁵⁰ Lettera pubblicata in www.conams.it, archivio mensile novembre 2014.

⁵¹ Cfr. F. FIORENTIN, *Risarcimento per l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea*, in *Studium Juris*, 2016, 3, 266 ss.

⁵² Per la tesi che considerava necessario il requisito dell'attualità del pregiudizio già F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'articolo 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, cit., 3 ss. Per la tesi della non necessità del requisito: E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, cit., 1 ss.; G. GIOSTRA, *Sub art. 35 ter o.p.*, in G. GIOSTRA, F. DALLA CASA (a cura di), *Commentario ordinamento penitenziario*, ed. 2015, cit., 415 ss.; ID., *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime implicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, cit., 1 ss. Particolarmente critico nei confronti della tesi attualista: PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1228, nt. 88, in cui l'Autore mette in evidenza come siffatta lettura in chiave attualista della previsione di cui all'art. 35 ter o.p. fonderebbe dubbi di legittimità costituzionale perlomeno ex art. 3 Cost. per un'irragionevole disparità di trattamento.

accezione massima, quale necessità dell'attualità del pregiudizio anche al momento della decisione. La tesi della necessità dell'attualità del pregiudizio faceva leva sul dato letterale della norma ed in particolare sul rinvio espresso che l'art. 35 *ter* o.p. operava alla previsione di cui all'art. 69, co. 6, lett. b) o.p. relativa al reclamo di cui all'art. 35 *bis* o.p., in cui il pregiudizio per rilevare doveva avere il carattere non solo della gravità ma anche dell'attualità.

Rammentiamo che, secondo la ricostruzione proposta dalla tesi attualista, che aveva ricevuto anche l'avallo del parere favorevole del CSM⁵³, non integravano il requisito dell'attualità del pregiudizio i casi di trattamento disumano o degradante: a) relativi a soggetti detenuti in forza di titoli esecutivi diversi da quello in esecuzione; b) relativi a soggetti detenuti, ove il pregiudizio sofferto non fosse più attuale; c) relativi a soggetti ammessi a misure alternative alla detenzione che facessero istanza dopo la concessione dei benefici⁵⁴.

La Cassazione, peraltro solo nel 2015, ha decisamente avallato la tesi avversa che ritiene l'attualità del pregiudizio requisito non necessario per l'attivazione del reclamo di fronte al Magistrato di Sorveglianza⁵⁵. I giudici di legittimità hanno ritenuto che richiedere l'attualità del pregiudizio di fatto vanificasse la previsione legislativa che intendeva valorizzare il ruolo del Magistrato di Sorveglianza ed il ricorso al risarcimento in forma specifica. La tesi attualista, inoltre, si poneva in contrasto con il dettato dello stesso art. 35 *ter* co. 3 o.p., che prevede una competenza in capo al giudice civile solo nel momento in cui il regime detentivo sia venuto meno⁵⁶.

⁵³ Cfr. parere tecnico del 26 giugno 2014, n. 92 (Odg. 1095 – Aggiunto del 30 luglio 2014), in http://www.csm.it/PDFDinamici/20140730_6.pdf.

⁵⁴ Così F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'articolo 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, cit., 4.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., 16 luglio 2015, n. 46966; Koleci; Cass. pen., 16 luglio 2015, n. 876, Ruffolo; Cass. pen., 21 giugno 2016, n. 40229, Russo; Cass. pen., 21 giugno 2016, n. 40228, Desi; Cass. pen., 8 settembre 2016, n. 40897, Spina; Cass. pen., 8 settembre 2016, n. 40896, Panainte; Cass. pen., 8 settembre 2016, n. 40898, Bruzzise; Cass. pen., 8 settembre 2016, n. 40899, Puccio; Cass. pen., 8 settembre 2016, n. 40901, Mema; Cass. pen., 8 settembre 2016, n. 40900, Hassani. Le sentenze citate sono tutte pubblicate in www.dejure.it.

⁵⁶ Nel caso di soggetto detenuto, in assenza di attualità del pregiudizio, la tesi sconfessata dalla Cassazione si trovava o a dover forzare il dato normativo per permettere

3.15.2. *Le numerose altre problematiche esegetiche poste dall'art. 35 ter o.p.*

Oltre a quanto già precisato, come sottolineato, la norma ha da subito posto un numero rilevantissimo di questioni interpretative, alcune delle quali non hanno di certo contribuito alla sua positiva applicazione.

Peraltro, e per fortuna, alcuni dei nodi interpretativi posti dal testo decisamente non felice dell'art. 35 *ter* o.p. sono stati affrontati e “risolti” dalla giurisprudenza.

Ad una prima valutazione di insieme non si può infatti che apprezzare lo sforzo fatto nel tempo dalla Consulta, spesso sollecitata dalla stessa Magistratura di Sorveglianza a pronunciarsi su questioni nevralgiche, teso a conferire la massima effettività al rimedio in esame. Fondamentali, in questo senso, gli arresti della Corte costituzionale sulla legittimazione attiva al rimedio compensativo di ergastolani e internati⁵⁷.

Molto numerosi sono stati anche gli interventi della Cassazione, anche civile, che si è interessata di aspetti diversi, spesso inestricabilmente connessi. Vengono in oggetto le pronunce in tema di attualità del pregiudizio, quelle in tema di natura del rimedio, quelle che hanno valorizzato il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, quelle che hanno trattato la questione della prescrizione, nonché tutto il filone *post Muršić* sullo spazio minimo *pro capite*⁵⁸.

A ben vedere tutte le pronunce citate si muovono nella medesima direzione: quella di riconoscere al Magistrato di Sorveglianza un ruolo

l'immediato ricorso al giudice civile o, ancor più deprecabilmente, ad imporre al soggetto detenuto di attendere la scarcerazione per poter proporre il proprio ricorso, con buona pace della necessità di riconoscere una tutela quanto più possibile sollecita. Di fatto, fino all'affermazione della tesi attualista, le declaratorie di inammissibilità per incompetenza da parte della Magistratura di Sorveglianza erano state numerosissime.

⁵⁷ Su cui *infra*.

⁵⁸ Per un approfondimento di tutte le questioni citate, di cui non si potrà che fare un cenno in questa sede, cfr. A. MENGHINI, *La tipologia dei risarcimenti concedibili: i casi di applicazione del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario dopo la sent. costituzionale n. 204 del 2016*, cit., 525 ss. Per la tesi dello spazio minimo vitale da intendersi quale spazio minimo funzionale, che cioè permetta il libero movimento nella cella, cfr. Cass. pen., 9 settembre 2016, n. 52819, Sciuto; Cass. pen., 21 luglio 2017, n. 39585, Lecini, entrambe in *www.dejure.it*. Da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2021, n. 6551, Comisso, in *Foro it.*, 2021, 9, II, 533 ss. Sul tema, cfr. *infra*, sez. II, par. 3.17.

lo centrale, valorizzando in particolar modo la portata applicativa della speciale competenza risarcitoria riconosciutagli da ultimo dal legislatore con il d.l. n. 92/2014.

Sia le pronunce sull'attualità del pregiudizio, sia quelle che si riferiscono alla natura del rimedio, sia quelle relative alla c.d. legittimazione ad agire, conferiscono infatti al Magistrato di Sorveglianza sempre maggiori competenze a pronunciarsi ed in ultima analisi a riconoscere, ove possibile, il rimedio per equivalente, o anche il solo rimedio pecuniario, quando la prima opzione non risulti possibile. La stessa linea di confine tra la competenza del Magistrato di Sorveglianza e quella del giudice civile, attestata sul venir meno del regime detentivo inteso in senso stretto, sembra, grazie alla valorizzazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, essere stata da ultimo sconfessata⁵⁹.

Considerevoli ulteriori problemi interpretativi, oltre alle difficoltà legate alla prova del pregiudizio sofferto⁶⁰, sono dovuti al fatto che il legislatore non si sia espresso chiaramente sulla natura giuridica del rimedio *ex art. 35 ter o.p.*⁶¹.

⁵⁹ Cfr., in particolare, *infra*, nt. 70.

⁶⁰ Si applica l'art. 666 co. 5 c.p.p., che prevede che il giudice possa chiedere documenti e informazioni e disporre perizie e ispezioni. Di tutta evidenza, però, come risulti problematico raggiungere una prova certa circa il pregiudizio sofferto vista la difficoltà di ricostruire fatti alle volte anche molto risalenti, in presenza di amministrazioni penitenziarie non sempre collaborative. Di fronte all'assenza di documentazione dell'Amministrazione penitenziaria relativa al numero degli occupanti delle singole celle, alla superficie di queste ultime, alle dimensioni di ingombro degli arredi, sembra più corretta, da parte del Magistrato di Sorveglianza, una declaratoria di non luogo a deliberare, la quale – a differenza di una pronuncia di rigetto – non preclude la riproposizione dell'istanza *ex art. 35 ter o.p.* Il magistrato può anche applicare il principio Cedu, secondo cui incombe all'Amministrazione l'onere di fornire idonei elementi di valutazione di segno contrario a fronte di una domanda sufficientemente determinata, cui consegue la soccombenza ove la stessa ometta di fornire i dati richiestile. Cfr. Cass. pen., 11 maggio 2018, n. 23362, Lucchese; Cass. pen., 8 giugno 2020, n. 18328, Di Primo, entrambe pubblicate in www.dejure.it.

⁶¹ Per un approfondimento C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35 ter ord. pen.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 22 luglio 2015, 13 ss.; F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord. pen. e casistica*, in www.questionegiustizia.it, gennaio 2015; G. GIOSTRA, *Sub art. 35 ter o.p.*, ed. 2019, cit., 500 ss.; M.R. FALCONE, *Rimedi risarcitori ex art. 35 ter ord. pen.*, in www.ilpenalista.it, 12 settembre 2016. Le tesi che si sono contese il campo sono state, quantomeno in un

Rispetto a questo profilo, fondamentale è stato l'apporto della giurisprudenza di legittimità, sia civile che penale, che ha optato, da ultimo, per la natura indennitaria del rimedio, da ciò traendo precise implicazioni in materia di prescrizione⁶². In particolare si sono distinte la posizione del soggetto detenuto – per cui la prescrizione decorrerebbe alternativamente o dalla data del pregiudizio sofferto, se successiva all'entrata in vigore del rimedio, o dall'entrata in vigore della legge istitutiva ove anteriore – da quella del soggetto non più detenuto, per cui varrebbe unicamente il termine decadenziale di sei mesi dall'intervenuta scarcerazione⁶³.

Ulteriore complessa problematica che si è posta è quella della portata applicativa del rimedio. A fronte di un dato letterale non cristallino, si

primo momento, sostanzialmente quattro. Secondo una prima impostazione il rimedio avrebbe natura risarcitoria: si tratterebbe di una disposizione speciale rispetto all'art. 2043 c.c., cui conseguirebbe l'onere della prova al danneggiato ed una prescrizione di 5 anni. Si è anche sostenuta la tesi della responsabilità da contatto sociale, con conseguente onere della prova al creditore ed una prescrizione di 10 anni. Secondo un diverso approccio, invece, si tratterebbe di fattispecie atipica, non di illecito aquiliano, avente natura di ristoro, da cui discenderebbe la prescrittibilità in 10 anni e l'eventuale cumulabilità con il rimedio di cui all'art. 2043 c.c. Infine, secondo una più recente ricostruzione, ad oggi maggioritaria, il rimedio avrebbe natura indennitaria.

⁶² Cfr. Cass. pen., 15 marzo 2017, n. 31475, Zito, in *www.dejure.it*. Nello stesso senso, per il profilo che interessa, anche le Sezioni Unite penali: Cass. pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 3775, Tuttolomondo, in *Dir. Giust.*, 2018, 16, 15 ss., con nota di F.G. CAPITANI, *Accolte le pretese risarcitorie del detenuto per trattamenti degradanti antecedenti al 28 giugno 2014* e Cass. civ., Sez. Un., 30 gennaio 2018, dep. 8 maggio 2018, n. 11018, Celini, in *Guida dir.*, 2018, 23, 22 ss., con nota di C. CATANEO, *Le Sezioni Unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35 ter co. 3 ord. pen., per violazione dell'art. 3 Cedu e sul relativo termine di prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 245 ss.

⁶³ Il tema connesso era quello dei pregiudizi sofferti in epoca pregressa all'entrata in vigore del rimedio compensativo per soggetti che al momento dell'entrata in vigore del rimedio risultassero ancora detenuti. La norma transitoria prendeva in effetti in considerazione solo l'ipotesi di coloro i quali al momento dell'entrata in vigore del rimedio fossero stati scarcerati, prevedendo un termine semestrale di decadenza. Stesso termine era previsto anche per chi, prima dell'entrata in vigore del rimedio, avesse presentato ricorso a Strasburgo ove non fosse ancora intervenuta una decisione sulla ricevibilità dello stesso. La decisione della Corte di Cassazione ci sembra del tutto condivisibile, atteso che la prescrizione non dovrebbe decorrere nel periodo antecedente l'entrata in vigore del rimedio, ma solo a partire dall'entrata in vigore del rimedio compensativo in forza del disposto dell'art. 2935 c.c. «*actio nondum nata non praescribitur*».

sono infatti fin da subito poste alcune questioni circa la legittimazione attiva al rimedio. Rispetto ad un paio di queste – quella relativa agli ergastolani e quella relativa agli internati – sono state sollevate altrettante questioni di legittimità costituzionale fondate sull'impossibilità argomentata dal giudice remittente di poter interpretare la norma in senso costituzionalmente conforme.

Il primo caso sottoposto all'attenzione della Consulta è quello di un ergastolano che aveva già maturato i termini per l'accesso alla liberazione condizionale, di talché la questione non si poneva, nel caso di specie, con riferimento alla possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di applicare il rimedio in forma specifica, quanto piuttosto di riconoscere il ristoro pecuniario⁶⁴. A ciò, secondo il giudice *a quo*, sembrava ostare il dettato del comma 2 dell'art. 35 *ter* o.p. ove si prevede che tale ristoro possa essere riconosciuto dal Magistrato di Sorveglianza «quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1». Da questo inciso, il giudice remittente deduceva che, a parte l'eccezionale ipotesi tassativamente prevista in cui il pregiudizio abbia avuto una durata inferiore ai 15 gg., il ristoro patrimoniale da parte del Magistrato di Sorveglianza non potesse mai essere integrale, ma solamente parziale. Il giudice remittente aveva dunque sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 27 co. 3 Cost. e del combinato disposto dell'art. 117 co. 1 Cost. con l'art. 3 Cedu, quale parametro interposto.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 204 del 2016, ritiene la questione non fondata. Si tratta di una snella interpretativa di rigetto che propone una lettura della norma favorevole al ristoro pecuniario per gli ergastolani che abbiano già maturato la quota di pena necessaria per accedere alla liberazione condizionale⁶⁵: secondo la Consulta andrebbe data una diversa interpretazione dell'avverbio «altresi» e dell'espressione «resi-

⁶⁴ Cfr. Mag. Sorv. Padova, Ord. 20 aprile 2015, n. 176, in *G.U.*, n. 37, prima serie speciale, 2015.

⁶⁵ Cfr. C. cost., 21 luglio 2016, n. 204, in *Foro it.*, 2016, 2964. Cfr., per un commento, F. FIORENTIN, *Un primo passo verso la "messa a regime costituzionale" del risarcimento per l'inumana detenzione dei condannati all'ergastolo*, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 168 ss.; A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art. 35 ter ord. penit., per inumana detenzione*,

duo periodo». Sarebbe proprio la previsione di cui al secondo periodo del secondo comma della norma in esame – relativa alla previsione espressa dell'applicabilità del solo rimedio pecuniario per il caso di trattamento disumano o degradante inferiore ai giorni 15 – a consentire, secondo la tesi sostenuta della Corte costituzionale, l'affermazione del principio per cui il ristoro pecuniario spetta in tutti i casi in cui non sia possibile una riduzione di pena⁶⁶.

Detta conclusione appare vieppiù necessitata anche alla luce di un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata che richiede la massima valorizzazione dell'effettività del rimedio compensativo. D'altro canto, afferma la Corte, «sarebbe illogico e contrario a Costituzione negare il rimedio pecuniario tutte le volte in cui la riduzione di pena non fosse possibile»⁶⁷.

La pronuncia citata risulta dunque particolarmente interessante perché cristallizza due principi fondamentali in grado di costituire un utile riferimento, in chiave interpretativa, per le ulteriori ipotesi non espressamente tipizzate dal legislatore, fornendo un'impareggiabile indicazione ermeneutica al giudice di merito. In particolare, valorizzando a pieno il

ivi, 177 ss.; A. MENGHINI, *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 11, 1434 ss.

⁶⁶ La Consulta ha infatti affermato perentoriamente che il potere del Magistrato di Sorveglianza di liquidare «a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro al detenuto che ha subito un trattamento disumano» non può considerarsi un potere «eccezionale e straordinario», non essendoci alcuna ragione per negarlo nei casi in cui non vi sia prima una riduzione di pena da operare.

⁶⁷ La sentenza n. 204/2016 non si esprime, né avrebbe potuto, nonostante il giudice remittente avesse esteso il *petitum* anche a questa diversa ipotesi, sulla diversa situazione dell'ergastolano che non abbia ancora maturato i termini per l'accesso alla liberazione condizionale. La questione di legittimità derivata presuppone infatti sempre l'accoglimento della questione principale, quando invece, nel caso di specie, la sentenza è un'interpretativa di rigetto, senza contare che l'ulteriore questione sarebbe stata comunque inammissibile vista la sua inidoneità, ove accolta, ad incidere sul giudizio principale. Si rinvia al nostro contributo, A. MENGHINI, *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?*, cit., 1441, in cui si è sostenuto che, nella misura in cui il soggetto, detenuto in condizioni disumane o degradanti, abbia patito una sofferenza ulteriore, non dovuta, che viene quantificata in un giorno di detenzione ogni 10, non si vede perché di questa sofferenza non si debba tenere adeguatamente conto (*id est*: aver scontato 10 giorni di pena equivale in realtà ad averne “patiti” 11!) anche ai fini della maturazione dei termini per accedere ai benefici concessi all'ergastolano.

ruolo della Magistratura di Sorveglianza quale giudice di prossimità e naturale deputato alla tutela dei diritti dei detenuti, si evidenzia, da un lato, la primazia del rimedio per equivalente consistente nella riduzione di pena, e si riconosce, dall'altro, l'autonomia del ristoro pecuniario: la sua naturale complementarietà rispetto al rimedio per equivalente non comporta dunque l'esclusione della sua autonoma operatività ove quella congiunta non risulti possibile.

Ciò ha finito col suffragare talune prassi della Magistratura di Sorveglianza favorevoli alla concessione del rimedio pecuniario in alcune ipotesi non espressamente tipizzate, prassi che hanno poi trovato un definitivo avallo in talune pronunce della Corte di Cassazione e, nel caso degli internati, in un successivo arresto della Consulta⁶⁸: così ad esempio con riferimento ai soggetti in custodia cautelare⁶⁹; ai soggetti per cui sia intervenuta la scarcerazione per intercorso fine pena, nelle more della fissazione dell'udienza – per cui si assiste alla valorizzazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis*⁷⁰ – e ai soggetti a cui, nelle more della fissazione dell'udienza, sia stata concessa la detenzione domiciliare o l'affidamento in prova al servizio sociale⁷¹.

⁶⁸ Cfr. C. cost., 13 aprile 2017, n. 83, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento, cfr. A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale si pronuncia nuovamente sull'art. 35 ter o.p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, cit.

⁶⁹ Cfr.: Cass. pen., 14 giugno 2017, n. 35122, Lo Monaco, in *www.dejure.it*.

⁷⁰ Cfr. Cass. pen., 17 novembre 2016, n. 9661/2017, Cangelosi, in *www.dejure.it*, secondo cui «la scarcerazione del detenuto per avvenuta espiazione della pena detentiva, intervenuta dopo la proposizione dell'istanza-reclamo ai sensi dell'art. 35 ter o.p., con la quale si lamenta di avere patito carcerazione in condizioni disumane o degradanti in contrasto con l'art. 3 Cedu, non esclude la competenza del Tribunale di Sorveglianza a provvedere al riconoscimento del solo rimedio pecuniario del risarcimento del danno».

⁷¹ Cfr. Cass. pen., 17 novembre 2016, n. 9664, Della ragione, in *www.dejure.it*. Più recentemente la Corte di Cassazione è giunta ad affermare la competenza della Magistratura di Sorveglianza anche nel caso in cui il rimedio *ex art. 35 ter o.p.* fosse stato attivato da un soggetto già ammesso ad un beneficio extramurario. Cfr.: Cass. pen., 18 maggio 2017, n. 47052, Fazio, in *www.dejure.it*. Cfr. in dettaglio per un approfondimento delle diverse ipotesi richiamate A. MENGHINI, *La tipologia dei risarcimenti concedibili: i casi di applicazione del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario dopo la sent. costituzionale n. 204 del 2016*, cit., 536 ss.

3.16. L'epilogo della vicenda Torreggiani

Nonostante i rilievi critici evidenziati, la Corte di Strasburgo con le già richiamate pronunce, *Stella c. Italia* e *Rexhepi c. Italia*, ambedue del 25 settembre 2014, aveva dichiarato irricevibili alcuni ricorsi alla luce dell'art. 35 Cedu, per il mancato previo esperimento dei rimedi interni⁷². Si trattava all'evidenza di un caso di c.d. irricevibilità postuma, con cui la Corte riaffermava il principio di sussidiarietà della propria giurisdizione rispetto a quella interna, in quanto i ricorsi erano stati presentati prima dell'entrata in vigore dei rimedi degli artt. 35 *bis* e 35 *ter* o.p.

Il legislatore italiano, messo in mora, ha in prima battuta adottato due decreti legge, il n. 78 del 1 luglio 2013, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94, ed il n. 146 del 23 dicembre 2013, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10, con cui ha introdotto alcune misure atte ad incidere sia sul flusso di soggetti in ingresso nelle carceri, riducendolo, sia sul flusso in uscita, in particolar modo incentivandosi la portata applicativa delle misure alternative anche per il tramite dell'adozione di istituti a valenza temporanea, primo tra tutti la liberazione anticipata speciale⁷³.

Successivamente, coerentemente con queste decisioni, in data 8 marzo 2016, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha definiti-

⁷² Cfr. Corte eur. dir. Uomo, *Stella c. Italia*, cit., e sentenza Corte eur. dir. Uomo, *Rexhepi e altri c. Italia*, cit. Per un commento: A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 Cedu senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, cit.

⁷³ Per una puntuale trattazione di tutti i provvedimenti adottati con questi due decreti legge, cfr.: A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, in particolare 95 ss. Rammentiamo che in precedenza, il 13 gennaio 2010, era già stato dichiarato lo stato di emergenza e adottata la l. 26 novembre 2010, n. 199, c.d. legge svuota-carceri, introduttiva della misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive fino a 12 mesi, termine poi elevato a 18 mesi dal successivo d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 9. Sottolinea come sia lo stato di emergenza sia il messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica siano comunque sempre successivi alle condanne di Strasburgo, in particolare a quella del caso *Sulejmanovic c. Italia* del 2009, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1215 ss., rientrando in quella che l'Autore definisce «legalità sempre fuori tempo massimo». In argomento, cfr. anche C. FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 410 ss.

vamente archiviato l'*affaire* Torreggiani, valutando i rimedi approntati come effettivi, facilmente accessibili ed in grado di assicurare un'adeguata tutela⁷⁴.

Sulle ragioni di questa promozione è però lecito interrogarci. La decisione sembrava infatti già scritta ove si rifletta sull'*iter*: sospensione dei ricorsi pendenti; applicazione del principio di irricevibilità postuma ed infine "archiviazione" da parte del Comitato dei Ministri. Non ci si può invero nascondere che la Corte di Strasburgo avrebbe avuto il suo "bel da fare" nel gestire il numero esorbitante di ricorsi proveniente dal nostro paese. La decisione poi ha indubbiamente anche un sapore tutto politico, visto che la situazione di endemico sovraffollamento non è realtà che caratterizza unicamente il nostro paese⁷⁵.

3.17. *Un problema esegetico ancora irrisolto: il c.d. rinvio mobile e lo spazio minimo vitale*

L'ultima questione esegetica ancora da trattare è quella relativa alle implicazioni derivanti dalla cristallizzazione nell'art. 35 *ter* o.p. di un c.d. rinvio mobile: quale presupposto per il rimedio compensativo non solo viene evocato il pregiudizio derivante dalla violazione dell'art. 3

⁷⁴ Sembrano preconizzare una promozione dell'Italia da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa anche le sentenze pilota in materia di sovraffollamento Corte eur. dir. Uomo, 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13; Corte eur. dir. Uomo, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/12, 64586/2015, in cui l'Italia veniva additata come esempio virtuoso. Cfr. V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in <https://archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org>, 1 aprile 2015.

⁷⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1220-1223. L'Autore definisce la decisione come «ispirata alla categoria del verosimile», e dunque pericolosa in quanto «apparentemente attendibile», così *op. ult. cit.*, 1205-1206 e frutto in particolare della solidarietà tra Stati, così 1223. In argomento, cfr. anche F. FIORENTIN, *Strasburgo approva le riforme attuate in Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*, in *Guida dir.*, 2014, 42, 97 ss. Anche successivamente, l'Italia rimane però "sorvegliato speciale". Cfr. in argomento, F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, 3, 1 ss. ed in particolare 44 ss.

Cedu, ma si prevede più specificatamente un rinvio all'interpretazione che di quel principio fa la Corte di Strasburgo nelle sue pronunce. È questa la novità più rilevante che rappresenta certamente un *unicum* nel panorama nazionale e che, come vedremo, risente del fatto che anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo oscilla nel definire il concetto di umanità della pena.

Il rinvio all'art. 3 Cedu, che, come noto, prevede, oltre al divieto di tortura, anche quello di trattamenti disumani o degradanti, ha da subito posto un interrogativo quanto a portata applicativa del rimedio, sciolto nel senso di ritenere rilevanti non solo i pregiudizi connessi ad una situazione di sovraffollamento carcerario ma, più in generale, a qualsiasi condizione di detenzione contrastante con l'art. 3 Cedu, in grado di fondare un pregiudizio grave⁷⁶. A questo proposito, la Corte di Strasburgo ha sentito l'esigenza di rimarcare la necessità che il trattamento disumano o degradante di cui all'art. 3 Cedu raggiunga una soglia minima di gravità, da apprezzarsi, caso per caso, sulla base di circostanze oggettive, quali la durata e la gravità del trattamento, e di circostanze soggettive relative a qualità proprie della vittima (età, sesso, condizioni psicologiche etc.)⁷⁷.

Con specifico riferimento alle condizioni di sovraffollamento carcerario, la soglia minima di gravità è stata fissata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in 3 m² *pro capite* in cella multipla.

Fin dalla sua introduzione, la scelta di richiamare espressamente la necessità di attenersi all'interpretazione giurisprudenziale data dalla Corte europea aveva suscitato qualche perplessità da quanti avevano sottolineato come ciò implicasse per il giudice interno un obbligo di costante aggiornamento relativo alle possibili evoluzioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, naturalmente casistica, con possibili ricadute negative in termini di uniformità del trattamento⁷⁸ e, in ultima istanza, di

⁷⁶ La dottrina è concorde sul punto: per tutti, già A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, cit., 10. Cfr. anche S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in www.federalismi.it, 24 ottobre 2014; R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter.3 Ordinamento penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in www.questionegiustizia.it.

⁷⁷ Così già Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, *Jalloh c. Germany*, cit.

⁷⁸ Già nel periodo subito successivo all'entrata in vigore del rimedio, assai variegato appare in proposito il panorama delle decisioni dei Magistrati di Sorveglianza: esclusa la

certezza del diritto⁷⁹. Un flusso giurisprudenziale dunque che avevamo definito “a doppio rischio di sbandamento”⁸⁰.

Probabilmente le implicazioni di una scelta siffatta non erano state adeguatamente soppesate dal legislatore anche considerato che, al momento dell’entrata in vigore dell’art. 35 *ter* o.p., la posizione della Corte di Strasburgo, relativamente all’interpretazione da dare all’art. 3 Cedu, appariva consolidata a favore di un criterio squisitamente oggettivo facente riferimento, appunto, alla soglia dei 3 m², al di sotto del quale scattava la presunzione assoluta di violazione dell’art. 3 Cedu.

In particolare, proprio nelle sentenze *Sulejmanovic* e *Torreggiani*, la Corte aveva affermato che, in caso di spazio minimo *pro capite* in celle multiple inferiore ai 3 m², scattava la presunzione assoluta di violazione dell’art. 3 Cedu, mentre in caso di spazio minimo *pro capite* tra i 3 e i 4 m² vi era la necessità di valutare diversi elementi concorrenti, quali le scadenti condizioni igienico-sanitarie, la mancanza di aria o di luce, etc.

Ciò, quantomeno in un primo momento, aveva certamente avuto il pregio di offrire all’interprete un criterio spaziale certo: il riferimento ai 3 m² quale spazio detentivo minimo forniva infatti ai Magistrati di Sorveglianza un valido parametro oggettivo per verificare la sussistenza di una violazione dell’art. 3 Cedu.

computabilità della superficie del servizio igienico, si discute in particolare circa l’utile computo della superficie del letto (distinguendosi o meno tra quello in uso al detenuto e quello utilizzato dai concellini, con l’ulteriore variabile costituita dalla presenza di letti a castello), degli arredi (a loro volta distinti a seconda che siano fissi o meno) e dei pensili (a loro volta distinti in base alla loro altezza da terra). In dottrina, cfr. A. ALBANO, F. PICOZZI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell’arte*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1, 1 ss.

⁷⁹ Cfr., in questo senso, F. FIORENTIN, *Il vaso di pandora scopercchiato: la violazione dell’art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, 8; A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, in *Diritto penale processo*, 2017, 1, 122 ss.

⁸⁰ Cfr. A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, cit., 129. Cfr. in argomento anche A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1208 ss.

E, ciononostante, fin dall'entrata in vigore dell'art. 35 *ter* o.p., i giudici nazionali si erano trovati a confrontarsi con rilevanti dubbi interpretativi⁸¹, dovuti al fatto che la Corte di Strasburgo non aveva fornito un indirizzo uniforme rispetto alle modalità di computo dello spazio fruibile dal singolo detenuto, giungendo talvolta ad affermare come la superficie andasse calcolata al lordo del mobilio, talaltra venendo a riconoscere la necessità di scomputare la superficie occupata dai mobili⁸². Muovendosi in quest'ultima direzione, in taluni arresti la Corte europea aveva sostenuto la necessità di scomputare tutti gli arredi, in altri solo i letti. Infine, aveva fatto ricorso alla formula della «possibilità di muoversi liberamente nella cella»⁸³.

Conseguentemente, nella giurisprudenza di legittimità, in un primo momento, soprattutto dopo la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, si era affermata la tesi del computo al lordo del mobilio; più recentemente, invece, era andata affermandosi l'opposta tesi del calcolo al netto del mobilio inamovibile, tra cui il letto a castello⁸⁴.

⁸¹ Per una panoramica delle soluzioni adottate nella giurisprudenza di merito, adottate dopo l'entrata in vigore dell'art. 35 *ter* o.p., cfr. A. ALBANO, F. PICOZZI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, cit., I ss.; cfr., più recentemente, ID., *Il problematico recepimento della giurisprudenza Cedu da parte dei giudici interni*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, cit., 132 ss.

⁸² Per la posizione che difende il calcolo al lordo del mobilio, cfr. il caso *Sulejmanovic c. Italia*; per la tesi del calcolo al netto, cfr. il caso *Torreggiani c. Italia*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 3, 313.

⁸³ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 10 gennaio 2012, *Ananyev ed altri c. Russia*, cit.

⁸⁴ La Cassazione aveva dovuto, in un primo momento, limitare il proprio sindacato al solo profilo della violazione di legge *ex art. 71 ter* o.p. ritenendo in più di una pronuncia manifestamente inammissibile la questione: non avendo previsto infatti il nostro legislatore alcun parametro metrico di riferimento, né indici di densità/sovraffollamento della popolazione reclusa, non sarebbe stata ravvisabile alcuna inosservanza o erronea applicazione di norme di legge. In questo senso cfr. Cass. pen., 19 dicembre 2013, n. 5728, Berni, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1197 ss. che, dichiarando inammissibile il ricorso, ha ritenuto non sussistente violazione di legge *sub specie* di vizio di motivazione. Cfr. successivamente: Cass. pen. 27 novembre 2014, n. 53011, Vecchina, in *www.dejure.it*,

Correlativamente, la Magistratura di Sorveglianza, a fronte di un *concorda* generalizzato rispetto alla necessità di scomputare dalla superficie della cella quella occupata dai servizi igienici, ha registrato posizioni diverse relativamente agli arredi, che sono stati distinti a seconda del carattere fisso o meno, e dei pensili, diversamente valutati in base alla loro altezza da terra. Vivace anche il dibattito sulla necessità di scomputare lo spazio occupato dal letto, a seconda della tipologia – se singolo o a castello – e se del reclamante o dei concellini⁸⁵.

La questione relativa alle modalità di computo dello spazio minimo vitale che può apparire meramente “operativa” è invece centrale nel definire la portata applicativa del rimedio risarcitorio, concorrendo in ultima istanza a definire il parametro di umanità della pena. Infatti, e primariamente, in un ordinamento come il nostro, che non prevede legislativamente uno spazio minimo da riconoscersi ai detenuti⁸⁶, il parametro dei

relativamente all’ordinanza del 6 febbraio 2014 del Magistrato di Sorveglianza di Venezia, in *www.personaedanno.it*, con breve commento di F. Fiorentin. L’ordinanza del 6 febbraio 2014 citata è una delle prime decisioni adottate *ex art. 35 bis* o.p., nelle more della conversione del d.l. n. 146/2013, prima ancora dell’introduzione dell’art. 35 *ter* o.p. Il Magistrato di Sorveglianza affermava la piena vincolatività, per il tramite dell’art. 117, co. 1, Cost., delle norme della Cedu sia nei confronti del legislatore interno che del giudice. Si riconosceva dunque una violazione dell’art. 6 o.p. «interpretato alla luce della su-richiamata giurisprudenza della Cedu», e si affermava la necessità di valutare lo spazio minimo di 3 m² al netto del mobilio.

⁸⁵ In un primo momento è stato forse questo il profilo maggiormente dibattuto. Nella misura in cui lo scomputo sia ritenuto funzionale ad individuare lo spazio “vivibile” dal singolo soggetto ristretto, se ne è fatta discendere la necessità di sottrarre lo spazio occupato dai letti di quanti con lui dividono la cella. Maggiormente controversa è risultata la discussione con riferimento al letto di spettanza del reclamante. Nella misura in cui si è identificato lo spazio “vivibile” con quello utilizzabile per le attività quotidiane, si è tenuto in considerazione anche lo spazio occupato dal letto del detenuto reclamante, ove invece per spazio “vivibile” si è inteso quello calpestabile, che permette il libero movimento, si è optato per scomputare anche la superficie di quest’ultimo. Cfr. Cass. pen., Sez. Un., n. 6551/2021, cit., per una panoramica circa il variegato quadro della giurisprudenza di merito.

⁸⁶ Sul punto, cfr. *supra*, cap. III, sez. I, nt. 162. Cfr. le Regole penitenziarie europee, in particolare la regola n. 18, par. 1, che prevede che i locali di detenzione, ed in particolare quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte, debbono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana e, per quanto possibile, della vita privata, e rispondere alle condizioni minime richieste in materia di igiene e sanità, tenuto conto delle condizioni climatiche segnatamente per quanto riguarda la superficie, la cubatura

3 m², introiettato a livello interno per il tramite della clausola mobile di cui all'art. 35 *ter* o.p., costituisce il baluardo ultimo oltre il quale le condizioni di detenzione debbono essere considerate disumane o degradanti, per ciò stesso in spregio al parametro costituzionale di cui all'art. 27 co. 3 Cost. e a quello di cui all'art. 3 Cedu.

Dopo poco meno di due anni dall'entrata in vigore del rimedio compensativo, la Corte di Strasburgo, nel caso *Muršić c. Croazia*, è giunta a stravolgere i principi già affermati in Torreggiani⁸⁷. La Corte europea ha qui richiamato il c.d. *Ananyev test*, in cui si determinano gli *standard* minimi che riflettono gli obblighi positivi imposti agli Stati per scongiurare la violazione dell'art. 3 Cedu: la presenza di un letto individuale, lo spazio minimo *pro capite* pari ad almeno 3 m² e la possibilità, per il detenuto, di muoversi liberamente all'interno della cella. L'assenza anche di uno soltanto di questi requisiti fonda una forte presunzione di violazione dell'art. 3 Cedu, come tale confutabile dal Governo resistente attraverso la prova della sussistenza di tre elementi compensativi concorrenti individuati dalla Corte della durata del pregiudizio, che non può che essere breve, occasionale o non rilevante; nella possibilità di poter uscire dalla cella e svolgere attività trattamentali (ricreative, lavorative, formative); nel fatto che l'istituto sia una struttura che offre adeguate condizioni detentive.

d'aria, l'illuminazione, il riscaldamento e l'areazione. Esse impongono anche agli Stati di definire gli *standard* minimi e di prevedere dei meccanismi che garantiscano il rispetto di dette condizioni minime.

⁸⁷ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 12 marzo 2015, *Muršić c. Croazia*, cit. Per un commento della sentenza della sezione semplice, cfr. F. FIORENTIN, *Il vaso di pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, cit., 1 ss.; D. RANALLI, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. penit. crim.*, 2014, 3, 169 ss. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, *Muršić c. Croazia*, cit. Per un commento di quest'ultima sentenza: M. RUOTOLO, *Luci e ombre della sentenza Muršić*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it; F. CAPPELLETTI, *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario rivisti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in *Giur. pen.*, 2017, 4, 1 ss.; A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, cit., 122 ss. Conforme, più recentemente: Corte eur. dir. Uomo, 3 dicembre 2019, *Petrescu c. Portogallo*, ric. n. 23190/17.

Il parametro dei 3 m² permane dunque quale *relevant minimum standard*, al di sotto del quale scatterà una presunzione forte, seppur non irrefutabile, di violazione dell'art. 3 Cedu⁸⁸.

La decisione non ha mancato di suscitare commenti contrastanti tra quanti hanno salutato con favore l'approccio multifattoriale⁸⁹ e quanti invece hanno fortemente criticato questa scelta⁹⁰.

A nostro modo di vedere, il criterio spaziale è di fatto l'unico in grado di assicurare un'uniforme applicazione del rimedio di cui all'art. 35 *ter* o.p., garantendo la prevedibilità delle decisioni. Inoltre, come giustamente sottolinea il giudice Pinto de Albuquerque nella sua *dissenting opinion*⁹¹, il giudizio multifattoriale permette di elevare a fattori di compensazione della *strong presumption* di violazione dell'art. 3 Cedu, legata ad uno spazio vitale inferiore ai 3 m², elementi che dovrebbero invece costituire la regola nell'esecuzione di una pena rispettosa dell'art. 3 Cedu e, per quanto ci riguarda, dei canoni previsti all'art. 27 co. 3 Cost.⁹². L'idea della compensazione implicherebbe quantomeno la necessità di dare la prova di elementi positivi superiori alla media, tali da controbilanciare le mancanze sul versante dello spazio minimo vitale.

⁸⁸ In ciò la Corte ritiene di non discostarsi dalla propria giurisprudenza maggioritaria: viene richiamato il *leading case* Corte eur. dir. Uomo, Grande Camera, 22 maggio 2012, *Idalov c. Russia*, ric. n. 5826/03, in cui si disattende il parametro individuato dal CPT pari a 4 m² sottolineando il diverso ruolo di quest'ultimo e rimarcando il proprio quale giudice del caso concreto.

⁸⁹ Saluta con favore l'approccio multifattoriale, ad esempio: M. RUOTOLO, *Luci e ombre della sentenza Muršić*, cit., 2.

⁹⁰ Parla di vero e proprio arretramento nello *standard* di tutela A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti disumani e degradanti*, cit., 783 ss. ed in particolare 795 ss.

⁹¹ Fornisce un quadro puntuale delle numerose *dissenting opinions* relative alla sentenza *Muršić c. Croazia*: F. CANCELLARO, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 novembre 2016. Cfr. anche F. CAPPELLETTI, *Penelope disfa la tela*, cit., 6 ss.

⁹² Se può aver senso richiedere la sussistenza di ulteriori elementi negativi allorquando lo spazio sia superiore al minimo di riferimento e, segnatamente, compreso tra i 3 e i 4 m², non appare invece né logico né condivisibile giustificare eventuali mancanze sul versante dello spazio minimo provando la sussistenza di elementi che nulla aggiungono a quelle che dovrebbero essere le ore d'aria minime riconosciute per legge, l'offerta trattamentale rieducativa e le caratteristiche *standard* degli istituti di pena.

Inoltre, anche i criteri compensativi appaiono non solo del tutto indeterminati, e dunque forieri di legittimare le più disparate applicazioni con un sicuro ritorno in termini di violazione della parità trattamentale e prima ancora della certezza del diritto⁹³, ma contribuiscono a revocare in dubbio, come bene è stato messo in evidenza in dottrina, lo stesso dogma dell'assolutezza del diritto cristallizzato all'art. 3 Cedu, impedendo alla Corte di Strasburgo di svolgere adeguatamente il suo ruolo nella definizione certa dello *standard* minimo di tutela che ogni Stato membro dovrebbe apprestare⁹⁴.

Il rischio di disparità applicative, da parte della giurisprudenza interna, a fronte di situazioni del tutto assimilabili, appariva dunque del tutto percepibile ed ulteriormente enfatizzato, all'ennesima potenza, dall'obbligo di adeguarsi agli sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo⁹⁵.

Nella sentenza *Muršić c. Croazia*, la Grande Camera si è inoltre espressa anche rispetto ai criteri di computo dello spazio minimo vitale: nel par. 114 si precisava infatti che lo spazio occupato dai servizi igienici dovesse essere scomputato dalla superficie totale a differenza di quello occupato dai mobili. «L'importante» – aggiungeva la Corte – «è stabilire se il condannato avesse la possibilità di muoversi liberamente nella cella».

A fronte di questo arresto che sembra, quantomeno di primo acchito, contraddire la tesi del computo al netto del mobilio inamovibile⁹⁶, la

⁹³ Cfr. A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, cit., 129; F. FIORENTIN, *Il vaso di pandora scoperto*, cit., 8.

⁹⁴ Così A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti disumani e degradanti*, cit., 799.

⁹⁵ Sottolinea come ciò sia inesorabilmente connesso al difetto di prevedibilità rispetto all'esito dei ricorsi con una grave ripercussione in termini di certezza del diritto, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., 1209.

⁹⁶ Non si era mancato in realtà di proporre una lettura pienamente rispettosa del canone di umanità della pena, sostenendo che proprio l'inciso finale avrebbe permesso di sostenere che gli arredi, tra cui anche il letto, che intralciano il libero movimento all'interno della cella, debbano essere comunque scomputati. Così, tra i primi commentatori, A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, cit., 131.

Cassazione ha mostrato oscillazioni tali che la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite⁹⁷.

In particolare, la prima sezione della Cassazione, nel rimettere la questione alle Sezioni Unite, ha sottolineato come la giurisprudenza di legittimità sembrasse divergere sulla stessa nozione di “spazio disponibile”. In alcuni casi la Cassazione aveva infatti identificato lo spazio disponibile con la superficie materialmente calpestabile, deducendone la necessità di procedere al calcolo al netto del mobilio, senza alcuna distinzione di sorta⁹⁸. In altri casi la Cassazione aveva assimilato il concetto di “spazio disponibile” con quello di spazio di normale movimento, applicando conseguentemente un criterio di computo al lordo del mobilio purché fosse assicurata a ciascun detenuto la possibilità di muoversi liberamente nella cella.

In particolare, il contrasto si era poi appuntato sul carattere fisso degli arredi da scomputare contribuendo ad alimentare una *querelle* relativa alla scomputabilità o meno del letto, che, in alcuni casi, aveva dato luogo ad un distinguo con epiloghi diversi in termini di possibile scomputo dalla superficie occupata dal medesimo a seconda della tipologia (singolo o a castello)⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. Cass. pen., 21 febbraio 2020, n. 14260, Commisso, in *www.dejure.it*, con nota di L. FABBRONI, *Trattamento inumano o degradante nella detenzione: calcolo dello spazio minimo pro capite e fattori compensativi della strong presumption di violazione dell'art. 3 CEDU. La parola alle Sezioni Unite*, in *Giur. pen. trim.*, 2020, 3, 51 ss. Cfr. Cass. pen., Sez. Un., n. 6551/2021, cit., con nota di A. MINELLA, *Le Sezioni Unite sul calcolo dello spazio vitale minimo al detenuto: una tutela “a ribasso” che urge innalzare*, in *Riv. pen.*, 2021, 11, 963 ss.; F. FIORENTIN, *Una sentenza ambigua che lascia aperte rilevanti questioni interpretative: le Sezioni Unite intervengono su alcuni profili della disciplina in materia di rimedi risarcitori per violazione dell'art. 3 Cedu*, in *www.ilpenalista.it*, 4 marzo 2021; A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 796 ss.

⁹⁸ Cfr. Cass. pen., 27 novembre 2014, n. 53011, cit. La citata posizione ha continuato a trovare tra i giudici di legittimità convinti sostenitori anche successivamente a questa pronuncia, tutte le volte in cui i mobili fossero fissi e dunque inamovibili e, in quanto tali, impedissero il libero movimento nella cella. Cfr.: Cass. pen., 17 novembre 2016, n. 13124, Morello, in *www.dejure.it*; Cass. pen., 17 novembre 2017, n. 12338, Agretti, inedita; Cass. pen., 17 agosto 2017, n. 39207, Gongola, in *Dir. Giust.*, 23 agosto 2017.

⁹⁹ Hanno ritenuto scomputabile solo il letto a castello in quanto considerato arredo fisso e dunque inamovibile e ingombrante: Cass. pen., 17 novembre 2016, n. 16418, Loreface; Cass. pen., 18 novembre 2015 n. 3202, Borrelli. Per la tesi della scomputabilità

Le Sezioni Unite sottolineano come la previsione del rinvio mobile, abbia dato luogo al

primo caso di espressa integrazione diretta del sistema normativo interno ai contenuti della giurisprudenza sovranazionale, elevati, in questa materia, a parametro normativo, vincolante *erga omnes* per l'interpretazione e qualificazione della condotta¹⁰⁰,

sia pure operante solo con riferimento agli orientamenti consolidati della Corte di Strasburgo¹⁰¹.

Il giudice interno è dunque chiamato ad uno sforzo importante di conoscenza in prima battuta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 3 Cedu, ma anche di verifica del carattere consolidato o meno di tale giurisprudenza e, infine, di analisi attenta delle decisioni, al fine di verificare se il portato delle pronunce sia chiaro e univoco o richieda, piuttosto, un ulteriore sforzo esegetico, di interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata¹⁰².

del letto, sempre e comunque, sulla base dell'irrelevanza delle diverse possibili modalità di utilizzo del letto, trattandosi comunque di funzioni diverse da quella di permettere il libero movimento: Cass. pen., 9 settembre 2016, n. 52819, Sciuto, cit. Si tratta però di giurisprudenza rimasta minoritaria. Per un commento, cfr. M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, cit., 311 ss. In altre pronunce, oltre al parametro della fissità al suolo, si faceva riferimento ad altre considerazioni – a nostro parere non conferenti rispetto al parametro del libero movimento – relative alla fruibilità degli arredi per esigenze di alimentazione e riposo, che avevano comportato l'impossibilità di scomputare lo spazio occupato dal letto singolo. Così, ad esempio: Cass. pen., 16 novembre 2016, n. 40520, Triky, in *www.dejure.it*.

¹⁰⁰ Così Cass. pen., Sez. Un., n. 6551/2021, cit.

¹⁰¹ Per la limitazione dell'obbligo di interpretazione conforme alla sola giurisprudenza convenzionale consolidata, cfr. C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento, cfr. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 333 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, *ivi*, 318 ss.

¹⁰² Si tratta di operazioni non immediate, soprattutto alla luce del numero consistente di decisioni non sempre disponibili in lingua italiana, del metodo casistico proprio della Corte di Strasburgo e della necessità di misurarsi comunque con le specificità proprie di ciascun ordinamento degli Stati membri. Cfr., sul punto, anche F. GIANFILIPPI, *Il let-*

Coerentemente le Sezioni Unite concludono che il sistema di etero-definizione di cui al rinvio mobile non permette l'utilizzo da parte del giudice nazionale di criteri diversi, neppure ove più favorevoli, di quelli adottati dalla Corte di Strasburgo¹⁰³.

Il caso di specie sarebbe, però, secondo le Sezioni Unite, uno di quelli in cui «non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare»: il fatto che la Corte europea abbia affermato che debba essere scomputata la sola superficie occupata dai servizi igienici e non quella degli arredi, ma abbia poi aggiunto che «l'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi liberamente nella cella» può dare infatti adito a letture contrastanti.

Secondo una prima interpretazione, sostenuta dall'Amministrazione ricorrente e dal Procuratore generale e da parte della magistratura di merito, le due proposizioni andrebbero considerate autonome e apprezzate in due tempi cronologicamente e logicamente successivi: prima il computo della metratura al lordo del mobilio, poi la verifica empirica del libero movimento in cella. Secondo una diversa lettura, sostenuta da parte della giurisprudenza di legittimità, le proposizioni andrebbero lette in combinato disposto in quanto la lettura disgiunta renderebbe il secondo parametro generico e di difficile applicazione¹⁰⁴.

to (di Procuste) e le Sezioni Unite - sent. n. 6551/2021: il punto sugli spazi detentivi minimi e un'occasione per parlare ancora di giurisprudenza convenzionale e limiti all'apprezzamento del giudice nazionale, in www.giustiziainsieme.it, 2 marzo 2021.

¹⁰³ Questa invece la posizione largamente condivisa anche dalla dottrina che si era espressa sul punto e della più recente Cassazione. Cfr. in dottrina, per tutti: A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti disumani e degradanti*, cit., 816, la quale giungeva a ventilare un possibile profilo di illegittimità costituzionale ex art. 117 co. 1 Cost. in combinato disposto con l'art. 53 Cedu; in giurisprudenza: Cass. pen., 23 gennaio 2019, n. 15554, Inserra, in www.dejure.it, sulla scorta della considerazione che «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa». *Contra*, A. ALBANO, F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza Cedu da parte dei giudici interni*, cit., 132 ss.

¹⁰⁴ Secondo questo orientamento, in materia di diritti fondamentali vigerebbe l'obbligo di fornire, nel sistema interno, la più ampia tutela possibile. Il rispetto degli obblighi internazionali non potrebbe mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a

È quest'ultima, a detta delle Sezioni Unite, l'interpretazione da preferire in quanto essa permette di apprezzare la natura completamente ostativa al movimento di un armadio o di un letto a castello, approdo interpretativo suffragato anche dall'etimo della parola mobile che, in lingua francese, evoca l'amovibilità.

Tanto permette alle Sezioni Unite di affermare il seguente principio di diritto: «Nella valutazione dello spazio minimo di 3 metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e pertanto vanno detratti gli arredi fissi al suolo, tra cui il letto a castello».

Se l'epilogo cui pervengono le Sezioni Unite appare in linea con la tesi del computo al netto dei mobili fissi o comunque difficilmente amovibili, non pare che le argomentazioni addotte siano sempre impeccabili. Ciò fatalmente si riverbera sulla portata generale della pronuncia che non chiarisce la questione dibattuta della detraibilità o meno dello spazio occupato dal letto singolo e rischia invece di creare *pro futuro* ulteriori *querelles* interpretative¹⁰⁵.

Le Sezioni Unite, con riferimento specifico all'art. 35 *ter* o.p., rigettano infatti l'opinione secondo cui il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali debba essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie¹⁰⁶, anche attraverso lo

quella predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Cfr., in particolare, C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *www.cortecostituzionale.it*. Nella giurisprudenza di legittimità che ha fatto applicazione di tali argomentazioni, cfr. da ultimo: Cass. pen., 23 gennaio 2019, n. 15554, cit., in cui leggiamo: «Va ribadito, in proposito, che a partire, essenzialmente, dalla sentenza Sez. 1[^] n. 52819 del 9.9.2016, ric. Sciuto, è andata affermandosi e consolidandosi – nella presente sede di legittimità – l'idea dell'adattamento dei contenuti delle sentenze emesse – sul diritto fondamentale di cui all'art. 3 Conv. – dalla Corte EDU a criteri ermeneutici che, senza intaccarne i passaggi argomentativi, siano capaci di compiere una piena "attribuzione di valore" alla *ratio* ispiratrice della singola decisione». Recisamente critici rispetto a quanto espresso nella sentenza Sciuto: A. ALBANO, F. PICOZZI, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza Cedu su sovraffollamento carcerario: anamorfofi della sentenza "Muršič"*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2875 ss., che parlano di vero e proprio fraintendimento delle regole alla base del *test Ananyev*.

¹⁰⁵ Cfr. F. GIANFILIPPI, *Il letto (di Procuste) e le Sezioni Unite - sent. n. 6551/2021: il punto sugli spazi detentivi minimi e un'occasione per parlare ancora di giurisprudenza convenzionale e limiti all'apprezzamento del giudice nazionale*, cit.

¹⁰⁶ E, nell'affermare ciò, le Sezioni Unite propongono un'ampia digressione sul mandato di arresto europeo, ove la Corte di Giustizia mette in luce come il concetto di tratta-

sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti¹⁰⁷.

A nostro modo di vedere, invece, è proprio il ruolo della Corte di Strasburgo che definisce gli *standard* minimi di tutela a legittimare un'interpretazione del c.d. *Ananyev test*¹⁰⁸ che si risolve in una miglior tutela della persona detenuta, interpretazione che peraltro appare perfettamente in linea con quanto previsto dall'art. 27 co. 3 Cost.¹⁰⁹. Date queste pre-

mento disumano o degradante debba essere quello adottato nell'interpretazione offertane dai giudici di Strasburgo, affermando perciò che il giudice nazionale non possa discostarsi da questa, neppure adottando *standard* più elevati rispetto a quelli individuati a Strasburgo, pena il pregiudizio dei principi della *mutual trust* e della *mutual recognition*, che fondano l'obbligo di eseguire le richieste di consegna tra gli Stati membri.

¹⁰⁷ Nella specie il riferimento corre ovviamente all'art. 27 Cost., che vieta di irrogare ed eseguire pene contrarie al senso di umanità. Nello stesso senso F. GIANFILIPPI, *Il letto (di Procuste) e le Sezioni Unite sent. n. 6551/2021: il punto sugli spazi detentivi minimi e un'occasione per parlare ancora di giurisprudenza convenzionale e limiti all'apprezzamento del giudice nazionale*, cit., 4, il quale richiama l'attenzione sul ruolo nevralgico del giudice nazionale, interprete primo della Cedu, che nella sua opera di interpretazione, anche costituzionalmente orientata, può legittimamente giungere ad un innalzamento degli *standard* di tutela rispetto a quelli, minimi, che naturalmente caratterizzano il sistema convenzionale che ha a che vedere con una pluralità di sistemi nazionali e giudica il singolo caso concreto. Non possiamo infatti non notare che la tesi del computo al lordo, su cui andrebbe ad innestarsi l'apprezzamento di fatto della libertà di movimento all'interno della cella, inciderebbe in maniera rilevante e deteriore sull'apprezzamento del fattore sovraffollamento, che sopra i 4 m², come affermano le Sezioni Unite, non rileva, dovendo la violazione dell'art 3 Cedu essere provata in base alla sussistenza di altri e diversi elementi negativi.

¹⁰⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *Luci e ombre della sentenza Muršić*, cit., 3, aveva affacciato la possibilità di ritenere che fosse possibile quantomeno tentare di "resistere" alla novità imposta dalla sentenza *Muršić*, valorizzando in particolar modo il principio di massima espansione dei diritti fondamentali, con soluzioni giurisprudenziali interne che assicurassero una miglior tutela, seppure considerandola ardita alla luce del dettato normativo dell'art. 35 *ter* o.p.

¹⁰⁹ «La Cedu e la giurisprudenza convenzionale "fanno sistema" con l'art. 27 co. 3 Cost. (oltre che con gli artt. 2, 32 Cost.) salvaguardando la dignità umana nella sua dimensione di super valore non bilanciabile che orienta, ancora una volta, il giudice nell'interpretazione dei canoni normativi». Così R.G. CONTI, *I diritti fondamentali. L'art. 3 Cedu e il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti e l'Italia*, Relazione tenuta durante un convegno organizzato il 10 aprile 2017 presso il Palazzo di Giustizia di Milano e pubblicata tra i materiali della Scuola Superiore della Magistratura - Formazione decentrata.

messe, sarebbe stato semplice inferire che l'obbligo di conformarsi alle disposizioni della Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, scatta solo nella misura in cui le stesse impongano uno *standard* di tutela superiore rispetto a quello interno. Se la funzione della Corte europea nell'interpretare le disposizioni della Cedu è infatti quella di fissare uno *standard* minimo, salva la possibilità per gli Stati membri di apprestare tutele maggiori, nemmeno il rinvio mobile di cui all'art. 35 *ter* o.p. potrebbe operare ove foriero di una diminuzione di tutela in pregiudizio ai detenuti¹¹⁰.

Non sembra in quest'ottica risolutiva neppure la proposta recentemente formulata dalla Commissione Ruotolo per la riforma del sistema penitenziario, che ha suggerito di inserire, in una norma del Regolamento esecutivo – l'art. 6 – un nuovo comma 8 in cui viene individuato lo spazio minimo vitale *pro capite* pari a 3 m² – parametro in linea con quello utilizzato a Strasburgo – indicandosi espressamente il criterio di computo di detto spazio che deve essere calcolato al netto dei servizi igienici e degli arredi «tendenzialmente fissi».

L'opzione lascia perplessi da un duplice punto di vista. Da un lato, ci sarebbe sembrata più opportuna, e in linea con il principio di riserva di legge, la previsione della disciplina all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario; dall'altro, il riferimento alla tendenziale fissità degli arredi quale criterio discretivo rischia di alimentare ulteriormente l'incertezza che già il requisito della fissità *tout court* contribuisce a produrre.

Nulla infatti osterebbe alla previsione di una norma di maggior favore rispetto allo *standard* minimo riconosciuto ed affermato a Strasburgo. Ed anzi, nell'ottica della tutela naturalmente residuale della Corte europea, l'opzione di introdurre un riferimento normativo siffatto sarebbe da salutare con estremo favore. Ciò dovrebbe avere come conseguenza indotta una potenziale maggiore azionabilità del rimedio preventivo che, ove risolutivo, potrebbe anche comportare una fisiologica riduzione delle istanze *ex art. 35 ter* o.p. La scelta del nostro legislatore, infatti, invo-

¹¹⁰ L'argomentazione adottata ci ha permesso di concludere per la tesi dello scomputo di qualsiasi mobile che occupi porzioni rilevanti di superficie. Cfr. per un approfondimento sul tema A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, cit., 796 ss. ed in particolare 803 ss.

cando il parametro di cui all'art. 3 Cedu, è stata quella di voler collegare la possibilità di azionare il rimedio compensativo non rispetto a tutte le violazioni dei diritti dei detenuti riconosciuti nel nostro ordinamento, ma solo di quelle ritenute di tale gravità da integrare il parametro "soglia" del trattamento disumano o degradante di cui all'art. 3 Cedu.

Da ultimo, rispetto al potenziale perimetro applicativo di cui all'art. 3 Cedu, riteniamo di poter affermare che lo stesso potrebbe, in assenza di una previsione normativa *ad hoc*, essere azionato dalle persone detenute anche rispetto all'intero periodo di pandemia, a prescindere dalla superficie utile disponibile *pro capite*. È infatti di tutta evidenza come la contingente pandemia ed in particolare la necessità di prevenire la diffusione del contagio all'interno degli istituti di pena – in cui già fisiologicamente si trovano moltissime persone concentrate in un ridotto spazio vitale – abbiano comportato un'ulteriore compressione dei diritti delle persone detenute con un carico di afflittività ulteriore rispetto a quello ontologicamente connesso alla privazione della libertà personale dovuta all'esecuzione della pena in carcere. Se, come la Consulta ha affermato in più occasioni, è proprio l'afflittività connaturale all'esecuzione della pena in carcere a fungere da limite ad ulteriori compressioni dei diritti, è di tutta evidenza come la pandemia abbia agito da catalizzatore conculcando i diritti delle persone detenute¹¹¹.

¹¹¹ Cfr. A. MENGHINI, *Il carcere al tempo del coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della Magistratura di Sorveglianza e repliche "garantiste" del Governo*, cit., 823 ss.; ID., *La rieducazione nella fase esecutiva: percorsi giurisprudenziali e realtà carceraria*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 165 ss.; V. POLIMENI, *Il diritto alla salute dei detenuti ai tempi del COVID-19: strumenti di tutela e possibili profili di violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Riv. it. med. leg. e del diritto in campo sanitario*, 2020, 2, 849 ss.; G. D'ANGIOLELLA, P. TOZZO, L. CAENAZZO, *Pandemia da COVID-19 e carceri: profili etici*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, 2, 863 ss.

CAPITOLO QUARTO

I CIRCUITI PENITENZIARI

SEZIONE I

LA FOTOGRAFIA DELL'ESISTENTE

SOMMARIO: 4.1. Trattamento penitenziario e trattamento rieducativo. 4.2. L'apparente contraddizione tra il principio della parità di trattamento e il principio dell'individualizzazione del trattamento. 4.3. I criteri di riferimento per la differenziazione degli istituti di pena e per l'assegnazione dei detenuti. 4.3.1. I criteri oggettivi legati a posizione giuridica, età e sesso. 4.3.2. I criteri di cui all'art. 14 co. 3 o.p. 4.3.3. Le esigenze di sicurezza quale criterio di riferimento primario del circuito di Alta Sicurezza 4.3.4. La frantumazione dei c.d. rinvii a catena sui criteri per la differenziazione/assegnazione e i limiti alle esigenze di ordine e sicurezza. 4.4. Regimi e circuiti. 4.5. I circuiti penitenziari nella loro ampia accezione e le sezioni ex art. 32 co. 3 reg. esec. 4.5.1. Il circuito di Media sicurezza. 4.5.1.1. Il riordino della Media sicurezza: la circolare DAP del luglio 2022. 4.5.2. Il circuito di Alta sicurezza.

4.1. Trattamento penitenziario e trattamento rieducativo

Se volgiamo lo sguardo alle Regole penitenziarie europee nella loro più recente formulazione del 2020 riscontriamo, da un lato, l'affermazione dei principi di umanità e dignità della pena e, dall'altro, il riferimento alla finalità di reinserimento sociale della stessa, enunciati esattamente in quest'ordine¹.

¹ Nei considerando d'apertura delle Regole penitenziarie europee si legge che «[...] L'esecuzione delle pene privative della libertà e la presa in carico dei detenuti devono prendere in considerazione gli imperativi di sicurezza, di ordine e di disciplina e, allo stesso tempo, devono garantire le condizioni di detenzione che non portino pregiudizio alla dignità umana e offrire delle occupazioni costruttive e una presa in carico che per-

Lo stesso dato costituzionale ci riporta al medesimo distinguo tra il trattamento c.d. penitenziario e quello propriamente rieducativo². Se infatti il primo deve essere informato al canone di umanità della pena, non potendo le pene consistere in trattamenti contrari al senso di umanità – principio questo che deve essere valido nei confronti di tutte le persone detenute, siano esse condannate, internate o imputate e che trova adeguata tutela anche nell’art. 3 Cedu – il trattamento rieducativo diventa lo strumento, nel momento dell’esecuzione della pena, per la migliore realizzazione della stessa finalità rieducativa.

Non possiamo che riproporre qui le considerazioni già svolte sul significato da riconoscere al rapporto tra i due principi costituzionali espressi all’art. 27 co. 3 Cost., nel senso di riaffermare che una pena dignitosa sia condizione necessaria per la traduzione in essere della finalità rieducativa della pena³.

La legge sull’ordinamento penitenziario, all’art. 1 o.p., riproduce non a caso l’ordine già cristallizzato nella norma costituzionale, disciplinan-

mettano la preparazione al loro reinserimento sociale». Seguono i principi fondamentali, di cui il primo, facendo riferimento ai diritti fondamentali, evoca il concetto di dignità: «Tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell’uomo», mentre il sesto si riferisce alla finalità rieducativa laddove afferma che: «La detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà».

² Alcuni Autori preferiscono distinguere tra trattamento in senso normativo e trattamento in senso penitenziario criminologico, intendendo con il primo termine l’insieme dei diritti e dei doveri facenti capo al detenuto e con il secondo gli interventi finalizzati ad incidere sul soggetto al fine di condurlo al suo reinserimento sociale. Cfr., in questo senso: S. BELLOMIA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 921; L. DAGA, (voce) *Trattamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, 1304. Sottolineano come la difficoltà di distinguere tra i due concetti non abbia permesso all’art. 13 o.p. di «illuminare con sufficiente chiarezza finalità e natura del trattamento “individualizzato”», L. CARACENI, A. BERNASCONI, *Sub art. 13 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 164. Distingue tra trattamento penitenziario e regime penitenziario identificando, con il primo termine, l’insieme delle norme che regolano la quotidianità del carcere e, con il secondo, il complesso di situazioni soggettive attive e passive facenti capo al detenuto, G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, XIII.

³ Parla di rapporto di complementarità, F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino, 2018, 12. Per un approfondimento, cfr. *infra*, sez. II, par. 4.6.

do, al primo comma, il trattamento penitenziario ed ivi definendone le due direttrici fondamentali – umanità e dignità – cui si assomma il rispetto del principio di eguaglianza nell'esecuzione della pena, prevedendosi il divieto di discriminazioni.

Il riferimento al trattamento rieducativo è stato invece significativamente inciso dalla mini-riforma del 2018, che ha modificato quanto previsto al previgente comma 6⁴, inserendo un nuovo comma 2 del seguente tenore: «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». Questa modifica contribuisce a complicare (ancora di più) il rapporto tra trattamento penitenziario e rieducativo, in quanto il reinserimento sociale viene oggi espressamente riferito al trattamento penitenziario e non più a quello rieducativo, «con una scelta che mal si concilia con le coordinate del sistema»⁵.

La modifica non è di poco conto perché, nella nuova formulazione, è venuto meno il riferimento espresso al concetto di trattamento rieducativo ed ai destinatari dello stesso (condannati e internati). È questa in realtà l'unica difformità tra la proposta di modifica dell'art. 1 o.p., avanzata dalla Commissione Giostra in attuazione alla legge delega Orlando, in cui non si mancava di individuare espressamente gli obiettivi dell'autonomia, responsabilità, socializzazione e integrazione – oggi richiamati al comma 1 – riferendoli però al trattamento rieducativo.

La dottrina più accreditata ha sempre ritenuto che trattamento penitenziario e rieducativo si pongano in un rapporto di genere a specie⁶,

⁴ Il previgente comma 6 prevedeva: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

⁵ Cfr. V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, ed. 2019, cit., 8.

⁶ Così L. MARTUCCI, *Il trattamento in carcere degli autori di reato sessuale e i progetti strutturati di trattamento*, in D. PAJARDI, (a cura di), *Oltre a sorvegliare e punire. Esperienze e riflessioni di operatori su trattamento e cura in carcere*, Milano, 2008, 216; V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2015, cit., 6; G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, settima ed., 2019, 88; L. DAGA, (voce) *Trattamento penitenziario*, cit., 1304;

fornendo del trattamento penitenziario una definizione ampia, secondo cui vi rientrerebbero le disposizioni che regolano l'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà – riferite sia ai condannati che agli imputati –, la disciplina delle regole di vita interna agli istituti ed i principi che informano le modalità di relazione tra gli afferenti l'Amministrazione penitenziaria e i detenuti, *rectius* il complesso di posizioni attive e passive facenti capo ai detenuti⁷, mentre il trattamento rieducativo, sua *species*, sarebbe indirizzato esclusivamente a condannati e internati e consisterebbe nell'«insieme di tecniche modificative della personalità del condannato poste in essere al fine di favorirne la rieducazione e il reinserimento nella società»⁸.

Peraltro, nella legge sull'ordinamento penitenziario non è dato rintracciare alcuna definizione espressa della locuzione “trattamento”, tanto che autorevole dottrina ha parlato a questo proposito di percorso per “avvicinamento progressivo”, mettendo bene in evidenza come il legislatore si premuri di definire i limiti del trattamento (art. 1 o.p.), le condizioni-presupposto (artt. 5 ss. o.p., 6 ss. reg. esec.), le modalità di traduzione in essere (art. 13 o.p.), e gli elementi costitutivi (art. 15 o.p.)⁹, senza mai però definire il concetto¹⁰.

S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI, S. FALDI, *Diritto penitenziario*, Roma, 2016, 51. Cfr. anche, F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *Sub art. 1 o.p.*, in ID. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 7, secondo cui il trattamento penitenziario sarebbe un *genus* «comprendente le particolari disposizioni e attività che regolano e assistono la privazione della libertà per l'esecuzione di una sanzione penale o di altra misura restrittiva» di cui la *species* sarebbe il c.d. regime penitenziario «comprensivo delle norme che disciplinano la vita quotidiana all'interno degli stabilimenti di pena – contenute, soprattutto, nel regolamento penitenziario – nonché il complesso di posizioni giuridiche attive e passive facenti capo al detenuto e i principi di gestione degli istituti penitenziari».

⁷ Così S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. GONNELLA (a cura di), *Riforma Ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 15.

⁸ Così L. DAGA, (voce) *Trattamento penitenziario*, cit., 1304.

⁹ Cfr. B. GALGANI, *Sub art. 13 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 157. Di tutta evidenza come le citate norme si riferiscano in alcuni casi al solo trattamento penitenziario o rieducativo, in altri ad entrambi, come accade ad esempio per il primo comma dell'art. 13 o.p.

¹⁰ Così T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2016, 259.

Già in base alla formulazione della legge sull'ordinamento penitenziario precedente al 2018, la ricaduta dell'omni-presenza del termine "trattamento" sembrava sortire la conseguenza di "confondere le acque". «Una mescolanza siffatta di significanti e significati ha prodotto come effetto quello di abbassare indiscriminatamente gli *standard* garantistici pretesi»¹¹, con un effetto distorsivo rispetto a ciò che dovrebbero garantire entrambi i riferimenti: un nocciolo duro di diritti fondamentali, il trattamento penitenziario; un'adeguata offerta trattamentale funzionale a favorire il reinserimento sociale, il trattamento rieducativo.

La riforma del 2018, da questo punto di vista, sembra aver alimentato questa generale impressione di disorientamento, contribuendo a confondere ulteriormente i piani.

Secondo una certa interpretazione avanzata in dottrina, all'indomani della riforma, la modifica intervenuta nel 2018 legittimerebbe una diversa lettura del trattamento rieducativo, secondo la quale lo stesso non coinciderebbe più con il trattamento volto al reinserimento sociale, costituendone solo una modalità. Secondo questa proposta ricostruttiva, il trattamento penitenziario dovrebbe tendere, anche per gli imputati, al reinserimento, seppur con il limite espresso del principio di presunzione di innocenza cristallizzato nella Costituzione e nell'ultimo comma dell'art. 1 o.p. Il trattamento risocializzante sarebbe identificabile, dunque, come un nuovo *genus* in cui confluirebbe non solo la *species* trattamento rieducativo, rivolto solo a condannati ed internati, ma anche l'offerta trattamentale rivolta agli imputati e, per il rinvio operato dall'art. 1 co. 3 reg. esec., anche agli indagati¹².

L'art. 1 o.p. deve poi essere letto in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 13 o.p. che disciplina compiutamente l'individualizzazione del "trattamento penitenziario"¹³.

Con riferimento specifico alla portata del principio di individualizzazione del trattamento, la dottrina è sempre apparsa concorde nel riconoscere una portata ampia alla previsione di cui al comma 1 dell'art. 13 o.p., nel senso di ritenere il riferimento al trattamento penitenziario

¹¹ Così, letteralmente, B. GALGANI, *Sub art. 13 o.p.*, cit., 160-161.

¹² Così S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, cit., 16.

¹³ Secondo autorevole dottrina, sarebbe stato lo stesso linguaggio utilizzato dalla norma a portare al massimo grado di indeterminatezza la disciplina del trattamento individualizzato. Così F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 235.

comprensivo di quello rieducativo, come il rapporto di genere a specie autorizza a fare: esso dunque si riferisce sia al trattamento rieducativo dei condannati che si trovano in esecuzione di pena in carcere (e agli internati), sia alle persone in esecuzione di pena esterna, sia al trattamento degli imputati¹⁴. D'altra parte è la stessa previsione, al primo comma, a far riferimento al trattamento penitenziario. Nessuna discussione, invece, sul fatto che i commi successivi, riferendosi all'osservazione e al progetto rieducativo e avendo come referenti esclusivi condannati e internati, facciano riferimento alla *species* trattamento rieducativo.

L'art. 15 o.p. precisa, infine, gli elementi che possono andare a comporre il trattamento rieducativo, come si può agilmente dedurre dai destinatari che vengono individuati nei soli condannati e internati¹⁵ e dal fatto che il comma terzo dedica invece una previsione *ad hoc* agli imputati, laddove si prevede che

sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica.

Si è soliti precisare in dottrina che entrambi i “trattamenti” rappresentano un diritto per il detenuto, a prescindere dalla sua collocazione in un certo circuito penitenziario e che, se il trattamento penitenziario può soffrire delle limitazioni, per esigenze di ordine e sicurezza, in casi tassativamente previsti dalla legge e con il presidio di una tutela di tipo giurisdizionale, così non è per il trattamento rieducativo «che non può in nessun caso essere obliterato»¹⁶. Vedremo però come questa affermazione, se riferita ai detenuti soggetti ai regimi speciali di cui agli artt. 14 *bis* e 41 *bis* co. 2 o.p. e a quelli allocati nei circuiti di Alta sicurezza (d'ora in avanti anche AS), sia purtroppo smentita dalla realtà dei fatti.

¹⁴ Così B. GALGANI, *Sub art. 13 o.p.*, cit., 161. Cfr. anche S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI, S. FALDI, *Diritto penitenziario*, cit., 54 ss.

¹⁵ *Contra*, invece, F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 13, che ritiene che la previsione si riferisca al trattamento penitenziario.

¹⁶ Così F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *Sub art. 1 o.p.*, cit., 8.

Alla luce del quadro delineato, riteniamo per la verità che riferire il concetto di reinserimento sociale anche agli imputati sia una forzatura nel sistema complessivo: anche volendo condividere una ricostruzione della rieducazione come educazione alla legalità esteriore¹⁷, il reinserimento sociale rimane comunque, a nostro modo di vedere, con riferimento all'esecuzione della pena in carcere, un concetto necessariamente collegato al percorso trattamentale rieducativo.

4.2. L'apparente contraddizione tra il principio della parità di trattamento e il principio dell'individualizzazione del trattamento

Come abbiamo già precisato, l'art. 1 o.p. esordisce al primo comma prescrivendo che il trattamento penitenziario debba essere ispirato a criteri di parità di trattamento.

Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione¹⁸.

Ciò, ad una prima lettura, potrebbe apparire in conflitto con quanto prescritto dal successivo art. 13 o.p. che disciplina la c.d. "individualizzazione del trattamento", declinando in particolare la necessità di addivenire alla predisposizione di un programma rieducativo che sia rispondente alle esigenze specifiche della persona.

Il contrasto è però solo apparente ove si rifletta sul fatto che l'individualizzazione del trattamento, quale principale corollario del principio rieducativo declinato con riferimento specifico al momento esecutivo del-

¹⁷ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 2, 472; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, cit., 278; S. MOCCIA, *Funzione della pena e implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 8, 925.

¹⁸ La previsione è il frutto delle modifiche apportate dall'art. 11, co. 1, lett. a) del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 (c.d. mini-riforma).

la pena¹⁹, trova una sua legittimazione nella lettura in chiave sostanziale del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Ed infatti, il solo fatto che situazioni diverse debbano essere trattate in maniera differente basta a fondare l'esigenza di individualizzare il trattamento ad "immagine e somiglianza" della singola persona detenuta, con la sua storia, il suo vissuto, il suo contesto sociale di riferimento e le sue specifiche esigenze²⁰.

Preme fin d'ora mettere in evidenza come sia proprio l'individualizzazione del trattamento a rendere necessaria una differenziazione degli istituti di pena e un conseguente raggruppamento dei detenuti in gruppi quanto più possibile omogenei. Ciò infatti dovrebbe rappresentare il presupposto per un'adeguata e fruttuosa offerta trattamentale²¹.

4.3. I criteri di riferimento per la differenziazione degli istituti di pena e per l'assegnazione dei detenuti

4.3.1. I criteri oggettivi legati a posizione giuridica, età e sesso

La legge sull'ordinamento penitenziario, agli artt. 14 e 59 ss., definisce una serie di criteri oggettivi per l'assegnazione dei detenuti: il più

¹⁹ Più in generale, sull'individualizzazione della pena, cfr. il fondamentale lavoro di M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit. Nello specifico, per la parte relativa all'esecuzione della pena, 43 ss.; 158 ss.

²⁰ In materia, cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 176; S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, cit., 59. Questa prima puntualizzazione ci permette di svolgere una cursoria considerazione relativa all'assimilazione che viene compiuta, all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario, tra condannati e internati, quantomeno con riferimento al trattamento. Ad una decisa differenziazione quanto ad allocazione in diverse strutture (case di reclusione, circondariali e REMS, colonie agricole e case lavoro) non corrisponde infatti una declinazione *ad hoc* del trattamento. Per un approfondimento in materia, cfr. F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 37 ss.

²¹ Buona parte della dottrina individua il fondamento della differenziazione degli istituti negli artt. 13 e 14 o.p. Così, ad esempio N. MANI, *I circuiti penitenziari. Poteri discrezionali e forme di tutela*, in A. GAITO (a cura di), *Procedura penale*, 2018, 1468; F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, 3.

rilevante tra questi è certamente quello relativo alla posizione giuridica del detenuto²². È l'art. 14 co. 4 o.p. a prevedere che sia assicurata la separazione degli imputati dai condannati e internati, dei condannati dagli internati e dei condannati all'arresto da quelli alla reclusione, mentre l'art. 59 o.p. distingue tra istituti di custodia preventiva e istituti per l'esecuzione delle pene²³, fondando la distinzione tra case circondariali, di cui al successivo art. 60 o.p., e di reclusione e di arresto, di cui all'art. 61 o.p.²⁴.

Lo stesso art. 61 o.p. prevede, però, sconfessando la distinzione tra imputati e condannati definitivi, che sezioni di case di arresto e di reclusione possano essere istituite presso le case circondariali, aggiungendo al comma 3 che:

Per esigenze particolari, e nei limiti e con le modalità previste dal regolamento, i condannati alla pena dell'arresto o della reclusione possono essere assegnati alle case di custodia preventiva; i condannati alla pena della reclusione possono essere altresì assegnati alle case di arresto.

Se l'ultima parte di questa norma è di fatto rimasta lettera morta, la prima restituisce oggi la fotografia dell'esistente. L'art. 110 co. 2 reg. esec. prevede infatti che:

Nelle case circondariali possono essere assegnati i condannati alla pena dell'arresto nonché i condannati alla pena della reclusione per un tempo non superiore a cinque anni o con un residuo di pena non superiore a cinque anni.

²² Dispone l'art. 14 co. 4 o.p.: «È assicurata la separazione degli imputati dai condannati e internati, dei giovani al disotto dei venticinque anni dagli adulti, dei condannati dagli internati e dei condannati all'arresto dai condannati alla reclusione».

²³ Oltre agli istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza e ai c.d. centri di osservazione, questi ultimi non più esistenti perché oggi l'osservazione viene svolta presso le singole strutture di pena in cui i nuovi giunti fanno ingresso. Cfr., per un approfondimento: C. SANTINELLI, *Sub art. 63 o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 898 ss.

²⁴ Attualmente le case circondariali sono 139 a fronte di 49 case di reclusione. Non vi è invece alcuna casa di arresto.

Ciò accade molto spesso, tanto che normalmente le case circondariali vedono rovesciata la percentuale tra definitivi e c.d. giudicabili con una netta prevalenza dei primi rispetto ai secondi.

A ciò si aggiunga che non è infrequente che all'interno di una casa circondariale i condannati definitivi, che sono statisticamente circa i due terzi della popolazione detenuta, non vengano raggruppati in sezioni ma si ritrovino a condividere le sezioni con gli imputati. Infine, è un dato di fatto che nelle stesse case circondariali, anche in assenza di una sezione di reclusione, vengano spesso allocati detenuti con sentenza definitiva e pena residua ben superiore ai 5 anni²⁵, soprattutto allorquando si tratti di detenuti "protetti". È infine previsto che possano essere realizzate sezioni di colonie agricole o di case di lavoro all'interno delle case di reclusione (così l'art. 62 o.p.).

Pertanto, tenuto conto di quanto riportato sia rispetto alle previsioni astratte sia con riferimento all'applicazione che di esse viene fatta, anche la differenziazione quanto ad allocazione tra detenuti condannati in via definitiva e imputati non risulta rispettata, né tantomeno viene mantenuta la netta separazione fondata sulla tipologia di pena (arresto o reclusione), rendendo evidente come la distinzione normativa operata dal codice penale in ambito sanzionatorio (artt. 22, 23 e 25 c.p.) rimanga nei fatti una mera indicazione di principio, cui non consegue una sua puntuale applicazione, tanto che la portata del dato normativo si stempera passando dal piano del codice penale alla legge sull'ordinamento penitenziario, nella quale le classificazioni citate non svolgono in ultima istanza alcun ruolo effettivo nella differenziazione degli istituti di pena²⁶.

Se si riflette sul fatto che la diversa allocazione fondata sulla distinta posizione giuridica trova la sua ragion d'essere proprio nella necessità di organizzare l'offerta trattamentale rieducativa che vede come uniche destinatarie le persone condannate²⁷, la realtà dei nostri

²⁵ Capita, ad esempio, di riscontrare anche la presenza di ergastolani, con sentenza passata in giudicato, anche nelle case circondariali, in spregio delle previsioni normative citate sulla diversa allocazione della popolazione detenuta tra case circondariali e di reclusione, con evidente frustrazione delle aspettative di accesso al trattamento rieducativo se è vero che l'offerta rieducativa appare ben più qualificata all'interno delle case di reclusione.

²⁶ Cfr. in argomento: T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, cit., 464.

²⁷ Gli imputati, per cui vige il principio di presunzione di innocenza, possono, ai sensi dell'art. 15 u.c. o.p., fare richiesta di essere ammessi alle attività trattamentali e il loro

istituti di pena appare davvero deludente²⁸.

È ancora l'art. 14 (oggi) co. 4 o.p. a prevedere espressamente la separazione dei giovani al di sotto dei venticinque anni dagli adulti durante l'esecuzione della pena. Ciò evidentemente riguarda nello specifico coloro i quali abbiano commesso il reato avendo già compiuto il diciottesimo anno d'età. È questa una previsione che raramente viene ossequiata: negli istituti per adulti, infatti, i giovani adulti ivi ristretti non sono quasi mai separati in sezioni a sé stanti.

Diversa è invece la situazione di coloro i quali abbiano commesso un fatto di reato da minorenni. Qui il riferimento normativo è tutt'ora il d.lgs. n. 272/1989 contenente le «Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 recante disposizioni sul processo minorile a carico di imputati minorenni», che prevede l'articolazione dei centri dell'esecuzione penale minorile, dipendenti dal Ministero di Giustizia, negli Uffici di Servizio Sociale per Minorenni, negli Istituti Penali per Minorenni (IPM), nei Centri di Prima Accoglienza (CPA), nelle Comunità e negli Istituti di semilibertà con servizi diurni per misure cautelari, sostitutive o alternative.

Per quanto concerne gli IPM, il d.l. n. 92/2014, convertito in legge n. 117/2014, ha innalzato a 25 anni l'età di permanenza nel circuito penale per i minori, limite precedentemente fissato a 21 anni²⁹. L'art. 24 del

comportamento potrà rilevare, in caso di successiva condanna, ai fini del riconoscimento della liberazione anticipata.

²⁸ Proprio a questo riguardo, parte della dottrina ha evidenziato che il carcere della riforma del 1975 appare ad oggi come un «carcere “indifferenziato”, in cui la sola separazione è quella per titolo giuridico – imputato o condannato – e anche questa mai integralmente applicata per il cronico “sovraffollamento”». Così L. DAGA, (voce) *Trattato penitenziario*, cit., 1323. Cfr. anche A. GIARDA, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., 258, in cui l'Autore identifica nella promiscuità tra condannati e imputati un notevole fattore criminogenetico.

²⁹ L'art. 5 del d.l. n. 92/2014 è intervenuto anche sulla competenza dei Servizi minorili con riferimento alla fascia di utenza dei cosiddetti “giovani adulti”, che ora rimangono loro in carico fino all'età di 25 anni sempre che, per quanti abbiano già compiuto il ventunesimo anno, non ricorrano particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente, tenuto conto anche delle finalità rieducative. Cfr. art. 24 d.lgs. n. 272 del 28 luglio 1989, così come modificato.

citato d.lgs. n. 272/1989, così come modificato, recita infatti per la parte di nostro interesse:

[...] Le pene detentive e le misure di sicurezza si eseguono secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età, sempre che non ricorrano particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente, tenuto conto altresì delle finalità rieducative ovvero quando le predette finalità non risultano in alcun modo perseguibili a causa della mancata adesione al trattamento in atto. L'esecuzione rimane affidata al personale dei servizi minorili.

Non possiamo non mettere in evidenza la *ratio* della previsione che risiede evidentemente nella necessità di non interrompere il percorso trattamentale. Ci sembra inoltre importante sottolineare come la valutazione delle esigenze di sicurezza, che può comportare l'allocazione nel circuito per adulti, in questo caso sia affidata, giustamente, all'autorità giudiziaria.

Punto di riferimento fondamentale in materia di esecuzione minorile per la disciplina da applicarsi agli IPM, in assenza di una disciplina *ad hoc*, rimaneva e rimane tuttora, anche dopo la mini-riforma del 2018³⁰, la legge sull'ordinamento penitenziario ed il relativo regolamento di esecuzione. Anche questa materia è stata dunque oggetto di numerose circolari, tra cui si segnala la n. 5391 del 17 febbraio 2006, che ha aggiornato i contenuti della precedente circolare n. 60080 del 1995, adeguandoli al regolamento di esecuzione nel frattempo entrato in vigore (d.P.R. n. 230/2000), alla legislazione internazionale³¹ e alla giurisprudenza della Corte costituzionale³². Particolarmente rilevante ai nostri fini sembra il

³⁰ Cfr. d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121. Per un commento, cfr. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, cit.

³¹ La circolare richiama espressamente le Regole di Pechino del 1985 e la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989.

³² Cfr. C. cost., 19 luglio 1983, n. 222, in *Foro it.*, 1983, I, 2067; C. cost., 28 maggio 1987, n. 206, in *Foro it.*, 1987, I, 3206-3207; C. cost., 28 aprile 1994, n. 168; C. cost., 25 marzo 1992, n. 125; C. cost., 6 aprile 1993, n. 140; C. cost., 22 aprile 1997, n. 109; C. cost., 17 dicembre 1997, n. 413; C. cost., 18 febbraio 1998, n. 16; C. cost., 30 dicembre 1998, n. 450; C. cost., 1 dicembre 1999, n. 436, tutte in www.giurecost.org.

riferimento alla necessità di suddividere i ristretti in piccoli gruppi di utenza, non superiori alle 10/12 unità, compatibilmente con le caratteristiche dell'istituto. Si precisa, inoltre, che vi debba essere separazione tra minorenni e maggiorenni, e che si debba operare per prevenire il contrasto della formazione spontanea di gruppi fondati su dinamiche di preminenza e sopraffazione, favorendo invece l'integrazione tra ragazzi italiani e stranieri e tra giovani provenienti da diverse realtà geografiche, sociali, religiose³³.

La stessa giurisprudenza costituzionale non ha mancato di ribadire più volte, oltre alla necessità di una disciplina *ad hoc* in materia di esecuzione penale minorile e più in generale di misure sanzionatorie dedicate ai minori, come

[...] rispetto ai minori è particolarmente pressante l'esigenza che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo [...]³⁴.

Per quanto concerne invece la detenzione femminile, ai sensi del previgente ultimo comma dell'art. 14 o.p., le donne debbono essere ospita-

Segnaliamo anche la circolare n. 1 del 18 marzo 2013 relativa all'organizzazione dell'IPM, al quale viene dedicata la Disciplinare n. 2., in cui si prevede l'introduzione della sorveglianza dinamica nell'ottica della migliore responsabilizzazione dei detenuti nel circuito minorile. Da ultimo, la circolare n. 2 del 17 gennaio 2017 è intervenuta per dettare delle linee di indirizzo per i servizi minorili e per l'esecuzione penale esterna degli adulti, alla luce dell'entrata in vigore del d.p.c.m. 15 giugno 2015, n. 84, con il quale è stato istituito il nuovo «Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità», che ha sostituito il Dipartimento per la Giustizia minorile, cui sono stati affidati anche i compiti per l'esecuzione penale esterna per gli adulti. Le circolari sono entrambe pubblicate sul sito www.giustizia.it.

³³ Un approccio dunque che si pone agli antipodi con quello che invece più recentemente si sta adottando negli istituti per adulti, nei quali vengono predisposte sezioni in cui allocare solo detenuti stranieri di una certa provenienza, con ricadute negative in termini di integrazione degli stessi.

³⁴ Così C. cost., 25 marzo 1992, n. 125, in www.cortecostituzionale.it, che dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 79 co. 1 o.p. ove si prevede l'estensione delle norme della legge sull'ordinamento penitenziario anche all'esecuzione minorile, previsione questa che, nelle intenzioni del legislatore, doveva essere solo temporanea e transitoria.

te in appositi “circuiti” consistenti in istituti o singole sezioni di istituti maschili³⁵. La mini-riforma del 2018 (art. 11, co. 1, lett. e], n. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123) ha modificato la norma citata, aggiungendo una precisazione secondo cui esse debbono essere in numero tale da non compromettere le attività trattamentali. È stato modificato anche l’art. 19 o.p. ove si afferma il principio della parità di accesso delle donne alla formazione culturale e professionale³⁶. Se la previsione è da salutarsi con favore, nella misura in cui risulta evidentemente funzionale alla valorizzazione delle attività trattamentali, bisogna purtroppo prendere atto, ancora una volta, che la realtà è ben lontana dalle previsioni delle norme: nella misura in cui, come spesso accade, le detenute vengono allocate in una sezione dell’istituto maschile, si trovano irrimediabilmente ad

³⁵ L’art. 14 co. 6 o.p. prevede che: «Le donne sono ospitate in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali». Al comma successivo si prevede che: «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all’età di tre anni. Per la cura e l’assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido». Le Regole Minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite, c.d. *Mandela Rules*, alla Regola 8, prevedono che «uomini e donne, per quanto possibile, devono essere ristretti in istituti separati, o in sezioni completamente separate dello stesso istituto». Cfr. *The Mandela Rules*, cit. Le Regole penitenziarie europee prevedono la stessa cosa alla regola 18.8b. Con specifico riferimento alla detenzione femminile, a livello di *soft law* sovranazionale, il riferimento è alle *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati*, note come le «Regole di Bangkok», adottate il 21 dicembre 2010 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite. La Regola n. 1 fissa il principio di individualizzazione del trattamento, affermando che «bisogna tenere conto delle esigenze peculiari delle donne detenute per l’attuazione delle presenti regole. Le misure adottate per soddisfare tali necessità non devono essere considerate discriminatorie». Nel 2013 è stato predisposto dal DAP uno schema di Regolamento interno per le sezioni femminili che tiene conto della dimensione affettiva, delle specifiche necessità sanitarie, del diverso rapporto con le esigenze della propria fisicità, della necessità di offrire pari opportunità di reinserimento sociale. Gli unici riferimenti specifici contenuti nel reg. esec. del 2000 sono infatti gli artt. 7 e 8 in tema di igiene personale e l’art. 89 che disciplina le traduzioni delle detenute donne, davvero troppo poco per realizzare quell’individualizzazione del trattamento che è funzionale alla rieducazione.

³⁶ Infine, il d.lgs. n. 123/2018 ha modificato l’art. 31 o.p., prevedendo che negli istituti penitenziari che ospitano sezioni femminili le commissioni che prevedono la rappresentanza dei detenuti (si pensi a quelle per il controllo del cibo, la gestione della biblioteca, il lavoro o l’organizzazione di attività culturali e ricreative) debbano includere anche una donna.

essere sacrificate quanto ad offerta trattamentale e vedono condizionata in maniera rilevante la propria possibilità di movimento all'interno dell'istituto, visto il divieto di incontro con la restante popolazione maschile detenuta. Più in generale, salvo qualche pregevole eccezione, si registra inoltre su base nazionale una scarsità generalizzata di progetti trattamentali che valorizzino le specificità del genere³⁷. Senza contare che lo scarso numero di strutture di detenzione femminile, e comunque di istituti con una sezione femminile, fanno sì che sovente venga ad essere sacrificato anche il diritto alla territorialità della pena.

Volendo restituire un primo quadro di insieme rispetto ai criteri relativi alla separazione dei detenuti finora citati, ad oggi gli unici davvero rispettati sono, da un lato, quelli tra donne e uomini, seppur nella maggioranza dei casi con la previsione di sezioni femminili in istituti maschili, e, dall'altro, tra detenuti adulti, minori e giovani adulti, seppur con le incongruenze segnalate.

4.3.2. I criteri di cui all'art. 14 co. 3 o.p.

Oltre ai criteri oggettivi richiamati, punto di riferimento fondamentale per l'assegnazione dei detenuti ai singoli istituti e per il loro raggruppamento in una determinata sezione è l'art. 14 co. 3 o.p. che, fin dalla sua introduzione, individua un duplice criterio: quello del particolare riguardo alla possibilità di «procedere ad un trattamento rieducativo comune» e quello relativo alla necessità di «evitare influenze nocive reciproche», mettendo in evidenza l'interesse del legislatore del 1975 alla funzionalizzazione della differenziazione degli istituti e del conseguente raggruppamento dei detenuti alle esigenze trattamentali. A questa norma

³⁷ Per questi rilievi, cfr. L. LA SPINA, *Sub art. 59 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 759 ss. Conforme: F. GIANFILIPPI, *Organizzazione penitenziaria. Ordine e sicurezza*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2021, 127, che parla in questo caso di rischio di “discriminazione di fatto”. La *Relazione finale degli Stati Generali*, parte IV, § 6, 62-63, in www.giustizia.it, definisce le sezioni femminili come circuiti interni “di fatto”, stigmatizzandone gli aspetti negativi. Per un esempio virtuoso relativo alle attività trattamentali offerte alle donne ivi ristrette, possiamo certamente citare la buona esperienza della Casa di Reclusione-Donne di Venezia - Giudecca.

fa riferimento anche la previsione di cui all'art. 115 reg. esec. co. 2, ladove prevede che:

Nel territorio di ogni regione e nell'ambito delle categorie di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 59 della legge è realizzata una distribuzione dei detenuti e degli internati rispondente ai criteri di cui al secondo comma dell'art. 14 della legge³⁸.

L'art. 14 o.p. è stato inoltre modificato dalla mini-riforma del 2018 che ha espressamente riconosciuto il diritto della persona detenuta a vedersi assegnare all'istituto più prossimo al luogo di «stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari». Anche prima della riforma si riteneva che il principio di territorialità della pena fosse implicitamente previsto dall'art. 42 o.p., relativo ai trasferimenti³⁹. Il riconoscimento espresso del principio di territorialità della pena e del correlativo diritto del detenuto ad eseguire la pena nell'istituto più prossimo al luogo di dimora della famiglia è certamente importante, anche se è proprio la formula di chiusura della previsione di cui all'art. 14 co. 1 o.p. –«salvi specifici motivi contrari» – a renderlo meno effettivo, compromettendo fortemente

³⁸ Rammentiamo che è stata la mini-riforma del 2018 a riscrivere l'art. 14 o.p. incidendo anche sulla numerazione dei commi. Prima della riforma i criteri, oggi enucleati al comma 3, erano previsti al comma 2, che prevedeva anche il rinvio agli ulteriori criteri di cui all'art. 42 o.p. sul trasferimento dei detenuti. Risulta altrettanto interessante mettere in evidenza come, rispetto al Regolamento di esecuzione previgente (art. 102 d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431), oggi sia stata modificata non solo la *rubrica legis* dell'art. 115, ma anche la previsione stessa, che non fa più riferimento alla differenziazione degli istituti, ma al raggruppamento dei detenuti, anche se il primo comma dell'attuale 115 reg. esec. continua a riferirsi ad un sistema integrato su base regionale di istituti, differenziato in base alle diverse tipologie detentive, funzionale al principio di territorialità nell'esecuzione della pena. Per un commento relativo al previgente assetto normativo derivante dal combinato disposto della legge del 1975 con il reg. esec. del 1976, cfr. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 296 ss.

³⁹ Dispone l'art. 42 co. 1 o.p.: «I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari».

la sua piena attuazione⁴⁰. Sembra infatti, alla luce dell'inciso citato, che il diritto, più che ad ottenere un'allocatione ossequiosa del principio di territorialità della pena, sia piuttosto quello ad avere un provvedimento adeguatamente motivato entro il termine di 60 giorni⁴¹.

Anche il principio di territorialità della pena appare funzionale al trattamento: è di tutta evidenza come il citato principio non risponda unicamente all'esigenza della migliore realizzazione del diritto all'affettività e dunque al mantenimento, attraverso i colloqui in presenza, dei contatti con i propri familiari, ma sia funzionale anche a maggiori *chances* di reinserimento, nella misura in cui il collegamento con il territorio è il più delle volte *conditio sine qua non* dell'esistenza dei requisiti oggettivi per la concessione delle misure alternative alla detenzione (disponibilità di un domicilio idoneo e di un lavoro)⁴².

I criteri richiamati dall'art. 14 o.p. riprendono in parte quanto già previsto nelle c.d. Regole minime per il trattamento dei detenuti approvate dall'ONU: le *Mandela Rules* fanno infatti riferimento all'opportunità, ai fini dell'individualizzazione del trattamento, di adottare un sistema flessibile atto alla classificazione ed al raggruppamento dei detenuti in

⁴⁰ Cfr. F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub art. 14 o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 181.

⁴¹ Il termine è oggi previsto espressamente all'art. 42 co. 3 o.p., grazie alla novella della previsione intervenuta ad opera della riforma del 2018. Per un approfondimento, cfr. *infra*, sez. II, par. 4.8.3.

⁴² Senza contare le non indifferenti ricadute sull'effettività del diritto alla difesa che rischia di essere fortemente condizionato dalla distanza fisica con il proprio legale. Rammentiamo che la circolare del DAP, 20 febbraio 2014, n. 3654/6104, in *www.giustizia.it*, ha inteso fornire alcune indicazioni relativamente alla materia dei trasferimenti. In particolare, infatti, si è chiarito che il principio non può comunque mai avere prevalenza rispetto alle contrapposte esigenze di sicurezza e salute e incolumità personale. Ciononostante, la circolare dispone alcune indicazioni preziose nell'ottica della migliore implementazione del diritto alla territorialità della pena: si prevede infatti che le istanze di trasferimento debbano trovare accoglimento «il più possibile», che l'Amministrazione sia tenuta a rispondere all'istanza entro 60 giorni – termine poi espressamente previsto dalla mini-riforma del 2018 – e che, soprattutto, alla base del mancato accoglimento non possa esserci una motivazione fondata sul comportamento penitenziario del detenuto. In particolare, per un approfondimento della problematica e per una riflessione rispetto alla costante sconfessione nella pratica di quest'ultima indicazione, cfr. *infra*, sez. II, par. 4.8.3.

diverse categorie, così come alla necessità di contenere i numeri dei detenuti/internati (artt. 89 e 93)⁴³.

L'espresso riferimento alla necessità che l'assegnazione sia funzionale alla possibilità di consentire un trattamento rieducativo comune risulta funzionale alla realizzazione dell'individualizzazione del trattamento che, come chiarito, viene perseguita attraverso l'aggregazione di persone che presentino le medesime esigenze rieducative⁴⁴.

L'idea di fondo che si può trarre da quanto affermato in materia di differenziazione dagli artt. 13 e 14 o.p. è dunque la seguente: «le possibilità di successo di un programma risocializzante sono collegate all'omogeneità e all'affinità del gruppo di trattamento»⁴⁵.

Un ulteriore riferimento normativo rilevante che si muove nella medesima direzione lo ritroviamo all'art. 64 o.p. che, oltre a richiamare la differenziazione in base alla posizione giuridica dei detenuti, fa riferimento alla necessità di distinguere gli istituti sulla base delle necessità di trattamento individuali e di gruppo⁴⁶.

Funzionale a quanto affermato è l'ulteriore indicazione fornita dal comma 1, ultima parte, dell'art. 14 o.p., secondo cui «Il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e comunque tale da favorire l'individualizzazione del trattamento»⁴⁷. Il

⁴³ Cfr. *The Mandela Rules*, cit., Regola 93 che prevede: «Le finalità della classificazione sono: a) Separare dagli altri detenuti quei soggetti che, in ragione dei propri precedenti o carattere, rischiano di esercitare una cattiva influenza; b) Suddividere i detenuti in gruppi allo scopo di facilitare il loro trattamento penitenziario tenendo presente la loro riabilitazione sociale. Ove possibile, strutture carcerarie diverse o diverse sezioni della stessa struttura devono essere utilizzate per il trattamento penitenziario di differenti gruppi di detenuti».

⁴⁴ Sottolineano come la legge del 1975 delinea una differenziazione funzionale ad esigenze di tipo trattamentale: G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 290.

⁴⁵ Cfr. F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub art. 14 o.p.*, cit., 179.

⁴⁶ Dispone l'art. 64 o.p.: «I singoli istituti devono essere organizzati con caratteristiche differenziate in relazione alla posizione giuridica dei detenuti e degli internati e alle necessità di trattamento individuale o di gruppo degli stessi».

⁴⁷ Sulla stessa linea si pone anche l'art. 31 reg. esec. che dispone: «1. Gli istituti penitenziari, al fine di attuare la distribuzione dei condannati e degli internati secondo i criteri indicati nel secondo comma dell'articolo 14 della legge, sono organizzati in modo da realizzare nel loro interno suddivisioni in sezioni che consentano raggruppamenti limitati di soggetti. 2. Gli imputati che non sono sottoposti all'isolamento previsto dal n. 3)

contenimento dei numeri delle persone detenute, come sappiamo, è infatti condizione necessaria ai fini della realizzazione dell'opera rieducativa e di qualsiasi percorso trattamentale interno agli istituti risultando prima ancora funzionale alla stessa tutela della dignità della persona⁴⁸.

Da ultimo, ci sembra porsi nel medesimo solco anche l'ulteriore criterio previsto all'art. 14 co. 3 o.p.: la necessità di evitare influenze nocive sembra infatti anch'essa funzionale alla creazione di gruppi omogenei in cui non si possano verificare dinamiche turbative dell'attività trattamentale.

Quanto finora precisato ci permette di apprezzare meglio il sistema delineato dal legislatore del 1975, informato, a detta di qualcuno, "da inesausto ottimismo"⁴⁹, un sistema in cui il trattamento rieducativo veniva effettivamente posto al centro della rivoluzionaria proposta normativa della legge sull'ordinamento penitenziario e che sembrava non caratterizzarsi per esigenze specifiche di tutela rispetto a detenuti considerati particolarmente pericolosi⁵⁰.

del primo comma dell'articolo 33 della legge, sono assegnati alle varie sezioni nelle quali l'istituto di custodia cautelare è suddiviso, in considerazione della loro età, di precedenti esperienze penitenziarie, della natura colposa o dolosa del reato ascritto e della indole dello stesso».

⁴⁸ Non a caso il fenomeno del sovraffollamento carcerario ha visto il nostro paese più volte condannato per violazione dell'art. 3 Cedu, nello specifico per trattamento disumano o degradante. Cfr., *supra*, cap. III, sez. I, par. 3.9.1.

⁴⁹ Cfr. V. GREVI, D. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2015, cit., 3; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 166; T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 285 ss.; M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, cit., 1259 ss. e in particolare 1263.

⁵⁰ Sottolinea G. TAMBURINO, *Diritto penitenziario e misure alternative*, in *Supplemento al n. 1-2, CSM*, Roma, 1979, 115, che «apparentemente nella legge 354 non esiste una problematica di sicurezza; apparentemente non esiste un detenuto che ponga questioni di sicurezza degne di interessare un giudice». Come sottolineato in dottrina, era prevista un'unica disposizione, quella dell'art. 90 o.p., oggi abrogata, a presidio delle esigenze legate alla c.d. sicurezza interna degli istituti. Così, V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, ed. 2015, cit., 11. L'art. 90 o.p. così disponeva: «Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro per la Grazia e Giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più sta-

Saranno i fatti a smentire severamente i facili entusiasmi, portando in meno di 2 anni dall'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario all'istituzione delle carceri di c.d. massima sicurezza, istituite con d.m. 4 maggio del 1977, un limbo giuridico, una zona di vera e propria illegalità della pena⁵¹.

La dottrina peraltro ha ben presto stigmatizzato come effettivamente «l'organizzazione degli istituti penitenziari specializzati in funzione delle esigenze del trattamento sia rimessa all'amministrazione con il viatico di un "programma" ricco soprattutto di enfasi verbale»⁵². In virtù del

bilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possono porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza».

⁵¹ Cfr. Decreto interministeriale del 4 maggio 1977, a firma Bonifazio, Lattanzi, Cossiga, dal titolo «Per il coordinamento dei servizi di sicurezza esterna degli istituti penitenziari», con cui si affidò al Generale Dalla Chiesa il potere di coordinamento dei servizi di sicurezza interna e esterna degli istituti penitenziari. Cfr. in argomento: T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., in particolate 306 ss.; E. SOMMA, *Palingenesi, razionalizzazione e "sperimentazione" nella novella penitenziaria del 1986*, in *L.P.*, 1987, 82; L. FERRAJOLI, *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in *Quest. crim.*, 1977, 368; A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 6, 749 ss.; E. DELEHAYE, *Le carceri speciali*, in *CSM, Incontro del CSM con Magistrati di Sorveglianza*, Roma, 1983, 210. Dà puntualmente conto di come nelle carceri di massima sicurezza si sia fatta una "disinvolta" applicazione dell'art. 90 o.p., poi abrogato ad opera della Gozzini, R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *Quad. del C.S.M.*, 1995, 80, 272 ss., in particolare 277 ss. Sottolinea come neppure la legge Gozzini del 1986, con l'introduzione del regime di sorveglianza particolare, abbia comportato il superamento del circuito di massima sicurezza che, al contrario, ha continuato ad esistere nei fatti, A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria tra prassi amministrative e controllo giurisdizionale*, in *Indice pen.*, 1990, 147 ss. Per un approfondimento, cfr. *infra*, sez. II, par. 4.10 e cap. V, Pt. II, par. 5.7. Traccia un bilancio più recentemente in tema di ordinamento penitenziario E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1655 ss.

⁵² Così T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, in *Nov. Digesto It. (Appendice)*, cit., 465, che stigmatizza la frattura tra istituzione penitenziaria e finalità rieducativa-trattamentale, laddove giustamente richiama «l'insanabile contraddizione del sistema carcerario fondato sul trattamento risocializzante, contraddizione che consiste nella pretesa di raggiungere il reinserimento del detenuto nel contesto sociale separandolo da esso, e di educarlo al corretto uso della libertà limitandogliene l'esercizio».

combinato disposto degli artt. 16 o.p. e 36 reg. esec. è al regolamento interno che bisognerebbe rifarsi per la definizione delle «modalità di trattamento che caratterizzano la funzione specifica dell'istituto»⁵³ ed è la stessa Amministrazione a dover stabilire i criteri per realizzare la differenziazione degli istituti. Questa “delega in bianco”, da un lato, si è risolta in un “nulla di fatto”, se è vero che a tutt’oggi non c’è istituto che abbia visto approvare un proprio regolamento interno per la farraginosità della relativa procedura, tanto che i singoli istituti si reggono su un susseguirsi di ordini di servizio; dall’altro, ha contribuito a dilatare a dismisura la discrezionalità amministrativa: solo nel 1993 il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria ha sentito l’esigenza quantomeno di autoregolamentare, in via generale, i presupposti per la classificazione dei detenuti, attraverso una sua circolare⁵⁴.

In un sistema così fortemente orientato al trattamento rieducativo, come è quello delineato dalla legge sull’ordinamento penitenziario del 1975, ben si colloca lo stesso *iter* delineato dall’art. 30 del Regolamento esecutivo del 2000 relativo all’allocazione del c.d. nuovo giunto⁵⁵: ad una pre-assegnazione⁵⁶, segue l’osservazione scientifica funzionale alla definizione di un programma rieducativo – che deve essere approvato dal Magistrato di Sorveglianza – e la conseguente assegnazione definitiva disposta sulla base del programma. E non è un caso che lo stesso art. 30 reg. esec. faccia a sua volta rinvio all’art. 115 reg. esec., laddove si declinano i tipi di trattamento realizzati nelle diverse strutture. Da un lato, infatti, quest’ultima norma prevede la realizzazione, su base regionale, di un «sistema integrato di istituti differenziato per le varie tipologie detentive», nell’ottica evidentemente della migliore realizzazione del prin-

⁵³ L’art. 16 o.p. co. 1 prevede: «In ciascun istituto il trattamento penitenziario è organizzato secondo le direttive che l’amministrazione penitenziaria impartisce con riguardo alle esigenze dei gruppi di detenuti ed internati ivi ristretti».

⁵⁴ Cfr. circ. DAP, 21 aprile 1993, n. 3359/5809. Tutte le circolari che verranno citate d’ora in avanti sono consultabili sul sito www.giustizia.it.

⁵⁵ Viene definito “nuovo giunto” il detenuto che fa ingresso in istituto di pena, sia che giunga dalla libertà sia che giunga per trasferimento da altra struttura.

⁵⁶ Il più delle volte essa dipende dalla scelta dello stesso condannato, ove sia lui a costituirsi presentandosi in carcere o dalla scelta della p.g. che traduce la persona presso la casa circondariale del luogo in cui è avvenuto il fermo o l’arresto in flagranza di reato, come previsto dall’art. 386 c.p.p.

cipio di territorialità della pena; dall'altro, vi ritroviamo il riferimento alle sole strutture, ai soli circuiti, che si caratterizzano sul versante del trattamento: ci riferiamo in particolare ai c.d. circuiti a Custodia attenuata, la cui previsione generale si ritrova nel terzo comma dell'art. 115 reg. exec.⁵⁷, in cui il bilanciamento tra istanze meramente custodialistiche e trattamentali è sciolto decisamente a favore di queste ultime, come precisato espressamente dalla già citata circolare del DAP del 1993⁵⁸. Infatti, a differenza dei circuiti di Alta sicurezza – in cui la c.d. classificazione è immediata e discendente, come vedremo, esclusivamente o principalmente dal titolo di reato – per l'inserimento nelle sezioni a Custodia attenuata – in particolare negli ICATT, ma anche in quelle di cui al successivo comma 4 dell'art. 115 reg. exec., connesse a esigenze di carattere *lato sensu* curativo, tra cui rientrano anche alcool-dipendenza e rilevanti patologie psichiche e fisiche, in particolare, connesse alla sieropositività HIV e, più in generale, in quelle di cui all'art. 115 co. 3 reg. exec. – l'assegnazione avviene seguendo l'*iter* virtuoso già richiamato di cui all'art. 30 reg. exec., e dunque attraverso l'osservazione scientifica della personalità, specificamente funzionale all'individualizzazione del trattamento. In queste sezioni, dunque, le esigenze di sicurezza sono assicurate attraverso «modalità tali da non interferire con la prevalente funzione di recupero sociale della struttura»⁵⁹.

I circuiti di Alta sicurezza, invece, appaiono tutt'oggi sostanzialmente sforniti di fondamento normativo: essi verranno disciplinati nel dettaglio con successive circolari del DAP, di cui la prima, come precisato, risale solo al 1993.

⁵⁷ Dispone il comma 3 dell'art. 115 reg. exec.: «Per detenuti e internati di non rilevante pericolosità, per i quali risultino necessari interventi trattamentali particolarmente significativi, possono essere attuati, in istituti autonomi o in sezioni di istituto, regimi a custodia attenuata, che assicurino un più ampio svolgimento delle attività trattamentali predette».

⁵⁸ Cfr. circ. DAP, n. 3359/5809, cit.

⁵⁹ Così E. ANNICIELLO, *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, in *Quaderni ISSP*, novembre 2012, 10, 43. Rammentiamo che la competenza per le assegnazioni appartiene alla Direzione Generale Detenuti e Trattamento allorché implichi un trasferimento al di fuori dell'area di pertinenza del Provveditorato cui fa riferimento l'istituto *a quo*, e all'Ufficio Detenuti e Trattamento dello stesso Provveditorato Regionale ove invece implichi un trasferimento ad altra struttura ubicata nella sua area di competenza.

4.3.3. *Le esigenze di sicurezza quale criterio di riferimento primario del circuito di Alta sicurezza*

a. *Il Regio regolamento Rocco del 1931*

Volgendo lo sguardo al passato, è nel Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787 (“Regolamento degli istituti di prevenzione e pena”) che troviamo un riferimento espresso alle esigenze di sicurezza nella differenziazione degli istituti e nella conseguente allocazione e raggruppamento dei detenuti: esso disciplinava sia le case di punizione che quelle di rigore (artt. 32 e 33) e prevedeva un articolato procedimento, particolarmente garantito, finalizzato all’allocazione nelle medesime. Il detenuto veniva infatti ivi allocato, su proposta del Consiglio di disciplina, con un provvedimento di assegnazione da parte del Giudice di Sorveglianza, il quale in realtà poteva optare o per l’allocazione in una casa di punizione o per l’irrogazione di una sanzione disciplinare. Anche il passaggio alle case di rigore avveniva su proposta del Consiglio di disciplina e veniva disposto, sempre dal Giudice di Sorveglianza, sul presupposto che «il condannato fosse un abituale e incorreggibile ribelle all’ordine e alla disciplina». Solo la scelta dell’istituto era rimessa al Ministro⁶⁰.

Si è parlato a questo riguardo di “smania classificatoria”, salvo sottolinearsi come essa sia rimasta più che altro sulla carta⁶¹. Secondo autorevole dottrina, l’intero sistema si fondava su tre specifiche coordinate, tra loro connesse: a) la previsione di parametri di tipo oggettivo – quali la specie di pena, l’età, l’elemento psicologico del reato commesso, il comportamento durante l’esecuzione della pena etc. – per la classificazione degli istituti; b) un necessario accertamento giudiziale dei presupposti predeterminati fondanti l’allocazione nelle diverse strutture di pena,

⁶⁰ Cfr. l’art. 32 del r.d. n. 787/1931 ove si prevedeva che l’assegnazione alle c.d. case di punizione riguardasse i condannati che, dopo essersi resi destinatari con il proprio comportamento della più grave delle infrazioni disciplinari, persistessero nella cattiva condotta, e l’art. 33, relativo all’assegnazione alle case di rigore dei condannati alla pena dell’ergastolo o della reclusione ostinatamente ribelli all’ordine o alla disciplina. Cfr. anche l’art. 231 co. 2 per la disciplina della proposta di assegnazione da parte del Consiglio di disciplina e per la decisione del Magistrato di Sorveglianza sulla definitiva assegnazione.

⁶¹ Cfr. A. RICCI, G. SALIERNO, *Il carcere in Italia*, Torino, 1971, 444 ss.

mentre all'Amministrazione penitenziaria competeva la sola scelta dell'istituto in cui allocare il detenuto; c) il fatto che ogni istituto era caratterizzato da una scelta organizzativa/funzionale tendenzialmente rigida⁶².

La classificazione degli stabilimenti penitenziari era dunque ispirata ad un'esclusiva logica disciplinare⁶³. Il procedimento appariva, però, paradossalmente molto più garantito di quello approntato attualmente.

Con l'introduzione della legge sull'ordinamento penitenziario veniva invece ripudiato il modello della classificazione per tipologie legali di delinquenti (ritenuti pericolosi per la propria condotta intramuraria) e di stabilimenti⁶⁴ in favore di un sistema interamente orientato al trattamento rieducativo, in cui le classificazioni formali venivano ridotte al minimo, dato che

alla rigidità aprioristica della classificazione legale, si sostituisce la flessibilità delle valutazioni concrete formulate in ambiente penitenziario; al primato del giudice nello stabilire assegnazioni e trasferimenti subentra la discrezionalità dell'Amministrazione⁶⁵.

Vedremo, invece, come l'avvento dei circuiti penitenziari abbia di nuovo, seppure con le peculiarità del caso, orientato la barra verso un sistema maggiormente ispirato alle tipologie legali.

b. Il panorama sovranazionale

Le *Mandela Rules*, alla Regola n. 89, fanno riferimento alla sicurezza, prevedendo che l'individualizzazione del trattamento, funzionale al

⁶² Così T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, cit., 463.

⁶³ Così G. PIERRO, (voce) *Istituti di prevenzione e di pena*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 2; L. DAGA, (voce) *Trattato penitenziario*, cit., 1317.

⁶⁴ Parla a questo riguardo di principio delle «tipologie legali», per cui «ad una categoria predeterminata di soggetti doveva corrispondere una determinata categoria di stabilimenti penitenziari»: T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 303.

⁶⁵ Così T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, cit., 463, che prosegue: «Al superamento della scienza della qualificazione normativa in favore dell'osservazione personologica diretta corrisponde, infine, un'accentuata flessibilità nell'organizzazione dei vari istituti».

reinserimento sociale, si attuino attraverso un sistema flessibile, teso alla classificazione ed al raggruppamento dei detenuti e precisano che:

Non è necessario che tali diverse strutture presentino il medesimo livello di sicurezza per ogni gruppo di detenuti. È, piuttosto, desiderabile che il livello di sicurezza di ogni struttura sia graduato e confacente alle esigenze di ogni singolo gruppo.

Anche le Regole minime europee prescrivono la necessità di separare i detenuti tenuto conto delle diverse esigenze di recupero sociale ma anche di sicurezza. Nello specifico, la regola n. 51 fa riferimento alla necessità di classificare i detenuti sulla base della pericolosità, da valutarsi sulla base del rischio per la società in caso di evasione e della probabilità che il detenuto tenti di evadere, rendendo evidente dunque il riferimento alla sicurezza esterna. La norma è chiara nel prescrivere il principio del minore sacrificio possibile, allorché, in apertura, chiarisce che «Le misure applicate ai singoli detenuti per la sicurezza devono essere il minimo necessario per garantirne una custodia sicura» e nell'affermare la necessità di una rivalutazione regolare della pericolosità, così come del presidio di una tutela di tipo giurisdizionale.

c. *Ordinamento penitenziario e relativo Regolamento di esecuzione*

Un primo riferimento alle esigenze di sicurezza, seppur da leggersi in chiave funzionale ancora una volta alla migliore realizzazione del trattamento rieducativo all'interno degli istituti di pena, lo ritroviamo proprio nel citato art. 14 co. 2 o.p., laddove si fa riferimento all'esigenza di «prevenire influenze nocive specifiche». In questa accezione “minima” della declinazione dell'esigenza di sicurezza, è certamente corretto individuare una *conditio sine qua non* per la realizzazione della stessa finalità trattamentale⁶⁶. Nella stessa direzione si muove anche la previsione

⁶⁶ Precisa a questo riguardo T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 299, che «né la necessità di evitare influenze reciproche, né l'impossibilità di trattamento comune [...] possono, di per se stesse, giustificare la destinazione ad un istituto di sicurezza, dato che tali parametri si riferiscono alla semplice compatibilità “relativa” dei singoli detenuti (o gruppi di essi), rispettivamente tra loro o nei confronti dell'organizzazione specifica di un istituto, ma non implicano affatto

dell'art. 2 reg. esec. che stabilisce: «L'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati».

Il tema della sicurezza può dunque apprezzarsi in una duplice prospettiva: sia quale condizione necessaria per la realizzazione del trattamento rieducativo, sia, avendo come riferimento le necessità relative alla sicurezza sia interna che esterna, in chiave squisitamente preventiva. La materia dei regimi penitenziari di rigore e dei circuiti attiene evidentemente a questa seconda sfera di azione della sicurezza.

Nella legge sull'ordinamento penitenziario, nella sua attuale formulazione, l'unico riferimento espresso alle esigenze di sicurezza si rinviene all'art. 42, relativo alla materia dei trasferimenti, in cui al primo comma, tra le motivazioni che possono legittimare i trasferimenti delle persone detenute, ritroviamo anche quelle di sicurezza⁶⁷.

L'unica norma che fa invece espresso riferimento all'assegnazione a determinati istituti o sezioni, c.d. cautelari, per motivi di sicurezza, seppure ancora una volta il concetto sia solo implicitamente richiamato, è l'art. 32 co. 1 reg. esec., norma questa che viene tutt'oggi invocata come il fondamento, seppur solo regolamentare, dei circuiti di Alta sicurezza⁶⁸.

la necessità di ricorrere ad uno specifico regime di sicurezza (come non postulano del resto una peculiare pericolosità del detenuto)».

⁶⁷ Sul rinvio operato dall'art. 14 o.p. ai criteri di cui all'art. 42 o.p., prima della modifica del 2018, cfr. *infra* in dettaglio.

⁶⁸ Dispone l'art. 32 co. 1 reg. esec.: «I detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele». Riconduce espressamente la legittimazione dei circuiti di Alta sicurezza alla citata previsione regolamentare F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 3. Come già più sopra richiamato, è invece l'art. 115 co. 3 reg. esec. a fare riferimento espresso ai circuiti a Custodia attenuata. Da sempre l'art. 32 reg. esec. è stato ritenuto il riferimento per la previsione di carceri con caratteristiche di sicurezza accentuate. In questo senso già L. STORTONI, *"Libertà" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, cit., 47; I. CAPPELLI, *Il carcere controriformato*, in AA.VV., *Il carcere dopo le riforme*, Milano, 1979, 29. Fortemente critico: T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 299, il quale ritiene che il richiamo alle particolari cautele costituisca una semplice clausola generale come tale insuscettibile di essere individuata come fondamento normativo di riferimento. Rammentiamo che l'Autore scrive con riferimento alla realtà delle carceri di massima sicurezza, definite

Non a caso dunque la previsione di cui all'art. 32 reg. esec. è stata criticata sia dalla dottrina che dall'Unione camere penali italiane⁶⁹. Si assiste infatti in questa norma, e più in generale nella gestione che dei delinquenti pericolosi fa l'Amministrazione penitenziaria, ad un'inversione di prospettiva in cui le esigenze di sicurezza diventano preminenti rispetto a quelle rieducative, in aperta frizione con la finalità rieducativa della pena prevista all'art. 27 co. 3 Cost., così come anche di recente valorizzata dalla Corte costituzionale, che l'ha ritenuta non sacrificabile sull'altare di ogni altra, seppur legittima funzione, quale può essere appunto quella retributiva⁷⁰.

dallo stesso una «prassi letteralmente abnorme» dove mancava completamente, anche a livello di circolari, l'indicazione dei presupposti per l'allocatione in detti istituti di pena. L'esperienza delle carceri di massima sicurezza è certamente esemplificativa del quadro normativo tracciato: un quanto mai evanescente e indefinito riferimento alle esigenze trattamentali, e una tela di rinvii che finiscono col porre al centro le esigenze di sicurezza nella differenziazione degli istituti, hanno consegnato alla discrezionalità amministrativa più completa la disciplina da applicare a queste carceri e prima ancora la scelta delle persone da allocarvi. Lungi dal farsi solo applicazione del dettato dell'allora vigente art. 90 o.p., che prevedeva la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti dell'o.p., l'Amministrazione penitenziaria contribuiva invece a crearne di nuove «strutturando così un regime di sicurezza del tutto svincolato da qualsiasi parametro normativo di riferimento».

⁶⁹ Cfr. la nota critica dell'Unione Camere Penali italiane alla circ. DAP, n. 0186697 2015, in www.camerepenali.it, ove si sollecita la creazione negli istituti penitenziari di sezioni, appositamente dedicate, ove collocare quei detenuti non ancora pronti al regime aperto ovvero che siano risultati incompatibili con lo stesso, con particolare riguardo a coloro che si siano resi responsabili di aggressioni al personale di Polizia penitenziaria (c.d. a custodia chiusa), in cui si stigmatizza l'assenza di un contraddittorio garantito e dunque più in generale di un procedimento giurisdizionale che copra l'eventuale allocatione. Per una puntuale critica all'art. 32 reg. esec., laddove lo stesso sembra di fatto invertire i rapporti di valore tra esigenze rieducative e esigenze di sicurezza, presentando queste ultime come preminenti: A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, Milano, 1991, 95.

⁷⁰ Cfr.: G. DALIA, *I principali profili di criticità che involgono le attribuzioni e le attività della Magistratura di Sorveglianza*, in L. KALB (a cura di), *I danni da attività giudiziaria penale in executivis. Cause e rimedi*, Milano, 2017, 225; R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2012. L'Autrice evidenzia come il sistema

4.3.4. *La frantumazione dei c.d. rinvii a catena sui criteri per la differenziazione/assegnazione e i limiti alle esigenze di ordine e sicurezza*

Con riferimento alla differenziazione degli istituti, prima della riforma del 2018, il riferimento alle esigenze di ordine e sicurezza era assicurato, in maniera peraltro criticabile e farraginosa, dal rinvio che lo stesso art. 14, allora comma 2, operava ai criteri di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 42 o.p. che, tuttora, al primo comma, prevede che «I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari».

La dottrina, nella vigenza della precedente formazione dell'art. 14 o.p., che ancora rinviava ai criteri per il trasferimento di cui all'art. 42 o.p., aveva sottolineato come questo sistema di rinvii a catena (tra norme del regolamento e norme della legge sull'ordinamento penitenziario ed in particolare tra criteri per il raggruppamento dei detenuti, criteri per la differenziazione degli istituti e criteri per il trasferimento), «determinasse sfasature e incongruenze»⁷¹. Incongruenze, verosimilmente amplificate oggi anche dal fatto che l'attuale regolamento esecutivo è stato adottato solo nel 2000, a valle comunque della creazione del sistema dei circuiti da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

In particolare si era ben messo in evidenza come

dietro il nobilissimo sipario del “reinserimento sociale” fosse poi celata una realtà che, nella sua durezza, era forse più comodo e tranquillante esorcizzare dietro la cascata di rinvii e l'allusivo ammiccamento delle metafore⁷².

dei circuiti si ponga «al di fuori della logica penitenziaria», prendendo in considerazione solamente il profilo della sicurezza.

⁷¹ Così T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, cit., 464; ID., *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 295. Secondo l'Autore, regolando gli artt. 14 e 42 o.p. le assegnazioni e i trasferimenti, queste norme si limitano in realtà a presupporre l'organizzazione in istituti differenziati, e non possono quindi fungere da fondamento per la differenziazione degli istituti. Così, più recentemente, anche G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 34, nt. 78.

⁷² Così letteralmente T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 300. I criteri di assegnazione di cui all'art. 42 o.p. in particolare, ad eccezione proprio di quello legato ad esigenze di sicurezza, mal si prestavano

Si era nei fatti riconosciuta una sorta di “delega in bianco” all’Amministrazione penitenziaria relativa alla definizione di pericolosità del detenuto, «delega... che, essendo indefinita nei presupposti e nei parametri, resta poi incontrollabile nei risultati». Una vera e propria «consegna del detenuto nelle mani dell’Amministrazione penitenziaria»⁷³.

La riforma del 2018 ha inciso su entrambe le norme, facendo venire meno il rinvio, operato in precedenza dall’art. 14 o.p., ai criteri di cui all’art. 42 o.p. Ad oggi, pertanto, una legittimazione dei circuiti di Alta sicurezza fondata su esigenze di sicurezza sembra mancare del tutto nel testo normativo della legge sull’ordinamento penitenziario, se si eccettua il generale riferimento alle esigenze di ordine e disciplina – funzionali alla sicurezza – evocate quali direttrici generali del trattamento penitenziario, insieme a umanità e dignità, dall’art. 1 o.p.⁷⁴.

ad individuare criteri di differenziazione degli istituti, tanto che la citata dottrina finiva col selezionare *ex artt.* 14 e 42 o.p. due soli criteri valevoli sia per la differenziazione degli istituti che per l’assegnazione dei detenuti: esigenze di sicurezza e trattamento.

⁷³ Così, sempre T. PADOVANI, *Il regime di Sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all’approdo della legalità*, cit., 153; ID., *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un’evasione dalla legalità*, cit., 304, in cui l’Autore afferma che l’opzione a favore del criterio ispirato alla logica trattamentale, in luogo di una classificazione di tipo formale, comporta il costo di un abbandono del detenuto alla completa discrezionalità dell’Amministrazione penitenziaria, che rimane l’unica a decidere chi allocare, dove verrà eseguita la pena e con quali modalità. Ne discende che le modalità del trattamento divengono oggetto della più ampia discrezionalità amministrativa, in ultima istanza frustrando anche gli sforzi della precedente dottrina che aveva enucleato una serie di diritti soggettivi relativi alle modalità di trattamento da riferirsi a specifiche categorie di condannati ed alla conseguente specializzazione degli istituti di pena. A questo riguardo cfr. G. NOVELLI, *L’intervento del giudice dell’esecuzione penale*, in *Riv. dir. penit.*, 1936, 1068, che aveva distinto tra diritti fondamentali che il detenuto detiene, *uti civis*, che non possono essere compromessi dall’esecuzione penale e diritti soggettivi speciali nei confronti dell’Amministrazione determinati dalla posizione giuridica ricoperta dal detenuto, suscettibili però anch’essi, ove ad esempio inerenti alla materia della libertà personale, di essere ricondotti al *genus* dei diritti fondamentali. L’Autore sosteneva infatti, già allora, che la libertà personale non fosse del tutto annichilita dall’esecuzione della pena in carcere e che il residuo mantenesse «il carattere giuridico del grande tronco di cui faceva parte». Sulla distinzione, cfr. anche G.F. FALCHI, *I diritti soggettivi della persona detenuta*, in *Scuola positiva*, 1935, 3 ss. Ripropone più recentemente la distinzione: A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 7 ss.

⁷⁴ In realtà i concetti di ordine e disciplina sembrano creare un’endiadi, rispondendo alla medesima *ratio* che è quella propria della materia disciplinare. Alle esigenze di ordi-

Se quindi, prima del 2018, grazie al sistema di rinvii richiamato, un riferimento espresso alle esigenze di sicurezza era rinvenibile nella legge sull'ordinamento penitenziario, oggi manca, quantomeno a livello di normativa primaria, un riferimento espresso alle esigenze di sicurezza quale criterio per la differenziazione degli istituti ed il raggruppamento dei detenuti nelle diverse sezioni.

Preme a questo riguardo sottolineare che la medesima riforma ha inoltre inciso in maniera significativa anche sui commi 4 e 5 dell'art. 1 o.p., precisando meglio il «limite entro il quale le esigenze di ordine e disciplina possano prevalere su quelle del trattamento e, di riflesso, sui diritti del detenuto»⁷⁵. A valle della riforma, sembrerebbe dunque, a nostro

ne e disciplina si aggiunge invece quella di sicurezza con le sue diverse accezioni di sicurezza interna e esterna. La sicurezza interna è funzionale a mantenere all'interno della struttura di pena un clima in cui le normali attività trattamentali possano essere svolte e, nello specifico, ad impedire alle persone detenute di arrecare danno ad altri detenuti e agli operatori. La sicurezza esterna è invece funzionale ad arginare le evasioni e ad impedire i collegamenti con l'associazione criminale di riferimento all'esterno della struttura di pena, in un'ottica squisitamente preventiva. Per le definizioni riportate, cfr. T. PADOVANI, *Il regime di Sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., 166; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dell'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit., 12; R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, cit., 3 e 12, la quale ritiene un errore associare la disciplina del regime di sorveglianza particolare, chiaramente ispirato ad esigenze di sicurezza interna, con la disciplina delle sanzioni disciplinari, invece vocata ad esigenze di ordine. Il regime di cui all'art. 14 bis o.p. ha infatti una finalità preventivo-cautelare, mentre le sanzioni disciplinari operano in un'ottica retributiva e al limite special-preventiva.

⁷⁵ Così letteralmente: V. GREVI, F. DALLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1*, ed. 2019, cit., 10-11. Secondo gli Autori, avrebbe meritato di essere conseguentemente modificata anche la previsione di cui all'art. 2 co. 1 reg. esec., laddove presenta le esigenze di sicurezza come serventi quelle trattamentali. A nostro modo di vedere, la funzionalizzazione al trattamento dovrebbe tutt'ora legittimare solo previsioni che non si risolvano in un *vulnus* al diritto alla rieducazione. In argomento, anche: P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in ID. (a cura di), *Riforma Ordinamento penitenziario*, cit., 6 ss., secondo cui «sia nella collocazione sistematica che nella formulazione concreta con il nuovo art. 1 si antepongono i diritti fondamentali rispetto alle generiche necessità di ordine e disciplina che, viceversa, non di rado, nella pratica penitenziaria o negli atti secondari (circolari dell'amministrazione penitenziaria, ordini di servizio di direttori) sono evocate per comprimere i diritti dei detenuti. Anteporre il riferimento alla

modo di vedere, smentito il carattere assoluto dell'esigenza di sicurezza che deve necessariamente arrestarsi di fronte alla compressione dei diritti fondamentali dei detenuti.

Dal combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'art. 1 o.p. nella loro attuale formulazione, ci sembra infatti di poter inferire che eventuali restrizioni siano giustificabili solo per motivi di ordine e disciplina (e nei confronti degli imputati solo se indispensabili a fini giudiziari) e che ordine e disciplina debbano trovare sempre il limite del rispetto dei diritti dei detenuti. Non si dubita che, fermo restando il limite dei diritti fondamentali incomprimibili e del nucleo essenziale dei diritti fondamentali che si pone comunque quale limite invalicabile, strettamente connesso alla dignità della persona, i diritti delle persone detenute possano soffrire una limitata compressione per esigenze di sicurezza, considerata quale interesse pubblico collettivo⁷⁶, ma è necessario quantomeno assicurarsi che detto sacrificio sia comunque il minore possibile e risulti rispettoso del principio di proporzionalità⁷⁷.

garanzia dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze di ordine e disciplina, impone un'inversione significativa nell'organizzazione della vita interna alle carceri nonché una stringente motivazione ogniqualvolta l'amministrazione penitenziaria a tutti i livelli decida di comprimere in parte o del tutto i diritti dei detenuti nel nome della sicurezza interna. [...] Ordine e disciplina devono essere assicurati mai negando i diritti fondamentali delle persone detenute. Dunque ogni provvedimento interno restrittivo di tipo disciplinare, a pena di annullamento da parte della Magistratura di Sorveglianza chiamata eventualmente a decidere sul reclamo della persona interessata, deve essere ampiamente e accuratamente motivato in modo da evidenziare come esso non leda alcun diritto fondamentale o sia eventualmente funzionale a garantirne uno di eguale rango costituzionale. L'ordine e la disciplina costituiscono le classiche clausole di salvaguardia utilizzate dall'Amministrazione periferica o centrale delle carceri per gestire in modo non ordinario la vita interna e trasformare in eccezione la regola».

⁷⁶ Cfr. in argomento G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190, il quale precisa come i diritti fondamentali possano essere compressi solo nel rispetto della dignità «intesa come nucleo minimo ed irriducibile degli stessi diritti fondamentali». Cfr. anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in ID. (a cura di), *La tutela nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, Rems e CPR*, Roma, 2017, 86 ss.

⁷⁷ Per un puntuale approfondimento sull'utilizzo del canone della giusta proporzione allorquando i diritti dei detenuti debbano essere bilanciati con il contrapposto interesse pubblico alla sicurezza, cfr. *infra*, sez. II, parr. 4.8. ss.

4.4. Regimi e circuiti

Prima di affrontare più nel dettaglio la tematica dei circuiti penitenziari, risulta importante premettere una distinzione fondamentale: quella tra regimi penitenziari e circuiti penitenziari, distinzione questa che è stata ed è tuttora foriera di rilevanti implicazioni soprattutto con riferimento alle garanzie riconosciute ai detenuti, dal momento che si è ritenuto per lungo tempo – e l'Amministrazione penitenziaria lo sostiene tutt'ora – che solo i regimi incidessero negativamente sui diritti dei detenuti. L'Amministrazione penitenziaria è infatti solita ribadire nelle sue circolari che il regime penitenziario è un concetto giuridico, mentre il circuito è un mero concetto logistico, consistente in un insieme di più strutture e/o sezioni.

La dottrina concorda in generale sulla definizione di regime penitenziario inteso come «insieme di regole trattamentali che si applicano, in virtù di un'espressa previsione normativa, a determinati detenuti in presenza di presupposti legittimanti»⁷⁸. L'applicazione di un regime di rigore, comportando, come precisato, quale conseguenza della natura derogatoria della disciplina penitenziaria ordinaria, ricadute negative sui diritti facenti capo al detenuto, è dunque circondata da una serie di cautele e può essere disposta dall'autorità amministrativa solo nei casi e nei modi indicati dalla legge, prevedendosi una tutela di tipo giurisdizionale *ex post*.

Per come presentato dall'Amministrazione penitenziaria, il circuito sarebbe invece “un'entità di tipo logistico” consistente in una serie di istituti ovvero di sezioni di istituto in cui vengono assegnati i detenuti o in base alla loro particolare pericolosità (Alta sicurezza) o in considerazione di esigenze trattamentali o umanitarie (Media sicurezza e Custodia attenuata). Si tratterebbe dunque di un insieme di ambienti (istituti o sezioni di istituto) che permettono di tenere separata dal resto della popolazione detenuta una particolare categoria di ristretti, che presenta caratteristiche di omogeneità⁷⁹. La previsione dei circuiti permetterebbe,

⁷⁸ Così F. FALZONE, *Sub art. 14 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 179-180.

⁷⁹ In questo senso, secondo la dottrina facente capo all'Amministrazione penitenziaria, la suddivisione in circuiti sarebbe proprio funzionale alla razionalizzazione dei

in ultima istanza, di garantire “specializzazioni ulteriori” rispetto “alla classificazione legislativa” degli istituti penitenziari⁸⁰.

In tutte le circolari del DAP in materia lo scopo dei circuiti viene individuato non solo nella migliore allocazione delle risorse per quanto afferisce al livello di sorveglianza, con un conseguente impegno maggiore di risorse nei confronti dei detenuti considerati più pericolosi, ma anche nella tutela della restante popolazione detenuta da rischi di sopraffazione e proselitismo, in ciò rieccheggiando anche il criterio per il raggruppamento dei detenuti di cui all'art. 14 co. 3 o.p.⁸¹.

Si precisa inoltre che l'allocazione, in particolare nel circuito di Alta sicurezza, non implica una «differenziazione nel regime penitenziario sotto il profilo dei diritti e dei doveri dei detenuti e sotto il profilo della possibilità [...] di applicare le regole degli istituti del trattamento penitenziario»⁸².

Si noti che l'Amministrazione penitenziaria, anche attraverso la previsione di cui all'art. 115 co. 1 reg. esec., ha previsto una distribuzione degli istituti afferenti ai diversi circuiti sull'intero territorio nazionale anche per rendere possibile il trasferimento da un istituto ad un altro, ove ne sorga la necessità, e, più in generale, per assicurare una tendenziale stabilità all'assegnazione. A questo proposito preme sottolineare come, da un lato, la predisposizione di un sistema a base regionale, che dovrebbe in prima battuta essere funzionale alla migliore realizzazione del principio di territorialità della pena, permettendo la possibilità di trasferimento anche all'interno dei circuiti medesimi, si risolve sovente, all'opposto, in una lesione del medesimo principio, e dall'altro come ciò in ultima istanza sia funzionale anche ad una classificazione di lungo periodo, per

criteri di raggruppamento di cui all'art. 14 co. 2 o.p. Così, ad esempio, F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 2. Sostiene la funzionalità della realizzazione dei circuiti alla migliore riuscita del trattamento, G. NEPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto pen.*, cit., 64.

⁸⁰ Così F. DELLA CASA, *Sub art. 59 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 882 ss.

⁸¹ Così F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 2.

⁸² Così la circ. DAP, n. 3359/5809 del 1993, cit. Per un approfondimento sulla distinzione tra circuiti e regimi, cfr. *infra*, par. 4.4.

ciò stesso in aperta contraddizione con un'eventuale progresso nel trattamento⁸³.

Quanto al termine "circuito", è la circolare n. 3359/5809 del 1993 che, per prima, introduce questo concetto, delineando tre diversi circuiti: Alta sicurezza, Media sicurezza e a Custodia attenuata⁸⁴. La citata circolare richiede che la differenziazione sia attuata in maniera rigorosa, intendendosi con ciò che i detenuti di un certo circuito non debbono entrare in contatto con quelli di un diverso circuito⁸⁵.

Accade poi che in alcuni casi la concreta attuazione di un regime dia luogo anche alla creazione di un circuito ad esso dedicato. È quanto è accaduto ad esempio con riferimento ai detenuti oggetto di un provvedimento di "carcere duro". Se, in un primo momento, gli stessi erano stati allocati in Alta sicurezza, seppure in sezioni e istituti separati dalla restante popolazione di Alta sicurezza, dopo la riforma intervenuta con l. n. 279/2002, la norma di riferimento è oggi l'art. 41 *bis* co. 2 *quater* o.p., che istituisce espressamente il circuito in oggetto prevedendo che

i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione siano ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali logisticamente separate dal resto dell'istituto [...]⁸⁶.

⁸³ Sul punto, cfr. *infra* in maggiore dettaglio, sez. II, par. 4.7.1.3.

⁸⁴ Saranno qui oggetto di specifica trattazione solo i primi due circuiti, in quanto sono quelli che pongono problemi con riferimento al rispetto del principio di legalità.

⁸⁵ Prima di allora, pur non facendosi espreso riferimento al termine circuito, una nota dell'ex Ufficio Detenuti e Trattamento del 1991 distingueva dal resto dei detenuti quelli che «richiedono particolari o addirittura eccezionali cautele, ossia attenzioni custodiali». Cfr. nota dell'ex Ufficio Detenuti e Trattamento, n. 606895 del 20 aprile 1991. Sempre nella medesima direzione, una diversa e successiva nota dello stesso anno suddivideva le strutture di pena del territorio italiano in tre diversi livelli di sicurezza: istituti a normale livello di sicurezza, istituti a particolare livello di sicurezza e istituti ad alto livello di sicurezza, destinati ai detenuti di più rilevante pericolosità. Cfr. nota dell'ex Ufficio Detenuti e Trattamento, n. 107372/3-670 del 31 maggio 1991, dell'allora Direttore Generale Nicolò Amato dal titolo «Messaggio a tutto il personale: per una nuova amministrazione».

⁸⁶ Ad oggi il precetto è attuato per la parte che impone la separazione: sono peraltro presenti istituti o sezioni 41 *bis* anche sulla penisola, come ad esempio nella c.c. di Tolmezzo in Friuli in cui è presente una sezione logisticamente separata dalle altre.

Di tutta evidenza la funzionalità della creazione di un circuito *ad hoc* che si rinviene nella stessa *ratio* del “carcere duro” prevista all’art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. a) di «impedire le comunicazioni e ogni forma di collegamento con l’esterno».

4.5. I circuiti penitenziari nella loro ampia accezione e le sezioni ex art. 32 co. 3 *reg. exec.*

Se dunque il termine circuito in senso tecnico risulta esclusivamente riferibile all’Alta sicurezza, alla Media sicurezza ed al circuito a Custodia attenuata, la realtà appare ben più variegata e suscettibile di convogliare nell’ampia e atecnica categoria dei circuiti realtà penitenziarie con caratteristiche di omogeneità, aggregate per i più disparati motivi, alcuni dei quali funzionali alla loro migliore tutela⁸⁷.

La legge sull’ordinamento penitenziario, nel suo originario impianto, proponeva criteri di natura oggettiva per le assegnazioni, di cui sono un chiaro esempio quelli tuttora individuati all’art. 14 o.p.: età, sesso e posizione giuridica. Col tempo, prima a livello di prassi amministrativa e poi in alcuni casi anche attraverso interventi legislativi, sono stati invece introdotti criteri di natura soggettiva, “frantumando” il sistema carcere in circuiti e sub-circuiti⁸⁸.

Possiamo dunque certamente ascrivere all’ampia categoria dei circuiti la previsione relativa ai detenuti *transgender*, introdotta dalla mini-riforma del 2018, che vede l’allocazione in sezioni ad essi dedicate, peraltro solo su consenso degli interessati⁸⁹, e la previsione di cui all’art.

⁸⁷ Per una definizione sostanziale e particolarmente ampia di circuito, cfr. S. SANTORSO, *Un carcere fatto a circuiti: tra definizione formale e pratiche*, in ASSOCIAZIONE ANTIGONE (a cura di), *Un anno di carcere: XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.antigone.it, 2017; C. BRUNETTI, *Il circuito penitenziario di secondo livello ossia di media sicurezza (M.S.)*, in www.diritto.it, 20 novembre 2012.

⁸⁸ Cfr. F. FALZONE, *Sub art 14 o.p.*, cit., 179; R. PANARO, *Il trattamento dei detenuti condannati per reati sessuali: il progetto Giulini*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, cit., 100.

⁸⁹ Alcuni autori hanno sottolineato come il circuito per *gay*, lesbiche, *transgender* e *queer*, ovviamente funzionale a garantire loro la sicurezza da possibili aggressioni, rischi di tradursi in una forma ulteriore di isolamento, con una contrazione dell’offerta trattamento e con il rischio che l’allocazione si traduca in ultima istanza in una forma di di-

115 co. 4 reg. esec., che stabilisce la destinazione di strutture specifiche o di partizioni di queste (e dunque sezioni) per il trattamento specifico di detenuti affetti da tossicodipendenza o alcool-dipendenza, per quelli affetti da rilevanti patologie psichiche e fisiche e, in particolare, da patologie connesse alla sieropositività per HIV, secondo il modello della custodia attenuata propria degli ICATT, e, ancora, il circuito creato per i collaboratori di giustizia. Per questi ultimi, l'art. 13 co. 3 del d.l. n. 8/1991, conv. in l. n. 82/1992, così come modificato ad opera della successiva l. n. 45/2001, prevede 3 diversi sotto-circuiti: a) sezioni dedicate ai collaboratori nei 180 giorni dedicati alla redazione del verbale relativo alla collaborazione; b) una c.d. prima fascia per collaboratori ammessi o proposti per le speciali misure di protezione; c) una seconda fascia per coloro che, quali collaboratori, non siano stati proposti o ammessi per le speciali misure di protezione⁹⁰. È stato infine creato un ulteriore circuito per i parenti dei collaboratori di giustizia, rispetto ai quali si temano ritorsioni (c.d. circuito zeta)⁹¹. Infine, si può certamente ascrivere all'ampia accezione di circuito quello dedicato agli appartenenti alle forze di polizia, tra cui anche gli afferenti alla Polizia penitenziaria, che eseguono la pena in istituti militari⁹².

Creano a nostro modo di vedere un sub-circuito anche le sezioni ex art. 32 co. 3 reg. esec., predisposte a tutela di certe categorie di detenuti, affinché non vengano fatti oggetto di atti di violenza da parte del resto della popolazione detenuta. È quanto accade ad esempio con riferimento ai detenuti c.d. protetti, nella cui ampia accezione confluiscono non solo detenuti condannati o imputati per reati contro la libertà sessuale, ma anche ex appartenenti alle Forze dell'Ordine ed ex collaboratori di

scriminazione più che rappresentare una modalità di tutela. Di questa opinione: G. ZAGO, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2019, 2-bis.

⁹⁰ Cfr. la circ. DAP, 24 luglio 2001, n. 503241, e il d.m. del Ministero della Giustizia del 7 febbraio 2006, n. 144, in *Gazzetta Ufficiale*, 10 aprile 2006, n. 84.

⁹¹ Per questa ricostruzione: F. FALZONE, *Sub art. 14 o.p.*, cit., 183.

⁹² Si tratta evidentemente di appartenenti alle Forze Armate che conservano il proprio status. Ove si tratti invece di ex appartenenti alle Forze dell'Ordine, essi trovano collocazione nelle sezioni protetti di cui all'art. 32 co. 3 reg. esec. Cfr., per un approfondimento: F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 56 ss., che parla in questo senso di «favor normativizzato».

giustizia, ove siano stati ristretti nei circuiti ad essi dedicati durante la collaborazione⁹³. In questo caso, seppur l'allocazione è evidentemente funzionale a proteggere da possibili aggressioni da parte degli altri detenuti c.d. comuni, l'esperienza restituisce, da un lato, la difficoltà di chi è inserito nelle citate sezioni di c.d. protetti promiscui pur non avendo commesso reati a sfondo sessuale e, dall'altro, il desiderio dei c.d. *sex offenders* di vedersi allocare in una sezione comune non appena scontata la quota parte di pena, eventualmente compresa nel cumulo, relativa al reato a sfondo sessuale, per rifuggire lo stigma, anche "intra-murario", che l'allocazione nella sezione protetti porta con sé e per accedere ad un'offerta trattamentale maggiormente qualificata⁹⁴.

Con riferimento a quest'ultima questione, la prassi riconosciuta negli istituti di pena è quella di far firmare al detenuto un documento di presa d'atto del rischio per la propria incolumità, che non si esaurisce ovviamente con l'esecuzione di quella quota parte di pena relativa allo specifico titolo di reato, con conseguente "liberazione" di responsabilità del personale di custodia, sulla cui rilevanza giuridica sarebbe quanto meno opportuno riflettere. Se è vero infatti che lo stesso sembra poter avere qualche valenza in termini civilistici, per quanto attiene al profilo penale la posizione di garanzia della Polizia penitenziaria, rispetto all'incolumità delle persone detenute affidate alla propria custodia, non sembra poter venire meno in quanto fondata sulla tutela di un interesse avente rilevanza primariamente pubblicistica, e dunque indisponibile⁹⁵.

Riteniamo per la verità di non poter invece ascrivere al novero dei circuiti in senso lato alcune specifiche previsioni. Ciò avviene tutte le

⁹³ La disciplina si rinviene nelle circolari del DAP, 17 aprile 1999, n. 550868/14874; 2 maggio 2001 n. 500422.

⁹⁴ Con riferimento alle sezioni protetti è stato sottolineato che la classificazione ed il conseguente raggruppamento dei detenuti non si riflette in una migliore offerta trattamentale, ma al contrario crea quella che è stata definita una differenziazione trattamentale "patologica". Si richiama a questo proposito la Relazione conclusiva del Tavolo 2 degli Stati Generali dell'esecuzione penale «Vita detentiva. Responsabilizzazione circuiti e sicurezza», che richiama sulla necessità di evitare la creazione di sezioni «ghetto», pubblicata in www.giustizia.it. Sulle sezioni c.d. cautelari *ex art.* 32 co. 1 reg. esec., cfr. *infra*, par. 4.5.1.1 e sez. II, par. 4.8.2.

⁹⁵ Non l'interesse del singolo alla propria incolumità, che sarebbe per il vero altrettanto indisponibile, ma un interesse generale alla custodia delle persone affidate allo Stato durante l'esecuzione della pena in carcere.

volte in cui a venire in oggetto siano esclusivamente alcune sezioni eventualmente dedicate a specifici fini all'interno di singoli istituti di pena. Ne sono un esempio le sezioni c.d. di accoglienza, destinate a soggetti alla prima esperienza carceraria, ai c.d. "giovani adulti", provenienti dal circuito minorile, e ai soggetti rientrati in carcere dopo un lungo periodo di libertà⁹⁶ e le sezioni dei c.d. dimittendi, immaginate per i soggetti con fine pena inferiore a diciotto mesi, in cui viene attuato un regime a custodia aperta, fondato sull'incremento delle attività trattamentali e dei momenti di incontro con i familiari, ai fini di rendere meno traumatico il ritorno in libertà⁹⁷.

Danno luogo a sezioni dedicate all'interno di taluni istituti anche le differenziazioni fondate sulla diversa provenienza dei detenuti, che finiscono spesso, come giustamente stigmatizzato in dottrina, col ghettizzare i detenuti stranieri⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. circ. DAP, 30 dicembre 1987, n. 3233/5683; 6 giugno 2007, n. 0181045; 24 aprile 2010, n. 01776644; 3 maggio 2016, n. 0018465.

⁹⁷ Cfr., a riguardo, la circ. DAP, 8 luglio 2010, n. 0290895, per le sezioni dimittendi. A queste possiamo aggiungere le sezioni per le detenute madri e gestanti (art. 19 co. 5 reg. esec.); le sezioni c.d. semilibertà di cui all'art. 48 co. 2 o.p. e 101 co. 5 reg. esec.; la previsione di cui all'art. 17 co. 4 reg. esec. in cui si ritrovava la previsione dei c.d. centri clinici e chirurgici, poi sostituiti, con il passaggio della competenza in materia sanitaria alle Asl regionali, dalle sezioni di assistenza intensiva, c.d. SAI. L'art. 65 o.p. riguarda specificamente l'assegnazione a istituti o sezioni speciali dei soggetti affetti da minorazioni fisiche o psichiche.

⁹⁸ In argomento, cfr.: D. PULINO, A. SBRACCIA, V. VERDOLINI, *Note etnografiche dai circuiti del penitenziario italiano*, in *Antigone*, 2017, 1, 141, i quali utilizzano l'espressione «segregazione nella segregazione» per rendere bene l'idea di quali possano essere le conseguenze e gli effetti che può comportare una suddivisione per "provenienza" dei detenuti attuata in alcuni istituti penitenziari. Si parla così ad esempio di: «sezione maghrebina», «braccio africano», «piano dell'Est». Cfr., in argomento, anche C. CLEMENTI, *Il disagio della detenzione multietnica: la sfida del multiculturalismo in carcere*, in D. PAJARDI, (a cura di), *Oltre a sorvegliare e punire. Esperienze e riflessioni di operatori su trattamento e cura in carcere*, cit., 401 ss.; F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 53 ss., che distingue tra una differenziazione trattamentale esogena, dovuta alle stesse difficoltà di integrazione di cui è portatrice la persona immigrata, ed una endogena, «relativa alla difficoltà del sistema di predisporre strumenti trattamentali adeguati alla complessa realtà multiculturale». Più in generale è del tutto percepibile la diversa portata dei diritti riconosciuti alle persone detenute ove si tratti di stranieri, il più delle volte irregolari. Se infatti in linea di principio i diritti debbono essere riconosciuti a tutti i detenuti in misura eguale, la loro traduzione

Meritano almeno un cenno, infine, le c.d. aree riservate di detenzione che non ricevono alcuna disciplina, neppure a livello di circolare, realtà di mero fatto che riguardano peraltro i detenuti destinatari del provvedimento di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p. Si tratta di semi-sezioni ideate per contenere i soggetti di spicco delle organizzazioni mafiose ed in cui vengono inseriti altri detenuti in regime di 41 *bis* o.p. al solo fine di formare il c.d. gruppo per la socialità⁹⁹. L'assenza di un termine di durata

in essere risulta di fatto fortemente ridimensionata ove si tratti di detenuto straniero, *in primis* per le difficoltà linguistiche che molto spesso lo affliggono e per le diversità culturali. Più in generale, anche a valle della fondamentale pronuncia che ha previsto la concedibilità delle misure alternative anche agli stranieri, è di tutta evidenza che, essendo il più delle volte sforniti di riferimenti sul territorio, le loro *chances* di reinserimento sociale ne escano fortemente ridotte. Cfr. C. cost., 16 marzo 2007, n. 78, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento, cfr. E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rass. penit. crim.*, 2017, 2, 27 ss. In materia, cfr. R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, in particolare 395 ss., che parla, con riferimento ai detenuti stranieri, di differenziazione «patologica». A ciò si aggiunga che molte volte l'ordinamento sembra privilegiare nei confronti di questi autori di reato una politica ispirata più alla prevenzione speciale negativa che positiva. In questa direzione si muove la misura dell'espulsione, proteiforme istituito dalle molteplici nature giuridiche, che risulta comunque sempre vocata ad "ostracizzare", ad allontanare la persona straniera irregolare dal nostro territorio, in ultima istanza a "neutralizzarla". In materia, cfr. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1334 ss.

⁹⁹ Cfr. in argomento A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 192 ss. *Contra*, ritengono che non vi sia alcun profilo di incoerenza nel sistema, dopo la novella in materia di socialità che ha determinato in 4 il numero massimo di persone che possono comporre il c.d. gruppo di socialità, ritenendo addirittura che la custodia riservata sarebbe «l'unica forma di corretto raggruppamento dei detenuti 41 bis o.p.», in grado di attuare il disposto di cui all'art. 41 bis comma 2 *quater* lett. f) o.p., laddove si prescrive che sia assicurata l'impossibilità di comunicare tra gruppi di socialità, F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41 bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, 11 ss. Rispetto a questo specifico profilo la giurisprudenza di legittimità è apparsa in linea con quanto affermato per i circuiti di Alta sicurezza: il reclamo avverso il provvedimento di assegnazione sarebbe possibile solo nella misura in cui, con esso, si deducessero specifiche violazioni di diritti facenti capo al detenuto. Così Cass. pen., 4 ottobre 2007, n. 39530, Zagaria, in *www.dejure.it*, relativa ad un'allocatione in area riservata; Cass. pen., 16 ottobre 2008, n. 39974,

dell'allocazione, il sostanziale isolamento in cui si traduce e l'assenza di una tutela di tipo giurisdizionale sono state a più riprese stigmatizzate non solo dalla dottrina ma anche dal Garante Nazionale e dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa (in sigla CPT)¹⁰⁰. La giurisprudenza di legittimità sembra invece avere implicitamente avallato la citata prassi, allorché l'ha espressamente ascritta all'organizzazione e sicurezza interna dell'istituto¹⁰¹.

4.5.1. Il circuito di Media sicurezza

È indicativo che dall'introduzione dei circuiti ad opera della circolare del 1993, l'attenzione dell'Amministrazione penitenziaria si sia dapprima

Bidognetti, la cui massima ufficiale recita: «Il reclamo avverso il provvedimento di assegnazione del detenuto a una particolare sezione dell'istituto di pena è ammissibile solo quando con esso si deducano specifiche violazioni dei diritti del detenuto in conseguenza dell'assegnazione stessa, in quanto la ripartizione dei detenuti all'interno della struttura carceraria è riconducibile al potere discrezionale dell'Amministrazione di organizzare e regolare la vita all'interno degli istituti, tenendo conto della pericolosità dei detenuti e della necessità di assicurare l'ordinato svolgimento della vita intramuraria»; Cass. pen., 15 ottobre 2013, n. 6152, Abbruzzese; Cass. pen., 15 ottobre 2013, n. 20868, Cesarano, entrambe in *www.dejure.it*. Più recentemente, seppur con riferimento specifico alla violazione del diritto alla salute: Cass. pen., 27 ottobre 2020, n. 6740, Cuccaro, anch'essa in *www.dejure.it*. Cfr. Mag. Sorv. Viterbo, Ord. 15 dicembre 2005, Attanasio, secondo cui il provvedimento di assegnazione può essere annullato da parte del Magistrato di Sorveglianza ogni qualvolta il provvedimento dell'Amministrazione si risolve in un regime di sostanziale isolamento, in *Diritto e giustizia*, 3 marzo 2006, con nota di Blasi. Cfr. *infra* per un approfondimento, sez. II, par. 4.10.1.

¹⁰⁰ Cfr., in dottrina, ad esempio C. FIORIO, *L'Isola che non c'è: "area riservata" e art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2014, 12, 2863 ss. Quanto alla presa di posizione del Garante Nazionale in proposito, cfr. la *Relazione al Parlamento 2018* del Garante Nazionale, in *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*, 192, in cui si riferisce di 52 persone detenute nelle aree riservate degli istituti di Novara, Milano, Parma, Tolmezzo, L'Aquila, Terni e Viterbo. Cfr., infine: *CPT/Inf (2020) 2*, in *www.rm.coe.int*, 36, punto 54.

¹⁰¹ Cfr. Cass. pen., 15 ottobre 2013, n. 20868, cit. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 13 novembre 2007, *Attanasio c. Italia*, ric. n. 15619/04. In argomento, cfr. G. CHIODO, *Il regime detentivo speciale e le fonti sovranazionali: una tensione costante*, in AA.VV., *Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato*, in *Giur. pen. web*, 2020 1-bis, 22 ss., in particolare nt. 102.

concentrata esclusivamente sull'Alta sicurezza e sulla Custodia attenuata. Il circuito della c.d. Media sicurezza è stato infatti per lunghi anni “dimenticato”, pur rappresentando la realtà che vedeva, e vede tutt'ora, l'allocatione numericamente più significativa della popolazione detenuta¹⁰².

Esso ha trovato, infine, una sua disciplina in una circolare del 2011¹⁰³. Con la citata circolare viene introdotto il c.d. “regime aperto”, pensato per i detenuti di scarsa pericolosità, che segna il graduale superamento della “perimetrazione” della vita penitenziaria all'interno della cella¹⁰⁴: lo spazio della pena viene per questa via significativamente inciso e dilatato fino a coprire l'intera sezione e, dove possibile, anche gli spazi esterni ad essa.

Se la creazione di circuiti di Alta sicurezza è risultata funzionale alla gestione dei delinquenti ritenuti maggiormente pericolosi, valorizzando in pieno le esigenze di sicurezza proprio a discapito di quelle rieducative, non ci possiamo nascondere che la c.d. custodia aperta, che pure segna un passo di civiltà importante nell'esecuzione della pena in carcere, sia frutto soprattutto di logiche funzionali alla gestione del sovraffollamento e a prevenire, molto pragmaticamente, ulteriori condanne da parte della Corte europea e a respingere eventuali istanze compensative per trattamento disumano o degradante *ex art. 35 ter o.p.*¹⁰⁵.

¹⁰² Per un approfondimento sul circuito di Media sicurezza, cfr. C. BRUNETTI, *Il circuito penitenziario di secondo livello ossia di sicurezza media (s.m.)*, cit.; F. DE SIMONE, *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 1 ss.

¹⁰³ Cfr. circ. DAP, n. 3594/6044, cit., e circ. Direzione Generale Detenuti e Trattamento, n. 445732-2011, di pari data. Per un commento, cfr.: A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'amministrazione penitenziaria che introduce un regime “aperto” per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri*, Ministero della Giustizia D.A.P. Circolare 25 novembre 2011 “*Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione*”, in <https://archiviodpc.dirittope-naleuomo.org>, 30 novembre 2011.

¹⁰⁴ Le virgolette sono funzionali ad evidenziare come la stessa Amministrazione penitenziaria abbia fatto una notevole confusione utilizzando nelle diverse circolari che hanno disciplinato la materia diverse diciture: regime aperto, carcere aperto, custodia aperta, reparto aperto. Il termine circuito paradossalmente non appare mai.

¹⁰⁵ Non possiamo infatti dimenticare che, in molte strutture di pena, la c.d. apertura delle celle, prescritta fin dal 2011 dalla circolare istitutiva della custodia aperta, sia avvenuta solo in concomitanza della data del 23 maggio 2014, scadenza del termine con-

Si crea in questo modo una distinzione interna alla stessa Media sicurezza tra coloro che vengono considerati meritevoli di essere inseriti nella nuova custodia aperta e coloro che soggiacciono alle precedenti regole gestionali e organizzative che scandivano, e scandiscono tutt'ora in c.d. custodia chiusa, la vita penitenziaria.

La medesima circolare aveva anche previsto le modalità che l'Amministrazione penitenziaria doveva adottare nel selezionare i detenuti da inserire nel "regime aperto": alla pericolosità sociale, di cui è espressione lo stesso titolo di reato, veniva affiancata la necessità di valutare la c.d. pericolosità penitenziaria, da apprezzarsi con riferimento alla condotta intramuraria. Ne derivava la necessità dell'osservazione scientifica prima di procedere alla classificazione, profilo questo che si è mantenuto inalterato nel tempo: si dovrà dunque anche oggi apprezzare l'adesione alle attività trattamentali ma anche la concreta condotta del detenuto e dunque le sue capacità relazionali sia con gli operatori sia con i compagni di detenzione. Secondo la circolare del 2011, a ciascun ristretto doveva essere attribuito un "codice colore", diverso a seconda del titolo di reato e del concreto rischio di evasione e di episodi di turbamento dell'ordine e della sicurezza interna dell'istituto. A rilevare era dunque ancora una volta la natura del reato commesso (ed in particolare se si trattasse di reati comportanti violenza o minaccia alle persone o comunque di detenuto appartenente ad associazioni per delinquere o gravitante in consessi di criminalità mafiosa) e la eventuale buona condotta intramuraria¹⁰⁶.

cesso all'Italia per adempiere con quanto prescritto nella famosa sentenza di condanna *Torreggiani c. Italia*.

¹⁰⁶ Si andava dunque da un codice bianco, con automatica allocazione in regime aperto, attraverso un codice verde (reati connotati da violenza o minaccia), con allocazione possibile, ad un codice giallo (per detenuti autori di reati violenti e destinatari di sanzioni disciplinari durante il tempo dell'osservazione non dovute però a comportamenti violenti), per cui l'allocazione risultava possibile solo dopo un più lungo periodo di osservazione e, infine, codice rosso per coloro che assommassero in sé una delle caratteristiche preclusive (appartenenza ad associazioni per delinquere o comunque afferenza ai consessi mafiosi) o che si fossero resi responsabili di comportamenti violenti in carcere o di tentativi di evasione. Si tratta evidentemente, in quest'ultimo caso, di detenuti che, pur presentando caratteristiche siffatte, non siano stati ritenuti meritevoli di un'allocazione in Alta sicurezza, per i quali comunque l'allocazione in custodia aperta non viene definitivamente preclusa.

In questa prima fase il ruolo dei singoli istituti, ed in particolar modo delle Direzioni del carcere, dei Comandanti della Polizia penitenziaria e degli altri esperti chiamati a comporre il *pool* tenuto a questa “prima selezione”, è stato rilevante: da un lato, si è richiesta una valutazione della concreta possibilità di applicare la custodia aperta nelle strutture di riferimento, dall’altro di verificare quali detenuti potessero accedervi¹⁰⁷. L’opzione appare condivisibile nella misura in cui solo la conoscenza diretta dei detenuti da parte della Direzione e del Comando degli istituti poteva garantire una corretta valutazione quantomeno dell’aspetto più strettamente connesso alla pericolosità penitenziaria. Se si riflette infatti sul fatto che la c.d. Custodia attenuata riguardava in passato unicamente i soggetti tossicodipendenti, risulta di tutta evidenza come si fossero ritrovati ad essere ascritti alla c.d. Media sicurezza anche detenuti non particolarmente pericolosi, ideali destinatari della nuova custodia aperta¹⁰⁸.

L’anno successivo venne adottata una diversa circolare che riconosceva un rilevante ruolo al Provveditorato, quale interlocutore privilegiato con il territorio per quanto concerne le materie del lavoro, dell’istruzione, della sanità, nella realizzazione di un circuito a base regionale *ex art.* 115 reg. esec.¹⁰⁹. Al Provveditorato veniva richiesto di predisporre un Progetto regionale per la creazione di «un sistema integrato di istituti differenziato per le varie tipologie detentive», funzionale alla migliore realizzazione del principio di territorialità della pena e alla traduzione in essere dei criteri individuati dall’art. 14 o.p. e dall’art. 115 reg. esec. La circolare rimarcava che l’obiettivo principale era quello di modificare il circuito di Media sicurezza garantendo “spazi di pena” sempre maggiori all’interno degli istituti carcerari, nell’ottica di favorire la frequenza di corsi scolastici e di formazione professionale, di attività lavorative, culturali, ricreative e sportive, cercando di assicurare istituti o sezioni

¹⁰⁷ La stessa circ. Direzione Generale Detenuti e Trattamento, n. 445732/2011, cit., ha stabilito uno stringente scadenziario dei tempi di tutte le operazioni da effettuare.

¹⁰⁸ Sottolinea questo aspetto: F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 167 e 170-171, la quale si interroga anche sulla natura giuridica della custodia aperta domandandosi se essa rappresenti o meno un quarto circuito penitenziario. L’Autrice conclude negando l’assunto e mettendo in evidenza come la custodia aperta di fatto venga a replicare il trattamento che viene applicato nella c.d. Custodia attenuata.

¹⁰⁹ Cfr. Circ. DAP, 30 maggio 2012, n. 206745.

a completo “regime aperto”, in cui andavano allocati i detenuti con una pena inferiore ai 18 mesi e i codici verdi e bianchi, individuati con la procedura della circolare dell’anno precedente, classificazione quest’ultima che venne comunque abbandonata¹¹⁰.

Nell’ottica della responsabilizzazione dei detenuti ritenuti meritevoli di inserimento nel “regime aperto”, si prevedeva di far loro sottoscrivere un vero e proprio patto con l’Amministrazione penitenziaria¹¹¹. Peraltro, fin dalla circolare del 2011, si era previsto che il detenuto potesse sempre rinunciare all’allocazione in custodia aperta, presupponendo l’adesione da parte di questi a precise regole comportamentali. Allo stesso modo l’Amministrazione penitenziaria può revocarla al variare delle condizioni fondanti la pericolosità del detenuto.

Nella medesima circolare veniva poi precisato che la sicurezza andava intesa come funzionale al trattamento e che, in quest’ottica, la sua realizzazione non andava affidata alla sola Polizia penitenziaria, ma anche agli altri operatori penitenziari.

Questa puntualizzazione ha certamente aperto la strada all’introduzione della c.d. sorveglianza dinamica, avvenuta con due diverse circolari del 2013 e del 2015¹¹², pensata in prima battuta per il circuito a Custodia attenuata, ma ritenuta dalla stessa Amministrazione penitenziaria estensibile anche alla Media sicurezza, laddove attuata con modalità di custodia aperta¹¹³. Si tratta di un nuovo modello di vigilanza e custodia, che si accompagna alla c.d. custodia aperta, che si rivolge alla Polizia penitenziaria. La circolare n. 251644/2013 impone appunto la collocazione degli agenti all’esterno delle sezioni, in cui i detenuti

¹¹⁰ Cfr. F. DE SIMONE, *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, cit., 10, ove afferma: «Rimane la sostanza dei parametri individuati, che sono di fatto utilizzati per la valutazione dell’ammissibilità di un soggetto al regime aperto».

¹¹¹ Sottolinea come sia facile riscontrare un’assonanza con il c.d. contratto terapeutico che i detenuti tossicodipendenti debbono sottoscrivere all’ingresso in ICATT e che, più in generale, le regole organizzative, gestionali e trattamentali sarebbero del tutto sovrapponibili a quella del circuito a Custodia attenuata, tanto che non dovrebbe parlarsi di un quarto circuito: F. DE SIMONE, *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, cit., 11.

¹¹² Cfr. circ. DAP, 13 luglio 2013, n. 251644 e circ. DAP, 23 ottobre 2015, n. 3663/6113.

¹¹³ Cfr. circ. DAP, n. 206745, cit.

possono liberamente circolare, e una serie di ulteriori indicazioni sulla gestione della sicurezza.

Questa previsione si pone in linea di ideale continuità con quanto previsto dall'art. 5 co. 2 della l. n. 395 del 15 dicembre 1990 (Ordinamento della Polizia penitenziaria): la Polizia penitenziaria, che normalmente vede nell'assicurazione della sicurezza e dunque nella custodia il suo compito principale, fin dal 1990 è stata chiamata infatti a contribuire anche all'opera rieducativa¹¹⁴.

La previsione della c.d. sorveglianza dinamica sembra in effetti costituire una vera e propria “rivoluzione nel sistema penale”, tesa come appare, anche a detta della stessa Amministrazione penitenziaria, non solo «al raggiungimento degli obiettivi di sicurezza», ma anche «alla responsabilizzazione dei soggetti in stato di detenzione e all'incremento delle attività trattamentali necessarie per la concreta attuazione della finalità rieducativa della pena»¹¹⁵. Essa esalta il ruolo della sicurezza in chiave funzionale al trattamento rieducativo: diventando in effetti parte integrante del trattamento, definisce un sistema che comporta un “apporto multidisciplinare” in cui addetti alla sicurezza e personale penitenziario svolgono i loro compiti in maniera integrata verso un unico obiettivo¹¹⁶.

¹¹⁴ Ciò avrebbe contribuito, secondo certa dottrina, a modificare il rapporto tra sicurezza e trattamento rieducativo, nel senso della biunivocità: non vi potrebbe essere sicurezza senza trattamento e viceversa. Così E. ANNICIELLO, *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, cit., 37 ss. Sul punto, cfr. *infra*, sez. II, par. 4.6.

¹¹⁵ Così F. DE SIMONE, *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, cit., 15, la quale afferma: «Finalmente la sicurezza non costituisce più l'elemento da contrapporre al trattamento, né si trova sullo stesso piano, ma rappresenta la condizione affinché si realizzino gli scopi propri del trattamento rieducativo per il tramite della conoscenza del reo». Conforme: V. SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, in *Giur. pen. web*, 2018, 10, 3; E. ANNICIELLO, *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, cit., 37 ss. Rammentiamo che la responsabilizzazione del detenuto è stata particolarmente valorizzata anche dalla Riforma del 2018 e essa rappresenta il filo rosso che percorre l'intero novero di proposte di modifica della legge sull'ordinamento penitenziario e del relativo regolamento approntate dalla Commissione Ruotolo, la cui proposta di articolato, insieme alla Relazione di accompagnamento, è pubblicata in www.sistemapenale.it, 11 gennaio 2022.

¹¹⁶ Cfr. F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 174 ss.; ID., *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, cit., 15; V. SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e tratta-*

A più riprese l'Amministrazione penitenziaria ha ribadito l'importanza di non irrigidire lo schema della sorveglianza dinamica in un protocollo applicativo predefinito, permettendo invece allo stesso di adattarsi alla realtà dei singoli istituti e alle reali risorse di personale disponibili¹¹⁷. Ciò ha comportato un panorama variegatissimo di declinazioni della sorveglianza dinamica, non sempre applicata nella sua massima espansione, tanto da indurre il DAP ad istituire un'apposita Commissione funzionale a mappare l'esistente. Peraltro, la stessa Polizia penitenziaria, attraverso i propri sindacati, si è a più riprese espressa negativamente rispetto alla sorveglianza dinamica sottolineandone i rischi in termini di sicurezza, vista l'impossibilità di monitorare adeguatamente i movimenti dei detenuti all'interno dell'istituto¹¹⁸.

Rammentiamo, peraltro, che seppure la Commissione Giostra avesse proposto di inserire un riferimento espresso alla c.d. sorveglianza dinamica all'interno dell'art. 1 o.p., la mini-riforma del 2018 non ha colto il suggerimento¹¹⁹.

La circolare n. 3663/6113 del 23 ottobre 2015 ha confermato che, con riferimento al circuito di Media sicurezza, sia l'*equipe*, presieduta dal Direttore, su indicazione del Comandante della Polizia penitenziaria,

mento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto, cit., 1 ss.; G. FABINI, *Sorveglianza dinamica, questa sconosciuta. Come è cambiata la quotidianità detentiva e la sicurezza nelle sezioni. Un anno in carcere. XIV rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.associazioneantigone.it, 2018.

¹¹⁷ Cfr. circ. DAP, n. 206745, cit. e circ. DAP, n. 251644/2013, cit.

¹¹⁸ Si è peraltro paventato che la stessa avrebbe implicato un ampliamento della portata applicativa della fattispecie di cui all'art. 387 c.p., relativa alla colpa del custode, tanto che i sindacati di Polizia penitenziaria sono giunti a richiedere l'abrogazione della citata fattispecie. La circ. DAP, n. 251644/2013, non ha accolto la sollecitazione ritenendola non rilevante. La fattispecie di reato è infatti collegata all'ossequio dei doveri di custodia in relazione all'ipotesi di evasione che vengono declinati diversamente nella sorveglianza dinamica. E però è sembrato che l'unico profilo che potrebbe sollevare questioni sia quello relativo all'art. 42 n. 8 del Regolamento di servizio della Polizia penitenziaria che prevede l'obbligo di controllo del detenuto ogni volta che questi entri o esca dalla cella, cosa materialmente impossibile se si tiene conto del fatto che le celle rimangono costantemente aperte e che il controllo è eseguito di norma all'esterno delle sezioni. Così F. DE SIMONE, *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, cit., 21.

¹¹⁹ Il Governo allora in carica aveva espresso chiaramente nel proprio programma un'opinione recisamente contraria alla sorveglianza dinamica.

a decidere dell'allocazione nelle sezioni a custodia aperta, sulla scorta della considerazione che non si tratti di regime penitenziario¹²⁰. Ove la valutazione sulla pericolosità non sia tale da far ritenere congrua l'allocazione nella sezione a custodia aperta, i detenuti verranno collocati in sezioni a custodia chiusa. Ove, infine, si tratti di «detenuti dotati di una pericolosità e di una tendenza all'aggressività e alla prevaricazione tali da dover essere gestiti con maggiore attenzione custodiale» se ne curerà l'allocazione nelle sezioni *ex art.* 32 co. 1 reg. esec.¹²¹. Si è prevista altresì la possibilità di rivedere il giudizio di pericolosità attraverso riunioni periodiche di rivalutazione dell'*équipe*, cui è stata riconosciuta altresì la competenza a decidere sull'eventuale “declassificazione” *intra-circuito*¹²².

Ai fini dell'ammissione al regime aperto, l'osservazione dell'*équipe* ha ad oggetto l'idoneità del detenuto ad accedervi. Si deve dunque verificare se lo stesso abbia le caratteristiche per poter prendere parte al programma trattamentale “qualificato” che dovrebbe ivi essere sviluppato, e non rappresenti dunque un elemento di rischio per la sicurezza interna alla struttura di pena. L'osservazione in istituto di cui all'art. 30 reg. esec. sarà dunque funzionale ad apprezzare, tenuto conto del titolo di reato in esecuzione¹²³, la pericolosità penitenziaria del soggetto, giudizio questo che non si arresta alla valutazione dei precedenti penali, delle iscrizioni e delle pendenze, ma che si spinge invece fino ad apprezzare il comportamento *intra moenia* tenuto dal detenuto, con specifico riferimento alla c.d. revisione critica rispetto al fatto di reato, ed alla predisposizione ad intraprendere un percorso rieducativo. È questo un giudizio che replica

¹²⁰ Così come peraltro è oggi il GOT a decidere dell'allocazione nelle sezioni cautelari *ex art.* 32 co. 1 reg. esec. Decisioni, queste, in grado di incidere significativamente sulla qualità della pena che si andrà ad eseguire.

¹²¹ Così circ. DAP, n. 3663/6113 del 2015, cit. Cfr. *infra*, per un approfondimento, sez. II, par. 4.8.2. In argomento, cfr. C. SANTINELLI, *Sub art. 64 o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 904.

¹²² È evidente come in questo frangente il termine sia utilizzato in maniera atecnica, in quanto si tratta semplicemente di passare dalla custodia chiusa a quella aperta all'interno del medesimo circuito di Media sicurezza.

¹²³ A venire in oggetto, come abbiamo visto, sarà la natura della condotta penalmente rilevante, nella misura in cui la stessa si caratterizzi sul versante della violenza o della minaccia.

solo in parte quello sulla pericolosità sociale che è alla base anche della concessione delle misure alternative, in cui la Magistratura di Sorveglianza è chiamata anche ad un giudizio prognostico rispetto alla futura commissione di reati e alle potenzialità “contenitive” della misura della cui concessione si discute.

È proprio la circolare n. 355603 del 23 ottobre 2015 ad introdurre anche la disciplina del c.d. “regime chiuso”, funzionale alla migliore realizzazione della sicurezza interna, quest’ultima ritenuta *conditio sine qua non* per la buona riuscita della sorveglianza dinamica, cui peraltro ha fatto seguito una diversa circolare del medesimo anno, di segno opposto, in cui il DAP ha chiarito che

con la circolare n. 355603 dello scorso 23 ottobre [...] sono state dettate ulteriori disposizioni in tema di conoscenza della persona che, tuttavia, [...] non devono interrompere o modificare il cambiamento già realizzato. [...] L’inserimento dei detenuti nelle sezioni di Media sicurezza dovrà continuare ad essere operato con le procedure già in corso prima della predetta circolare,

richiamando implicitamente, a nostro modo di vedere, il principio di non regressione nel trattamento¹²⁴.

¹²⁴ La custodia c.d. chiusa prevede che le celle rimangano aperte per 8 ore al giorno «salvo esigenze di sicurezza» (la custodia aperta prevede invece un’apertura variabile tra le 8 e le 14 ore). Le attività lavorative sono di regola limitate a quelle interne alla sezione. È precluso il lavoro all’esterno e anche le attività lavorative da svolgersi fuori dal settore detentivo. L’accesso alla scuola e alle attività ricreative e culturali è possibile solo dopo attenta valutazione. Cfr. circ. DAP, 21 dicembre 2015, n. 425948. In tema, cfr. L. LA SPINA, *Sub art. 59 o.p.*, cit., 776-777. La stessa *Relazione finale degli Stati Generali dell’esecuzione penale*, Parte IV, § 5.2, 60-61, in www.giustizia.it, definisce semplicemente la precedente circolare «incidente di percorso». Non possiamo però non rilevare come tutt’oggi le sezioni a regime c.d. chiuso convogliano un numero rilevante di detenuti e che nella medesima circolare, *rectius*, nella medesima frase, l’Amministrazione prosegue richiamando alla necessità, in caso di trasferimento, di fare riferimento al fascicolo penitenziario, agli atti giudiziari e alla possibilità di procedere ad una provvisoria allocazione in custodia chiusa ogni volta che ciò risulti opportuno, nell’attesa di future «verifiche comportamentali». Si conferma pertanto, a nostro modo di vedere, la netta ispirazione repressiva della precedente circolare introduttiva della custodia chiusa. Da ultimo è stata adottata una nuova circolare che si propone di riorganizzare la Media sicurezza, su cui cfr. il prossimo paragrafo.

Nella circolare da ultimo citata l'Amministrazione penitenziaria sente per la prima volta l'esigenza di correggere la dicitura «regime aperto/regime chiuso», che per la verità lei stessa aveva adottato nelle precedenti circolari, e di sostituirla con quella «sezioni a custodia aperta/sezioni a custodia chiusa», proprio per sottolineare, ancora una volta, la diversa natura di circuiti e regimi penitenziari.

4.5.1.1. Il riordino della Media sicurezza: la circolare DAP del luglio 2022

Diamo infine conto della recente circolare sulla Media sicurezza, adottata nel luglio 2022, n. 3693/6143 – che verrà applicata in un primo momento solo in alcuni istituti previamente individuati dai rispettivi Provveditori indicati dalla medesima circolare e che sarà oggetto di una successiva valutazione e eventuale riformulazione all'esito della buona riuscita del progetto negli istituti c.d. pilota – in cui, a nostro modo di vedere, pur nell'ottica di «garantire una gradualità del regime e degli interventi di trattamento», si registrano alcune incongruenze di fondo.

Viene in effetti riscritta integralmente la disciplina della Media sicurezza, e cambia anche la denominazione: si abbandonano le diciture «custodia chiusa» e «custodia aperta» e si prevede un sistema fluido che dovrebbe garantire una progressiva maggiore “libertà” al detenuto di pari passo con il suo coinvolgimento responsabile nelle attività rieducative offerte dall'istituto.

Accanto alle stanze per l'accoglienza, destinate ai nuovi giunti per lo stretto periodo funzionale alle operazioni di immatricolazione (e comunque per un tempo mai superiore alle 24 h), e alle sezioni *ex art. 32 co. 1 reg. exec.*, si affiancano le neo-denominate «sezioni ordinarie» e «sezioni ordinarie a trattamento intensificato». Nelle prime verranno collocati i nuovi giunti, sia ove provenienti dalla libertà che da trasferimento da altro istituto e le persone che provengono da una sezione *ex art. 32 reg. exec.* Si prevede che, in questo caso, la permanenza fuori dalle camere di pernottamento sia pari ad almeno 8 ore, in ciò registrandosi un miglioramento rispetto alla previgente disciplina, ma allo stesso tempo si precisa in maniera non limpida che «la vita detentiva, in questi reparti, è caratterizzata dall'apertura delle stanze per assicurare, a chi intenda parteciparvi, lo svolgimento delle attività trattamentali». Si aggiunge, a chiusura

del sistema, che in tale modello «non è prevista la libertà di movimento e di stazionamento delle persone ristrette all'interno della Sezione». Il servizio del personale di Polizia penitenziaria deve essere effettuato in presenza. Nelle sezioni «a trattamento intensificato», immaginate per chi presenti un maggior grado di responsabilizzazione, il tempo che si può trascorrere fuori dalle camere di pernottamento non può essere inferiore alle 10 ore. L'allocazione nelle citate sezioni deve essere prevista, al pari dell'ammissione ai permessi premio e al lavoro all'esterno, nel programma di trattamento, quasi a voler individuare nell'allocazione nelle citate sezioni un elemento vero e proprio del trattamento, e si prevede la formale adesione del detenuto. La sicurezza è assicurata dal personale di Polizia penitenziaria in modalità di sorveglianza dinamica. Il buon comportamento del detenuto ivi allocato potrà essere elemento di valutazione positiva da parte dell'*equipe* ai fini dell'accesso ai benefici (permessi premio e lavoro all'esterno). Un comportamento non consono potrà invece portare alla "retrocessione" nelle sezioni ordinarie o l'allocazione nelle sezioni cautelari *ex art. 32 reg. esec.*

Queste ultime ricevono una pur parziale disciplina laddove si precisa che l'allocazione dovrà essere motivata sulla base del tipo di reato commesso ma «soprattutto del comportamento intramurale» con specifico riferimento alle dimostrate tendenze aggressive nei confronti di detenuti e operatori e/o di fuga, o comunque «pregiudizievole dell'ordine e della sicurezza dell'istituto». Le previsioni sono a questo riguardo inequivocamente allorché si prevede che sarà quantomeno garantito il tempo di permanenza all'aria aperta così come previsto dall'art. 10 o.p. Positiva invece la previsione di una presa in carico multidisciplinare delle persone ivi allocate e della necessità di intensificare la presenza dei diversi operatori in sezione, così come della Polizia penitenziaria che dovrà assicurare un controllo in presenza fisso. Viene prevista anche una graduale partecipazione alle attività trattamentali e rivalutazioni almeno bimestrali da parte dell'*equipe*.

Con riferimento alla recente circolare, se dunque sono certamente da salutare con favore sia il particolare afflato volto a sollecitare le Direzioni degli istituti rispetto all'offerta di quante più possibili attività trattamentali, anche con il coinvolgimento massivo di volontariato e più in generale del terzo settore, non possiamo non evidenziare alcuni elementi distonici nel quadro complessivamente positivo delineato.

Da un lato, le sezioni *ex art. 32 reg. esec.* ne escono “potenziate”, suggerendosi di valutare un’allocazione diretta delle persone trasferite per motivi di sicurezza. In secondo luogo, pur dovendosi certamente valutare positivamente la previsione di un termine bimestrale di rivalutazione, non sfugge che, anche qualora il detenuto abbia dato buona prova di sé nel periodo di sua allocazione in sezione *ex 32 reg. esec.*, verrà inserito comunque successivamente nelle sezioni ordinarie (già a custodia chiusa). Il termine di rivalutazione è qui fissato in 6 mesi per tutti coloro che vi sono allocati. Rispetto al passato, dunque, il detenuto non ha alcuna speranza di poter accedere direttamente alla *ex custodia aperta* (oggi «ordinaria a trattamento intensificato»), con frustrazione delle attese di chi, magari alla prima carcerazione, può in astratto già presentare le caratteristiche di idoneità per l’inserimento in una custodia ordinaria a trattamento intensificato. Per questi soggetti, dunque, a nostro modo di vedere, il passo indietro è evidente rispetto al sistema attuale, in cui, salvo cattiva prova di sé, il detenuto viene allocato di norma direttamente in sezione a custodia aperta. Senza contare che, soprattutto per chi deve scontare una pena breve, ciò sembra vieppiù pregiudizievole. Infine, non sfugge che, se la necessaria previsione dell’allocazione nelle sezioni «ordinarie a trattamento intensificato» nel programma di trattamento è certamente rispondente all’idea di graduale progressività che dovrebbe caratterizzare il percorso rieducativo, la disposizione sembra non tenere adeguatamente in conto la situazione drammatica in cui versano le aree educative quanto a personale e come il termine ordinatorio di 6 mesi per la sintesi – coincidente con quello che dovrebbe essere il tempo massimo di allocazione in sezione ordinaria – venga troppo spesso eluso: il detenuto nuovo giunto vedrà pertanto con tutta probabilità fatalmente allungarsi il periodo di allocazione nelle sezioni ordinarie.

4.5.2. Il circuito di Alta sicurezza

Volendo ora concentrare l’attenzione sul circuito di Alta sicurezza, esso ha subito nel tempo notevoli modifiche ad opera di altrettante circolari del DAP, mancando tutt’ora, come più sopra precisato, una disciplina legislativa sul punto.

Il circuito si caratterizza per una serie di misure finalizzate a contenere la particolare pericolosità dei detenuti ivi allocati, nel-

l'ottica del massimo contrasto a fenomeni di supremazia e subordinazione¹²⁵.

Con esso si intendeva fornire una risposta incisiva ai gravissimi delitti compiuti all'inizio degli anni '90 dalla criminalità organizzata di stampo mafioso. Era particolarmente avvertita l'esigenza di prevenire, all'interno degli istituti, influenze negative tra i detenuti, soprattutto per evitare che gli appartenenti alla criminalità mafiosa potessero esercitare forme di proselitismo nei confronti dei detenuti comuni ovvero si potessero avvalere del loro stato di soggezione¹²⁶. La nascita del circuito di Alta sicurezza è dunque la risposta dell'Amministrazione penitenziaria alla criminalità organizzata, che si risolve nella netta separazione dal resto della popolazione detenuta¹²⁷.

La successiva fondamentale circolare del 2009, che ridisegnerà il circuito di Alta sicurezza, confermerà questa impostazione affermando che:

Il circuito Alta Sicurezza è stato, pertanto, tradizionalmente dedicato ai detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata. La *ratio* del circuito va rinvenuta nella necessità di impedire che la detenzione indifferenziata nel medesimo istituto, di detenuti comuni e di soggetti appartenenti a consorterie organizzate di tipo mafioso o terroristico, possa provocare fenomeni di assoggettamento dei primi ai secondi, di reclutamento criminale, di strumentalizzazione a fini di turbamento della sicurezza degli istituti¹²⁸.

È la circolare del 1993 a definire le specifiche caratteristiche del circuito Alta sicurezza, che nel 1998 verranno poi estese anche al regime c.d. ad Elevato Indice di Vigilanza (in sigla, d'ora in avanti anche E.I.V.): una particolare sicurezza delle strutture dal punto di vista edilizio e della

¹²⁵ Il fondamento normativo di tutti i circuiti, e dunque anche dell'Alta sicurezza, come già chiarito, è individuato da parte della dottrina negli artt. 13 e 14 o.p. Cfr. *supra*, nt. 21. Altra dottrina richiama invece per l'Alta Sicurezza l'art. 32 reg. esec. Cfr. par. 4.3.3 lett. c) e nt. 68.

¹²⁶ Così L. SCOMPARIN, *Circuiti penitenziari e differenziazione tra i detenuti*, in ID., *Il sistema penitenziario*, in G. NEPPI MODONA, D. PETRINI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Giustizia pena e servizi sociali*, Bari, 2009, 262.

¹²⁷ Il legislatore ha previsto invece il doppio binario penitenziario di cui all'art. 4 *bis* o.p. ed il "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p.

¹²⁸ Cfr. circ. DAP, n. 3691/6069, cit.

dotazione di strumenti meccanici e elettronici di controllo e della sorveglianza; scelta di personale di Polizia penitenziaria di comprovata capacità, esperienza e affidabilità, con obbligo di rotazione dello stesso; perquisizioni, battiture e controlli più frequenti, anche sui pacchi in ingresso e sulle persone ammesse ai colloqui; separazione costante dalla restante popolazione detenuta, anche nelle attività trattamentali che possono svolgersi solo all'interno della sezione¹²⁹.

Secondo la circolare del 1993, erano da classificarsi in Alta sicurezza gli imputati e condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* co 1, prima parte o.p. (imputati e condannati per i delitti di cui all'art. 416 *bis* e 630 c.p. e art. 74 della l. 309/1990), sia, tra questi, quelli ritenuti tanto pericolosi da meritare l'applicazione del regime di 41 *bis* co. 2 o.p., anche se, per gli stessi, venivano individuate specifiche strutture di riferimento e si prevedeva che non dovessero essere custoditi insieme agli altri detenuti di Alta sicurezza¹³⁰. La stessa circolare rinveniva il fondamento normativo della differenziazione alla base della creazione del circuito di Alta sicurezza proprio nell'art. 4 *bis* o.p. e affermava recisamente che l'inserimento in detto circuito non implicasse, a differenza del regime di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p., alcuna incidenza sui diritti e doveri delle persone detenute e sotto il profilo della possibile applicazione delle regole e degli istituti del trattamento penitenziario.

La classificazione in Alta sicurezza, nel sistema delineato dalla circolare del 1993, era immediata ed automatica fondandosi esclusivamente sul titolo di reato. Essa fotografava dunque una pericolosità rapportata al *tempus commissi delicti*. La competenza era stata riconosciuta all'allora Ufficio centrale Detenuti e Trattamento, su indicazione delle Direzioni delle carceri.

Con una successiva nota del medesimo anno, si consentiva però, in via eccezionale, di assegnare nelle sezioni di Alta sicurezza detenuti pe-

¹²⁹ Cfr. F. FALZONE, *Sub 14 o.p.*, cit., 180. Cfr. per un approfondimento *infra*, sez. II, par. 4.8.

¹³⁰ Nella circ. DAP, n. 3359/5809 del 1993, cit., vengono individuate le seguenti strutture: Asinara, Pianosa, Cuneo, Ascoli e Spoleto. Come chiarito più sopra, sarà poi la l. n. 279 del 23 dicembre 2002 ad introdurre il nuovo comma 2 *quater*, che, nel prevedere che i destinatari del provvedimento di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p. debbano essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, impone la creazione di un vero e proprio circuito ad essi dedicato.

ricolosi ritenuti tali per l'effettivo collegamento con la criminalità organizzata desumibile dal fatto di essere imputati o condannati per reati diversi da quelli di cui agli artt. 416 *bis* e 630 c.p. e 74 T.U. n. 309/1990 ma commessi al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416 *bis* c.p.¹³¹.

Nel 1998, una nuova circolare ha invece previsto che i detenuti per delitti commessi con l'aggravante "mafiosa" di cui all'art. 7 d.l. 152/1991 non avrebbero dovuto essere allocati in Alta sicurezza, in quanto un loro inserimento nel citato circuito avrebbe potuto comportare un consolidamento del rapporto, fino a quel momento non organico, tra il detenuto e l'organizzazione criminale. Il loro inserimento in Alta sicurezza o nel nuovo circuito E.I.V. risultava pertanto del tutto eccezionale ed era comunque rimesso alla valutazione dell'Ufficio centrale Detenuti e Trattamento cui le Direzioni dovevano segnalare l'ingresso del nuovo giunto.

La circolare precisava inoltre i criteri per l'inserimento in Alta sicurezza¹³²: si prevedeva infatti che, ove potesse ritenersi fondatamente ipotizzabile un collegamento con i gruppi di criminalità organizzata, fosse opportuna una loro allocazione in Alta sicurezza. Ciò accadeva: a) per i soggetti detenuti ad altro titolo, nei cui confronti fosse stato contestato a piede libero taluno dei reati di cui agli artt. 416 *bis* e 630 c.p. e 74 d.P.R. 309/1990, ovvero nei cui confronti l'ordinanza di custodia cautelare fosse stata revocata o annullata pur proseguendo il procedimento; b) per i soggetti detenuti per altro titolo e scarcerati per decorrenza di termini in relazione alla custodia cautelare per taluno dei reati sopra indicati; c) infine, per i soggetti detenuti per altro titolo ma notoriamente aventi un ruolo di rilievo nell'ambito della criminalità organizzata (i c.d. boss detenuti ad altro titolo)¹³³.

¹³¹ Cfr. DAP, Nota n. 115882 del 8 giugno 1993.

¹³² In particolare sull'assegnazione è stato chiarito che la decisione avviene sulla base di «atti dell'Autorità giudiziaria con cui si contesta, si imputa o si accerta taluno dei reati anzidetti ma potrà essere modificata in dipendenza del contenuto di specifiche informazioni trasmesse da organi di polizia giudiziaria. Tali informazioni, per essere prese in considerazione, dovranno provenire da interlocutori qualificati operanti a livello centrale o almeno interprovinciale, specializzati secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti nel settore della criminalità organizzata».

¹³³ Ancora una volta la valutazione è discrezionale e, vista l'eccezionalità del caso, è rimessa all'Ufficio centrale Detenuti e Trattamento. Solo nel caso di soggetti scarcerati

Essa ha inoltre istituito un quarto circuito denominato ad elevato indice di vigilanza (in sigla E.I.V.), il cui regime detentivo coincide con quello del circuito di Alta sicurezza. L'obiettivo perseguito con l'introduzione del "nuovo" circuito da parte della circolare del 1998 era quello di regolamentare in maniera definitiva una realtà di fatto già esistente¹³⁴. In questo circuito confluirono infatti quei detenuti che già venivano allocati nelle c.d. Sezioni a Elevato Indice di Vigilanza Cautelativa, ossia sezioni in cui si era applicato, fino alla sua abrogazione, il previgente art. 90 o.p., e che successivamente erano state organizzate sulla base delle regole dell'Alta sicurezza. Vi erano stati allocati i soggetti responsabili di gravissimi reati legati alla criminalità terroristica o eversiva, che pure non rappresentavano titoli idonei per l'inserimento in Alta sicurezza che aveva, fin dalla sua introduzione, riguardato esclusivamente la criminalità organizzata di stampo mafioso¹³⁵.

A questi detenuti venivano poi affiancati quelli "comuni", la cui pericolosità, derivante non solo dal titolo di reato, ma anche dal comportamento intramurario¹³⁶, veniva desunta

dalla natura e dal numero dei fatti commessi, dal pervicace intento di evadere, dai fatti di violenza grave, commessa in danno di altri detenuti o degli operatori penitenziari, da fatti di grave nocimento per l'ordine e la sicurezza penitenziaria.

Si trattava dunque di

per decorrenza dei termini massimi di carcerazione preventiva, la classificazione può invece considerarsi automatica.

¹³⁴ Così A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 185.

¹³⁵ La circolare prevedeva a tal fine che i Direttori degli istituti inviassero all'Ufficio centrale Detenuti e Trattamento l'indicazione nominativa dei detenuti inseriti nelle sezioni E.I.V.C., accompagnata, per ognuno, da una puntuale relazione funzionale ad apprezzare l'evoluzione della c.d. pericolosità penitenziaria, facendosi anche riferimento specifico all'eventuale concessione di permessi premio, elemento questo ritenuto evidentemente in conflitto con la persistenza della pericolosità del detenuto. Nella circolare del 1998 venivano anche individuati gli istituti in cui allocare le sezioni E.I.V.: Novara, Voghera, Trani, Latina, Livorno e Nuoro.

¹³⁶ Parla di pericolosità penitenziaria: G. DALIA, *I principali profili di criticità che coinvolgono le attribuzioni e le attività della Magistratura di Sorveglianza*, cit., 220.

detenuti che, non avendo titolo di reato per essere inseriti nel circuito di primo livello, presentassero tuttavia una pericolosità spiccata da far risultare inopportuno il loro inserimento nel circuito di secondo livello (c.d. Media sicurezza),

per cui era fortemente sconsigliata la detenzione «in promiscuità con la restante popolazione detenuta dell'Alta sicurezza»¹³⁷.

Eccezionalmente, però, la circolare del 1998 prevedeva che nel circuito E.I.V. potessero essere inseriti, in ragione della loro spiccata pericolosità penitenziaria, anche i detenuti afferenti alla criminalità organizzata che in astratto avrebbero dovuto trovare collocazione nel circuito di Alta sicurezza¹³⁸. Questa previsione divenne l'appiglio per fare della sezione E.I.V. il luogo dove collocare i detenuti che si vedevano revocare o non prorogare il regime di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p.

Anche per permettere la rivalutazione della pericolosità di questi soggetti che si erano macchiati di gravissimi reati, commessi però moltissimi anni addietro, e più in generale per “smarcarsi” da un sistema che basava la classificazione su rigidi automatismi fondati sul titolo di reato, precludendo qualsiasi tipo di fuoriuscita dal circuito, la medesima circolare del 1998 disciplinava inoltre, per la prima volta, la c.d. declassificazione, cioè il passaggio ad un circuito di livello inferiore.

Nel caso specifico di declassificazione dall'Alta sicurezza la competenza fu in un primo momento affidata alle Direzioni degli istituti di pena e poi centralizzata, con una successiva circolare del 2007, alla Direzione Generale Detenuti e Trattamento di Roma per scongiurare verosimilmente una difformità di trattamento. La proposta di declassificazione può dunque essere attivata d'ufficio o su istanza di parte dal detenuto¹³⁹ e deve essere corredata da una relazione del gruppo di osservazione e trattamento, per quanto concerne il comportamento *intra* murario, e dai pareri delle competenti Direzioni distrettuali antimafia e degli organi in-

¹³⁷ Cfr. circ. DAP, 9 luglio 1998, n. 3479/5929. Cfr. F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 4.

¹³⁸ Ciò si poteva verificare quando l'Amministrazione penitenziaria avesse ritenuto il pericolo di evasione e di turbamento dell'ordine e della sicurezza interne prevalente rispetto a quello che normalmente giustificava l'inserimento in Alta sicurezza. Così S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, 3, 50.

¹³⁹ Sul punto, in chiave critica, cfr. *infra*, sez. II, par. 4.7.1.3.

vestigativi competenti per le indagini relative alle associazioni criminali di riferimento, per quanto concerne i collegamenti con queste ultime. In ipotesi di parere negativo da parte dell'*equipe*, il procedimento si arresta e la richiesta non viene neppure inoltrata alla Direzione Generale.

Con specifico riferimento alle sezioni a E.I.V., ma il tema verrà appreso meglio approfondito, la giurisprudenza di Cassazione si era espressa ritenendo che ove l'assegnazione «non eccedesse la funzione tipica che gli *era* propria, non *fosse* in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si sottraesse quindi al controllo del Magistrato di Sorveglianza»¹⁴⁰.

Una successiva circolare del 2007¹⁴¹ ha nuovamente inciso sui criteri di assegnazione al circuito dell'Alta Sicurezza, confermando, da un lato, il richiamo alle fattispecie previste nel primo periodo del comma 1 dell'art. 4 *bis* o.p. (ad eccezione dei reati di terrorismo e eversione dell'ordine democratico, destinati all'E.I.V. e dei detenuti declassificati dal regime del “carcere duro”¹⁴²) (lett. A), e segnando, dall'altro, una netta inversione di tendenza rispetto a quanto previsto dalla precedente cir-

¹⁴⁰ Cfr., relativamente all'inserimento in un circuito E.I.V., Cass. pen., 24 ottobre 2007, n. 46269 Musumeci, in *www.dejure.it*. Rammentiamo che invece la Corte europea dei diritti dell'Uomo si era espressa, condannando l'Italia, in una fondamentale sentenza del 2005, affermando la violazione dell'art. 6 Cedu proprio con riferimento alla classificazione nel circuito E.I.V., contestando al Governo italiano come non venisse riconosciuto uno strumento di reclamo avverso il provvedimento di classificazione o mancata declassificazione. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, ric. n. 3395/96, in *www.echr.coe.int*, salvo poi smentirsi nella successiva pronuncia Corte eur. dir. Uomo, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. 74912/01, in *www.camera.it*, con traduzione in lingua italiana. Cfr. sul punto, *infra* in dettaglio, sez. II, par. 4.8.

¹⁴¹ Cfr. circ. DAP, 9 gennaio 2007, n. 20.

¹⁴² Nella circ. DAP, n. 20/2007, cit., si precisa che i condannati per reati di cui agli artt. 600, 601, 602 e 291 *quater* d.P.R. n. 43/73 (Testo Unico in materia doganale) – pur previsti nel primo comma, primo periodo dell'art. 4 *bis* o.p. – potranno essere declassificati qualora – a prescindere dalla loro collaborazione – emergano elementi investigativi o giudiziari che ne segnalino una scarsa pericolosità, che riguardino condotte criminali marginali rispetto ai fatti di reato contestati, e da cui risulti comunque un inserimento non organico in associazioni *lato sensu* mafiose. Sarà la circolare del 2009 a cristallizzare un distinguo tra soggetti apicali e meri partecipi con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 291 *quater* c.p., distinguo esteso anche alla fattispecie di cui all'art. 74 d.P.R. 390/1990, su cui cfr. *infra*. I condannati per i reati di cui agli artt. 600, 601 e 601 c.p. verranno eccettuati successivamente, con nota del 18.3.2009 della Direzione Generale Detenuti e Trattamento, scelta quest'ultima confermata poco dopo dalla circ. n. 3691/6069 del 2009.

colare del 1998, prevedendo l'assegnazione in Alta Sicurezza anche nel caso in cui sia stata contestata l'aggravante di cui all'art. 7, l. n. 203/1991 (lett. B). Quanto all'utilizzo del metodo mafioso, esso viene considerato ragione sufficiente per la classificazione in Alta sicurezza; con riferimento all'agevolazione mafiosa, vengono invece espressamente eccettuati dalla classificazione in AS unicamente i detenuti per cui sia dato provare la completa estraneità al consesso mafioso¹⁴³.

Per i soggetti detenuti per altri fatti, cui sia contestato a piede libero uno o più dei delitti citati di cui all'art. 4 *bis* o.p., ovvero nei cui confronti sia venuta meno l'ordinanza di custodia cautelare o, infine, per gli imputati di tali delitti, scarcerati solo formalmente per decorrenza dei termini di custodia cautelare, l'inserimento nel circuito potrà avvenire solo previa consultazione del fascicolo processuale (lett. C). Ad eccezione del caso della scadenza dei termini per la custodia cautelare, per cui permane l'automatica classificazione in Alta sicurezza, per i restanti casi, essa mantiene il carattere di eccezionalità e dovrà comunque sempre essere ascoltato il Procuratore antimafia, una volta che

dagli atti processuali o dalle informazioni all'uopo assunte presso gli organi investigativi – nonché dalla condotta intramuraria – emergano elementi tali da far ritenere l'inserimento organico nell'organizzazione mafiosa¹⁴⁴.

La circolare contempla infine la possibilità di poter inserire nel circuito di Alta sicurezza anche i detenuti per titoli diversi da quelli di cui all'art. 4 *bis* o.p., qualora essi possano, per l'emergere di altri elementi a loro carico, essere ritenuti organicamente appartenenti all'associazione mafiosa, ovvero avere un ruolo di spicco nell'ambito della criminalità organizzata (lett. D).

Dalla caratterizzazione squisitamente discrezionale delle ipotesi *sub* C e D, discende anche un diverso *iter* di classificazione, per cui l'inserimento nel circuito di Alta sicurezza dovrà essere

¹⁴³ Cfr., in argomento, F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 115.

¹⁴⁴ Cfr. circ. DAP, n. 20/2007, cit., 4.

attentamente ponderato sulla base di ogni notizia utile che indichi la partecipazione del soggetto alle attività dell'associazione criminale. Tali elementi, qualora non acclarabili attraverso la lettura delle carte processuali, dovranno essere acquisiti a cura delle singole Direzioni, per il tramite degli organi investigativi.

Il fascicolo così formato dovrà essere trasmesso alla Direzione Generale, cui competerà la successiva valutazione e la conseguente classificazione. Per i casi di cui alle lettere A e B, invece, che fanno espresso riferimento a titoli di reato specifici o alla contestazione dell'aggravante mafiosa, permane la classificazione automatica all'ingresso in istituto.

La circolare del 2007 segna anche il passaggio di competenza per la declassificazione dall'Alta sicurezza dalle Direzioni degli istituti all'Ufficio centrale Detenuti e Trattamento, come già stabilito invece, fin dalla sua istituzione, anche per il circuito E.I.V. Secondo quanto previsto, le singole direzioni inviano alla Direzione Generale la proposta di declassificazione dal circuito di Alta Sicurezza, che deve essere corredata dal parere del gruppo di osservazione, dalla documentazione giudiziaria, nonché dalle informazioni all'uopo assunte presso organi investigativi qualificati, e dall'obbligatoria consultazione del Procuratore Distrettuale Antimafia competente, il cui parere dovrà essere riportato nel provvedimento che dispone la declassificazione¹⁴⁵.

La successiva circolare del DAP, n. 3619/6069, del 21 aprile 2009, anche quale conseguenza della sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, ha abolito il circuito E.I.V., ridisegnando contestualmente il circuito di Alta sicurezza e facendo confluire parte dei detenuti al tempo allocati in E.I.V. nei nuovi circuiti di AS 1 e AS 2 ed in parte nel circuito di c.d. Media sicurezza¹⁴⁶. La stessa Amministrazione penitenziaria, pur ribadendo che la realtà E.I.V. andasse considerata un circuito e non un regime, afferma che, alla luce dell'eterogeneità dei soggetti che veni-

¹⁴⁵ Cfr. circ. DAP, n. 20/2007. Cfr. F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 6. che sottolinea come «dovrà tenersi in considerazione il comportamento intramurario del detenuto ma anche le informazioni provenienti dalle Autorità giudiziarie competenti alle indagini sull'associazione criminale di riferimento del soggetto».

¹⁴⁶ Seppure in «istituti idonei al loro contenimento, in apposite sezioni protette e in cella singola, al fine di evitare che operino aggressioni e sopraffazioni».

vano assegnati al circuito E.I.V., la finalità ancora attuale di evitare le influenze negative reciproche e «prevenire eventuali aggregazioni, potenzialmente pericolose, tra criminalità mafiosa e terrorismo» fosse da realizzarsi attraverso una diversa soluzione¹⁴⁷.

L'Amministrazione richiama ragioni di opportunità collegate al fatto che il regime di E.I.V venga «percepito come maggiormente afflittivo, specie presso gli organismi giudiziari europei».

In particolare la circolare citata ha distinto appunto tre sotto circuiti di Alta sicurezza: AS 1, da destinarsi a coloro che provengono dal circuito del regime di cui al 41 *bis* co. 2 o.p. Tali soggetti devono essere inseriti nel circuito dell'Alta Sicurezza in quanto detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4 *bis* o.p., e comunque per essere stati considerati elementi di spicco e rilevanti punti di riferimento delle organizzazioni criminali di provenienza.; AS 2, dedicato ai detenuti per criminalità terroristica o eversiva (delitti di cui agli artt. 270, 210 *bis*, 270 *ter*, 270 *quater*, 270 *quinquies*, 280, 280 *bis*, 289 *bis*, 306 c.p.)¹⁴⁸ e AS 3 per i detenuti per delitti previsti nel primo comma dell'art. 4 *bis* o.p., primo periodo, per delitti commessi con l'aggravante mafiosa di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991 conv. in l. n. 203/1991 (ora art. 416 *bis*.1 c.p.), ed in particolare per sequestro a scopo di estorsione e in base agli artt. 74 d.P.R. 390/1990 e 291 *quater* d.P.R. 43/1973, precisandosi però, con riferimento a tali ultimi due titoli di imputazione, la destinazione al circuito di Media sicurezza di tutti i partecipi a dette associazioni, mentre continueranno ad essere automaticamente inseriti nel circuito dell'Alta Sicurezza i capi, promotori, dirigenti, organizzatori

¹⁴⁷ Cfr. circ. DAP, 21 aprile 2009, n. 3619/6069.

¹⁴⁸ La circolare aggiunge che: «Per i soggetti detenuti per altri fatti, cui sia contestato a piede libero uno o più dei delitti citati, ovvero nei cui confronti sia venuta meno l'ordinanza di custodia cautelare o, infine, imputati di tali delitti ma scarcerati solo formalmente per decorrenza dei termini di custodia cautelare, l'inserimento nel circuito, previa acquisizione da parte delle Direzione di informazioni assunte dagli organi investigativi, sarà valutato dalla Direzione Generale, cui sarà conseguentemente attribuita anche la successiva gestione. Per i soggetti imputati o condannati per fatti non ricompresi fra i citati articoli, ma per i quali gli organi investigativi evidenziano elementi tali da farli ritenere organici a gruppi organizzati eversivi, ovvero se i fatti per i quali sono detenuti sono stati posti in essere con finalità di terrorismo od eversione, l'inserimento nel circuito sarà valutato da questa Direzione Generale».

e finanziatori¹⁴⁹. È altresì prevista l'esclusione dal circuito AS, con le medesime modalità sopra descritte, per i detenuti ed internati per i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., che dovranno pertanto essere allocati nel circuito di Media sicurezza.

La circolare precisa che

la selezione dei detenuti e degli internati da destinare al circuito in esame può dunque avvenire sia sulla base del titolo detentivo, come è previsto dalla lettera A) e B) della citata lett. Circolare del 9.1.2007; sia sulla base di altri elementi valutativi, come avviene per le lettere C) e D), che appunto consentono l'inserimento nel circuito dell'Alta Sicurezza di detenuti per fatti non formalmente compresi nell'art. 4 *bis* o.p., ma nei cui confronti emergano ulteriori elementi che consentano all'Amministrazione penitenziaria di ritenerli organicamente appartenenti ad associazioni di stampo mafioso o terroristiche.

In questo caso, però, l'assegnazione non è automatica, ma dovrà essere attentamente ponderata sulla base di

ogni notizia utile che indichi la partecipazione del soggetto alle attività dell'associazione criminale. Tali notizie, oltre che dagli atti processuali dovranno essere acquisite dalle Direzioni degli istituti e trasmesse alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento¹⁵⁰

cui spetta la decisione sull'assegnazione in Alta sicurezza.

La circolare del 2015 è poi intervenuta con riferimento specifico al procedimento di declassificazione, sollecitando le Direzioni degli istituti ad avviare le procedure di declassificazione tutte le volte in cui i detenuti inseriti in Alta sicurezza abbiano ottenuto permessi dalla Magistratura

¹⁴⁹ Solo la contestazione dell'aggravante di cui al comma 1 dell'art. 74 d.P.R. n. 309/1990 relativa all'aver promosso o diretto l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, e quella di cui all'art. 291 *quater* d.P.R. n. 4/1973 comportano l'automatica classificazione in AS 3, salvo il potere per le Direzioni degli istituti, rispetto ai c.d. partecipi, di sollecitare la classificazione ad opera della Direzione Generale ai sensi della lett. D) della circolare n. 20/2007.

¹⁵⁰ Così S. CAEDDU, *Circuiti penitenziari: il ruolo del Commissario nella gestione dei detenuti dell'alta sicurezza*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, cit., 56.

di Sorveglianza o abbiano dato prova di adesione ad un percorso trattamentale rieducativo, perdurando la loro allocazione in Alta sicurezza da lungo tempo¹⁵¹.

Da ultimo, la recente circolare del maggio 2022, rilevata una certa sperequazione nell'applicazione della circolare n. 3663/6113 del 2015 tra i diversi istituti, ha richiamato le diverse Direzioni a far applicazione della custodia chiusa, sollecitando la necessità di impiegare le previste 8 ore da trascorrere al di fuori delle camere di pernottamento in attività trattamentali e di prevedere nei regolamenti di istituto il divieto di stazionare nei corridoi, gli orari di chiusura e apertura delle camere detentive e gli orari di fruizione degli spazi comuni.

¹⁵¹ Cfr. circ. DAP, 5 maggio 2015, n. 157181.

CAPITOLO QUARTO

I CIRCUITI PENITENZIARI

SEZIONE II

I NUMEROSI PROBLEMI POSTI DAL CIRCUITO DI ALTA SICUREZZA

SOMMARIO: 4.6. Sicurezza vs trattamento. 4.7. Riserva di legge. 4.7.1. La discrezionalità senza confini dell'Amministrazione penitenziaria. 4.7.1.1. Quanto ai presupposti e al procedimento di classificazione in Alta sicurezza. 4.7.1.2. Quanto ai contenuti del provvedimento di classificazione (rectius: ai contenuti del trattamento) in Alta sicurezza. 4.7.1.3. Quanto alla durata e all'attivazione dell'iter di declassificazione e ai relativi criteri. 4.8. Riserva di giurisdizione. 4.8.1. Tutela avverso l'allocazione in Media sicurezza a custodia chiusa. 4.8.2. Sezioni ex art. 32 co. 1 reg. esec. e possibilità di reclamo. 4.8.3. La tutela giurisdizionale avverso il provvedimento di trasferimento. 4.9. Necessità di razionalizzazione del sistema dei circuiti. 4.10. I regimi speciali di rigore: è davvero piena la garanzia per i diritti dei detenuti? 4.10.1. La garanzia giurisdizionale con riferimento al regime del "carcere duro".

4.6. Sicurezza vs trattamento

Abbiamo già messo in evidenza come la sicurezza rappresenti il presupposto necessario per il trattamento dei detenuti: senza sicurezza interna, infatti, il percorso rieducativo e, prima ancora, l'offerta trattamentale non risultano possibili¹.

Ove si volesse condividere la definizione di regime penitenziario quale complesso di situazioni soggettive attive e passive facenti capo al

¹ Per la differenza tra il concetto di sicurezza interna e esterna, cfr. cap. IV, sez. I, nt. 74.

detenuto, sarebbe più in generale condivisibile, dunque, la ricostruzione della sicurezza quale pre-condizione necessaria affinché gli altri diritti siano riconosciuti ed esercitati². E questo è valido tanto nel mondo libero quanto nella realtà degli istituti di pena.

Ciò appare chiaro, quantomeno sulla carta, nel sistema delineato dalla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, vocata alla migliore espressione del principio rieducativo previsto in Costituzione, in cui come chiarito, quantomeno a prima lettura, non sembra esserci molto spazio per le esigenze di sicurezza³. E appare ancora più chiaro nell'assetto ridefinito dalla mini-riforma del 2018 che, sotto questo profilo, ne ha enfatizzato, a nostro modo di vedere, la vocazione, andando a novellare alcune norme tra cui l'art. 1 e l'art. 14 o.p., ove è venuto meno il rinvio espresso all'art. 42 o.p.⁴.

Sicurezza e trattamento vengono pertanto presentati come “binomio inscindibile”, quali elementi che, in perfetta sinergia, dovrebbero convergere verso un percorso rieducativo degno di questo nome. In questo senso, come abbiamo chiarito, depone anche l'art. 14 co. 3 o.p. con la previsione del duplice criterio già commentato *supra*. La stessa Circolare del 1993, più volte citata, afferma:

² Così, recentemente, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 66; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale della sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it; ID., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, 2008, 119 ss. In argomento, cfr. anche M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, cit.

³ Per un puntuale commento non solo della legge del 1975, ma anche del periodo storico precedente, cfr. G. NEPPI MODONA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, cit., 41 ss.

⁴ Tra i vari commentatori della riforma, cfr. in argomento V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, ed. 2019, cit., 10-11, in cui gli Autori sottolineano come questa sia una modifica che meriti di essere messa in particolare risalto, anche se sottolineano che sarebbe stato particolarmente opportuno, sulla falsariga di quanto già previsto nelle Regole penitenziarie europee e nelle *Mandela Rules*, prevedere espressamente che la compressione dei diritti dei detenuti per le citate esigenze di ordine e disciplina debba essere la minore delle possibili. Danno per scontato che il principio di adeguatezza e proporzionalità si applichi alle restrizioni connesse ad esigenze di ordine e sicurezza F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *Sub art. 1 o.p.*, in ID. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 6.

Il vero è che sicurezza e trattamento [...] sono aspetti fondamentali e inscindibili di una fondamentale istanza di legalità, in cui si racchiude sinteticamente l'essenza delle finalità istituzionali dell'Amministrazione penitenziaria,

cui non sembra peraltro corrispondere quell'adeguato apparato di garanzie che dovrebbe sempre caratterizzare la privazione della libertà personale⁵.

La valorizzazione del dettato costituzionale, che cristallizza la finalità rieducativa della pena, e la stessa affermazione della rieducazione quale diritto del detenuto, dovrebbero comunque portare a concludere quantomeno per la strumentalità della sicurezza rispetto all'obiettivo primario della rieducazione⁶. Né lo stesso Regolamento di esecuzione sembra discostarsi da un approccio che riconosca una funzione servente della sicurezza rispetto ad esigenze trattamentali, laddove, all'art. 2 co. 1 prima parte, individua la sicurezza quale condizione necessaria per la realizzazione del trattamento.

Gli stessi articoli della legge sull'ordinamento penitenziario che normalmente vengono richiamati a fondamento della differenziazione degli istituti funzionali ad esigenze di sicurezza – gli artt. 14 e 13 o.p. – ne rinvergono lo scopo nella migliore realizzazione del trattamento rieducativo, non nella sua negazione⁷.

Anche "l'allontanamento" dei detenuti considerati in vario modo pericolosi, non foss'altro per prevenire influenze nocive, come prescritto dallo stesso art. 14 co. 3 o.p., non può certo significare una rinuncia nei confronti di questi all'opera rieducativa, ché, al contrario, risultano forse essere coloro che più la necessitano. Certo dovranno essere rimediate le modalità attraverso cui organizzare l'offerta trattamentale, ma questo è

⁵ Cfr. circ. DAP n. 3359/5809 del 1993, cit., 27.

⁶ Così P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, cit., 6 ss.

⁷ Rammentiamo che l'art. 14 o.p. permette la differenziazione tra i detenuti e il loro raggruppamento funzionale al «trattamento di gruppo» e ad «evitare influenze nocive reciproche», in ciò ponendosi perfettamente in linea con quanto previsto anche dalle *Mandela Rules*. Cfr. *supra*, sez. I, par. 4.3.2.

un problema che riguarda le sole modalità, il *quomodo*, non certo l'*an* dell'offerta⁸.

L'attuale "assetto organizzativo" delle carceri, o meglio la gestione del delinquente pericoloso, sia attraverso i regimi di cui agli artt. 14 *ter* e 41 *bis* co. 2 o.p., sia attraverso il circuito di Alta sicurezza, ha reso evidente, invece, come la strumentalità della sicurezza rispetto al trattamento rimanga purtroppo una semplice petizione di principio: l'esigenza custodialistica ed in ultima istanza repressiva, sembra avere, in quest'ambito, inevitabilmente il sopravvento con una ricaduta purtroppo importante, in termini di contrazione dei diritti dei detenuti e, nello specifico, del diritto alla rieducazione⁹.

Di tutta evidenza come ciò smentisca irrimediabilmente la ricostruzione dei circuiti, proposta dalla Amministrazione penitenziaria e dalla dot-

⁸ Per una considerazione conforme, con specifico riferimento ai destinatari del provvedimento del "carcere duro", cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 418-419.

⁹ Non è infatti un caso che in dottrina si sia anche evidenziato a più riprese come il binomio trattamento/sicurezza permanga come uno dei nodi ancora irrisolti. Così T. PADOVANI, (voce) *Istituti penitenziari*, cit., 465, che parla di «parametri largamente e inevitabilmente antagonistici»; ID., *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit. Conforme: M. CASSESE, *Il senso di umanità, il trattamento e la sicurezza: negli atti dell'Assemblea Costituente ad oggi*, in AA.VV., *Diritti Umani e carcere*, Napoli, 2008, 191; A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 83. Secondo F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 98: «La lettura normativa del rapporto sicurezza/trattamento, pur mettendo i due termini del discorso in correlazione tra loro, non riesce a superare il limite dell'interpretazione della sicurezza in chiave di controllo sociale attuato a mezzo del contenimento e della coercizione, ma anzi fa passare l'idea che il trattamento sia riservato solo a coloro che non pongono affatto problemi di sicurezza». Come abbiamo avuto modo di vedere, solo ove le esigenze di sicurezza si affievoliscono, l'Amministrazione penitenziaria sembra mutare chiave di lettura del concetto di sicurezza nell'ottica di una sua più esplicita strumentalità al trattamento, o comunque intendendola come parte integrante del trattamento. È quanto accade ad esempio con la c.d. Sorveglianza dinamica che, però, come chiarito, non può trovare applicazione nell'Alta sicurezza. Proprio perché in questo caso il concetto di sicurezza viene declinato in chiave squisitamente custodialistica, vengono chiamati a farsene parte attiva sia gli operatori penitenziari diversi dalla Polizia penitenziaria sia gli stessi detenuti. In questa diversa accezione, la responsabilizzazione diviene la chiave per attrarre la sicurezza nell'alveo del trattamento stesso. Cfr. *supra*, sez. I, par. 4.5.1 in dettaglio.

trina che ad essa fa capo, quali espressione dei criteri di raggruppamento funzionali al migliore trattamento delle persone detenute. Al contrario, l'allocazione in particolare in Alta sicurezza si risolve in una contrazione vistosa dell'offerta trattamentale, che si riduce esponenzialmente a causa delle particolari regole di custodia che caratterizzano l'AS, circuito particolarmente sfavorito nella distribuzione delle già scarse risorse dedicate al trattamento. Se a ciò aggiungiamo anche la preclusione di accesso alle misure alternative di cui all'art. 4 *bis* o.p. e il fatto che proprio l'adesione alle attività trattamentali e l'accesso ai permessi costituiscono, come vedremo, condizioni preferenziali che la Magistratura di Sorveglianza deve poter apprezzare per la concessione dei benefici penitenziari, il quadro che ne esce risulta piuttosto chiaro.

Nella creazione di questo particolare tipo di circuito sembra effettivamente emergere un'esigenza esclusiva di garantire la sicurezza, intesa nella sua duplice prospettiva, sia interna che esterna¹⁰. Se in generale la realizzazione del sistema dei circuiti permette di distribuire e organizzare al meglio le forze di Polizia penitenziaria all'interno degli istituti, nello specifico l'Alta sicurezza appare funzionale sia al mantenimento dell'ordine interno che alla prevenzione di influenze negative e di eventuali azioni di proselitismo nei confronti della popolazione detenuta comune, sia, ancora prima, a precludere la possibilità di mantenere rapporti con le organizzazioni criminali¹¹.

¹⁰ In senso conforme L. LA SPINA, *Sub art. 59 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 763, il quale afferma che i parametri, attraverso i quali gli istituti/le sezioni sono stati differenziati in circuiti per ragioni di sicurezza, «si basano sulla pericolosità sia penitenziaria sia sociale». Sul punto, anche F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 113, la quale invece, afferma che «non è chiaro se l'istituzione dei circuiti risponde a una esigenza di garanzia della sicurezza interna agli istituti penitenziari, ovvero soddisfi una necessità di sicurezza esterna che coinvolge la collettività tutta». In argomento, cfr. anche R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione? Nota a ord. Tribunale di Sorveglianza di Bologna del 27.09.2011*, cit., 22; A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 82.

¹¹ Così F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 2.

Quello che doveva e dovrebbe tutt'ora essere un sistema volto alla piena realizzazione dell'ideale rieducativo si è fatalmente ripiegato su sé stesso, orientando la differenziazione, originariamente immaginata come strettamente funzionale al trattamento, a istanze di segno preventivo-cautelare, quantomeno contenitive e financo repressive. E ciò vale ovviamente per i c.d. regimi penitenziari, in cui si riconosce espressamente il sacrificio di certi diritti facenti capo ai detenuti, tra cui quello al trattamento rieducativo, ma anche, come si è cercato di mettere in evidenza, per l'Alta sicurezza.

D'altra parte la stessa Amministrazione penitenziaria in questo è apparsa da subito molto chiara nel manifestare i propri intenti: per l'Alta sicurezza, infatti, la circolare del 1993 è cristallina nell'affermare che l'esigenza di sicurezza non può che sopravanzare quella trattamentale¹². Qui il binomio si disgrega per assumere un unico volto: quello della neutralizzazione del detenuto, fino a dipingere un sistema per i detenuti pericolosi in cui l'istanza securitaria appare di fatto incompatibile con quella rieducativa¹³ ed in cui

la tensione dialettica tra le istanze preventive, legate alla difesa sociale, e quelle che si innestano sulla esigenza di creare le condizioni per il pieno dispiegarsi della funzione rieducativa della pena non sembra riuscire a trovare una loro armonica composizione¹⁴.

Con quanto affermato non si vuole certamente disconoscere la necessità di individuare il modo più opportuno di gestire il c.d. delinquente pericoloso¹⁵: si vuole solo sottolineare come quell'ineliminabile esigenza di proporzione tra sacrificio dei diritti dei detenuti e istanza securitaria

¹² Così circ. DAP, n. 3359/5809 del 1993, cit.

¹³ Così M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, cit., 1274.

¹⁴ Così F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, cit., 1596 e ss.

¹⁵ La specializzazione degli istituti di pena (o di singole sezioni) in funzione anche delle esigenze di ordine e sicurezza, sembra infatti essere la cifra distintiva del sistema carcere. Così già T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 293. La differenziazione degli istituti di pena a seconda delle diverse esigenze di sicurezza è del resto auspicata, come abbiamo visto, anche nelle *Mandela Rules*. Cfr. *supra*, sez. I, par. 4.3.2.

venga troppo spesso declinata a favore di quest'ultima, il più delle volte senza apprestare neppure una tutela piena di tipo giurisdizionale e senza che, nel caso dei circuiti di Alta sicurezza, vi sia stato più a monte il rispetto della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.

Concludendo sul punto, l'introduzione dei circuiti, ed in particolare dell'Alta sicurezza, ha fatto da fattore catalizzante, allontanando in maniera irreparabile sicurezza e esigenze trattamentali e facendo guadagnare una progressiva autonomia al primo termine¹⁶.

Con riferimento all'allocazione nel circuito a c.d. Custodia attenuata non si evidenziano problemi particolari, in quanto effettivamente, nel caso degli ICATT e degli ICAM (quali strutture a Custodia attenuata), il bilanciamento tra sicurezza e trattamento vede in linea di massima una netta prevalenza del profilo trattamentale su quello di custodia. Nel caso invece della Media sicurezza – ad eccezione dell'allocazione in custodia c.d. chiusa, su cui *infra* – sicurezza e trattamento si trovano in sostanziale equilibrio. La problematica è invece immediatamente percepibile con riferimento al circuito di Alta sicurezza, in cui il bilanciamento tra le due istanze citate appare *prima facie* risolto a favore del primo termine¹⁷.

Alla classificazione in Alta sicurezza, quanto a ricadute negative sui diritti dei detenuti, ed in particolare sul trattamento rieducativo, possono certamente essere assimilate sia l'assegnazione di condannati o internati alla custodia c.d. chiusa della Media sicurezza sia l'assegnazione ad appositi istituti o sezioni c.d. cautelari, di cui all'art. 32 co. 1 reg. esec.¹⁸. In tutti questi casi, a causa della particolare logistica dei circuiti e dell'organizzazione delle sezioni, appare evidente che i diritti delle persone detenute risultino compressi o financo irrimediabilmente negati¹⁹.

¹⁶ Cfr. F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 102.

¹⁷ Cfr. circ. DAP, n. 3359/5809 del 1993, cit.: «Certamente per i detenuti del primo livello le esigenze di sicurezza devono prevalere sulle esigenze trattamentali». Per quanto concerne la Media sicurezza a regime c.d. chiuso, cfr. *supra*, sez. I, par. 4.5.1.

¹⁸ Come abbiamo visto *supra*, sez. I, par. 4.4, dopo la riforma dell'art. 41 *bis* o.p. ad opera della l. n. 279/2002, è oggi previsto un vero circuito anche per i detenuti destinatari di un provvedimento di "carcere duro". Il regime di sorveglianza particolare non dà invece adito alla formazione di un circuito *ad hoc*, seppure la disciplina dell'art. 14 *quater* co. 5 o.p. permetta anche il trasferimento del detenuto verso altra struttura ove lo stesso non sia eseguibile nella struttura di pena di origine. Sui regimi di rigore, cfr. *infra*, par. 4.10.

¹⁹ Così anche L. LA SPINA, *Sub art. 59 o.p.*, cit., 764.

Questa “fuga dalla legalità” permette all’Amministrazione penitenziaria di operare scelte che si rivelano assai negative per i diritti delle persone detenute non solo in spregio ai fondamentali corollari del principio di legalità, ma anche dei correttivi che nel tempo la stessa Consulta ha elaborato allorquando si è trattato di bilanciare proprio l’interesse alla sicurezza/difesa sociale con quello alla rieducazione. Ci si riferisce, in particolare, alla cristallizzazione del principio di non regressione nel trattamento elaborato dalla Consulta con riferimento alle modifiche *in peius*, intervenute con riferimento alla disciplina dell’art. 4 *bis* o.p. Non potendo sindacare la scelta operata dal legislatore a livello di bilanciamento dei beni contrapposti, in quanto considerata non irragionevole né sproporzionata, la Consulta si è ritagliata uno spazio per valutare la preminenza del principio rieducativo con riferimento a coloro i quali avessero già maturato i requisiti richiesti per accedere ai benefici, in ciò considerando preminenti le istanze legate all’esigenza di non interrompere percorsi trattamentali già intrapresi con buon esito rispetto a quelle di sicurezza²⁰.

Con specifico riferimento all’Alta sicurezza ed alla possibilità di accedere a percorsi trattamentali, il Tavolo n. 2 degli Stati Generali dell’esecuzione penale aveva affermato, nella sua relazione finale che

è inopinabile che i ristretti del circuito “Alta sicurezza” godano di minori garanzie – rispetto ai detenuti comuni – quanto alla possibilità di accedere ad adeguati percorsi trattamentali, percorsi che dovrebbero essere assicurati a tutti in egual misura, anche a quei condannati che, pur responsabili di reati di criminalità organizzata (e comunque non soggetti al regime speciale di cui all’art. 41 *bis* o.p.), dovrebbero essere indirizzati verso il progressivo recupero sociale²¹.

Allo stesso modo, il Garante Nazionale, nella sua relazione al Parlamento per l’anno 2017, ha stigmatizzato la distanza tra l’offerta trattamentale propria delle sezioni di Alta sicurezza rispetto a quelle di Media

²⁰ Per un approfondimento della materia, anche con riferimento alla distinta problematica dell’applicazione in materia del principio di irretroattività, alla luce della fondamentale sentenza della C. cost. n. 32/2020, cfr. *supra*, cap. I, par. 1.4.3.2, cap. II, par. n. 2.5.2 e cap. V, Pt. II, par. 5.8.

²¹ Cfr. *Relazione finale Tavolo 2, Vita detentiva, responsabilizzazione, Circuiti e sicurezza*, in www.giustizia.it.

sicurezza²². Dopo una serie di visite in istituti afferenti al circuito, in un recente report relativo al circuito AS 2, lo stesso ha inoltre precisato che a distanza di 12 anni dall'abolizione del circuito a E.I.V. nelle citate sezioni si sta verificando il medesimo problema che aveva portato al superamento del circuito E.I.V. a favore della tripartizione dei circuiti AS intervenuta ad opera della Circolare del 2009: è infatti di assoluta evidenza la forte disomogeneità dei profili delle persone ivi allocate. Nel circuito AS 2, ad esempio, convivono oggi detenuti condannati per reati connessi a terrorismo violento di matrice islamica, di criminalità politica anche di stampo anarchico e, residualmente, detenuti legati ai movimenti armati degli anni '70 e '80. Secondo il Garante nazionale, «tale disomogeneità rende vago ogni riferimento a possibili percorsi di riinserimento»²³.

4.7. Riserva di legge

Come abbiamo già chiarito, secondo la tesi tutt'ora difesa dall'Amministrazione penitenziaria, a differenza di quanto accade per i regimi di rigore, la classificazione nei diversi circuiti e la conseguente

differenziazione [...] non implica [...] una differenza nel regime penitenziario sotto il profilo dei diritti e dei doveri dei detenuti e sotto il profilo della possibilità, in linea di principio, di applicare le regole e gli istituti del trattamento penitenziario²⁴.

Da qui, il passo è breve nel ritenere rinunciabili, e comunque non necessarie, le garanzie che sono invece state apprestate, seppur non sempre in maniera esaustiva, per i regimi speciali²⁵.

²² Cfr. *Relazione al Parlamento 2017*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, in cui il Garante Nazionale, citando la fondamentale sentenza n. 204/1974, rammenta l'«obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

²³ Cfr. *Rapporto tematico sulle sezioni di Alta sicurezza 2 (AS 2) di tipo misto – luglio-settembre 2020*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

²⁴ Così circ. DAP, 21 aprile 1993, n. 3359/5809, cit.

²⁵ Cfr. *infra*, par. 4.10.

Quel preventivo bilanciamento di interessi contrapposti che, nella materia dell'esecuzione penale – avvinta inscindibilmente al principio fondamentale dell'inviolabilità della libertà personale²⁶ – riteniamo dovrebbe necessariamente essere riservato, quantomeno in prima battuta, al legislatore, è qui lasciato alla totale discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria²⁷.

L'intera materia è disciplinata da un profluvio di circolari amministrative, fonti secondarie, che hanno definito un intricato panorama di riferimento. Questa soluzione avrebbe avuto, e avrebbe, una sua logica giustificazione nella misura in cui i circuiti assolvessero ad una funzione esclusivamente organizzativa, risolvendosi davvero in uno strumento di mera organizzazione logistica²⁸. Ma l'Amministrazione penitenziaria, nonostante le reiterate affermazioni in tal senso presenti in quasi tutte le circolari adottate in materia e suffragate anche da una serie di scritti dei suoi stessi Dirigenti, non sembra avere introdotto i c.d. circuiti con una finalità solamente logistico-organizzativa, né il raggruppamento dei delinquenti ritenuti a vario titolo pericolosi appare funzionale ad un loro adeguato trattamento di gruppo.

Pare invece che, comportando l'allocazione in un determinato circuito una maggiore afflittività nell'esecuzione della pena e la negazione o

²⁶ Per una definizione ampia del concetto di libertà personale, inclusiva dei diritti fondamentali che non possono essere in alcun modo negati neppure al peggiore dei delinquenti (accezione della libertà personale *ex art. 13 Cost.* come relativa al concetto di dignità della persona), cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12. Più recentemente, A. MARTUFI, *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 260. Cfr. cap. I.

²⁷ Solo un sistema così modulato può poi giovare della previsione di un possibile vaglio giurisdizionale che potrà, in questo caso, attestarsi sulla declinazione di quel bilanciamento con riferimento specifico al singolo detenuto. Cfr. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 56, allorquando distingue tra le determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria di carattere generale che ritiene non sindacabili da parte della Magistratura di Sorveglianza e applicazioni concrete fondate sull'erronea applicazione di scelte organizzative generali da parte dell'Amministrazione.

²⁸ Cfr. sul punto, con approccio critico: L. CESARIS, *Sub art. 14 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2015, cit., 157 ss.; F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 104-105.

la drastica riduzione dell'offerta trattamentale, al pari di quanto avviene nei regimi di rigore, l'attuale assetto renda evidente il contrasto con il dettato costituzionale: qualsiasi restrizione imposta alla libertà personale dovrebbe ossequiare la duplice riserva di legge e di giurisdizione prevista all'art. 13 Cost., assolvendo nel contempo anche alle condizioni definite all'art. 3 delle Regole penitenziarie europee, ove si prevede che «le restrizioni imposte alle persone private di libertà devono essere ridotte allo stretto necessario e devono essere proporzionali agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte» e che «ogni detenuto sottoposto a tali misure ha il diritto di reclamo secondo la procedura prevista dalla Regola 70»²⁹, nonché alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 14 febbraio 2014, relativa ai delinquenti pericolosi, che prevede peraltro la possibilità di adottare misure ulteriormente limitative della libertà solo qualora siano strettamente necessarie e proporzionate al livello di rischio prodotto per la società e sempre con il presidio del vaglio giurisdizionale.

4.7.1. La discrezionalità senza confini dell'Amministrazione penitenziaria

Rispetto alla materia dei circuiti, e, nello specifico, dei circuiti di Alta sicurezza, il legislatore sembra dunque aver abdicato a favore della discrezionalità amministrativa il difficilissimo compito di bilanciare un certo grado di sicurezza con la tutela di quei diritti fondamentali riconosciuti ai detenuti, primo tra tutti il diritto alla rieducazione.

²⁹ Ciò, in riferimento espresso a misure adottate per ragioni di sicurezza, viene ribadito anche dalla Regola 51.1 delle Regole penitenziarie europee: «Le misure applicate ai singoli detenuti per la sicurezza devono essere il minimo necessario per garantirne una custodia sicura». La Regola 53 dispone inoltre: «Il ricorso a misure di alta sicurezza o di protezione è autorizzato soltanto in circostanze eccezionali. Devono essere stabilite delle procedure chiare da applicare in caso di utilizzo di tali misure nei confronti di tutti i detenuti. La natura di tali misure, la loro durata e i motivi che permettono di ricorrervi devono essere determinati dal diritto interno. In ogni caso, l'applicazione delle misure deve essere approvata dall'autorità competente per un periodo determinato. Ogni decisione di proroga del periodo di applicazione deve essere nuovamente approvata dall'autorità competente. Queste misure devono essere applicate a singoli detenuti e non a gruppi di detenuti. Ogni detenuto sottoposto a tali misure ha il diritto di reclamo secondo la procedura prevista dalla Regola 70».

A conti fatti, dunque, la materia dei circuiti penitenziari è certamente quella in cui la discrezionalità amministrativa è massima, sia se prendiamo in considerazione i presupposti per la classificazione e la declassificazione, sia per quanto concerne la durata dell’allocazione nel circuito, sia, infine, per quanto riguarda l’effettiva compressione dei diritti delle persone detenute, i quali risultano variamente incisi a seconda della disciplina “organizzativa” adottata all’interno del circuito e dell’attuazione delle attività trattamentali realizzate poi all’interno delle singole sezioni di Alta sicurezza. Una vera e propria “zona grigia”³⁰ o se si preferisce uno «spazio vuoto di diritto»³¹, laddove, invece, risolvendosi l’allocazione nei circuiti AS in una maggiore afflittività della pena e dunque in un’ulteriore limitazione della libertà personale, dovrebbe pienamente operare, come abbiamo visto, la doppia riserva di legge e giurisdizione, così come prevista all’art. 13 Cost.³².

Questa scelta incide in maniera drammatica sull’intero percorso di esecuzione della pena, condizionando prima ancora che l’eventuale trattamento rieducativo, la qualità delle condizioni di vita all’interno della struttura, “condannando” il detenuto, in qualche caso, ad una spirale di non ritorno, dalla quale è praticamente impossibile uscire e che rischia di restituirlo alla società – perché stiamo per lo più parlando di condannati a pena temporanee – più pericoloso di quanto non fosse al momento dell’ingresso in carcere.

In ultima istanza, sembra difficile sottrarsi all’idea che, attraverso il sistema dei circuiti di Alta sicurezza, il perseguimento di istanze securitarie sia condotto ai limiti della legalità e che, attraverso le circolari in materia, l’Amministrazione penitenziaria operi scelte rilevanti capaci di incidere sulla libertà personale delle persone detenute al di fuori di chiari confini normativi, in uno spazio in cui le garanzie, che dovrebbero presidiare l’esecuzione della pena in carcere, non arrivano.

³⁰ Parla di circuiti in balia dell’Amministrazione penitenziaria: F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1, 24; in argomento anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 86 ss.

³¹ Cfr. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un’evasione dalla legalità*, cit., 287.

³² Si esprime negli stessi termini, con riferimento specifico alla realtà delle carceri di massima sicurezza, T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 298.

Il circuito penitenziario di Alta sicurezza costituirebbe dunque un vero e proprio «regime trattamentale differenziato rimesso alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione»³³. Si tratterebbe, secondo parte della dottrina, di un *escamotage* per aggirare i limiti e le garanzie che circondano i regimi di rigore espressamente previsti dalla legge³⁴: tale circuito, andando a colpire direttamente i diritti degli interessati, comprimendoli ulteriormente³⁵, concretizzerebbe un vero e proprio regime

³³ Così R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2019, settima ed., 254.

³⁴ Così F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, cit., 1600, il quale afferma che «è interessante notare che l'istituzione dei "circuiti penitenziari" si giustifica storicamente con l'esigenza dell'Amministrazione di esercitare il proprio potere organizzativo per fare fronte alle sempre crescenti esigenze preventive connesse a molteplici fattori (il progressivo deterioramento delle condizioni materiali di detenzione, il sovraffollamento, il crescente numero di detenuti affetti da problemi psichiatrici, la presenza sempre più evidente di fenomeni di radicalizzazione e proselitismo di matrice religiosa); ma certamente ha avuto un peso la valutazione che, operando per via di circolare amministrativa, l'Amministrazione avrebbe potuto evitare (almeno fino all'introduzione, con il d.l. n. 146/2013 del "reclamo giurisdizionale" di cui all'art. 35 bis, l. n. 354/1975) quel controllo giurisdizionale che, invece, si attua in modo penetrante nel caso di applicazione degli strumenti della sorveglianza particolare previsto dall'art. 14 bis, l. n. 354/1975 e del regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis, della medesima legge». Cfr. anche F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 1113 ss.; B. BOCCHINI, (voce) *Carceri e sistema penitenziario*, in *Digesto Pen.*, Torino, 2005, 118 ss.; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 185; A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 285; R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, cit., 24; M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, cit., 1274, la quale sostiene che: «la presenza di sezioni o istituti di c.d. massima sicurezza consente all'Amministrazione penitenziaria, tramite il meccanismo delle assegnazioni e dei trasferimenti (artt. 14 e 42 o.p.) e sulla base della ritenuta pericolosità di un soggetto, di aggirare le formalità e i controlli previsti per il trattamento differenziato di cui agli artt. 14 bis e 41 bis comma 2 e succ.».

³⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 183.

particolare per coloro che vengono individuati dall'Amministrazione penitenziaria come altamente pericolosi³⁶, senza che siano apprestate le garanzie costituzionali previste all'art. 13 Cost.

Su questo punto, la stessa Amministrazione penitenziaria non appare peraltro sempre coerente, allorquando sottolinea come

la separazione determinata dai circuiti, pur senza intaccare le regole generali dell'ordinamento penitenziario, possa riverberarsi anche sull'organizzazione della vita interna di istituto, finendo così surrettiziamente per modificare le caratteristiche concrete della vita detentiva³⁷,

in ciò riconoscendo che, nei fatti, regimi e circuiti di Alta sicurezza possano comportare le medesime incidenze negative sui diritti delle persone detenute.

4.7.1.1. Quanto ai presupposti e al procedimento di classificazione in Alta sicurezza

Con riferimento ai presupposti per la classificazione, essi sono stati a più riprese ridefiniti dalle diverse circolari che si sono succedute, ma conservano il nocciolo duro fondato sulla presunzione di pericolosità discendente dal titolo di reato, che si risolve inesorabilmente in altrettante presunzioni assolute di pericolosità, da cui discende una classificazione immediata che non contempla l'osservazione del detenuto al fine di apprezzare la reale e attuale portata della pericolosità.

L'assenza di qualsiasi riferimento alla pericolosità penitenziaria, con l'eccezione del circuito AS 3 per le ipotesi non strettamente connesse al titolo di reato ivi previste, ha fatto anche dubitare della conformità del sistema dei circuiti di Alta sicurezza alle esigenze di individualizzazione del trattamento, di cui all'art. 13 o.p., e al principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale³⁸.

³⁶ Così S. SANTORSO, *Un carcere fatto a circuiti: tra definizione formale e pratiche*, cit., I.

³⁷ Cfr. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 43.

³⁸ Cfr., in questo senso: F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 196.

A questo riguardo non possiamo non rammentare come la Corte costituzionale si sia espressa censurando, proprio sotto questo profilo, la prevalente disciplina del regime di rigore del “carcere duro” allorché prevedeva, quale unico presupposto per la sua applicazione, il titolo di reato³⁹, tanto che la l. n. 279/2002 ha aggiunto, quale ulteriore requisito, la necessità di provare in concreto la sussistenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva» (cfr. art. 41 *bis* co. 2 o.p.)⁴⁰.

Nel tempo, però, i criteri sono stati affinati nel senso di permettere l’inserimento di soggetti ritenuti pericolosi anche in assenza di titolo qualificato, qualora venga dimostrato il perdurare dei collegamenti con il consesso criminale, dilatando l’ambito operativo del circuito e, consequenzialmente, la discrezionalità amministrativa: oggi nel circuito AS 3 possono infatti essere assegnati anche condannati per reati diversi da quelli richiamati all’art. 4 *bis* o.p., cui non sia stata applicata l’aggravante “mafiosa”, allorché possa emergere la loro appartenenza ad una associazione mafiosa, ovvero qualora essi rivestano un ruolo di spicco nell’ambito della criminalità organizzata (lett. D Circolare 2007).

I presupposti delineati dalle circolari di riferimento per la classificazione in Alta sicurezza non risultano dunque coincidenti con quelli previsti nel regime di cui all’art. 41 *bis* co. 2 o.p., che a fianco del titolo di reato richiama oggi la necessità della prova dell’immanenza dei collegamenti con l’associazione criminale, terroristica o eversiva, prevedendo invece alternativamente o il solo titolo di reato o, in sua alternativa, la prova del collegamento.

Ciò permette, nei fatti, di ricorrere all’Alta sicurezza tutte le volte in cui mancherebbero i presupposti per l’applicazione di un regime spe-

³⁹ Cfr. C. cost., n. 376/1997, cit., con nota di L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997*, in *Cass. pen.*, 1998, 12, 3179 ss.

⁴⁰ Per un approfondimento puntuale sulle modifiche introdotte dalla l. n. 279/2002, cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 140 ss.; M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 10, 1280 ss.; F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 3, 355 ss.

ciala⁴¹ – o perché, pur essendoci il titolo di reato, manchi la prova del collegamento o perché, mancando il titolo, vi sia invece la prova del collegamento – con ciò rendendo evidente la finalità di utilizzare il circuito tutte le volte in cui la “coperta” di cui all’art. 41 *bis* co. 2 o.p. si dimostri troppo corta⁴²: un vero e proprio “tappa buchi”, sprovvisto di alcuna forma di tutela.

Lo stesso procedimento di classificazione, così come quello impositivo di un regime di rigore, è poi, in quanto demandato all’Amministrazione penitenziaria, un procedimento amministrativo in senso proprio, che rappresenta, insieme a quello disciplinare, l’unico procedimento di tipo autoritativo con attivazione d’ufficio⁴³.

Pesanti critiche proprio sul procedimento di assegnazione ai circuiti AS sono state avanzate dal Comitato europeo per la prevenzione della

⁴¹ Parla di progressiva partizione dei detenuti poco in linea con il principio di legalità: F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 73 ss., riferendosi al fatto che l’osservazione e la valutazione della personalità possono potenzialmente incidere in maniera diversa, anche a fronte di un fatto di reato che presenta il medesimo disvalore, comportando una diversa allocazione e conseguentemente una diversa afflittività della pena, «determinando, così, una criticità in termini di certezza formale del diritto penale». A questo riguardo ci preme sottolineare che, come abbiamo avuto modo di chiarire, quantomeno per l’Alta sicurezza, la classificazione è immediata, ove dipendente esclusivamente dal titolo di reato, e comunque sollecita quando vada esercitata dalla Direzione Generale Detenuti. L’osservazione, funzionale alla definizione del trattamento è invece l’*iter* che si utilizza allorché si parli di allocazione in Media sicurezza o nel circuito a Custodia attenuata. Per quest’ultimo circuito è richiesto anche il consenso del detenuto, in quanto lo stesso sarà impegnato in rilevanti percorsi terapeutico trattamentali. In questo contesto si parla di un vero e proprio “patto” tra l’Amministrazione e il detenuto. Cfr. F. FALZONE, *Sub art. 14 o.p.*, cit., 184. Certamente, invece, alcune differenziazioni – quelle fondate ad esempio sulle diverse provenienze territoriali delle persone detenute – rischiano in ultima istanza di essere discriminatorie e poco funzionali ad un trattamento rieducativo adeguato, andando a detrimento della stessa integrazione dei detenuti di diversa provenienza. Cfr., in argomento: A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 86, ove l’Autrice afferma: «il rischio sempre presente, tuttavia, è che i circuiti penitenziari si trasformino in recinti (ulteriormente) ghetizzanti entro l’area segnata dai confini dell’istituzione totale».

⁴² Utilizza la medesima espressione evocativa: A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 89.

⁴³ Così S. ROMICE, *L’effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati, A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, cit., 30.

tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Quest'ultimo, in un *report* pubblicato il 21 gennaio 2020, in seguito alla visita effettuata nelle carceri di Biella, Milano Opera, Saluzzo e Viterbo, ha messo in luce che la decisione sull'assegnazione è sostanzialmente presa arbitrariamente dal DAP, senza tener conto della personalità del soggetto e di aspetti riguardanti la sua possibile rieducazione⁴⁴.

4.7.1.2. *Quanto ai contenuti del provvedimento di classificazione (rectius: ai contenuti del trattamento) in Alta sicurezza*

Quanto all'incidenza che l'allocazione in Alta sicurezza comporta sui diritti dei detenuti, ci siamo già ampiamente espressi. Preme qui meglio chiarire i contenuti specifici delle limitazioni connesse a tale circuito dove si applica necessariamente la custodia chiusa e tutto ciò che questa comporta.

L'allocazione in un circuito di Alta Sicurezza implica infatti una serie di limitazioni importanti per i detenuti, tra cui: limiti alla corrispondenza, ai colloqui, agli oggetti che essi possono tenere in cella, alla possibilità di ricevere pacchi dall'esterno; limitazioni nei rapporti con gli altri detenuti, data la quasi totale assenza di momenti di socialità⁴⁵. L'assegnazione in AS comporta altresì, come abbiamo visto, perquisizioni più frequenti e una vigilanza continua⁴⁶.

Alcune di queste limitazioni discendono dallo stesso art. 4 *bis* o.p. che, oltre alla preclusione relativa all'accesso ai benefici, comporta ad esempio pesanti limitazioni relative ai colloqui sia di persona che telefonici, ma sono l'offerta trattamentale e, più in generale, la vita detentiva a risultare fortemente sacrificate per il detenuto allocato in Alta sicurezza

⁴⁴ Cfr. *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, in www.coe.int.

⁴⁵ Cfr. circ. DAP, n. 3359/5809 del 1993, cit. Cfr. anche la circ. DAP, 8 luglio 1998, n. 3478, che prevede un'espressa limitazione dei colloqui per gli imputati dopo la sentenza di primo grado, i condannati e gli internati, allocati in Alta sicurezza, che possono essere autorizzati solo con i congiunti e affini fino al terzo grado, quando invece per la Media sicurezza il limite è quello dell'affinità fino al quarto grado. Cfr. in argomento: G.M. NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014.

⁴⁶ Cfr. circ. DAP, n. 3359/5809 del 1993, cit.

e ciò in forza sia della disciplina comune prevista nelle Circolari del DAP, sia delle prescrizioni contenute nei diversi ordini di servizio delle Direzioni dei vari istituti facenti parte del circuito AS, con una rilevante ricaduta negativa anche sul versante del principio di non discriminazione nell'esecuzione della pena, previsto all'art. 1 o.p. e, più in generale, del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Rammentiamo a questo riguardo che la stessa originaria previsione, secondo cui i detenuti allocati in Alta sicurezza avrebbero dovuto svolgere le attività trattamentali in sezione, sacrificava inevitabilmente, e in certo qual modo sacrifica tutt'ora, l'offerta trattamentale e questo anche tenuto conto degli spazi angusti che le singole sezioni prevedono per le attività da svolgersi in comune⁴⁷, spesso ridotti ad una saletta per la socialità, in qualche caso una stanza vuota sprovvista addirittura di tavoli e sedie. Nonostante, infatti, tale previsione sia stata successivamente modificata nel senso di permettere l'accesso agli spazi comuni dedicati alle attività trattamentali, allorquando gli stessi non siano replicabili nell'ambito della sezione⁴⁸, di questa possibilità le Direzioni degli istituti fanno un uso più che parsimonioso.

A ciò dobbiamo aggiungere che l'inserimento in un circuito normalmente porta con sé anche la violazione del principio di territorialità della pena, cui inevitabilmente si collega un ulteriore sacrificio del diritto all'affettività e una frustrazione delle possibilità di reinserimento, ove il condannato sia radicato sul territorio.

Inoltre, ove si tratti di condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p. ne discenderà, in assenza di collaborazione con la giustizia, una preclusione di accesso ai benefici penitenziari. Per questi detenuti, destinati

⁴⁷ Sottolinea come l'offerta trattamentale non possa non uscirne frustrata: F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 105, affermando che: «conoscendo lo stato delle carceri italiane sia in termini di vetustà strutturale, sia in termini di sovraffollamento carcerario, una realtà del genere risulta alquanto inimmaginabile».

⁴⁸ Solo nel 1998, con la circolare n. 3479/5929, nel ribadire la necessità di assicurare l'assoluta separazione con la restante popolazione detenuta, l'Amministrazione penitenziaria ha previsto la possibilità di svolgere attività trattamentali al di fuori delle sezioni Alta sicurezza: è il caso dell'accesso al campo sportivo, alla cappella, ai locali per i corsi professionali.

ad eseguire l'intera pena in carcere (almeno *de iure condito*)⁴⁹, quindi, dovrebbe essere a maggior ragione necessario e tanto più prezioso un percorso trattamentale *intra moenia*, che invece risulta frustrato non solo per l'esiguità delle risorse, che è caratteristica comune a tutti gli istituti, ma anche per la fisiologica penuria di attività dedicate ai detenuti afferenti alle sezioni di Alta sicurezza.

Teniamo infine conto del fatto che, statisticamente, la declassificazione è evento molto raro, proprio perché nell'ottica dell'Amministrazione penitenziaria la classificazione dovrebbe avere carattere tendenzialmente permanente. Parlare di rieducazione e di percorso trattamentale per queste persone risulta pertanto quantomeno irrealistico.

Dal quadro tracciato si evince che le limitazioni risultano in parte sovrapponibili con quelle dei regimi di rigore, con una chiara limitazione dei diritti dei detenuti, cui non corrisponde però, in questo caso, alcuna tutela giurisdizionale espressa; né, più a monte, vi è la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare le singole prescrizioni che ne definiscono il contenuto, sia sotto il profilo della congruità rispetto alla *ratio* di sicurezza sottostante al circuito di AS sia dal punto di vista della proporzionalità in senso stretto, rispetto al bilanciamento operato tra esigenze di difesa sociale e diritti delle persone detenute.

Più in generale è difficile sottrarsi all'idea che la stessa pena acquisti una conformazione diversa e *ictu oculi* maggiormente afflittiva.

La Corte costituzionale, come abbiamo avuto modo di approfondire, con riferimento ai regimi penitenziari (artt. 14 *bis* e 41 *bis* co. 2 o.p.), cui viene ricollegato il sacrificio di taluni diritti dei detenuti – cosa che è invece negata per i circuiti – è rimasta lungamente ancorata alla tesi formalistica secondo cui le misure che attengono al regime penitenziario, per quanto afflittive, sono da ascrivere alle “modalità di esecuzione” della pena e, in quanto tali, vanno collocate fuori dal perimetro delle garanzie approntate dall'art. 13 Cost.⁵⁰. La *summa divisio* passerebbe cioè, secondo la Consulta, tra misure extra-murarie e intra-murarie. Rispetto

⁴⁹ Salva la possibilità di accedere ai permessi premio ove si sia data prova delle condizioni definite dalla sentenza della C. cost., n. 253/2019, cit, e ricorrano i presupposti del beneficio.

⁵⁰ Cfr. C. cost., 349/1993, cit. Critica A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 373 ss.

alle modalità esecutive della pena detentiva in carcere, infatti, qualsiasi misura, per quanto afflittiva, sarebbe da considerarsi già ricompresa nel *quantum* di afflittività connesso alla privazione della libertà personale insito nella sentenza di condanna. Volendo condividere il percorso argomentativo, che ci sembra invece fortemente criticabile, risulta di tutta evidenza come la tesi appena citata dovrebbe valere, a maggior ragione, per il circuito AS.

Se di primo acchito si potrà forse condividere l'assunto per cui il carcere è sempre carcere e che l'unica vera differenza qualitativa incidente sulla libertà del soggetto è quella che, per il tramite delle misure alternative e dei benefici "minori", porta il detenuto in esecuzione di pena al di fuori del carcere, sembra potersi agevolmente replicare che altrettanto rilevante sembra essere la differenza qualitativa tra l'eseguire la pena detentiva in custodia aperta o eseguirla in un contesto di sostanziale isolamento, quale discende dall'applicazione del regime del "carcere duro", o in un contesto in cui la socialità è fortemente limitata, se non del tutto preclusa e in cui si applicano le regole della custodia chiusa⁵¹, come accade in Alta sicurezza⁵². Ma le medesime considerazioni si possono proporre, *mutatis mutandis*, anche quando a venire in oggetto sia l'esecuzione della pena in custodia chiusa se comparata a quella c.d. aperta: scontare la pena potendo avere libertà di movimento, almeno all'interno della sezione, per l'intera giornata, rispetto ad un'apertura di poche ore, sempre e comunque connessa alle ore d'aria o alla partecipazione alle attività trattamentali, rappresenta, per il detenuto, una differenza abissale. Di fatto, per intenderci, questa è l'immane differenza tra il *pre* e il *post* Torreggiani. Con l'apertura delle celle e la conseguente libera deambulazione all'interno della sezione per almeno 8 ore al giorno, la vita detentiva all'interno delle sezioni è stata infatti rivoluzionata⁵³.

L'approccio formalistico, affermato dalla Consulta, non sembra invece tenere in adeguato conto l'incidenza che i diversi regimi, così come

⁵¹ Il che molto spesso significa rimanere chiusi in cella a meno del tempo trascorso ai passeggi per le ore d'aria e del tempo impiegato nelle sporadiche attività trattamentali.

⁵² Sottolinea come la soluzione formalistica adottata dalla Consulta sollevi non poche perplessità: A. MARTUFI, *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo status garantistico?*, cit., 261. Cfr., in argomento cap. I, par. 1.4.3.2 e cap. V, Pt. II, par. 5.5.1.

⁵³ È questa infatti la misura adottata in media sicurezza all'indomani del 28 maggio 2014, data di scadenza dell'anno concesso all'Italia per adempiere ai *dicta* di Strasburgo.

l'allocazione in un circuito AS, possono comportare su quel residuo di libertà che il detenuto conserva e che è tanto più prezioso proprio «in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁵⁴.

Se quanto affermato è vero, in ultima analisi, l'allocazione nei diversi circuiti AS o in regime c.d. chiuso è in grado di incidere variamente, ma sempre in senso deterioro, sulla libertà personale, andando a rifrangersi sulla stessa legalità della pena, non solo sul versante dell'assenza di una sua predeterminazione legale, ma anche sul versante della sua prevedibilità da parte del detenuto⁵⁵.

4.7.1.3. *Quanto alla durata e all'attivazione dell'iter di declassificazione e ai relativi criteri*

Anche la durata della classificazione in Alta sicurezza è nelle mani dell'Amministrazione penitenziaria. Il potere di impulso per attuare il procedimento di declassificazione è riconosciuto non solo ai detenuti ma alle stesse Direzioni degli istituti, che possono attivarsi *ex officio*, mentre la decisione finale è oggi rimessa alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento.

A questo riguardo sono necessarie alcune considerazioni: da un lato, la modifica della competenza, che ha portato ad accentrare le decisioni sulle declassificazioni alla Direzione Generale, anche al fine dichiarato di una maggiore uniformità di giudizio, rischia di creare una spersonalizzazione della decisione; dall'altro, tutt'ora le Direzioni degli istituti, come abbiamo visto, sembrano fare un uso assai parco del potere di promuovere le declassificazioni. Probabilmente questo atteggiamento è anche frutto dell'originaria impostazione dei circuiti, pensati come identità sostanzialmente statiche, in cui il detenuto avrebbe dovuto rimanere allocato per lunghissimi periodi⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit.

⁵⁵ Cfr. per un riferimento alla prevedibilità (*forseeability*), che rammentiamo essere, insieme all'*accessibility*, una delle due anime dell'art. 7 Cedu, il cap. I, par. 1.4.3, ed in particolare nt. 85.

⁵⁶ Funzionale a ciò era stata l'originaria organizzazione su base regionale, su cui cfr. *supra*, sez. I, par. 4.3.2.

Rammentiamo che la stessa Amministrazione penitenziaria nel 2015 ha sentito l'esigenza di emanare una specifica circolare relativa alla declassificazione, con la quale i Direttori degli istituti sono stati sollecitati a proporre per la declassificazione quei detenuti a cui la Magistratura di Sorveglianza avesse concesso un certo numero di permessi premio o che si fossero resi protagonisti di un percorso trattamentale particolarmente positivo, così mettendo in evidenza, a nostro modo di vedere, le storture di un sistema che mantiene in un circuito fortemente "penalizzante", e comunque contenitivo, detenuti suscettibili di essere invece considerati non pericolosi socialmente da parte della Magistratura di Sorveglianza⁵⁷.

A questo proposito preme sottolineare come una rivalutazione periodica, da attuarsi soprattutto con riferimento alla pericolosità c.d. penitenziaria, dovrebbe essere imprescindibile⁵⁸. In questo senso depongono sia la stessa finalità rieducativa della pena, declinata quale diritto alla rieducazione del condannato, sia, come abbiamo visto, a livello sovranazionale le *Mandela Rules*.

La procedura di rivalutazione potrebbe essere collocata in occasione dell'aggiornamento della sintesi, da prevedersi a scadenze semestrali, documento questo che potrebbe fornire utili spunti proprio con riferimento al percorso rieducativo frattanto intrapreso dal detenuto e, più in generale, in relazione al comportamento intramurario dello stesso, di modo da fornire un quadro più completo e rispondente all'effettiva evoluzione personologica dell'interessato, che non si arresti all'apprezzamento della

⁵⁷ Rammentiamo che l'assenza della pericolosità sociale è, infatti, uno dei presupposti per la concessione del permesso premio *ex art. 30 ter co. 1 o.p.* Per un approfondimento sull'istituto del permesso premio, cfr. recentemente C. MENEGONI, *La Corte costituzionale delinea un (nuovo) modello costituzionalmente orientato dell'esecuzione penale. La valorizzazione dei permessi premio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2021, 1, 177 ss.

⁵⁸ Emblematico, da questo punto di vista, il caso della Casa di reclusione di Padova. A fronte della chiusura della sezione Alta sicurezza, intervenuta nell'aprile del 2015, si è infatti assistito ad una redistribuzione dei detenuti che sono stati in parte ritenuti meritevoli di declassificazione ed in parte trasferiti ad altro istituto dotato di sezioni di Alta sicurezza, mettendo bene in evidenza come solo l'eccezionalità di un accadimento particolare – la chiusura appunto della sezione – abbia portato in alcuni casi ad una rivalutazione della pericolosità e alla conseguente declassificazione. Per un approfondimento del caso, cfr. AA.VV., *Chiude la sezione di Alta Sicurezza della Casa di Reclusione di Padova. Una "deportazione" che spezza tante vite, interrompe percorsi, tronca legami famigliari faticosamente ricostruiti*, in *www.ristretti.it*.

pericolosità sociale “fotografata” al momento della commissione del fatto e fondata appunto sul solo titolo di reato. Ne uscirebbe così valorizzata la finalità rieducativa che, nel tempo, dovrebbe poter essere nuovamente bilanciata con le istanze di sicurezza sociale, essendo di immediata percezione che anche la pericolosità penitenziaria debba avere un suo autonomo spazio valutativo.

A nostro modo di vedere, in particolare, dovrebbe essere sempre prevista un’obbligatoria rivalutazione in occasione dell’intervenuta espiazione della quota parte di pena relativa al titolo di reato, quando la classificazione sia collegata ad esso, come nel caso della classificazione in AS 3 per i titoli di reato previsti all’art. 4 *bis* o.p.⁵⁹. A fronte dell’espiazione della pena relativa al titolo, seppur potrebbero residuare profili di pericolosità connessi al persistente legame con l’associazione criminale di riferimento, che andrebbe comunque provato, dovrebbe potersi adeguatamente valutare anche il comportamento serbato durante l’esecuzione della pena dal condannato⁶⁰.

A ciò, si aggiungono ulteriori perplessità relative al fatto che, ad oggi, il circuito di Alta sicurezza, in particolare AS 1, è utilizzato per “convogliare” coloro i quali si vedano revocato o non prorogato il regime del “carcere duro”. Difficile condividere la ragionevolezza di una siffatta previsione laddove ci si fermi a riflettere sul fatto che i profili che debbono essere indagati per la declassificazione da questo circuito replicano sostanzialmente quelli per la declassificazione dal “carcere duro”⁶¹. In

⁵⁹ Rammentiamo che, invece, la consolidata giurisprudenza di legittimità, ha affermato, con riferimento alla previsione di cui all’art. 4 *bis* o.p., il principio dello scioglimento del cumulo con riferimento all’accesso ai benefici penitenziari. Per tutte, cfr. Cass. pen., 11 dicembre 2020, n. 13041, Strano, in *www.dejure.it*.

⁶⁰ Sostiene, con riferimento specifico al regime del “carcere duro”, che esso dovrebbe cessare nel momento in cui dovesse esaurirsi, per intervenuta espiazione di pena, il relativo titolo, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 423-424.

⁶¹ Ad una prima lettura, infatti, questi sono i profili che debbono essere investigati ai fini della declassificazione, così come ridefiniti dalla Circolare DAP, n. 1571815, del maggio 2015: «a) se il gruppo di appartenenza sia attualmente attivo e presente sul territorio; b) se si siano verificate di recente sopravvenienze da cui desumere un mutamento del ruolo e della posizione del detenuto all’interno dell’organizzazione; c) gli esiti delle indagini patrimoniali sul tenore di vita della sua famiglia e sulle fonti di reddito che

ciò non si può non riscontrare una volontà deliberata di perpetuare il regime di rigore, attraverso uno strumento assai più duttile, quale l'immissione nel circuito AS, suscettibile di essere mantenuto nel tempo, anche *ad libitum*.

4.8. Riserva di giurisdizione

Ove si ritenga che anche la classificazione in Alta sicurezza, così come sostenuto da più voci in dottrina con riferimento al regime del “carcere duro”⁶², incida in ultima istanza sulla libertà personale del detenuto, dovendosi fare applicazione dell'art. 13 co. 2 Cost., dovrebbe riconoscersi, a nostro modo di vedere, competenza alla Magistratura di Sorveglianza quanto all'adozione del provvedimento di classificazione e alla conseguente allocazione nel circuito. Ciò peraltro è quanto già prevedeva il Regio regolamento esecutivo del 1931, certamente meno garantista sotto molti aspetti rispetto alla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, ma certamente più attento all'ossequio delle esigenze di tutela giurisdizionale in materia.

Come già rilevato ci si trova invece in una “zona grigia” in cui l'Amministrazione ha sostanzialmente carta bianca, sia nel definire i presupposti per la classificazione, sia nella loro applicazione. A questo riguardo, non a caso, si pone la questione, già da tempo dibattuta, della reclamabilità del provvedimento amministrativo di classificazione e del provvedimento di diniego della c.d. declassificazione⁶³.

possono giustificarlo, al fine di dimostrare l'eventuale finanziamento da parte della cosca di appartenenza; o se vi siano latitanti della medesima organizzazione; d) l'esistenza di indagini in atto sul detenuto o sul gruppo criminale di riferimento del detenuto, di rilievo per le finalità in argomento, nei limiti consentiti dal segreto investigativo; e) ogni altro elemento, anche privo di rilevanza penale e dei requisiti di validità processuale (annotazioni, relazioni di servizio), ma tuttavia idoneo a rivelare i rapporti del detenuto – anche per il tramite della famiglia – con il gruppo criminale di appartenenza». Come si può notare, essi sono in larga parte coincidenti con quelli richiesti per la declassificazione dal “carcere duro”.

⁶² Cfr. *infra*, par. 4.10.

⁶³ Preme precisare che le questioni si sono quasi sempre poste con riferimento alle istanze di declassificazione, *rectius* di rigetto da parte dell'Amministrazione penitenziaria di tali istanze. In dottrina si è parlato di «zone franche (..) che restano tendenzialmente

La giurisprudenza di legittimità ha lungamente difeso la tesi della non reclamabilità nel merito della scelta dell'Amministrazione penitenziaria, scelta discrezionale e, in quanto tale, appunto non sindacabile da parte dell'autorità giudiziaria. Ciò sul presupposto, lungamente condiviso dalla stessa Cassazione, della natura meramente organizzativa del provvedimento di classificazione.

La giurisprudenza di legittimità, nell'*impasse* sofferto nel non poter affermare la libera sindacabilità nel merito dell'agire discrezionale e, nel frangente, meramente organizzativo dell'Amministrazione penitenziaria, come dalla stessa a più riprese affermato⁶⁴, ha utilizzato ancora una volta il grimaldello dell'incidenza delle scelte dell'Amministrazione sulla tutela dei diritti⁶⁵.

Per questa via la Cassazione è giunta, in un primo momento, a sostenere la possibilità che le singole disposizioni o gli atti esecutivi, in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto, costituiscano oggetto di reclamo⁶⁶. I provvedimenti di assegnazione e di rigetto della richiesta

impermeabili a una tutela giurisdizionale davvero completa». Cfr., in questo senso A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 90.

⁶⁴ Esemplificativo lo scritto di Ardità, allora Dirigente Generale Detenuti e Trattamento, che aveva distinto tra un primo livello di regolamentazione generale ed astratta, espressione della discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria nell'organizzazione della sicurezza interna agli istituti, in quanto tale ritenuta insindacabile, e un secondo livello, relativo alla concreta disposizione che «riconosca o neghi, ai singoli l'accesso a questi spazi di trattamento sulla base della applicazione di quei criteri generali». Una limitata sindacabilità veniva perciò riconosciuta solo rispetto a quegli atti applicativi delle previsioni generali che concretizzassero errate applicazioni di queste ultime, quali ad esempio l'errata classificazione di un singolo detenuto, distinguendo per questa via tra «esistenza del potere di regolamentazione e corretto esercizio dello stesso». Così S. ARDITÀ, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 55 e 57.

⁶⁵ Da parte sua la giurisprudenza amministrativa si è a più riprese dichiarata incompetente, sostenendo che il provvedimento di classificazione e quello di declassificazione rientrerebbero nell'ambito dell'esecuzione della pena e della tutela dei diritti dei detenuti, materie che spettano alla cognizione della Magistratura di Sorveglianza: cfr., in questo senso, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. I, 29 giugno 2007, n. 1578; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I *quater*, 20 dicembre 2006, n. 15173, entrambe in *Leggi d'Italia*.

⁶⁶ Per quanto riguarda il provvedimento di assegnazione al circuito E.I.V., cfr. *ex multis*: Cass. pen., 3 febbraio 2004, n. 14487, Paziienza; Cass. pen., 28 novembre 2007, n. 47423, Barreca; Cass. pen., 4 ottobre 2007, n. 39530, cit.; Cass. pen., 6 novembre 2009,

di declassificazione, secondo questa tesi, non sarebbero cioè idonei ad incidere i diritti delle persone in esecuzione di pena in carcere⁶⁷ e sarebbero dunque insuscettibili di essere direttamente impugnati di fronte al Magistrato di Sorveglianza.

Secondo la tesi lungamente sostenuta dalla Cassazione, l'atto di classificazione si differenzerebbe dai provvedimenti dispositivi dei regimi *ex artt. 14 bis e 41 bis o.p.*, in quanto frutto del potere discrezionale dell'Amministrazione di gestire e organizzare in maniera ordinata e sistematica la vita all'interno del carcere. Esso,

lungi dal limitare la partecipazione del detenuto ad attività trattamentali, stabilisce soltanto, per ragioni di opportunità specificamente indicate, l'allocazione intramuraria del detenuto in determinati istituti, con la prescrizione di determinate cautele dettate non solo in relazione alla sua particolare pericolosità, ma anche per evitare atti di autolesionismo o aggressioni da parte di altri detenuti⁶⁸.

Questa era peraltro la tesi da sempre sostenuta dalla stessa Amministrazione penitenziaria nelle sue circolari⁶⁹. Ancora nel 2007, la circolare n. 20 affermava che la differenziazione legata ai circuiti di Alta sicurezza non dovrà

mai implicare disparità nel concreto esercizio dei diritti, nella fruizione delle opportunità offerte dall'ordinamento penitenziario, né tantomeno nell'osservanza dei doveri dei detenuti, essendo connesse – come già in passato più volte ribadito – solo a garantire nei confronti degli interessati un livello superiore di sicurezza.

n. 29, Musumeci. Con specifico riferimento al provvedimento di assegnazione al circuito AS cfr. Cass. pen., 30 gennaio 2014, n. 6737, Pangallo. Tutte in *www.dejure.it*.

⁶⁷ Così, ad esempio, Cass. pen., 24 ottobre 2007, n. 46269, cit., in cui si legge che l'allocazione nel circuito E.I.V., «ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere i diritti soggettivi e si sottrae quindi al controllo del Magistrato di Sorveglianza». Conforme, Cass. pen., 24 novembre 2009, n. 49988, Lo Piccolo, in *www.dejure.it*.

⁶⁸ Così Cass. pen., 3 febbraio 2004, n. 14487, cit.

⁶⁹ Cfr. circ. DAP, 21 aprile 1993, n. 3359/5809, ma anche le successive, circ. DAP, n. 20 del 2007 e circ. DAP, n. 3691/6069 del 2009.

La stessa dottrina, espressione dell'Amministrazione penitenziaria, lo ha affermato più volte, precisando che i circuiti consisterebbero semplicemente in sezioni o istituti dotati di particolari "requisiti di sicurezza"⁷⁰.

Di tale ricostruzione la giurisprudenza di legittimità non ha mai dubitato, almeno fintantoché il rimedio apprestato per la tutela dei diritti dei detenuti è rimasto quel reclamo c.d. atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., individuato dalle Sezioni Unite Gianni quale strumento di natura giurisdizionale funzionale alla migliore tutela delle posizioni soggettive, intese in senso ampio – comprensive cioè di diritti soggettivi e interessi legittimi – facenti capo al detenuto⁷¹.

La Cassazione si è in particolare espressa con riferimento al mancato accoglimento di richieste di declassificazione dal circuito E.I.V., sostenendo sempre la non diretta impugnabilità del provvedimento di classificazione o di mancata declassificazione, in quanto rientrante nella potestà organizzativa e dunque discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria⁷².

E ha continuato a farlo, nonostante nel frattempo fosse intervenuta una pesante condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6 Cedu nel caso *Musumeci c. Italia* del 2005, in cui, come già precisato, si è riconosciuto come l'inserimento in un circuito E.I.V., ritenuto dalla Corte di Strasburgo idoneo ad incidere sui diritti dei soggetti ristretti, fosse sprovvisto di adeguata tutela giurisdizionale⁷³.

Rileva a questo proposito la questione di legittimità costituzionale sollevata proprio con riferimento ai rimedi previsti dall'ordinamento penitenziario per la tutela dei diritti di un soggetto che si era visto negare la declassificazione dal circuito E.I.V.⁷⁴, che la Consulta, con la sentenza

⁷⁰ Cfr. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 42-43., F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 1 ss.

⁷¹ Cfr. in dettaglio cap. III, sez. I, par. 3.7.1 e sez. II, par. 3.14.1.

⁷² Cfr. Cass. pen., 3 febbraio 2004, n. 14487, cit.

⁷³ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, ric. n. 33695/96, in www.hudoc.echr.coe.int. Cfr. in tema: E. NICOSIA, *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 749 ss.

⁷⁴ Cfr. C. cost., 266/2009, cit. In materia, cfr. C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, cit., 3779 ss.; F. FALZO-

n. 266/2009, ha dichiarato inammissibile. Il remittente aveva cioè posto il problema dell'esperibilità di adeguati strumenti giurisdizionali per la tutela della posizione soggettiva che si riteneva violata, cioè il diritto alla rieducazione, consistente in un trattamento penitenziario

consono e rispondente al concreto grado di "rieducazione" conseguito, tale da non vanificare i progressi realizzati in termini di acquisizione di adeguate capacità di onesto reinserimento nella società libera.

La Consulta, nella motivazione in diritto, e dunque a livello di *obiter dictum*, precisa che i reclamanti chiedono «di non essere mantenuti in un regime comportante un più restrittivo trattamento penitenziario e fanno quindi valere situazioni giuridiche cui va riconosciuta la consistenza di diritti soggettivi».

Pur trattandosi di una sentenza di inammissibilità, sprovvista dunque di efficacia *erga omnes*, ci sembra che, ove adeguatamente interpretata, essa avrebbe potuto e dovuto portare al superamento della posizione consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, a favore di una diretta incidenza del provvedimento di classificazione sul diritto alla rieducazione e sulla conseguente diretta impugnabilità dello stesso⁷⁵. E ciò, nonostante parte della dottrina, in particolare ancora una volta afferente al Dipartimento per l'Amministrazione penitenziaria, si sia affannata a volerne fornire una lettura in chiave "minima"⁷⁶.

Si deve invero registrare, anche successivamente a detta pronuncia, una netta chiusura della giurisprudenza di legittimità ad accogliere ricorsi basati sulla generica prospettazione di una compromissione del diritto alla rieducazione e dunque al trattamento rieducativo: veniva invece ri-

NE, *La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 107 ss.; A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 95 ss.

⁷⁵ In argomento, cfr. C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti.*, cit., 3779 ss.; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 185-186, nt. 46.

⁷⁶ Cfr. F. FALZONE, *La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?*, cit., 107 ss.

chiesto all'istante di indicare «la specifica violazione di diritto direttamente e concretamente riconducibile al provvedimento, non potendo invece invocare una generica inosservanza del diritto al trattamento»⁷⁷. Si doveva quindi fare espresso riferimento alle specifiche violazioni di diritti scaturenti dal provvedimento di classificazione, quali le limitazioni ai colloqui telefonici, la riduzione del tempo da trascorrere all'aria etc.⁷⁸.

È stata comunque proprio questa relativa apertura della giurisprudenza di legittimità che ha portato la Corte di Strasburgo a modificare la sua posizione nella successiva sentenza *Enea c. Italia* del 2009⁷⁹, in cui, pur continuando a sostenere che l'inserimento nel circuito E.I.V. comporti inevitabilmente per il destinatario la compressione di alcuni diritti, ha ritenuto non più sussistente una violazione dell'art. 6 Cedu in quanto era stata riconosciuta la possibilità di adire il Magistrato di Sorveglianza a tutela dei diritti. Tale orientamento è stato successivamente confermato dalla Corte europea in due più recenti pronunce, relative ai circuiti di Alta Sicurezza, nelle quali la Corte di Strasburgo ha confermato la manifesta infondatezza dell'asserita violazione dell'art. 6 Cedu⁸⁰.

La questione appare in questa specifica materia in tutta la sua drammaticità, in quanto quello che da tempo viene affermato essere il diritto per eccellenza riconosciuto al detenuto *uti captivus* – il diritto alla rieducazione e dunque al trattamento rieducativo, caleidoscopio di altri diritti e fondamento di altrettante “proiezioni” azionabili *ex art. 35 bis o.p.* – in questa materia, in cui il suo ruolo assume una centralità indiscutibile, non veniva ritenuto dirimente, vuoi per la genericità del suo contenuto,

⁷⁷ Così F. FALZONE, *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, cit., 10.

⁷⁸ Cfr. per un'esemplificazione: F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 109.

⁷⁹ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, cit.

⁸⁰ Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 1 aprile 2014, *Bellomonte c. Italia*, ric. 28298/10, in *Leggi d'Italia*; Corte eur. dir. Uomo, 28 maggio 2013, *Rosmini c. Italia*, ric. 5097/08, in *Leggi d'Italia*. Con specifico riferimento al caso Bellomonte, l'Avvocatura di Stato ha ribadito che le eventuali limitazioni ai diritti dei detenuti sono pur sempre funzionali a limitare i contatti dei detenuti con il mondo esterno e ad impedire il collegamento con l'associazione criminale di riferimento, in questo mettendo in evidenza la preminenza dell'interesse alla sicurezza pubblica rispetto a quello al trattamento e l'affinità di *ratio* dell'Alta sicurezza con il regime del “carcere duro”. Cfr. in argomento, D. RANALLI, *Recenti orientamenti in tema di diritti dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 3, 184 ss.

vuoi per la difficoltà di identificare il contenuto precettivo del diritto in questione con una predefinita offerta trattamentale⁸¹. Non è un caso, infatti, che i margini di apprezzamento per la Magistratura di Sorveglianza si aprano in sede di provvedimento di declassificazione, allorché al Magistrato è permesso un vaglio il più delle volte comparativo rispetto alla compiuta espressione del diritto⁸².

La questione è tornata di attualità all'indomani dell'entrata in vigore del rimedio c.d. giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* o.p., laddove si è posto l'interrogativo se lo stesso, in combinato disposto con l'art. 69 co. 6 lett. b) o.p., fosse azionabile avverso un provvedimento di classificazione/mancata declassificazione in/da Alta sicurezza.

Una volta aperta la porta al sindacato sulla base della tutela dei diritti, il riferimento alla lesione dei soli diritti, di cui al novellato art. 69 co. 6 lett. b) o.p., ha riproposto con forza il problema dell'individuazione del diritto che deve supporre violato al fine dell'accoglimento del reclamo⁸³.

È tanto vero questo che la giurisprudenza si è sforzata di definire il contenuto di un diverso diritto soggettivo suscettibile di venire inciso dal provvedimento di declassificazione, quello all'allocazione in un circuito "comune", ad un trattamento "non differenziato"⁸⁴, da definirsi con riferimento alle prerogative che i circuiti di Media sicurezza e di Custodia attenuata possono offrire come regola, anche in termini trattamentali,

⁸¹ Sull'ontologica difficoltà di predeterminare l'offerta trattamentale sia per il carattere tecnico-specialistico che la connota, sia per la necessaria individualizzazione del trattamento, cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 279-280; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 49 ss.

⁸² Si faccia l'esempio del detenuto che, in Alta sicurezza, stia seguendo un percorso universitario e che si veda trasferito (nel caso di specie per la chiusura della sezione Alta sicurezza) ad altro carcere sempre in Alta sicurezza, ove però non sia riconosciuta la possibilità di svolgere il citato percorso di studio e che chieda, al fine di non vedere interrotto il suo percorso universitario, la declassificazione per poter rimanere e proseguire il percorso di studi.

⁸³ Sul punto, cfr. *supra*, cap. III, sez. II, par. n. 3.14.1.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, Fabiano, cit. Se esistesse un diritto soggettivo del detenuto ad essere assegnato ad un determinato circuito o ad essere trasferito da esso, era peraltro questione dibattuta anche in precedenza. Cfr. C. SANTINELLI, *Sub art. 64 o.p.*, cit., 901.

cioè la c.d. “custodia aperta” piuttosto che il modello della sorveglianza dinamica, che sono entrambi preclusi nelle sezioni di Alta sicurezza⁸⁵.

Ferma, cioè, a detta della Cassazione, la legittimità di un sistema che, alla luce di quanto previsto dagli artt. 14 o.p. e 32 reg. esec. e in vista di esigenze di ordine e sicurezza, consente la realizzazione di una differenziazione implicante «percorsi necessariamente meno completi, attesa l’inevitabile compressione che si determina ad esempio sul versante dei contatti con l’ambiente esterno», il regime differenziato deve necessariamente porsi in termini di eccezione rispetto a quello “comune”, in quanto

pacificamente si incide anche sui principi posti dell’art. 13 o.p., secondo cui il trattamento penitenziario deve essere individualizzato e deve “rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto”⁸⁶.

Ciò sarebbe in linea con quanto previsto dalle Regole penitenziarie europee, laddove le stesse prevedono il c.d. principio del minore sacrificio possibile, secondo cui «le restrizioni imposte alle persone private della libertà devono essere limitate allo stretto necessario e devono essere proporzionate agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte» e con la più recente Raccomandazione CM/REC (2014)3 del Comitato dei Ministri agli stati membri relativa ai delinquenti pericolosi in cui si è pre-

⁸⁵ Cfr. circ. DAP, 23 ottobre 2015, n. 3663/6113, che ha escluso l’Alta sicurezza dalla c.d. custodia aperta e circ. DAP, 18 luglio 2013, n. 3649/6099, che ha espressamente escluso l’applicabilità della sorveglianza dinamica all’Alta sicurezza. Può inoltre capitare che la classificazione in Alta sicurezza comporti anche la necessità di trasferimento del detenuto presso un diverso istituto, con pregiudizio sia del percorso trattamentale fino a quel momento intrapreso, sia del principio di territorialità della pena. Sottolinea questi aspetti: F. GIANFILIPPI, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, cit., 132. Cfr. anche V. SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, cit., 1-2, che sottolinea come si tratti di risposte pragmatiche da parte dell’Amministrazione penitenziaria al problema del sovraffollamento, comportando il sistema delineato il superamento del perimetro della cella quale spazio detentivo. Rammentiamo peraltro che la delega c.d. Orlando, che prevedeva di introdurre a livello normativo il riferimento alla nozione di sorveglianza dinamica, non ha purtroppo trovato recepimento. La mini-riforma del 2018 è stata infatti varata nel contesto di un Governo che aveva espressamente inserito nel proprio programma l’espunzione dell’istituto della sorveglianza dinamica, che peraltro è rimasta, seppure ancora normata attraverso le sole circolari del DAP.

⁸⁶ Così Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, Fabiano, cit.

visto che ogni decisione, che rischia di risolversi in una restrizione della libertà di un detenuto considerato pericoloso, dovrebbe essere «adottata o avallata dall'autorità giudiziaria».

Il generale diritto ad un trattamento penitenziario “non differenziato” sarebbe però suscettibile di essere inciso dall'Amministrazione penitenziaria, attraverso il provvedimento di classificazione o di diniego di declassificazione, con conseguente degradazione ad interesse legittimo, ogni qualvolta si ponga un'esigenza di sicurezza interna o esterna⁸⁷.

Secondo le parole della Corte:

Tuttavia, configurandosi, alla base, una situazione di diritto soggettivo, il detenuto può certamente investire, attraverso lo strumento del reclamo giurisdizionale, il Magistrato di Sorveglianza, impugnando non tanto la previsione, generale e astratta, che, nel prevedere il circuito penitenziario, definisca le condizioni per la sua assegnazione, quanto piuttosto il provvedimento di assegnazione, in ipotesi adottato in assenza dei requisiti, ovvero [...] il provvedimento con il quale, pur venendo meno i presupposti per l'assegnazione a un determinato circuito, l'Amministrazione abbia negato la declassificazione.

Per questa via, la Cassazione ha affermato che i provvedimenti di assegnazione o di diniego di declassificazione possono essere oggetto di impugnazione attraverso il reclamo giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* e 69 co. 6 lett. b) o.p., ove siano adottati in violazione dei criteri sulla destinazione dei detenuti, fissati in via generale ed astratta dall'Amministrazione penitenziaria, risolvendosi in una lesione del diritto soggettivo al trattamento “comune”⁸⁸.

⁸⁷ Sulla tutelabilità *ex art. 35 bis* o.p. anche degli interessi legittimi oppositivi, la dottrina non dubita. Cfr. cap. III, sez. II, par. 3.14.2.

⁸⁸ Così ancora Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, Fabiano, cit. Il ricorrente si era visto rigettare sia dal Magistrato di Sorveglianza di Padova che dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia il reclamo proposto avverso il provvedimento di rifiuto di declassificazione. Nel caso di specie, a fronte della chiusura del circuito Alta sicurezza di Padova, il ricorrente lamentava che un suo trasferimento ad altra struttura, poi in effetti intervenuto, avrebbe comportato un'indebita regressione nel trattamento rieducativo, con perdita del lavoro e della possibilità di colloquio con i propri familiari. Entrambe le istanze erano però state rigettate dalla Magistratura di Sorveglianza sulla scorta dell'adeguatezza della motivazione dell'Amministrazione penitenziaria in punto di pericolosità sociale del de-

Pur continuando a sostenere che il “maggiore rigore” non abbia carattere punitivo né puramente affittivo ma sia espressione di una logica preventiva⁸⁹, la Corte ha quindi riconosciuto che i circuiti si sostanziano in un regime differenziato e peggiorativo rispetto all’ordinaria detenzione, recisamente affermando che può

legittimamente configurarsi, in termini di astratta legittimazione, un diritto alla assegnazione ad una sezione “comune”, quale corollario del diritto al trattamento individualizzato previsto dalla legge penitenziaria dagli artt. 1, co. 6, 13 e 14 co. 2 o.p.⁹⁰.

A parere della Corte

rischia pertanto di essere fuorviante l’affermazione secondo cui non è possibile proporre reclamo giurisdizionale avverso il provvedimento di assegnazione ad una determinata sezione, mentre è possibile reclamare avverso un provvedimento – eventualmente collegato a tale assegnazione – che determini la violazione effettiva e concreta di uno specifico diritto del detenuto (Sez. 1, n. 52534, del 19/09/2018, Rosmini Demetrio

tenuto. In materia, cfr. V. SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, cit., 7 ss. Più di recente, cfr. Cass. pen., 21 marzo 2019, n. 40123, Rubanu, in *www.dejure.it*, in cui si legge: «Il sistema contempla, piuttosto, il diritto al trattamento penitenziario “individualizzato” che deve necessariamente comportare, tra le possibili e plurime attuazioni, anche quella di mantenere la continuità di esso trattamento già avviato o quella di aspirare ad una riduzione delle restrizioni o di attenuazione del regime di Alta sicurezza, là dove vengano ad attenuarsi i relativi presupposti o non si ripropongano le condizioni che inizialmente avevano indotto ad assumere provvedimenti di differenziazione nei confronti del singolo. Si tratta di aspetti che indubbiamente radicano simmetriche posizioni giuridiche soggettive in capo al detenuto ristretto che ha facoltà d’adito in sede giurisdizionale». E ancora: «La valutazione, dunque, sulla destinazione e l’assegnazione del detenuto all’interno degli istituti penitenziari è prerogativa dell’Amministrazione penitenziaria, ma si sviluppa secondo regole tipizzate e strettamente collegate alla regola di legalità e procedimentalizzazione dell’azione e della decisione amministrativa. Intimamente connesso all’anzidetto principio di legalità è quello di giurisdizionalizzazione del sistema, poichè la garanzia offerta dalla normativa di settore, senza la possibilità di attuare un controllo siffatto, risulterebbe priva di completezza e offrirebbe una forma di tutela che rischierebbe di essere ineffettiva. Il tutto in funzione di evitare che la discrezionalità amministrativa possa attuarsi attraverso forme arbitrarie d’esecuzione che, diversamente, risulterebbero insindacabili».

⁸⁹ Cfr. Cass. pen., 21 marzo 2019, n. 40123, cit.

⁹⁰ Cfr. Cass. pen. 21 dicembre 2017, n. 16911, cit.

Sesto), in difetto di una precisazione ulteriore che prevede come esso reclamo sia esperibile anche per la violazione del diritto a non subire un trattamento penitenziario non comune, in difetto dei presupposti legittimanti la differenziazione (quali, a titolo esemplificativo, la condizione di pericolosità di esposizione a rischio per l'ordine interno ed esterno)⁹¹.

Secondo l'approdo della Suprema Corte, ad oggi un detenuto inserito in un circuito AS può certamente lamentare l'adozione di «un illegittimo provvedimento di classificazione», ovvero di un

illegittimo diniego di declassificazione sempre che, però, il relativo ricorso non si risolva in una censura di mero principio dell'atto amministrativo ma [...] prospetti l'incidenza del provvedimento su una situazione giuridica soggettiva⁹².

La Cassazione precisa però che il sindacato della Magistratura di Sorveglianza va «cirscritto al solo profilo dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo», restando esclusa una valutazione nel merito della scelta operata dall'Amministrazione penitenziaria⁹³, salvo i casi di «assoluta contraddittorietà e manifesta irragionevolezza» della scelta amministrativa⁹⁴.

⁹¹ Cfr. Cass. pen., 30 settembre 2019, n. 43858, Marino, in *www.dejure.it*.

⁹² Cfr. Cass. pen., 23 novembre 2018, n. 10558, Bonaccorsi, in *www.dejure.it*.

⁹³ Cfr. Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, cit., Cass. pen., 30 settembre 2019, n. 43858, cit.

⁹⁴ Cfr. Cass. pen., 30 settembre 2019, n. 43858, cit. Si sollecitano pertanto motivazioni coerenti e non meramente apparenti. Cfr. in materia: P. SPAGNOLO, *Semplificazione delle procedure*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma, Working paper*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 giugno 2015, 84, la quale, esprimendosi con riferimento al criterio della legge delega Orlando, relativo alla semplificazione delle procedure, sottolineava, proprio con riferimento alla materia dei circuiti e dei regimi speciali, che «semberebbe poi opportuno unificare la disciplina del "reclamo" giurisdizionale (evitando la sovrapposizione di moduli procedimentali), disciplina che dovrebbe essere utilizzata tutte le volte che si chiami in causa la tutela dei diritti dei detenuti. Uno schema unico, dunque, da utilizzare anche per i "reclami" avverso i regimi speciali e i provvedimenti in ordine all'applicazione, modifica o revoca, dei c.d. circuiti penitenziari. In particolare, quanto ai circuiti penitenziari, va ben definito l'ambito del reclamo al Magistrato di Sorveglianza, che dovrebbe riguardare sempre i diritti fondamentali ed

La Cassazione specifica altresì, con riferimento ai presupposti per l'azionabilità del rimedio di cui al combinato disposto degli artt. 35 *bis* e 69 co. 6 lett. b) o.p., che, considerata la “significativa” incidenza sull’offerta trattamentale derivante dall’allocazione in Alta sicurezza, il pregiudizio sofferto può certamente considerarsi grave⁹⁵.

Certamente l’enucleazione ed il riconoscimento da parte della giurisprudenza di legittimità di un diritto siffatto sdoganano pacificamente l’estensione del rimedio giurisdizionalizzato di cui all’art. 35 *bis* o.p. anche alla tutela dei c.d. interessi legittimi oppositivi. E, ciononostante, l’approdo non ci sembra ancora essere risolutivo. Affermare recisamente, come fa la giurisprudenza di legittimità, che il controllo del Magistrato di Sorveglianza debba necessariamente arrestarsi al profilo di legittimità dell’atto amministrativo dispositivo della classificazione o di quello che rigetta la richiesta di declassificazione significa “ingessare” il vaglio della Magistratura di Sorveglianza alla valutazione rispetto alla congruità delle motivazioni addotte con riferimento alla pericolosità sociale o penitenziaria che fondano il provvedimento di classificazione. Troppe volte – lo possiamo immaginare – un sistema di questo tipo, avrà portato verosimilmente ad una declaratoria di inammissibilità⁹⁶.

Di tutta evidenza, invece, come, nella vigenza dell’attuale disciplina dei circuiti ad Alta sicurezza, l’unico modo per il Magistrato di Sorveglianza di giungere ad un provvedimento che disapplichi il provvedimento di classificazione in AS (*rectius*: ordini la collocazione del detenuto in un circuito di Media sicurezza, censurando eventualmente il provvedimento di diniego di declassificazione) è quello di permettere, quantomeno a valle della classificazione, quel vaglio di merito che necessariamente

essere finalizzato ad evitare abusi dell’autorità amministrativa, senza però determinare l’affidamento alla giurisdizione della gestione amministrativa».

⁹⁵ Così, ancora, Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, cit.

⁹⁶ Sottolinea F. GIANFILIPPI, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, cit., 133, che il vaglio della Magistratura di Sorveglianza deve addentrarsi a valutare la legittimità del provvedimento dell’Amministrazione penitenziaria sulla base «della sussistenza o della persistenza di ragioni giustificative della separazione per il rischio che l’interessato compia azioni di proselitismo criminale ove reimmesso nel circuito comune, ed influisca quindi negativamente sui percorsi trattamentali dei compagni di detenzione». Ciò dovrebbe impedire, secondo l’Autore, all’Amministrazione di opporre una non ostensibilità relativamente alle note informative coperte da segreto investigativo trasmesse alla stessa.

implica il bilanciamento di interessi che è fatalmente mancato a monte, avendo aprioristicamente l'Amministrazione penitenziaria delineato un sistema di circuiti di AS in cui le esigenze di sicurezza e difesa sociale sono sempre ritenute prevalenti rispetto ai diritti delle persone detenute, che ne risultano necessariamente sacrificati senza che il legislatore abbia individuato dei limiti sia ai poteri dell'Amministrazione penitenziaria sia al sacrificio che i diritti fondamentali dei detenuti possono sopportare. Se è facile immaginare che l'allocazione in Alta sicurezza (o la mancata declassificazione) possa verosimilmente comportare il sacrificio di qualche diritto del detenuto, cosa che potrà essere agilmente verificata dal Magistrato di Sorveglianza, solo un vaglio sulla proporzionalità del bilanciamento tra il sacrificio di tale diritto e le istanze di sicurezza interna alla struttura, nello specifico caso, potrà eventualmente condurre all'accoglimento del ricorso⁹⁷. Non vi è infatti chi non veda come la mera constatazione di una compressione/lesione di un diritto possa solo implicare un ordine di rimozione nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria, teso a far venir meno la violazione riscontrata, mentre solo un vaglio di merito relativo al bilanciamento effettuato tra interessi contrapposti potrebbe permettere di giungere ad un provvedimento di imposizione di declassificazione, pena intendere il vaglio di legittimità sulla congruità della motivazione addotta dall'Amministrazione "a maglie larghe", vanificando nei fatti la fondamentale distinzione tra vaglio di merito e di legittimità⁹⁸.

⁹⁷ Rammentiamo che lo stesso legislatore ha da ultimo aperto anche a sindacati di merito rispetto a materie da sempre ritenute di appannaggio dell'Amministrazione penitenziaria: esemplificativa in questo senso l'ipotesi del vaglio di merito relativo alle più rilevanti sanzioni disciplinari di cui al combinato disposto degli artt. 35 *bis* e 69 co. 6 lett. a) o.p., di cui è stata criticata in dottrina proprio la limitazione, ritenuta ingiustificabile *ex art. 3 Cost.*, ai soli casi delle sanzioni disciplinari più gravi. Cfr. L. CATTELAN, *Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari*, cit., 12. La Corte di cassazione ha però ritenuto manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che la garanzia di cui all'art. 6 Cedu copra le sole sanzioni disciplinari carcerarie più severe (isolamento ed esclusione dalle attività in comune), le uniche a potersi considerare "penali" sotto il profilo contenutistico. Così Cass. pen., 31 marzo 2021, n. 21348, Graviano, in *www.dejure.it*. Cfr. anche *supra*, cap. I, par. 1.5.1.

⁹⁸ Attesa la natura particolarmente pregnante del giudizio di proporzionalità, su cui *infra* in dettaglio, ritiene che la tradizionale distinzione tra controllo di mera legittimità e sindacato giurisdizionale di merito debba essere superata, sia alla luce della progressiva

Peraltro, oltre al più generale diritto al trattamento “comune”, è di immediata percezione come possano venire in oggetto ulteriori diritti delle persone detenute che in ipotesi possono essere sacrificati dal diniego di una declassificazione. Orbene, ci sembra che sarà la natura di questi diritti – a seconda che essi siano dotati o meno di rilievo costituzionale – ad incidere sul giudizio di bilanciamento con il contrapposto interesse alla sicurezza. Se per alcuni diritti, infatti, è già stata espressamente affermata la non sacrificabilità sull’altare di ogni pur legittima aspirazione alla sicurezza (è il caso ad esempio del diritto alla salute⁹⁹), per altri diritti è solo il giudizio di bilanciamento tra le diverse istanze, e dunque in ultima battuta il canone della giusta proporzione, a poter ricondurre nei giusti binari di legalità l’esercizio del potere discrezionale da parte dell’Amministrazione penitenziaria, impregiudicata la valutazione della pericolosità del detenuto da parte della stessa ove adeguatamente motivata¹⁰⁰.

Consci che affermare la necessità di un vaglio nel merito rispetto all’operato dell’Amministrazione penitenziaria, in una materia che si assume discrezionale, possa apparire una scelta forte – ma, si ripete, la sola che a fronte dell’attuale panorama di riferimento appaia in grado di assicurare una tutela piena – l’unica soluzione alternativa, che sarebbe non

espansione dell’area del sindacato di legittimità per il tramite del vaglio sulla motivazione sia alla luce degli autonomi poteri istruttori del Magistrato di Sorveglianza, G.M. NAPOLI, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell’azione dell’amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, 154.

⁹⁹ Quest’ultimo è stato riconosciuto tale anche dalla giurisprudenza della Consulta: il contrasto tra diritto assoluto e provvedimento amministrativo si traduce nella declaratoria della nullità di quest’ultimo in costanza di un difetto assoluto di attribuzione. Si esprime da ultimo in questo senso, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 94 ss. In particolare l’Autrice ritiene opportuno definire la portata dell’invio di inalienabilità del diritto alla salute entro confini ben definiti, ai fini della sua migliore azionabilità in sede giudiziale, escludendo dunque che l’invio di inalienabilità in quanto tale possa riferirsi anche all’accezione lata del diritto alla salute.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sull’applicazione del principio di proporzionalità in materia, cfr. *infra* e il capitolo conclusivo. Cfr. in argomento, anche F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, cit., 1596 ss.; e, con specifico riferimento alla materia dei circuiti, G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell’amministrazione penitenziaria*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 maggio 2015, 65 ss.

solo preferibile ma auspicabile, è quella di una rifondazione del sistema dei circuiti su base legislativa, soluzione quest'ultima che permetterebbe in prima battuta di assicurare non solo il profilo della riserva di giurisdizione, ma prima ancora quello della riserva di legge. Ne conseguirebbe la possibilità, in astratto, ove il bilanciamento di interessi operato dal legislatore apparisse irragionevole o comunque sproporzionato in eccesso, di un vaglio di legittimità costituzionale, cui si aggiungerebbe la tutela giurisdizionale assicurata dalla Magistratura di Sorveglianza, ove il singolo provvedimento risultasse, nel caso concreto, lesivo di qualche diritto del detenuto¹⁰¹.

4.8.1. Tutela avverso l'allocazione in Media sicurezza a custodia chiusa

Ci sembra che la questione di un vaglio giurisdizionale si ponga anche con riferimento all'allocazione nel circuito di Media sicurezza a custodia c.d. chiusa. Il circuito Media sicurezza conosce infatti, fin dal 2011, due diverse modalità di custodia: quella appunto c.d. chiusa, cui è connessa una contrazione rilevante nell'esercizio dei diritti del detenuto¹⁰², e quella c.d. aperta, che oggi si accompagna generalmente alla c.d. sorveglianza dinamica, e che certamente comporta un più facile accesso e una più intensa fruizione delle attività trattamentali¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. la più recente giurisprudenza di legittimità in tema di 41 *bis* co. 2 o.p., tra cui, a titolo esemplificativo, C. cost., 21 settembre 2021, n. 197: «Conserva pieno significato, anche dopo le modifiche recate dalla l. n. 94 del 2009, la giurisprudenza costituzionale che ha interpretato la disciplina dell'art. 41 *bis* o.p. bilanciando le esigenze di prevenzione speciale, che essa persegue, con l'indispensabile finalizzazione rieducativa delle pene e delle stesse misure di sicurezza. Secondo criteri di proporzionalità e congruità, il legislatore, l'autorità amministrativa e la stessa autorità giudiziaria, nell'ambito delle rispettive competenze, devono quindi verificare se, in ogni caso concreto, le restrizioni imposte siano legittimate da una duplice e determinante condizione: da un lato, la necessità effettiva ed attuale di un regime differenziale per l'interessato; dall'altro, la miglior scelta possibile, quanto alle modalità esecutive, al fine di favorire l'attuazione di un efficace programma individuale di recupero».

¹⁰² Si dovrà invece attendere fino alla circ. DAP n. 425948/2015, cit., per aversi una puntuale descrizione dei contenuti della custodia c.d. chiusa. Cfr. *supra*, sez. I, par. 4.5.1.

¹⁰³ Cfr. circ. DAP, n. 3594/6044, del 25 novembre 2011. Così anche: C. SANTINELLI, *Sub art. 64 o.p.*, cit., 902; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., 252 ss. Oggi, a fronte della nuova circolare del luglio 2022, sezioni ordinarie a trattamento intensificato.

In realtà, da questo punto di vista, la problematica appare duplice: da un lato, vi saranno casi di persone detenute che, allocate in sezioni a custodia chiusa, vedano per ciò solo visibilmente sacrificati i propri diritti; dall'altro, potrà anche porsi un diverso caso, quello riguardante un provvedimento della Direzione dell'istituto relativo ad un'intera sezione che veda il passaggio, magari anche solo temporaneo, da custodia aperta a chiusa al fine di assicurare l'ordine all'interno della sezione stessa a fronte del comportamento indisciplinato di alcuni detenuti soltanto.

Con riferimento al primo profilo, il problema sembra del tutto assimilabile a quello già trattato con riferimento all'Alta sicurezza dalla Cassazione allorché viene individuato un diritto ad un trattamento “comune” identificato nella custodia c.d. aperta e le nostre conclusioni appaiono pertanto qui replicabili.

Quanto alla seconda questione, ci si chiede se, una volta fatta corretta applicazione dei criteri di cui all'art. 14 o.p., il sistema organizzativo interno alla singola sezione rimanga nella discrezionalità piena dell'Amministrazione penitenziaria¹⁰⁴.

In realtà, oltre al quadro disegnato dalle normative sovranazionali, seppur di c.d. *soft law*, in questo caso ci sembra che siano le stesse circolari a vincolare in maniera chiara l'operato delle Direzioni degli istituti di pena: la circolare DAP del 2015 richiama le Direzioni alla migliore applicazione della sorveglianza dinamica – troppe volte mortificata nelle modalità applicative dalle prassi assunte in taluni istituti, restie a permettere la libera circolazione all'interno delle strutture di pena, con apertura delle sezioni – e alla procedura di individuazione delle persone adatte ad essere inserite nelle sezioni a custodia aperta.

D'altra parte, ci sembra importante sottolineare come anche la mini-riforma del 2018 si sia mossa in questa direzione allorquando ha riscritto il comma 4 dell'art. 1 o.p. prevedendo che «negli istituti di pena l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà».

Anche in questo caso, quanto affermato dalla già citata sentenza della Cassazione del 2017 – che ha enucleato il diritto ad un trattamento “comune”, cui consegue la natura necessariamente eccezionale

¹⁰⁴ Si pone l'interrogativo V. SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, cit., 5-6.

dell'inserimento in un circuito differenziato – sembra permettere l'impugnazione davanti al Magistrato di Sorveglianza del provvedimento che, al solo fine di colpire alcuni detenuti particolarmente «riottosi alla disciplina inframuraria», anche solo sospenda, attraverso un ordine di servizio, il sistema organizzativo della sezione a custodia aperta, cui si accompagna la sorveglianza dinamica¹⁰⁵, riverberando ingiustamente le proprie conseguenze anche sugli altri detenuti occupanti la sezione. Qui sembrerebbe anzi che la tutela, così come declinata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, sia soddisfacente: in questo caso, certamente, il sindacato potrà arrestarsi al mero profilo di legittimità, in quanto sarà sufficiente un vaglio sulla congruità della motivazione adottata per avallare la decisione di sospendere la custodia aperta, certamente illegittima nei confronti dei detenuti diversi da quelli che hanno “motivato” la decisione di sospendere il regime aperto.

4.8.2. Sezioni ex art. 32 co. 1 reg. esec. e possibilità di reclamo

Con riferimento all'allocazione nelle sezioni cautelari di cui all'art. 32 co. 1 reg. esec., ci si è interrogati a lungo sulla possibilità di azionare il rimedio di cui all'art. 14 *ter* o.p. e oggi quello di cui all'art. 35 *bis* o.p. In questo caso manca tecnicamente un atto formale dell'Amministrazione penitenziaria: manca sia un provvedimento – come lo sono i decreti dispositivi del regime di sorveglianza particolare e di “carcere duro” – ma manca anche un atto di classificazione vero e proprio.

Anche nelle sezioni *ex art.* 32 reg. esec. si replica infatti la situazione di compressione dei diritti che si realizza in Alta sicurezza, soprattutto per quanto concerne il profilo dell'accesso alle attività trattamentali che risulta quasi del tutto precluso. Le sezioni *ex art.* 32 co. 1, così come l'Alta sicurezza, vedono in particolare preclusa l'applicazione della custodia aperta, che, come abbiamo visto, deve essere considerata “regime comune non differenziato” rispetto al quale poter operare un giudizio comparativo.

La Magistratura di Sorveglianza ha tentato di riconoscere una tutela nel particolare caso in cui l'allocazione fosse il frutto di un trasferimento,

¹⁰⁵ Così già V. SEMERARO, *op. ult. cit.*, 8.

accogliendo il reclamo avverso il provvedimento dispositivo del trasferimento in altra struttura dotata della sezione *ex* 32 reg. esec.¹⁰⁶.

La Corte di Cassazione ha invece assunto un atteggiamento particolarmente rigido, negando nei fatti tutela sulla scorta dell'asserita assenza di un provvedimento in senso formale e della non sovrapposizione tra un provvedimento dispositivo di un regime di sorveglianza particolare e di un'allocazione in una sezione cautelare (anche ove ubicata in un diverso istituto)¹⁰⁷, riconoscendo in ciò un potere organizzativo dell'Amministrazione penitenziaria come tale, discrezionale e insindacabile. E ciò nonostante la stessa Corte di Cassazione riconosca la maggiore afflittività di una pena eseguita nelle citate sezioni.

Con un sottile gioco di parole la Cassazione ha affermato che l'afflittività suppletiva non deriverebbe tanto dall'allocazione nella citata sezione, quanto dall'organizzazione della sezione medesima, rientrando però nella discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria. Pertanto,

non si concretizzano né una restrizione dei diritti riconosciuti [...] dall'ordinamento penitenziario né una più ridotta applicazione delle regole di trattamento, ma solo una riduzione di socialità [...] che, pur rendendo maggiormente afflittiva la pena, è riconducibile al potere discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria di organizzare la vita all'interno degli istituti¹⁰⁸.

Argomentando in tal modo e richiamando il principio della tassatività dei mezzi di impugnazione, la Cassazione ha negato lungamente la copertura di un rimedio giurisdizionale nel merito.

In proposito, si ritiene invece che quanto affermato da ultimo nella sentenza Fabiano del 2017 possa essere esteso anche al caso di specie e che dunque sia l'allocazione in sezione 32 co. 1 reg. esec., sia un eventuale trasferimento da altro istituto funzionale ad un'allocazione in siffatta sezione cautelare, possano essere oggetto di reclamo *ex art. 35 bis o.p.*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. *infra* il prossimo paragrafo.

¹⁰⁷ Così Cass. pen., 24 aprile 1989, Natoli, in *Riv. pen.*, 1990, 293 ss.

¹⁰⁸ Così Cass. pen., 6 ottobre 1994, Salvati, in *Annali di procedura penale*, 1995, 689.

¹⁰⁹ Così anche F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub art. 14 ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, ed. 2019, cit., 2012.

4.8.3. La tutela giurisdizionale avverso il provvedimento di trasferimento

La materia dei trasferimenti trova il suo riferimento normativo nella legge sull'ordinamento penitenziario all'art. 42, laddove ne vengono tassativamente individuati i motivi, tra cui campeggiano anche le esigenze dell'istituto e quelle di sicurezza.

Riteniamo importante approfondire in questa sede la problematica relativa alla tutela a fronte di un provvedimento dispositivo di un trasferimento, funzionale all'inserimento del detenuto in un dato circuito. Appare peraltro di tutta evidenza come il problema si ponga anche a fronte del rigetto di un'istanza di richiesta di trasferimento avanzata dallo stesso detenuto e fondata su legittimi motivi, tra cui quello statisticamente più frequente è il c.d. avvicinamento familiare al fine dello svolgimento dei colloqui *de visu*¹¹⁰. In questo caso il trasferimento viene richiesto dal detenuto al fine di veder affermato il proprio diritto alla territorialità della

¹¹⁰ La tematica ha da sempre suscitato l'interesse della stessa Magistratura di Sorveglianza. Cfr. in argomento G. ZAPPA, *Trasferimenti dei detenuti, ordini di servizio e poteri del magistrato di Sorveglianza*, cit., 611 ss. Pur rilevandosi che il mancato trasferimento, ove richiesto dal detenuto, o il forzoso trasferimento, ove imposto dall'Amministrazione penitenziaria, potesse avere un'incidenza fortemente negativa sul percorso rieducativo, precludendolo ovvero comportando una regressione nel trattamento, si riteneva che il Magistrato di Sorveglianza non potesse provvedere avverso un trasferimento/mancato trasferimento ai sensi dell'art. 69 co. 5 o.p., ritenendosi non esistente un diritto del condannato ad essere assegnato o trasferito in un dato istituto, ma un semplice interesse legittimo. Prima della fondamentale sentenza delle Sezioni Unite Gianni che, come rammentato, ha imposto il superamento della distinzione tra diritti e interessi legittimi in materia penitenziaria, cfr. però Trib. Padova, 30 luglio 1983, in *Rass. penit. crim.*, 1983, 921. Successivamente, cfr. Mag. Sorv. Palermo, 8 febbraio 2010, in *Quotidiano giuridico ipsoa*, 2010; Mag. Sorv. Palermo, 10 ottobre 2011, in *www.personeedanno.it*, 5 maggio 2012, con nota di F. FIORENTIN. Con l'ordinanza citata il Magistrato ha annullato un provvedimento di trasferimento che non aveva tenuto in adeguata considerazione le conseguenze in termini di compressione dei diritti del detenuto con specifico riferimento al diritto alla rieducazione e al diritto a mantenere rapporti con la propria famiglia. Cfr., più in generale, in argomento, M.G. COPPETTA, *Sub art. 42 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2015, cit., 486. La giurisprudenza di legittimità era comunque orientata, anche prima del 2018, a riconoscere l'applicabilità dell'art. 14 *ter* o.p. e poi dell'art. 35 *bis* o.p., ogniqualvolta dal trasferimento fosse discesa la violazione di altri diritti facenti capo al detenuto.

pena, funzionale, lo abbiamo visto, anche a migliori *chances* di reinserimento sociale¹¹¹.

Quanto all'azionabilità del c.d. rimedio giurisdizionalizzato nelle situazioni citate, è ad oggi pacifico che, avverso il rigetto dell'istanza di trasferimento non adeguatamente motivato o avverso il ritardo oltre il termine di 60 giorni nella risposta, ma – lo abbiamo visto – anche avverso un provvedimento di trasferimento, si possa ricorrere al rimedio di cui all'art. 35 *bis* o.p.¹¹², visto il riconoscimento esplicito della natura di diritto al principio di territorialità della pena, cui è connessa la possibilità di ricorrere allo strumento del reclamo *ex art. 35 bis e 69 co. 6 lett. b) o.p.*

Ci sembra però che neppure l'art. 35 *bis* o.p. sia in grado di garantire adeguatamente il detenuto, in quanto alla proposizione del reclamo giurisdizionale non corrisponde un'effettiva e sollecita tutela a fronte di un pregiudizio attuale e perdurante quale quello sofferto nei casi di specie¹¹³. Le tempistiche per poter ottenere un provvedimento che venga tradotto in essere dall'Amministrazione penitenziaria sono, infatti, purtroppo frustrate dal fatto che, a fronte di un'eventuale inerzia dell'Amministrazione penitenziaria, si debba attendere fino a che il provvedimento non sia più soggetto ad impugnazione per potere attivare la procedura di ottemperanza e, dunque, in ultima istanza, per la nomina di un commissario *ad*

¹¹¹ Per il vero, non si può escludere che sia lo stesso detenuto a richiedere un trasferimento per motivi di sicurezza allorquando tema per la propria incolumità. È un dato di fatto, però, che l'Amministrazione penitenziaria accoglierà una richiesta di questo tipo solo nella misura in cui la stessa sia corredata da una relazione dell'Ufficio Comando che suffraghi le affermazioni del detenuto. Stando così le cose, è abbastanza evidente che, nella misura in cui il Comandante della Polizia penitenziaria ritenga che il pericolo sia attuale, la richiesta di trasferimento sarà avanzata d'ufficio.

¹¹² Sul punto, non possiamo non constatare che quella legata al sovraffollamento delle strutture sia di norma una motivazione frequentemente addotta dall'Amministrazione penitenziaria, nonostante condivisibilmente parte della dottrina abbia evidenziato come il semplice generico riferimento al sovraffollamento degli istituti non dovrebbe fungere da facile alibi per un diniego della richiesta di trasferimento da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Così F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub art. 14 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 181.

¹¹³ Sulla necessità che l'effettività dei rimedi approntati dall'ordinamento interno a tutela dei diritti delle persone detenute si debbano misurare anche sulla base alla sollecitudine della tutela apprestata, la Corte di Strasburgo è costante. Cfr., in questo senso, Corte eur. dir. Uomo, *Ananyev c. Russia*, cit; Corte eur. dir. Uomo, *Torreggiani c. Italia*, cit.

acta. Ciò, verosimilmente, ha contribuito a consolidare la prassi di riproporre, a distanza di qualche mese, la domanda di trasferimento, anche per un risparmio di costi di attivazione del procedimento citato, in luogo di ricorrere al rimedio giurisdizionalizzato.

A ciò si aggiunge anche la prassi, tutt'ora invalsa e fortemente criticabile, di ricorrere ai trasferimenti quali vere e proprie sanzioni disciplinari atipiche¹¹⁴, senza che venga riconosciuta alcuna tutela alla persona detenuta, che in casi siffatti non può né beneficiare delle pur limitate garanzie approntate dal procedimento disciplinare¹¹⁵, né vedersi apprestare una sollecita tutela grazie alle forme di reclamo giurisdizionale nel tempo riconosciute¹¹⁶.

I trasferimenti disciplinari, che vedono il “peregrinare” da un istituto all'altro dei detenuti che presentano una più spiccata pericolosità penitenziaria e che risultano dunque di più difficile gestione, rimangono tutt'ora ai margini della legalità, un problema nel problema che ancora non è stato risolto¹¹⁷.

Risulta peraltro un dato consolidato nella prassi, seppur ancora una volta privo di qualsiasi riferimento scritto, neppure a livello di circolare, che allorquando il trasferimento sia avvenuto per motivi “disciplinari”,

¹¹⁴ Cfr. in materia E. LOI, N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., 103; V. GREVI, *Introduzione Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 32; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., 178.

¹¹⁵ Su cui cfr. *supra*, cap. I, par. 1.5.1.

¹¹⁶ Rammentiamo che il precedente reclamo atipico *ex art. 14 ter* o.p. scontava un serio vizio di effettività legato all'impossibilità per il Magistrato di Sorveglianza di imporre l'esecuzione del provvedimento all'Amministrazione penitenziaria che si fosse dimostrata inerte. Anche il nuovo rimedio preventivo, previsto dal combinato disposto degli artt. 35 *bis* e 69 co. 6 lett. b) o.p., che pur ha previsto il c.d. giudizio di ottemperanza, presenta un considerevole problema legato ai tempi per la realizzazione di un'effettiva tutela di fronte all'eventuale inerzia dell'Amministrazione penitenziaria. Rammentiamo inoltre che solo con la mini-riforma del 2018, all'art. 14 o.p., così come novellato, viene riconosciuto un vero e proprio diritto alla territorialità della pena, come tale azionabile *ex art. 35 bis* o.p. Per un approfondimento sugli strumenti di reclamo, cfr. *supra*, cap. III, sez. II.

¹¹⁷ Non è solo l'allocazione in Alta sicurezza a poter violare i diritti dei detenuti, ma ovviamente anche i frequenti trasferimenti all'interno del medesimo circuito delle persone ivi assegnate, con evidente frustrazione del sia pur limitato percorso trattamentale eventualmente intrapreso e, prima ancora, del principio di territorialità della pena.

il detenuto debba “aspettare” almeno 6 mesi prima di proporre istanza di trasferimento, e sperare che la stessa venga effettivamente valutata, pena il rigetto sistematico.

4.9. *Necessità di razionalizzazione del sistema dei circuiti*

L'eccesso classificatorio, frutto dello stratificarsi delle circolari su quanto già previsto dalla legge sull'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, ha contribuito a creare un sistema che, lungi dal poter realizzare al meglio l'istanza rieducativa, si mostra fortemente disfunzionale rispetto alla possibilità di un'offerta trattamentale qualificata¹¹⁸.

Alla differenziazione degli istituti di pena sembra essersi sostituita la frammentazione degli stessi. Anche la Commissione Ruotolo di riforma del sistema penitenziario ha inserito, tra le proposte di direttive e circolari, una specifica azione amministrativa (la n. 18) dedicata al «Ridisegno complessivo degli Istituti per tipologia e per “vocazione”», nell'ottica di valorizzare al massimo le eccellenze già presenti, anche in direzione propulsiva rispetto ad altre realtà. A questo riguardo, preso atto che quasi tutte le strutture attualmente sul territorio presentano oggi una realtà di tipo misto, si sottolinea più puntualmente come risulti necessario un recupero dell'originaria distinzione tra case circondariali e case di reclusione.

Non possiamo inoltre non notare come le circolari da ultimo citate contribuiscano a creare un sistema fin troppo articolato, restituendoci, con riferimento al circuito di Media sicurezza – lo ripetiamo, quello che vede allocato il numero maggiore di detenuti, circa l'80% della popolazione – un sistema eccessivamente differenziato in cui, quantomeno

¹¹⁸ Cfr. F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 3. Anche la dottrina espressione del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ammette che l'assegnazione ai circuiti «non comporta di per sé scelte discrezionali di modifica del trattamento penitenziario idonee ad incidere sulla quantità e qualità della pena, che può però costituire conseguenza indiretta della loro applicazione», riconoscendo la «possibilità che la separazione determinata dai circuiti [...] possa riverberarsi anche sull'organizzazione della vita interna di istituto, finendo così surrettiziamente per modificare le caratteristiche concrete della vita detentiva». Così S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 42 e 43.

potenzialmente, convivono non solo sezioni a custodia aperta e chiusa, ma anche sezioni c.d. cautelari *ex art. 32 co. 1 reg. esec.*

Questo non può che riflettersi in una difficilissima gestione delle medesime strutture allorquando si ponga mente alla necessità di organizzare le attività trattamentali declinandole in maniera diversa per le diverse sezioni e ci porta a riflettere sull'opportunità di mantenere un sistema tanto articolato. Non stupisce allora che certa dottrina abbia suggerito, sulla scorta di quanto già accade in sistemi a noi vicini quale quello spagnolo, di abolire il sistema dei circuiti, mantenendo in suo luogo la sola distinzione tra custodia aperta e chiusa, oltre ai regimi di cui all'art. 14 *bis* e 41 *bis* co. 2 o.p.¹¹⁹.

A riguardo ci sia permessa qualche riflessione. Entrando più nel dettaglio, ciò che in effetti stona ci sembra essere, da un lato, l'articolazione, per la Media sicurezza, tra sezioni a custodia chiusa e sezioni *ex art. 32 co. 1 reg. esec.* e, dall'altro, la coesistenza tra Alta sicurezza, con specifico riferimento ai circuiti AS 1 e 3, ed i richiamati regimi penitenziari. Si potrebbe immaginare di abolire la custodia chiusa e di ritenere che la regola, per la Media sicurezza, sia comunque sempre la custodia aperta, eventualmente accompagnata, a seconda della tipologia di istituto, dalla sorveglianza dinamica nella sua accezione più lata, e di rivitalizzare correlativamente il regime di cui all'art. 14 *bis* o.p., che sappiamo oggi avere un'applicazione del tutto marginale, nella sua originaria vocazione di istituto preventivo rispetto alla sicurezza penitenziaria, la cui esecuzione potrebbe e dovrebbe avvenire all'interno delle normali sezioni detentive, con le garanzie di legge previste. A ciò si dovrebbe aggiungere, ove si volessero mantenere le sezioni *ex art. 32 reg. esec.*, una loro regolamentazione puntuale, già a livello di legge sull'ordinamento penitenziario, che ne definisse presupposti e modalità applicative (casi e modi) oltre che il tempo di permanenza e l'obbligo di periodica rivalutazione, scongiurando che l'allocazione si traduca in una sicura "pena accessoria" della sanzione disciplinare dell'EAC. Troppe volte, in effetti, ad una grave infrazione disciplinare da cui discende l'applicazione della sanzione massima prevista, consistente in 15 giorni di esclusione dalle attività in comune, corrisponde, ove il comportamento sia stato violen-

¹¹⁹ Così F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, cit., 200 ss.

to, l'allocazione per 6 mesi nella sezione c.d. cautelare ex 32 co. 1 reg. esec.¹²⁰. Alle citate garanzie sulla riserva di legge, dovrebbe ovviamente corrispondere il rispetto anche della correlativa riserva di giurisdizione, riconoscendosi al detenuto la possibilità di ricorrere avverso l'allocazione in detta sezione.

Oggi giorno le sezioni cautelari ex art. 32 co. 1 reg. esec. rappresentano infatti la “terra di nessuno”. Mancando una loro disciplina specifica, esse risultano infatti normate da ordini di servizio delle diverse direzioni degli istituti di pena, con conseguente frustrazione del principio di non discriminazione. A questo riguardo, appare particolarmente apprezzabile la proposta della Commissione Ruotolo per la riforma dell'ordinamento penitenziario che ha suggerito una profonda rivisitazione delle sezioni cautelari, prevedendo la necessità di un provvedimento motivato del Direttore per l'allocazione della persona detenuta. Si è inoltre proposto che le ragioni cautelari non possano mai ridursi alla sola gravità del reato commesso, ma che debba comunque essere preso in considerazione il comportamento *intra moenia*, rilevando in particolare i gravi e reiterati comportamenti aggressivi o gravemente lesivi dell'ordine e della sicurezza. Ancora, è stata proposta una rivalutazione della pericolosità ogni due mesi, salvo nel caso in cui l'inserimento sia da collegarsi anche al titolo di reato, per cui la rivalutazione permane semestrale come è attualmente. Si richiama infine l'attenzione sulla necessità di un'offerta trattamentale e si prevede espressamente lo strumento del reclamo giurisdizionale avverso l'allocazione¹²¹.

Quanto al circuito di AS, bisognerebbe avere la coerenza di rinunciare allo stesso. Per i terroristi, ove ricorra il presupposto di un colle-

¹²⁰ Cfr. circ. DAP, 23 ottobre 2015, n. 3663/6113, cit. Per coloro che sono stati considerati al di sopra della soglia di pericolosità e che debbono essere pertanto allocati in sezioni a regime chiuso, opererà un'osservazione diretta da parte della Polizia penitenziaria.

¹²¹ Si tratta dell'ultima Commissione ministeriale, nominata dalla Ministra Cartabia per la riforma dell'Ordinamento penitenziario, dopo gli Stati Generali dell'esecuzione penale nel 2015 e la Commissione Giostra, che ha lavorato nel 2017 in attuazione della legge delega Orlando. Come abbiamo avuto modo di vedere, la recentissima circolare del luglio 2022 ha recepito, seppur solo in parte, alcune delle proposte della Commissione Ruotolo, imponendo alle Direzioni la rivalutazione bimestrale e sollecitando il progressivo inserimento dei detenuti in qualche attività trattamentale. Per un approfondimento sulle proposte della Commissione Ruotolo, cfr. *infra*, cap. V, Pt. I, par. 5.2.

gamento con l'associazione terroristica, potrebbe farsi applicazione del regime di cui al 41 *bis* o.p., declinando un'ipotesi *ad hoc*. Coerenza invece dovrebbe portare a concludere che, venuto meno il collegamento con l'associazione mafiosa, terroristica o eversiva, solo un'eventuale pericolosità penitenziaria potrebbe fondare l'inserimento nelle sezioni cautelari di cui all'art. 32 reg. esec., in cui dovrebbero eventualmente confluire anche i detenuti attualmente allocati in AS 3 ma solo allorché sussistano i requisiti così come ridefiniti dalla Commissione Ruotolo.

4.10. I regimi speciali di rigore: è davvero piena la garanzia per i diritti dei detenuti?

L'unico strumento funzionale al mantenimento dell'ordine e della sicurezza, nell'originario impianto della legge sull'ordinamento penitenziario, era l'art. 90 o.p. che prevedeva in capo al Ministro di Giustizia un potere di sospensione delle normali regole del trattamento relativamente ad uno o più istituti nel caso di «gravi e di eccezionali motivi di ordine e sicurezza»¹²². Come abbiamo già precisato, a parte questa norma, tesa a fronteggiare situazioni del tutto eccezionali, almeno nell'originario intendimento del legislatore, la legge del 1975 sembrava non contemplare la necessità di gestire i detenuti pericolosi attraverso una differenziazione legata al titolo di reato o alle particolari caratteristiche soggettive del reo.

Solo pochi anni dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, la criminalità di stampo terroristico ed eversivo diede vita ad una stagione di violentissime rivolte all'interno degli istituti di pena, ponendo necessariamente la questione della sicurezza, non solo interna agli istituti ma anche esterna¹²³.

¹²² Per un puntuale commento, cfr. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., in particolare 288 ss. L'Autore sosteneva che qualora l'atto amministrativo dispositivo della sospensione fosse risultato lesivo di qualche diritto del detenuto, lo stesso avrebbe potuto presentare reclamo al Magistrato di Sorveglianza, con conseguente disapplicazione del provvedimento in caso di accoglimento del reclamo.

¹²³ Anche nel caso della criminalità terroristica ed eversiva fu avvertita, infatti, l'urgenza di adottare tutti gli accorgimenti utili a limitare il più possibile i contatti tra i detenuti e gli affiliati alle organizzazioni di riferimento.

La risposta del Governo, in assenza di previsioni specifiche nella legge sull'ordinamento penitenziario, fu l'istituzione delle c.d. carceri di massima sicurezza, create *ad hoc* da una serie di decreti interministeriali, con il fine dichiarato di assicurare la sicurezza esterna ma con importanti riflessi, alla luce della disciplina prevista, anche su quella interna¹²⁴. Un perimetro ritagliato al di fuori della legalità, in cui l'Amministrazione penitenziaria applicava la previsione di cui all'art. 90 o.p., senza che vi fosse alcuna predeterminazione dei criteri funzionali all'allocazione né alcuna tutela di tipo giurisdizionale per i detenuti di fronte all'inserimento nelle suddette strutture¹²⁵.

Solo nel 1986, con la legge Gozzini, il legislatore introdusse due specifici regimi penitenziari da adottarsi nei confronti dei delinquenti pericolosi: il già citato regime di sorveglianza particolare (art. 14 *bis* o.p.) e la previsione di cui al primo comma dell'art. 41 *bis* o.p., norma che sostituì il già citato art. 90 o.p. che fu contestualmente abrogato¹²⁶.

¹²⁴ Parla di «gestione pragmatica del problema», A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 168.

¹²⁵ Cfr. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 306 ss. Sulla vicenda delle carceri di massima sicurezza, cfr. *supra*, sez. I, par. 4.3.2, in particolare nt. 51 e cap. V, Pt. II, par. 5.7.

¹²⁶ Le due previsioni non risultano peraltro sovrapponibili: il provvedimento di sospensione può infatti attingere, nella sua nuova formulazione, solo gli istituti in cui si siano realizzati fatti (rivolte, sommosse, atti di violenza) turbativi dell'ordine e della sicurezza. Con ciò la portata applicativa della norma risulta fortemente ridimensionata rispetto al previgente art. 90 o.p. abrogato, precludendo quell'uso disinvolto della misura che aveva avuto la sua stagione di massimo splendore con riferimento alle carceri di massima sicurezza. In argomento, cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., 187 ss. Per una panoramica complessiva di tutte le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario dalla Legge Gozzini, cfr. F. PALAZZO, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *Politica dir.*, 1988, 225 ss.; E. SOMMA, *Premessa. Palingenesi, razionalizzazione e "sperimentazione" nella novella penitenziaria del 1986*, in *L.P.*, 1987, 1, 78 ss.; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 75 ss.

La sorveglianza particolare segna il passo di un parziale ritorno alla legalità nella gestione del delinquente pericoloso¹²⁷, e, sovvertendo il precedente sistema in cui la differenziazione degli istituti precedeva la classificazione dei detenuti¹²⁸, costituisce espressione di un trattamento plasmato sulle esigenze di ordine e sicurezza legate al singolo detenuto, cui il regime è applicato¹²⁹.

È vero però che l'intervento legislativo del 1986, ossequioso della duplice riserva di legge e di giurisdizione peraltro in termini non ancora perfetti¹³⁰, riguardava in effetti ancora solo la c.d. pericolosità penitenziaria, quella cioè legata ai comportamenti assunti dai detenuti all'interno degli istituti di pena, che si riflette in un rischio per l'ordine e la sicurezza solo interna alle strutture¹³¹.

La natura eminentemente preventiva del regime di cui all'art. 14 *bis* o.p. viene affermata con forza dalla stessa Amministrazione penitenziaria, anche se non si può certamente nascondere come l'applicazione del regime citato possa risolversi surrettiziamente, alla luce di una tipizzazione dei presupposti non sempre ossequiosa dei canoni di determina-

¹²⁷ Parla di «approdo alla legalità» T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., 151 ss. e in particolare 161.

¹²⁸ A questo schema rispondeva il carcere di massima sicurezza, su cui *supra* diffusamente.

¹²⁹ Per un commento al neo introdotto regime di sorveglianza particolare: T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., 157 ss. Qualche perplessità permane allorché tra i presupposti viene fatto riferimento anche al comportamento precedentemente tenuto, sia in istituto di pena che in libertà.

¹³⁰ Oltre alle richiamate critiche sul versante della determinatezza e tassatività nella definizione dei presupposti, non possiamo non rilevare che l'ipotesi di applicazione provvisoria in ipotesi di necessità e urgenza del regime di sorveglianza particolare rimanga del tutto sprovvista di tutela giurisdizionale, in quanto per il termine di durata del provvedimento interinale (pari a 20 giorni) è negato il ricorso.

¹³¹ Sottolinea questo aspetto A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 169, mettendo in evidenza come la legge Gozzini si collochi in un momento storico in cui l'onda lunga della criminalità di stampo terroristico ed eversivo aveva esaurito la sua portata. Ovviamente rimaneva però il problema dei detenuti già condannati e che stavano eseguendo la pena da lungo tempo.

tezza e precisione¹³², in una forma “mascherata” di isolamento di durata ben superiore al limite dei 15 giorni previsto per la sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune (c.d. EAC) dall’art. 39 o.p.¹³³ e, dunque, possa essere utilizzato in chiave repressiva quale sanzione disciplinare atipica, per ciò stesso, “illegale”¹³⁴.

Con l’introduzione del comma 2 dell’art. 41 *bis* o.p., ad opera del d.l. n. 306 del 8 giugno 1992, conv. in l. n. 356/1992, il legislatore ha invece previsto e disciplinato un regime speciale di rigore funzionale alla tutela della sicurezza pubblica o esterna, applicabile ai condannati definitivi, agli internati e agli imputati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell’art. 4 *bis* o comunque, dopo la riforma del 2009, per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso, sempre che sussistano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva¹³⁵.

Fortemente discussa appare peraltro anche la natura del provvedimento dispositivo del “carcere duro”, anche se la tesi dello stesso Ministero di Giustizia e del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria è quella della misura di prevenzione¹³⁶, nonostante i brillanti tentativi

¹³² Cfr. *infra* sul punto.

¹³³ Cfr. F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub art. 14 quater o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. 2019, cit., 207 ss.; A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 88-89. Sul punto, cfr. anche A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 137.

¹³⁴ Cfr. R. GRIPPO, *Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione? Nota a ord. Tribunale di Sorveglianza di Bologna del 27.09.2011*, cit., 11 ss.

¹³⁵ La Consulta ha ritenuto legittima l’estensione del regime di rigore anche agli imputati. Cfr. C. cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.

¹³⁶ Fanno espresso riferimento alla natura di misura di prevenzione sia gli stessi decreti applicativi a firma del Ministro sia la circ. DAP, n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017. Per parte sua la giurisprudenza smentisce la tesi, ma rifugge anche la natura squisitamente sanzionatoria, pur riconoscendo alla misura una chiara funzione di prevenzione speciale negativa. Cfr. in quest’ultimo senso: Cass. pen., 10 maggio 2019, n. 24134, Belforte, in *www.dejure.it*. Cfr. anche Cass. pen., 29 marzo 2017, n. 19672, Giacalone, in cui si smentisce recisamente la natura di misura di prevenzione, affermandosi: «La norma di cui all’art. 41 *bis* contempla una serie di limitazioni alla libertà personale del

della dottrina di riconoscere una carica eminentemente afflittiva, e dunque sanzionatoria, alla misura in oggetto¹³⁷.

Tratto comune ai due regimi speciali è quello di essere applicati attraverso provvedimenti individuali, *ad personam*, adottati da autorità amministrative (il DAP per il 14 *bis* e il Ministro di giustizia per il 41 *bis* co. 2 o.p.), incidenti in maniera significativa sui diritti delle persone detenu-

sottoposto, che trovano giustificazione nell'esigenza, ritenuta preminente nei giudizi di valore espressi dal legislatore, di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici. L'analisi comparativa di tale regime e del sistema delle misure di prevenzione personali evidenzia marcate differenze di presupposti e di funzioni. Sotto il primo profilo l'art. 41 *bis* postula condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche legate all'esigenza del contrasto dello specifico fenomeno mafioso, altre soggettive derivanti dalla condanna o dalla sottoposizione a misura coercitiva custodiale del soggetto in relazione a reati di particolare gravità e motivo di allarme sociale, nonché la perdurante esistenza ed operatività dell'organizzazione cui egli appartiene; per contro, le misure di prevenzione vengono imposte per fronteggiare il rischio della delinquenza nei confronti di chi sia pericoloso sulla base, non di eventuali condanne o di misure cautelari, ma dello stile di vita e dei progressi comportamenti devianti, il cui accertamento costituisce il presupposto e la base giustificativa della prognosi sulla futura commissione di condotte criminose, che s'intende prevenire. Quanto alla funzione, la sospensione delle regole detentive ordinarie riguarda l'esecuzione della pena nei confronti di quei detenuti che presentano la capacità di mantenere collegamenti con le associazioni di appartenenza e di trasmettere ordini e direttive all'esterno del carcere e comporta una compressione dei diritti soggettivi, non già la loro privazione, tant'è che essa viene imposta, non in via automatica nei confronti di tutti i detenuti che abbiano riportato condanna per determinati titoli di reato, ma a coloro di essi che presentino caratteristiche personali e specifiche di pericolosità, legate alla loro appartenenza ad organizzazioni criminali strutturate, e, sulla base dei dati ricavati dalle pregresse esperienze processuali e dalle conoscenze criminologiche, capaci di stabilire contatti anche con quanti siano detenuti, caratteristiche che li distinguono dai comuni soggetti ristretti in carcere». Conforme, più recentemente Cass. pen., 22 giugno 2020, n. 26482, Dantese. Le sentenze sono pubblicate entrambe su www.dejure.it.

¹³⁷ Da ultimo A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 387 ss. che propone la tesi suggestiva della natura di pena accessoria. Tesi, quest'ultima corroborata anche dalla giurisprudenza di Strasburgo che, con il suo approccio "sostanziale", ha riconosciuto espressamente una valenza ulteriormente afflittiva a regimi di rigore molto simili a quello del "carcere duro". Per la tesi che ascrive al regime del "carcere duro" la natura di misura di sicurezza, cfr. M. RONCO, *Riflessioni su una "nuova" sanzione: l'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. AMISANO, M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di M. Gallo*, Napoli, 2012, 217 ss.

te, tra cui anche il diritto alla rieducazione. Detto altrimenti, carattere comune di entrambi i regimi è quello di una primazia indiscussa accordata alle esigenze di sicurezza a tutto discapito delle esigenze rieducative e dunque, in ultima istanza, dell'offerta trattamentale.

Vi sarebbe cioè, come abbiamo cercato di chiarire più sopra, una differenza sostanziale tra i c.d. circuiti e i regimi penitenziari, potendosi ascrivere a questi ultimi solo le previsioni di cui agli artt. 41 *bis* co. 2 o.p. e 14 *bis* o.p. Per questi ultimi, la dottrina e la giurisprudenza, ma anche la stessa Amministrazione penitenziaria, riconoscono l'incidenza diretta sui diritti delle persone detenute ed il loro sacrificio in nome della prevalenza della sicurezza sociale, da intendersi, come precisato, a seconda del regime, quale sicurezza interna o esterna¹³⁸.

All'attitudine ad intaccare i diritti fondamentali fa da contraltare la previsione di una serie di garanzie che invece non ritroviamo con riferimento alla disciplina dei circuiti, quali la previsione dei presupposti e della relativa disciplina in una fonte normativa, come è la legge sull'ordinamento penitenziario, e la previsione, seppure con i limiti che evidenzieremo, di un reclamo di tipo giurisdizionale¹³⁹.

Per la verità, non possiamo non sottolineare come i citati regimi paghino il dazio di essere stati adottati in particolari circostanze storiche,

¹³⁸ E, ciononostante, l'Amministrazione penitenziaria non ha mai voluto riconoscere la natura sanzionatoria di entrambi detti regimi.

¹³⁹ Sul punto, cfr. Cass. pen., 21 marzo 2019, n. 40123, cit., la quale opera una non condivisibile sovrapposizione di piani tra il regime di sorveglianza particolare ed il circuito di Alta sicurezza, dimostrando come la distinzione tra circuito e regime sia di difficile definizione. La Corte, riferendosi al circuito AS, si esprime così: «Si tratta di un regime che non ha, dunque, carattere punitivo-sanzionatorio, né che vive di una pura afflittività, priva di ragione concreta, ma di un aspetto “necessario” del trattamento stesso, improntato ad un rigore maggiore, che ha funzione essenzialmente preventiva strettamente collegata all'obiettivo di avviare, da parte del soggetto ristretto, un serio processo di rielaborazione degli aspetti della personalità e della devianza manifestata che sono risultati indicatori di maggiore pericolosità. In questa logica sono stati fissati rigorosamente i presupposti normativi del regime stesso, secondo i parametri oggettivi fissati nella l. 26 luglio 1975, n. 354, art. 14-*bis*, parametri che (soprattutto in funzione della delimitazione dell'ambito operativo di cui all'art. 14-*bis*, comma 5, o.p.) si devono tenere discosti da principi e regole applicative di “perdurante pericolosità” e da giudizi negativi, esclusivamente orientati al passato, che prescindono dai comportamenti successivi e dall'atteggiamento di possibile rivisitazione di determinate scelte esistenziali».

che possiamo certamente definire emergenziali, motivo per cui nella loro originaria formulazione presentano numerose pecche¹⁴⁰: la sorveglianza particolare è stata ad esempio pensata e prevista a fronte delle aspre rivolte fomentate da soggetti “politicizzati”, per i quali era forte il rischio di evasioni, manifestazioni e turbative interne, oltre che per evitare la propaganda dei loro ideali eversivi verso gli altri detenuti¹⁴¹; il regime speciale *ex art. 41 bis* co. 2 o.p. risulta invece approntato appositamente quale risposta alla gravissima strage di Capaci, prefiggendosi di rispondere alle problematiche emerse in ambito penitenziario legate alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

L’eccezionalità delle circostanze nelle quali sono stati disciplinati tali regimi ha fatto sì che essi ne pagassero inevitabilmente il prezzo. Il primo, diventando pressoché inutilizzato, nel momento in cui la categoria di soggetti cui era diretto è venuta meno, e il secondo, assumendo la valenza simbolica della “mano dura” della Stato, circostanza questa che ha da sempre ostacolato, e tutt’ora rende difficile, il suo “adeguamento” ai dettami costituzionali e sovranazionali.

Una certa discrezionalità, quanto ai presupposti applicativi e ai contenuti prescrittivi, rimane peraltro in capo all’Amministrazione penitenziaria anche con riferimento ai regimi penitenziari di cui agli artt. 14 *bis* e 41 *bis* co. 2 o.p., nonostante il legislatore si sia sforzato di ricondurli a legalità proprio perché regimi derogatori del trattamento ordinario, tipizzandone presupposti, contenuti e durata ed assicurando un’adeguata tutela giurisdizionale. Per quanto di nostro interesse, con specifico riferimento ai presupposti, la dottrina ha messo correttamente in evidenza come il richiamo ai gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica non siano sufficienti a salvare la norma da un incontestabile *vulnus* sul versante

¹⁴⁰ Se il regime di sorveglianza particolare non è stato comunque mai riformato, conservando dunque alcuni aspetti di criticità che erano subito stati acutamente messi in evidenza dalla più attenta dottrina (cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all’approdo della legalità*, cit., 162 ss.), il regime del “carcere duro”, al contrario, è stato oggetto di un numero importante di pronunce della Consulta e di altrettante novelle legislative, di cui le più significative sono certamente quelle del 2002 e del 2009.

¹⁴¹ Nei confronti di questa “tipologia di detenuti” vengono in un primo momento introdotte le carceri di massima sicurezza e successivamente, con la legge Gozzini, abolite queste ultime, il regime della sorveglianza particolare. Sul punto cfr. *supra*, cap. II.

della determinatezza, essendo la clausola in sé particolarmente fumsa¹⁴². Le medesime censure sono state rivolte anche alla previsione di cui all'art. 14 *bis* o.p. con riferimento a taluni tra i presupposti ivi tipizzati, tanto che non a caso si è parlato di “norma in bianco”¹⁴³, soprattutto con riferimento alla clausola di cui alla lett. a) e a quella di chiusura¹⁴⁴.

Quanto ai contenuti dei provvedimenti, da un lato, rispetto alla sorveglianza particolare, si è sottolineato come alla clausola di cui all'art. 14 *quater* co. 1 o.p., caratterizzata da un certo margine di indeterminatezza, faccia da contraltare l'esclusione tassativa di un certo numero di restrizioni¹⁴⁵; dall'altro lato, si è messo in evidenza come la disciplina di cui al comma 2 *quater* dell'art. 41 *bis* o.p., pur vincolando il Ministro ad un certo contenuto del provvedimento dispositivo del regime del “carcere duro”, tutt'ora preveda “clausole aperte” suscettibili di essere eventualmente riempite delle più disparate prescrizioni, quali quelle previste dalle lettere a) e f)¹⁴⁶. A ciò si aggiungono quelli che sono stati acutamente

¹⁴² Così A. MARTINI, *Commento all'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *L.P.*, 1993, 212.

¹⁴³ Così S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, 17. Per le medesime considerazioni anche C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., 26; A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. penit.*, cit., 302.

¹⁴⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., 162-163, che ritiene che i presupposti siano stati formulati con un grado di determinatezza diseguale.

¹⁴⁵ Il comma 1 dell'art. 14 *quater* o.p. prevede che «Il regime di sorveglianza particolare comporta le restrizioni strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati e alle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario». La dottrina, che pure ha sottolineato l'indeterminatezza della formula, l'ha in questo specifico caso giustificata, in quanto funzionale a poter apprestare le restrizioni più adatte al caso concreto, sempre nell'ottica della stretta necessità. «Un significativo recupero di determinatezza si realizza in termini negativi, escludendo dal novero delle restrizioni adottabili alcune materie indicate in modo tassativo». Così T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 171. Conformi, F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub art. 14 quater o.p.*, cit., 204.

¹⁴⁶ Cfr., per tutti A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 298.

definiti «danni collaterali da delegificazione» connessi ad ulteriori restrizioni discendenti da talune circolari del DAP¹⁴⁷.

Quanto alla durata dei regimi speciali, analoghe problematiche si sono poste con riferimento ai meccanismi di proroga. In entrambi i casi la previsione di una proroga potenzialmente *ad libitum*, fondata su schemi presuntivi, fa perdere di incisività alla tutela riconosciuta al detenuto in sede giurisdizionale¹⁴⁸. Non è un caso che alcune delle condanne della Corte di Strasburgo abbiano riguardato proprio questo profilo ed in particolare i presupposti e la relativa motivazione della proroga per quanto riguarda il regime del “carcere duro”¹⁴⁹.

4.10.1. La garanzia giurisdizionale con riferimento al regime del “carcere duro”

Due sono le questioni da affrontare sotto il profilo della riserva di giurisdizione: da un lato l’evoluzione normativa che ha portato all’affermazione del vaglio di legittimità del Tribunale di Sorveglianza, dall’altro la contestabilità più a monte della scelta di riconoscere la competenza all’emanazione del provvedimento dispositivo del regime in capo al Ministro della giustizia¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Così C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., 29. Cfr., da ultimo, la circ. DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, e le relative limitazioni relative alla materia dei colloqui con i familiari e della corrispondenza, su cui cfr. V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in <http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 novembre 2017. In argomento, cfr. anche F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 188 ss.

¹⁴⁸ Così, con specifico riferimento alla sorveglianza particolare: F. GIANFILIPPI, L. CESARIS, *Sub 14 bis o.p.*, cit., 192.

¹⁴⁹ Cfr., per tutte, Corte eur. dir. Uomo, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 29 ottobre 2018, con nota di G. ALBERTI, *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell’art. 3 Cedu con riferimento all’ultimo decreto di proroga del 41-bis*. Cfr. anche A. MARTUFI, *Il “carcere duro” tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, cit., in particolare 266 ss.

¹⁵⁰ Cfr. Cass. pen., 24 gennaio 2018, n. 3447, Tagliavia, in www.dejure.it, che ha disatteso due questioni di legittimità costituzionale, l’una relativa al profilo della competenza ad adottare il provvedimento dispositivo riconosciuta al Ministro e non all’autorità giudiziaria, l’altra relativa all’assenza di mezzi difensivi diretti ad attivare il controllo

Quanto al primo aspetto, nella sua versione originaria, la disciplina del “carcere duro” non prevedeva alcuna tutela di carattere giurisdizionale, tanto che, come abbiamo visto nel terzo capitolo, la Corte costituzionale, poco dopo l’entrata in vigore dell’istituto, ha dichiarato la sua illegittimità nella parte in cui, incidendo i diritti fondamentali delle persone detenute, non era prevista la sindacabilità del decreto dispositivo del regime da parte della Magistratura di Sorveglianza¹⁵¹. Il legislatore ha quindi posto rimedio con un primo intervento normativo nel 1998, con cui si è introdotta la disciplina di cui al comma 2 *bis*¹⁵².

Successivamente, la Consulta non ha mancato di estendere progressivamente il perimetro e l’oggetto del sindacato giudiziale dalla sussistenza dei presupposti per l’applicazione del regime

al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo, vuoi sotto il profilo della eventuale lesione di situazioni non comprimibili, vuoi sotto quello della congruità delle misure disposte in concreto rispetto ai fini per i quali la legge consente all’Amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario¹⁵³.

giurisdizionale del decreto di applicazione o di proroga del regime, successivamente alla modifica intervenuta con l. n. 94/2009 che ha espunto il sindacato sulla congruità del contenuto dei decreti dispositivi. Per un commento, cfr. V. MANCA, *La finalità preventiva del 41 bis o.p. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 1 ss.

¹⁵¹ Cfr. C. cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit. È con la successiva pronuncia della Consulta n. 410/1993 che viene individuato il giudice competente a sindacare i decreti dispositivi del “carcere duro” nel Tribunale di Sorveglianza ed il relativo procedimento *ex art. 14 ter o.p.* Ciononostante la giurisprudenza di legittimità si era mantenuta costante nell’ammettere solo un sindacato di legittimità con possibile epilogo disapplicativo, ma comunque non integrativo né sostitutivo. Cfr. per tutte Cass. pen., 1 luglio 1994, Modeo, in *www.dejure.it*; Cass. pen., 6 dicembre 1994, Vernengo, in *Cass. pen.*, 1996, 309. È solo la sentenza C. cost., n. 351/1996, cit., che espressamente riconosce la competenza a valutare le singole prescrizioni. Sul punto vedi diffusamente, cap. III, sez. I, par. 3.5.3.

¹⁵² Cfr. legge 7 gennaio 1998, n. 11.

¹⁵³ Cfr. C. cost., 18 ottobre 1996, n. 351, cit., secondo cui «eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno perciò essere disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell’amministrazione solo in quanto legittimi (art. 5, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)». Il vaglio della Magistratura di Sorveglianza quale giudice dei diritti è stato poi successivamente riba-

Conseguentemente, il *dictum* della Consulta è stato fatto proprio dal legislatore che, con l. n. 279/2002, ha introdotto il comma 2 *sexies* che ha previsto la possibilità di rivolgere un reclamo al Tribunale di Sorveglianza competente territorialmente sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto rispetto alla finalità dichiarata del regime (cfr. art. 41 *bis* co. 2 o.p.).

La successiva riforma del 2009, che segna, come noto, una svolta in senso ulteriormente repressivo¹⁵⁴, ha optato per centralizzare la competenza in capo al Tribunale di Sorveglianza di Roma, anche al fine di uniformare gli orientamenti in materia, e, alla luce della predeterminazione delle restrizioni di cui al nuovo comma 2 *quater*, ha espunto espressamente dal sindacato giurisdizionale il giudizio sulla congruità delle prescrizioni, cui conseguiva, in caso di accoglimento, l'annullamento parziale del decreto dispositivo¹⁵⁵.

dito anche nell'ordinanza 23 luglio 2002, n. 390, in www.giurcost.org. La mancanza nel procedimento di reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. di un termine perentorio entro cui il Tribunale di Sorveglianza deve pronunciarsi ha peraltro evidenziato la sostanziale ineffettività del rimedio, in quanto il procedimento si concludeva il più delle volte con una pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse, essendo scaduto, nelle more della decisione del Tribunale, il termine del provvedimento frattanto prorogato. Non a caso, la disciplina italiana è stata censurata dalla Corte di Strasburgo che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 13 Cedu, considerando il rimedio non effettivo. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, n. 25498/94, in *Guida dir.*, 2011, 6, 133 ss., con nota di B. GIORDANO, *La restrizione può essere adottata dallo Stato solo con una legge che indichi durata e motivazioni*.

¹⁵⁴ Per un puntuale commento delle modifiche più rilevanti, cfr. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, 395 ss.; ID., *Il "doppio binario" penitenziario*, cit., 28, in cui l'Autore mette in evidenza come la riforma abbia sortito l'effetto di rendere la disciplina di cui all'art. 41 *bis* co. 1 del tutto autonoma rispetto alle vicende relative all'accesso ai benefici di cui all'art. 4 *bis* o.p., nel senso che la decisione di collaborare non comporta alcuna ricaduta pratica diretta sull'applicazione del regime; allo stesso modo il regime di *favor* dello scioglimento del cumulo, che si applica con riferimento all'art. 4 *bis* o.p., non trova invece applicazione per espressa previsione di legge, introdotta nel 2009, in materia di regime di "carcere duro".

¹⁵⁵ La Commissione parlamentare antimafia mise bene in evidenza quali erano le questioni che avevano dato adito in passato a declaratorie di parziale annullamento dei decreti dispositivi: l'assenza di un titolo *ex* art. 4 *bis* o.p., allorché veniva riconosciu-

Una successiva pronuncia della Consulta ha però fornito una sorta di interpretazione autentica della modifica normativa citata, precisando come l'espunzione del vaglio sulla congruità "riespanda" l'ordinaria competenza della Magistratura di Sorveglianza in materia di tutela dei diritti¹⁵⁶.

A questo riguardo appare doverosa una precisazione: ci sembra infatti che il vaglio di congruità e quello di proporzionalità in senso stretto debbano essere tenuti necessariamente distinti, pur facendo entrambi parte del test di proporzionalità in senso ampio¹⁵⁷. Se nella vigenza del comma 2 *bis*, un'eventuale incongruenza di una prescrizione rispetto alla *ratio* dell'istituto poteva essere fatta valere davanti al Tribunale di Sorveglianza, successivamente al 2009 il giudice dei diritti torna a potersi interessare del vaglio di proporzionalità in senso stretto, ma non di quello sulla congruità delle prescrizioni predeterminate da parte del legislatore, profilo quest'ultimo che potrà invece, come nei fatti è avvenuto, portare ad avanzare dinnanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale¹⁵⁸.

Diversa ovviamente la questione, allorché il legislatore abbia lasciato delle clausole non sufficientemente predeterminate in cui la discrezionalità amministrativa può ancora avere un suo margine di azione (cfr.

to lo scioglimento del cumulo, e l'insufficiente motivazione circa la persistente capacità del detenuto di mantenere un collegamento con il consesso criminale di riferimento, con riferimento ai provvedimenti di proroga. Su entrambi i punti la Riforma del 2009 interviene, da un lato negando rilevanza allo scioglimento del cumulo e, dall'altro, tipizzando maggiormente i presupposti, oltre alla durata, della proroga.

¹⁵⁶ Così C. cost., 28 maggio 2010, n. 190, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento: F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 12, 2511; C. FIORIO, *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 2256 ss.

¹⁵⁷ Sul punto, cfr. *infra* cap. V, Pt. III.

¹⁵⁸ Stigmatizza in particolare l'automatismo legato alla predeterminazione legale delle misure restrittive che costringe l'operato dell'Amministrazione penitenziaria facendo dubitare della ragionevolezza della scelta legislativa, e impedendo di fatto di tenere in adeguata considerazione le peculiarità del caso concreto: G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 23. È proprio nel passaggio dall'astratta previsione alla sua traduzione in essere sul caso concreto che può verisimilmente realizzarsi un *vulnus* al principio di proporzionalità.

art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. a e f) o qualora ulteriori restrizioni derivino, come accade proprio in materia di “carcere duro”, dalle circolari del DAP¹⁵⁹. In quest’ultimo caso, infatti, il vaglio della Magistratura di Sorveglianza, oggi *ex art. 35 bis* o.p., ci sembra possa tornare ad avere ad oggetto sia la congruità che la proporzione del sacrificio imposto al diritto del detenuto a fronte dell’interesse contrapposto alla sicurezza sociale¹⁶⁰.

Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all’ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale¹⁶¹.

Esemplificativamente vengono in oggetto alcune prescrizioni aventi contenuti particolarmente afflittivi, quali possono essere quelle relative a determinate modalità di perquisizioni personali, quelle con denudamento e flessione, o l’obbligo di videosorveglianza continua della cella di pernottamento con inquadatura anche del locale bagno¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr. circ. DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126. Per un commento: cfr. V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, cit. Rammentiamo che la stessa Corte costituzionale aveva fornito una preziosa indicazione allorquando aveva richiamato la tecnica adottata dal legislatore nell’art. 14 *quater* o.p. con riferimento ai contenuti del provvedimento di sorveglianza particolare, individuando un nucleo minimo di diritti irriducibili e dunque non sacrificabili neppure per le esigenze di sicurezza interna connesse al regime particolare di cui all’art. 14 *bis* o.p. Così C. cost., n. 351/1996, cit. In argomento, cfr. F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, 33, 78 ss.

¹⁶⁰ Dopo la l. n. 94/2009, dunque, il Tribunale di Sorveglianza di Roma rimane competente a verificare la sussistenza dei presupposti per l’applicazione del decreto applicativo del “carcere duro”, mentre il singolo Tribunale di Sorveglianza competente per territorio potrà invece essere adito, oggi *ex art. 35 bis* o.p., per la tutela di singoli diritti lesi dal provvedimento.

¹⁶¹ Così C. cost., n. 135/2013, cit., con nota di A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, cit.

¹⁶² In materia di perquisizioni con denudamento e flessioni, cfr. Cass. pen., 3 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, in *Cass. pen.*, 2004, 4217; Cass. pen., 22 maggio 2008, n. 24715, Vitale, in *Riv. pen.*, 2009, 742; Cass. pen., 19 novembre 2008, n. 46263, Bido-

Il vaglio della Magistratura di Sorveglianza, qualunque sia il tipo di prescrizione incidente sul diritto che si suppone leso, sia essa pre-determinata o meno dal legislatore, dovrà comunque essere apprezzato in concreto, con riferimento alla specifica posizione del detenuto istante, dipendendo in effetti l'eventuale lesione sia dalla particolare situazione del soggetto, sia dalle modalità applicative delle prescrizioni che possono divergere, anche in maniera significativa, nei diversi istituti di pena¹⁶³.

gnetti, in *Riv. pen.*, 2009, 1318; Cass. pen., 16 febbraio 2011, n. 13996, Cordi, in *Cass. pen.*, 2012, 4, 1504. In materia di video-sorveglianza, cfr. Cass. pen., 30 dicembre 2009, n. 49988, Lo Piccolo, in *Foro ambrosiano*, 2009, 4, 473, con nota di Zampogna, che ha ritenuto illegittima la determinazione amministrativa che, ai sensi dell'art. 41 bis, co. 2 quater, lett. a), o.p., disponeva, nei confronti di un detenuto sottoposto a regime differenziato, un controllo continuo mediante video-sorveglianza sulle 24 h, fino a ricomprendervi i momenti di intimità personale all'interno della *toilette*. Il controllo video continuo durante tutto l'arco della giornata è dunque legittimo solo ove imposto nell'interesse stesso del detenuto, ad esempio in caso di rischio suicidario. Conforme Cass. pen., 26 aprile 2011, n. 16402, Lo Piccolo, in *www.dejure.it*. *Contra*, però, Cass. pen., 16 aprile 2018, n. 44972, Madonia, in *www.dejure.it*. In argomento, cfr. L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 2, 176, che ritiene che la misura appaia prima ancora che incidente sui diritti incompressibili, incongrua rispetto agli interessi pubblici da tutelare. In argomento, cfr. anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Cfr. ad esempio, in materia di perquisizioni personali dei detenuti: Corte eur. dir. Uomo, 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02; in materia di video sorveglianza: Corte eur. dir. Uomo, GC, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04, entrambe in *www.hudoc.echr.coe.int*. In argomento, cfr. anche A. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. Giust.*, 2002, 42, 74 ss.; P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189; A. MARCHESELLI, *Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali*, in *www.europarights.eu*, 2008.

¹⁶³ Sottolinea questi aspetti, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 302, cui si rinvia anche per una esaustiva panoramica delle pronunce. Cfr. ad esempio, in argomento, Cass. pen., 22 maggio 2008, n. 24715, cit., relativa proprio al tema delle modalità delle perquisizioni personali "con denudamento e flessioni", in cui decisamente si afferma che «l'unica base giustificativa delle modalità, di per sé degradanti e umilianti, dell'ispezione corporale, in grado di rendere l'operazione non arbitraria né vessatoria, è costituita dalla congruità dell'atto rispetto al fine cui è diretto, verificabile di volta in volta sulla base dei criteri di ragionevole necessità o non superflu-

Quanto invece alla seconda questione, molte sono le voci in dottrina che autorevolmente sostengono la necessità di riconoscere all'autorità giudiziaria la competenza ad applicare il regime del "carcere duro"¹⁶⁴. Nella misura in cui si riconosca l'incidenza sulla libertà personale in chiave ulteriormente afflittiva, l'opzione risulterebbe infatti imposta dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.¹⁶⁵

A questo proposito, la tesi affermata a più riprese dalla Corte costituzionale, in particolare proprio con riferimento alla materia del "carcere duro", si risolve in una petizione di principio ascrivendo *tout court* al potere discrezionale organizzativo dell'Amministrazione penitenziaria la facoltà di sospendere tutte le regole di trattamento e gli istituti legati ad esigenze di ordine e sicurezza, sulla base della loro supposta afferenza al campo delle modalità di esecuzione della pena detentiva, ritenendosi l'ulteriore compressione dei diritti delle persone detenute ad essa conseguente già implicita nel perimetro di afflittività derivante dalla sentenza di condanna¹⁶⁶.

ità, adeguatezza e proporzionalità dello specifico intervento sul corpo nudo del detenuto da parte degli organi penitenziari».

¹⁶⁴ Così, recentemente: A. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, 409 ss.; S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41 bis*, in *Giur. pen. web*, 2017, 12, 37 ss. La giurisprudenza di legittimità si è invece espressa in senso contrario. Cfr. in questo senso, per tutte, Cass. pen., n. 19672/2017, cit., in cui si afferma che la natura giuridica e «l'attinenza del regime detentivo speciale alle modalità esecutive della pena convincono della coerenza col sistema e coi valori costituzionali dell'attribuzione all'autorità amministrativa della competenza funzionale all'adozione del provvedimento impositivo o della sua proroga e dell'assenza di alcun profilo di diseguaglianza ed irragionevole disparità di trattamento rispetto al rito ed al sistema della prevenzione in contrasto con i principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.».

¹⁶⁵ Ritengono l'attuale disciplina in contrasto con la riserva di giurisdizione ivi prevista, M. PAVARINI, in F. GIUNTA, S. ARDITA, M. PAVARINI, *Opinioni a confronto. Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 268 ss. e oggi anche su www.discrimen.it.

¹⁶⁶ Per questa via, infatti la Corte ha sempre difeso l'estraneità della disciplina dei regimi speciali dall'ambito di operatività della duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost. Cfr., per tutte, C. cost., n. 349/1993, cit. *A fortiori*, evidentemente le garanzie sostanziali proprie del principio di legalità ed i suoi corollari dovrebbero trovare applicazione allorquando, come fa parte della dottrina, si voglia riconoscere natura di vera e propria pena alle misure in oggetto. Per una rifondazione del regime detentivo speciale del "carcere duro", si rinvia all'ampia proposta di A.

A prescindere dalla tesi che si decida di condividere in punto di natura giuridica del regime speciale, risulta infatti di tutta evidenza come la distinzione formale tra misure che attengono alla «qualità e quantità della pena» – intendendosi tali unicamente quelle relative alle misure alternative, che portano il detenuto all’esecuzione esterna al carcere – e modalità esecutive della pena, sia da considerarsi non più difendibile. Un “approccio formalista” di tal fatta non prende in considerazione quello che è l’effetto primario dell’applicazione dei regimi di rigore, quello cioè di comprimere ulteriormente la libertà personale del soggetto.

A favore della piena operatività della riserva di giurisdizione in materia di “carcere duro” depone anche l’opportunità di restituire al giudice un giudizio tanto delicato, quale quello di pericolosità sociale che fonda l’applicazione del regime, con specifico riferimento al titolo di reato e all’immanenza dei collegamenti¹⁶⁷.

DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, cit., 404 ss., in cui l’Autrice suggerisce come valorizzare al meglio principio di legalità e riserva di giurisdizione. Sull’aspetto specifico dell’estensione del principio di irretroattività, cfr. anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 278, laddove afferma che «a fronte di torsioni finalistiche che rendono il cosiddetto carcere duro una pena qualificata prospettata in chiave general-preventiva» risulta «necessario rendere imperativa l’estensione del divieto di retroattività nella sua dimensione più ampia». La Corte costituzionale aveva invece ritenuto inapplicabile alla materia *de quo* il principio di irretroattività. Cfr. C. cost., n. 376/1997, cit., con ciò ponendosi in linea con la consolidata posizione della giurisprudenza di legittimità che si era sempre espressa per la natura processuale delle norme sull’esecuzione penale e sulla conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum*. Per tutte: Cass. pen., SS.UU., 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, cit. Su questo consolidato approccio si è da ultimo innestata la rivoluzionaria pronuncia della Consulta n. 32/2020, cit., su cui *supra*, cap. I, par. 1.4.3.2.

¹⁶⁷ Si è affermato che una previsione siffatta, che si allontana da un diritto penale del fatto, preferendo un approccio per tipi di autore, equivale ad una «saracinesca abbassata sul trattamento rieducativo del condannato». Così G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 1, 55 ss. Rammentiamo che è sempre la Magistratura di Sorveglianza ad essere competente all’istruttoria relativa ai profili relativi alla sussistenza o meno dei collegamenti ai fini della concessione dei benefici, secondo la disciplina prevista nei diversi commi dell’art. 4 *bis* o.p.

Da ultimo, anche allorquando, in linea con quanto affermato dalla Consulta a più riprese, non si volesse ritenere il regime incidente sulla libertà personale, esso risulta comunque incidente su altri diritti fondamentali facenti capo al detenuto. Risulta infatti inopinabile che l'applicazione del regime comporti una "degradazione giuridica" in senso proprio che, come tale, deve essere affidata necessariamente ad un organo giudiziale¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Così G. AMATO, *Sub art. 13 Cost.*, cit., 47.

CAPITOLO QUINTO

PER UN CARCERE DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: PARTE I: NORME SCRITTE E REALTÀ DEL CARCERE. 5.1. *L'enorme distanza tra norma scritta e realtà del carcere.* 5.2. *La necessità di una riforma di sistema e la proposta della Commissione Ruotolo.* PARTE II: GARANZIE COSTITUZIONALI ED ESECUZIONE DELLA PENA. 5.3. *Umanità della pena e rieducazione.* 5.4. *Dignità in senso statico e dignità in senso dinamico.* 5.5. *La duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.* 5.5.1. *Sicurezza vs diritti dei detenuti.* 5.6. *Garanzie costituzionali e tutela dei diritti: divisione di campo o tutela complementare?* 5.7. *Operatività delle garanzie costituzionali in ambito penitenziario.* 5.8. *La recente pronuncia della Consulta n. 32/2020. Riflessioni in chiave critica e propositiva.* PARTE III: PROPORZIONALITÀ E BILANCIAMENTO DI INTERESSI. 5.9. *Gli spazi di applicazione del principio di proporzionalità in ambito penale.* 5.10. *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione della pena.* 5.11. *Il ruolo svolto dal principio di proporzionalità nella tutela dei diritti dei detenuti.* 5.11.1. *Principio di proporzionalità e previsioni dell'ordinamento penitenziario.* 5.11.2. *L'applicazione del principio di proporzionalità nel vaglio della Magistratura di Sorveglianza.* PARTE IV: LA GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA. 5.12. *Legalità della pena e principio rieducativo. La necessaria flessibilizzazione della risposta sanzionatoria e la discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza.* 5.13. *Incidenza delle vicende esecutive sul giudizio di proporzione sanzionatoria?* 5.14. *La riforma Cartabia e le nuove pene sostitutive.*

PARTE I

NORME SCRITTE E REALTÀ DEL CARCERE

5.1. L'enorme distanza tra norma scritta e realtà del carcere

Come abbiamo potuto approfondire nel terzo capitolo del presente lavoro, la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 segna un cambio di rotta epocale nel modo di concepire la realtà carceraria ed il rapporto tra ristretti e Amministrazione penitenziaria. Si tratta, infatti, secondo la

dottrina più accreditata, dell'unica vera legge di attuazione del dettato costituzionale¹, in cui il detenuto, da mero soggetto passivo dell'agire discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria, diviene invece soggetto titolare di diritti. Per questa via egli acquista, o dovrebbe acquistare, un ruolo centrale e proattivo anche nel percorso rieducativo, nell'ottica della sua progressiva responsabilizzazione. Ad una prima lettura questa legge appare tutt'oggi da plaudere per la valorizzazione piena del principio rieducativo, ma in realtà essa non ha mai ricevuto una piena attuazione. Abbiamo già cercato di chiarire quali siano stati i motivi che ne hanno, in un primo momento, condizionato la reale portata, e che, ad eccezione della riforma attuata con l. n. 663/1986, c.d. legge Gozzini, hanno successivamente condotto, soprattutto con la svolta emergenziale degli anni '90, ad una sensibile inversione di rotta in direzione custodialistica².

Alla mancata traduzione in essere dei principi espressi in Costituzione e trasfusi nella legge del 1975, e dunque alla distanza drammatica che si registra tra principi affermati e realtà delle nostre carceri, contribuisce la stessa frustrazione dei diritti delle persone detenute che si riflette fatalmente non solo sulla formazione del loro libero consenso ad un cammino di rieducazione ma anche nella negazione delle condizioni minime perché l'offerta trattamentale possa essere efficacemente realizzata: se la pena viene eseguita in condizioni disumane, ciò compromette *ab origine* anche la possibilità di immaginare dei percorsi trattamentali. Come abbiamo infatti avuto modo di vedere, l'umanità della pena *in executivis* diventa condizione necessaria del percorso rieducativo, sia sul versante oggettivo delle condizioni minime necessarie per una sua realizzazione, sia sul versante soggettivo, nel costituire presupposto perché il condannato maturi un valido e libero consenso ad intraprendere un percorso trattamentale.

Il quadro finora tracciato, sempre avendo con riferimento i principi, non può dunque esimerci dal confrontarci in questa sede con quella che

¹ Parla dell'«unica vera grande riforma di attuazione costituzionale» F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, cit., 6.

² Cfr. cap. I, par. 1.4.2; cap. III, sez. I, par. 3.2, 3.5 ed in particolare, cap. IV, sez. I, par. 4.3.2, in particolare nt. 51.

è l'attuale realtà delle carceri italiane, tema questo rimasto finora sottraccia nel presente elaborato, ma che costituisce necessario punto di partenza per qualsiasi riflessione in una prospettiva *de iure condendo*.

Sono più che conosciute le condizioni oggettive che rendono pressoché impossibile la predisposizione di percorsi e iniziative trattamentali; tra queste, come abbiamo visto, assume un ruolo di primo piano il sovraffollamento che rappresenta tutt'oggi, nonostante le flessioni significative legate al *post* Torreggiani e, da ultimo, alla pandemia da Covid 19³, un dato patologico di rilievo del sistema carcere: al 30 settembre 2022, le persone presenti nelle nostre carceri risultano essere 55.835 a fronte di una capienza di soli 50.942 posti disponibili⁴. Questo dato è peraltro da qualche mese in crescita.

La piaga del sovraffollamento continua dunque a flagellare il nostro sistema carcere, accompagnandosi spesso a condizioni igienico-sanitarie drammatiche. Entrambi questi fattori, già da soli, si risolvono in un'afflittività ulteriore rispetto a quella che dovrebbe fisiologicamente connotare l'esecuzione della pena in carcere. Allo stesso modo, la pandemia ha fatto registrare un brusco cambiamento delle regole di vita all'interno degli istituti di pena. Seppur nell'ottica del contrasto alla diffusione del virus, questo si è tradotto in una rilevante contrazione dei diritti delle persone detenute⁵, cui è corrisposta una maggiore afflittività della pena che reclama evidentemente un adeguato ristoro⁶.

³ Al 31 dicembre 2015, grazie ai provvedimenti legislativi *post* Torreggiani, il numero di soggetti ristretti era pari a 52.434, a fronte di 49.640 posti disponibili. Il numero delle persone detenute è però tornato significativamente a crescere dall'inizio del 2016. Al 28 febbraio 2020, data in cui idealmente collochiamo l'inizio della pandemia, i detenuti ammontavano a 61.230.

⁴ Dalla Relazione al Parlamento di data 19 gennaio 2022 della Ministra Cartabia, la capienza utile risultava limitata a soli 47.418 posti realmente agibili.

⁵ Per un'esemplificazione relativa alla mancata attuazione del diritto alla territorialità della pena durante il periodo della pandemia, cfr. A. MENGHINI, *Il carcere ai tempi del coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della Magistratura di Sorveglianza e repliche "garantiste" del Governo*, cit., 823 ss.

⁶ Rammentiamo che, dopo la grave condanna dell'Italia nel caso Torreggiani, oltre alla predisposizione del nuovo rimedio compensativo di cui all'art. 35 *ter* o.p., su cui cfr. cap. III, sez. II, par. 3.15 ss., è stata disciplinata una forma di liberazione anticipata speciale con vigenza biennale (75 giorni di sconto in luogo degli ordinari 45 a semestre). La Conferenza Nazionale dei Garanti territoriali ha più volte pubblicamente avanzato la

A ciò si assomma la ormai patologica situazione di sofferenza di tutti i comparti dell'Amministrazione penitenziaria. Praticamente quasi tutti i Direttori si trovano ad operare "a scavalco" su più di un istituto ed il recente concorso, bandito ben 24 anni dopo il precedente, prevede un numero di posti ancora insufficiente a coprire il fabbisogno. La stessa Polizia penitenziaria risulta pesantemente sotto organico, con una ricaduta negativa non solo per quanto concerne l'esigenza di sicurezza all'interno degli istituti di pena ma anche con riferimento al contributo alla rieducazione che la stessa è chiamata a dare, così come previsto dall'art. 5 co. 2 della l. n. 395 del 15 dicembre 1990 (Ordinamento della Polizia penitenziaria). Infine, ad essere sotto organico in maniera drammatica, sono gli stessi educatori o, come oggi vengono definiti, operatori giuridico-pedagogici, che risultano essere solo 793⁷, un numero dunque largamente insufficiente a coprire quelle che sono le effettive esigenze di una popolazione penitenziaria in costante crescita. Anche in questo caso il recente concorso, che è giunto in questi giorni alla formazione della graduatoria, non è purtroppo neppure lontanamente sufficiente a coprire il reale fabbisogno. Tutto ciò si riflette inesorabilmente sul numero e la frequenza dei colloqui che gli educatori riescono ad assicurare al singolo detenuto, risolvendosi troppo spesso in un fisiologico rallentamento dei tempi nella predisposizione della sintesi e del relativo programma trattamentale che, a norma di legge, dovrebbero essere predisposti al più tardi nel termine di 6 mesi da che il detenuto sia divenuto definitivo.

Scarse appaiono anche le risorse investite sul versante del lavoro, all'interno e all'esterno del carcere (in esecuzione penale esterna), così come nelle misure alternative alla detenzione: il che rivela, a nostro modo di vedere, una certa miopia allorché si rifletta sul fatto che è proprio l'accesso al lavoro e alle misure alternative a garantire una flessione significativa della recidiva, con un evidente ritorno in termini di sicurezza sul territorio.

Il dato statistico relativo al lavoro, riportato nell'ampia relazione della Commissione Ruotolo, è preoccupante: solo il 33% della popolazione

richiesta di uno strumento analogo quantomeno per il periodo di pandemia in cui le condizioni detentive sono state particolarmente afflittive per le persone detenute.

⁷ Così la Relazione della Commissione Ruotolo, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2021.

detenuta appare impegnato in un'occupazione lavorativa in un certo momento dell'anno ed ogni detenuto lavora mediamente solo 85 giorni all'anno. Senza contare che il più delle volte, a parte alcune realtà virtuose (tra cui Bollate e Padova) e qualche progetto ben riuscito, i detenuti non svolgono mansioni professionalizzanti, un domani spendibili nel mondo del lavoro, ma sono impiegati nelle ordinarie mansioni alle dipendenze del DAP (scopino, spesino, porta-vitto etc.).

Altrettanto scarsi appaiono, in alcuni contesti territoriali, gli investimenti relativi all'accesso alle misure alternative sia sul versante delle risorse abitative che lavorative. Un adeguato investimento in questo settore permetterebbe invece di garantire parità di trattamento a chi, detenuto o "libero sospeso", pur meritevole di accesso alle misure alternative, risulti sprovvisto di collegamenti con il territorio, come accade molto spesso quando il detenuto sia straniero.

Ancora, uno dei problemi più significativi che si registrano attualmente nelle nostre carceri è quello della presenza di persone detenute affette da patologia psichiatrica primaria⁸, che evidentemente non dovrebbero eseguire la pena in un contesto, quale quello carcerario, che non può in alcun modo contribuire positivamente alle loro esigenze curative e riabilitative. È questo il tema particolarmente tecnico della grave infermità psichica sopravvenuta, esito paradossale di un percorso normativo di civiltà giuridica che ha portato alla chiusura degli OPG e all'apertura delle REMS. Oggi, infatti, a differenza di quanto accadeva precedentemente, chi è stato considerato capace di intendere e volere o semi-imputabile e si trovi affetto da una patologia psichiatrica grave non può trovare allocazione nelle REMS e può accedere solo alla detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47 *ter* co. 1 lett. c) o.p. e, dopo l'importante sentenza della Consulta n. 99/2019, anche alla detenzione c.d. in surroga di cui all'art. 47 *ter* co. 1 *ter* o.p.⁹. Manca invece, tutt'oggi, una forma

⁸ Non ci riferiamo dunque al più ampio e pur complesso tema del c.d. disagio psichico in carcere, cfr. E. MATTEVI, *Il disagio psichico in carcere: un'introduzione*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere: definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, 2020, 169 ss.

⁹ In argomento, cfr. E. MATTEVI, *Disagio psichico in carcere: le risposte del sistema penale tra cura e custodia, in attesa del legislatore*, in *Indice pen.*, 2020, 2, 359 ss.; A. MENGHINI, *Detenzione domiciliare "in surroga" e infermità psichica sopravvenuta*, in *Giur. it.*, 2019, 5, 1197 ss.; ID., *La grave infermità psichica sopravvenuta: la Consulta*

di affidamento terapeutico dedicato. Non a caso la sottocommissione Pellissero, nella più ampia riforma di sistema elaborata dalla Commissione Giostra, aveva proposto l'introduzione dell'affidamento terapeutico.

L'implementazione del ricorso alle misure alternative per questi condannati rimane ad oggi l'unica vera opzione, senza contare che ciò rappresenterebbe non solo una soluzione rispettosa della dignità e delle specifiche esigenze di chi, pur condannato, risulta malato, ma permetterebbe anche di limitare la necessità di gestire quotidianamente le continue emergenze che caratterizzano la vita all'interno degli istituti di pena¹⁰, con una maggiore concentrazione delle risorse sulla pianificazione di lungo periodo che sola può garantire buoni risultati in termini di offerta trattamentale.

Inoltre, ancora lunga appare tutt'oggi la strada della piena affermazione del principio di responsabilizzazione del detenuto, nonostante la mini-riforma del 2018 ne abbia riconosciuto la centralità. Si pone infatti quale sua pre-condizione il superamento di quella spersonalizzazione, e conseguente infantilizzazione della persona detenuta, che caratterizza l'esecuzione della pena in carcere. A questo riguardo, una circolare del DAP ha già da tempo imposto di abbandonare alcuni termini ormai invalsi in ambiente carcerario, tra cui tutti quelli che fanno ricorso a diminutivi, quali domandina, spesino, scopino etc.¹¹. È questo certamente un primo passo avanti, anche se, a nostro modo di vedere, più simbolico che effettivo, anche perché bisogna rilevare che poco o nulla è cambiato: se forse gli operatori hanno iniziato ad attenersi alle prescrizioni della circolare, la popolazione detenuta continua a fare riferimento ai termini di lunga tradizione. Del resto, anche la terminologia fa parte di quella che è stata definita a ragione subcultura carceraria¹².

supplisce all'inerzia del legislatore, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere: definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, cit., 191 ss.

¹⁰ Ci riferiamo ai c.d. eventi critici – sia che essi riguardino atti di autolesionismo, sia che invece siano eterodiretti – di cui un numero rilevante è originato dalle persone affette da patologie psichiatriche primarie.

¹¹ Cfr. Circolare DAP, 30 marzo 2017, n. 0112426, in *www.ristretti.it*.

¹² Come abbiamo già avuto modo di chiarire, se di termini si vuole discutere, allora risulta a nostro modo di vedere necessario sostituire, all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario e del relativo regolamento, il termine "trattamento", che

A nostro modo di vedere, modelli di progressivo allentamento della sicurezza interna agli istituti di pena e di progressivo riconoscimento di spazi di libertà sempre più ampi possono certamente contribuire alla responsabilizzazione del reo. È questa la via imboccata con la c.d. sorveglianza dinamica, allorché della stessa sia data un'interpretazione in senso ampio¹³, e più recentemente con la circolare sulla Media sicurezza adottata nel luglio 2022¹⁴.

Non possiamo infine non sottolineare come anche la puntuale deroga agli artt. 59 ss., che comporta l'allocazione di un numero considerevole di persone detenute con pena superiore ai 5 anni all'interno delle case circondariali (e viceversa, anche se molto meno frequentemente), contribuisca a rendere difficile l'organizzazione delle attività trattamentali. Allo stesso modo, la compresenza di sezioni ordinarie e cc.dd. protette all'interno di alcune case circondariali, pensate originariamente per detenuti comuni, implica la difficile organizzazione delle attività trattamentali che devono essere necessariamente svolte in orari diversi per evitare l'incontro dei detenuti ubicati nelle diverse sezioni, con chiara dispersione delle già scarse risorse e una quasi sempre drammatica contrazione delle offerte trattamentali destinate ai detenuti protetti. Ancora, come abbiamo già approfondito, è la stessa disciplina adottata nei circuiti relativi ai detenuti destinatari del provvedimento di "carcere duro", di Alta Sicurezza e di Media sicurezza a custodia chiusa, frutto di circolari e di regolamenti interni anche molto diversi tra loro, a pregiudicare sensibilmente l'attività rieducativa, che seppure risulta irrinunciabile anche

inevitabilmente evoca qualcosa di "calato dall'alto", di imposto, quando invece, come chiarito, il consenso della persona detenuta è l'unica garanzia della buona riuscita di un percorso rieducativo. Cfr. recentemente, in argomento, F. VIANELLO, *Sociologia del carcere*, Roma, seconda ed., 2019, in particolare cap. 3.

¹³ Cfr., cap. IV, sez. I, par. 4.5.1. Come chiarito nel quarto capitolo, invece, in alcuni istituti il concetto di sorveglianza dinamica si è tradotto semplicemente nel fatto di lasciare le celle aperte un certo numero di ore al giorno permettendo la deambulazione all'interno della sezione. È questa una soluzione, adottata dopo il 23 maggio 2014 pressoché in tutti gli istituti di pena di Media sicurezza, quale parziale soluzione alla questione del c.d. spazio minimo vitale da riconoscere al singolo detenuto.

¹⁴ Circolare che, sebbene animata dall'idea del graduale accesso a livelli di libertà crescente, non si sottrae a una serie di critiche, per le quali si rinvia al cap. IV, sez. I, par. 4.5.1.1.

nei confronti dei detenuti più pericolosi, come ha affermato a più riprese la Corte costituzionale, nei fatti è praticamente inesistente¹⁵.

La “ricetta” affinché la “chimera della rieducazione” in carcere, principio tanto vituperato da essere regredito nella migliore delle ipotesi a mero ideale cui non smettere di tendere, ma che è invece principio irrinunciabile¹⁶, appare tanto scontata quanto difficile da realizzare: meno detenuti e più risorse. Di tutta evidenza, infatti, come diventi sostanzialmente impossibile immaginare un percorso rieducativo interno alle strutture di pena fintanto che il numero dei detenuti presenti si manterrà così sproporzionato rispetto alle reali forze in campo.

E, se è pur vero che il carcere appare allo stato ancora una pena irrinunciabile, soprattutto laddove si tratti di condannati per reati gravi, suscita scandalo il fatto che solo una minima, infinitesima parte delle risorse stanziata per il costo di mantenimento dei detenuti sia destinata al trattamento rieducativo¹⁷. Bisognerebbe ripartire dall’unico dato di fatto rilevante, ossia dalla composizione della popolazione detenuta, per declinare percorsi rieducativi funzionali alle esigenze specifiche, e, più a monte, riflettere sull’opportunità di una politica criminale che ha fatto del carcere quella che è stata definita una “discarica sociale”, dove trovano spazio, oltre ai condannati per reati di media o rilevante gravità, anche persone marginalizzate dalla società, per cui un’alternativa al carcere non è neppure pensabile vista l’assenza di contatti con il territorio,

¹⁵ Cfr. cap. IV, sez. I, in particolare parr. 4.5.1 e 4.5.2 e l’intera sezione II.

¹⁶ Così E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un’irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 dicembre 2011. Riconosce lo straordinario ruolo storico svolto nel tempo dal principio rieducativo quale «argine alla naturale tendenza all’imbarbarimento del sistema sanzionatorio e specialmente carcerario», F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all’interno dell’ordinamento giuridico italiano*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 423.

¹⁷ Cfr. la presentazione del libro di F. GIORDANO, C. SALVATO, E. SANGIOVANNI, *Il carcere. Aspetti istituzionali e organizzativi*, Milano, 2021, in www.youtube.com, in cui si rileva che della cifra diaria prevista per ogni detenuto, pari a 154 euro, solo 35 centesimi sarebbero destinati all’opera rieducativa. Riporta il medesimo dato anche P. BUFFA, *Il confiteor penitenziario. Le opacità e le sconsiderate scelte che facilitano la violenza in carcere – 2/3. Tra populismo giustizialista e corporativismo operante*, in *Dir. pen. uomo*, 2022, 2, 23.

e, come ricordavamo, anche persone affette da patologie psichiatriche primarie.

Ciò detto, al di là di quelle che possono essere le diverse posizioni sul tema, si dovrebbe condividere la necessità di investire sul carcere, non foss'altro per una questione di semplice opportunità economica: se infatti è noto che la spesa giornaliera per un singolo detenuto ammonta, a seconda delle stime proposte, ad una cifra variabile tra i 150 e i 250 euro, ed è altrettanto noto che l'accesso al lavoro, sia all'interno che all'esterno delle carceri, così come l'accesso alle misure alternative alla detenzione, portano la recidiva a scendere dall'ordinario 80% al 19% circa, tenuto conto che ogni punto percentuale di recidiva corrisponde a qualche milione di euro, l'investimento sul lavoro in carcere, così come sulle opportunità abitative e lavorative esterne, dovrebbe essere all'ordine del giorno di ogni buon Governo¹⁸. E ciò non solo nell'ottica di un risparmio considerevole di spesa, che non è mai da disdegnare, ma anche della ricaduta immediata sulla popolazione tutta in termini di sicurezza sociale. A meno delle eccezioni di legge, peraltro attualmente *sub iudice*¹⁹, la pena è infatti fisiologicamente a termine. La stessa finalità rieducativa lo postula espressamente: il condannato è dunque destinato a fare ritorno in società. È quindi fondamentale che la società se ne "faccia carico". Qualsiasi discorso di segno diverso, teso a difendere un'idea di pena immutabile e identificabile con il solo carcere, è miope e privo di reale prospettiva: guarda all'oggi ma non al domani. Di più, nell'ottica del lungo periodo, questo approccio non guarda agli interessi della società.

5.2. *La necessità di una riforma di sistema e la proposta della Commissione Ruotolo*

Uno degli attuali paradossi del sistema sanzionatorio del nostro Paese è che, a fronte di un rilevante problema di ineffettività della risposta sanzionatoria per la fascia di criminalità medio-bassa, cui corrisponde un chiaro *vulnus* di tenuta del sistema da un punto di vista general-preven-

¹⁸ Così lo studio di F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penit. crim.*, Roma, 2007, 2.

¹⁹ Cfr. cap. II, par. 2.5.2.

tivo²⁰, le carceri, come abbiamo visto, sono invece caratterizzate da una costante situazione di sovraffollamento.

Non è un caso che negli ultimi anni si sia avvertita la necessità di concentrare le forze, in un'ottica di riforma, sia sul versante delle risposte sanzionatorie, per cercare finalmente di uscire da quella rigida alternativa tra una pena pecuniaria ineffettiva e il carcere²¹, sia sul versante dell'esecuzione penale²².

Per quanto riguarda l'ordinamento penitenziario, nell'ottica di una riforma di sistema, in quest'ultima direzione si sono dapprima orientati gli Stati Generali dell'esecuzione penale, poi la c.d. legge delega Orlando, cui è seguita la nomina della Commissione Giostra nelle sue diverse articolazioni, ed infine, più recentemente, la Commissione Ruotolo.

L'esperienza degli Stati Generali è certamente da salutare con favore: per la prima volta più di 200 esperti delle più diverse estrazioni (docenti universitari, magistrati, dipendenti del DAP, garanti, medici, psichiatri, psicologi, etc.), raggruppati attorno a 18 Tavoli, ognuno dedicato ad uno specifico aspetto problematico dell'esecuzione penale, si sono confrontati con il fine di individuare proposte concrete in chiave di riforma. Il lavoro degli Stati Generali ha così visto concretizzarsi molte delle sue proposte nella legge delega Orlando, n. 103/2017. L'articolato, reso pubblico a gennaio 2018 dalla Commissione Giostra, fornisce un punto di arrivo prezioso in termini di proposte di riforma di respiro generale e sistematico, anche se questioni di opportunità politica hanno portato a non inserire nello schema di decreto alcuni dei temi affrontati in sotto-commissione per non precludere la possibilità di un'approvazione del te-

²⁰ Cfr. in argomento, G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 160 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 419 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, 414 ss.

²¹ Salvo quanto previsto dal sottosistema del giudice di pace in materia penale (d.lgs. n. 274/2000) che prevede tra le sanzioni principali ivi applicabili, oltre alla pena pecuniaria, la permanenza domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità.

²² Cfr., da ultimo, la prima Commissione Palazzo, nominata nel 2013, con il mandato di formulare una proposta di riforma del solo sistema sanzionatorio penale; la Commissione Palazzo dell'anno successivo che ha lavorato sulla legge delega n. 67/2014 e, da ultimo, la proposta formulata dalla riforma Cartabia, seppur limitatamente alle sanzioni sostitutive, su cui *infra*, par. 5.15.

sto alle Camere²³. È quanto ad esempio accaduto all'articolata proposta della sottocommissione Pelissero in tema di misure di sicurezza.

Purtroppo, come noto, poco o nulla di questa valida proposta di riforma è confluito nei dd.lgs. n. 121, 123 e 124 del 2018, attuati dal neo formato Governo²⁴. Ciò non ha mancato di suscitare forte delusione tra i commentatori²⁵: la riforma del 2018 si è infatti limitata a fare proprie, non senza apportare qualche correzione di dubbia opportunità, le proposte della Commissione Giostra afferenti alla c.d. vita detentiva, ed in particolare quelle in materia di lavoro e sanità carceraria, e le modifiche di più ampio respiro afferenti ai principi generali, tra cui si segnalano, in particolare, le modifiche apportate agli artt. 1 e 13 o.p.

La Commissione Ruotolo, nominata dalla Ministra Cartabia nel 2021, si è dunque trovata a lavorare avendo come “punto di riferimento” il ponderoso lavoro svolto dalla Commissione Giostra che rispetto a qualche specifica questione è stato ripreso fedelmente. Così è avvenuto per la grave infermità psichica sopravvenuta, rispetto alla quale è stata riproposta, sostanzialmente invariata, la nuova forma di affidamento terapeutico già prevista nei lavori della sottocommissione Pelissero (nuovo art. 47 *septies* o.p.). Bisogna però precisare che la proposta della Commissione Ruotolo non ha l'ambizione di una riforma di sistema: il mandato era quello di mettere a punto «soluzioni concrete per migliorare la qualità della vita all'interno delle strutture di pena, nell'ottica di una responsabilizzazione del detenuto che sappia guardare al futuro». Ancora una volta, quindi, un perimetro particolarmente definito. La Commissione ha reso pubblico già nel dicembre 2021 un articolato di modifica del regolamento di esecuzione n. 230/2000 – che necessita di essere riallineato con alcune fondamentali sentenze della Corte costituzionale frattanto intervenute in materia,

²³ Si rammenta che, in attuazione dell'art. 1 co. 82, 83 e 85, lo schema di decreto era stato suddiviso in sei capi: assistenza sanitaria in ambito penitenziario, semplificazione dei procedimenti, eliminazione di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario, misure alternative, volontariato e vita penitenziaria. Lo schema di decreto e la relativa relazione è pubblicata in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 9 febbraio 2018.

²⁴ Cfr. i decreti legislativi, 2 ottobre, n. 121, 123 e 124, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 novembre 2018.

²⁵ Cfr. M. BORTOLATO, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in www.questionegiustizia.it, 9 novembre 2018; L. CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen. web*, 2018, 12.

nonché con la riforma del 2018 che aveva interessato la sola legge sull'ordinamento penitenziario – della legge sull'ordinamento penitenziario e di alcune disposizioni del codice penale e del codice di rito.

Alcune delle proposte sono già state oggetto di commento nei capitoli precedenti²⁶. Ci limitiamo pertanto a richiamare in questa sede, tra le numerose proposte di riforma²⁷, quelle foriere di avere una più diretta incidenza sul trattamento rieducativo: a) si propone a questo riguardo la partecipazione di funzionari di servizio sociale ma anche del volontariato *ex artt. 17 e 78 o.p. nel GOT (art. 29 reg. esec. nuovo comma 2)*; b) viene previsto un termine di 3 mesi, in luogo degli ordinari 6, per la formulazione del programma di trattamento, se la pena residua è pari ad un massimo di 2 anni (proposta di modifica dell'art. 27 co. 2 reg. esec.); c) si prevede, nell'ottica di maggior trasparenza e responsabilizzazione del detenuto, «salvo che non vi siano particolari esigenze di sicurezza che lo impediscano», la comunicazione al detenuto del programma trattamentale.

Rilevanti sono anche le proposte in materia di lavoro: a) viene proposta l'eliminazione dell'automatismo per cui il lavoro alle dipendenze del DAP debba sempre scontare una decurtazione di un terzo della mercede rispetto ai contratti collettivi; b) si propone la creazione delle Unità regionali per il lavoro penitenziario, cui assegnare un ruolo strategico nel processo di reinserimento lavorativo (cfr. nuovo art. 25 *bis* o.p.) al fine di realizzare una programmazione integrata per l'inclusione sociale, il lavoro e la formazione professionale delle persone in esecuzione penale; c) si propone di valorizzare il ruolo di Cassa Ammende.

In maniera particolarmente innovativa, poi, la Commissione si è rivolta espressamente al DAP, indicando una serie di possibili interventi di natura amministrativa da tradursi in altrettante possibili circolari. Tra queste, si segnalano: quella che prevede di implementare l'organico degli operatori giuridico pedagogici, quella sul ridisegno complessivo degli istituti nell'ottica di una valorizzazione delle esperienze di eccellenza

²⁶ È il caso, ad esempio, della proposta di riforma relativa alla previsione sullo spazio minimo vitale, di quella relativa alle sezioni 32 reg. esec., di quella relativa alla previsione espressa della possibilità di reclamo avverso il provvedimento di diniego o revoca del lavoro all'esterno.

²⁷ Il testo della Relazione della Commissione Ruotolo, comprensiva dell'articolato, e la scheda riassuntiva sono pubblicate in www.sistemapenale.it, 11 gennaio 2022, cui si rinvia.

presenti, quella tesa a superare la prassi inveterata dei trasferimenti disciplinari, quella relativa alla valorizzazione dell'offerta trattamentale nelle sezioni protette, quella relativa alla necessità di definire in maniera più stringente i limiti ed i mezzi nelle ipotesi in cui è previsto l'utilizzo della forza (art. 41 o.p.)²⁸ e quella relativa alla disciplina delle modalità delle perquisizioni.

Infine, la Commissione ha individuato 8 linee generali per la formazione del personale alle dipendenze del DAP. Quello della formazione, *in primis* della Polizia penitenziaria, è infatti un tema nevralgico, tornato prepotentemente alla ribalta all'indomani della pubblicizzazione dei gravissimi fatti di Santa Maria Capua Vetere.

A differenza della Riforma Cartabia, che è stata recentemente approvata, a tutt'oggi poco si è mosso in ambito penitenziario. Solo alcune delle proposte sul versante amministrativo sono state attuate. Ci riferiamo all'adozione di alcune circolari: a) in materia di circuiti ed in particolare sull'Alta e Media Sicurezza, già oggetto di analisi nel quarto capitolo; b) in tema di prevenzione suicidi, ove si richiamano correttamente tutti gli operatori a fare "rete", nel tentativo di individuare e gestire il rischio di atti autolesionistici e financo suicidari; c) in materia di colloqui, con cui si sono stabilizzate le chiamate *WhatsApp*, adottate durante il periodo della pandemia quali strumenti alternativi dei colloqui in presenza²⁹.

La difficoltà con cui anche quelle che appaiono riforme di mero buon senso e di civiltà giuridica stentano ad affermarsi rende manifesto, ancora una volta, come il carcere rappresenti non solo un tema complesso e divisivo sul piano politico e sociale, ma risulti anche caratterizzato da un grave immobilismo interno.

²⁸ I commi 1 e 3 dell'art. 41 o.p. così dispongono: «1. Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti. [...] 3. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario».

²⁹ Cfr. Circ. DAP, 26 settembre 2022, n. 3696/6146, in materia di colloqui *WhatsApp*; 8 agosto 2022; n. 3695/6145, tutte in www.giustizia.it. Per le circolari sui circuiti, si rinvia al cap. IV., sez. I, in particolare parr. 4.5.1, 4.5.1.1 e 4.5.2.

PARTE II

GARANZIE COSTITUZIONALI
ED ESECUZIONE DELLA PENA5.3. *Umanità della pena e rieducazione*

Nel terzo capitolo, cui non possiamo che rinviare per gli opportuni approfondimenti, ci siamo soffermati a sottolineare il collegamento necessario tra il carattere di umanità della pena – da intendersi comprensivo del necessario riconoscimento, anche per le persone detenute, della dignità intesa in senso statico, quale nocciolo duro di diritti che non possono in alcun modo essere negati neppure a chi abbia commesso il più grave tra i reati – ed il principio rieducativo.

Abbiamo anche approfondito in dettaglio come, grazie alla legge sull'ordinamento penitenziario e al contributo significativo della Corte costituzionale, all'affermazione della titolarità di diritti in capo ai detenuti si sia affiancata nel tempo anche una loro tutela di carattere giurisdizionale. La particolare situazione di privazione della libertà personale, in cui si trovano le persone in esecuzione di pena in carcere, fa però sì che questi stessi diritti possano dover soffrire alcune compressioni: essi, ad eccezione di quelli "intangibili"³⁰, debbono cioè essere posti in bilanciamento con le contrapposte esigenze connesse all'esecuzione della pena in carcere che si identificano, oltre alle generali esigenze di custodia, nelle esigenze di ordine e disciplina (*rectius* sicurezza), da un lato, e nelle esigenze di trattamento, dall'altro, salvo il limite invalicabile del nucleo ineliminabile dei diritti fondamentali. Anche per le persone detenute per cui la compressione di certi diritti è diciamo così "fisiologica", visto il contesto privativo della libertà in cui si trovano, vale comunque quanto previsto per i cittadini liberi allorché si tratti di porre in bilanciamento interessi contrapposti:

Il singolo diritto [...] potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti [...] fino al punto di estrema tensione che

³⁰ Cfr. cap. III, sez. I, nt. 81.

non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere³¹.

Più avanti in questo ultimo capitolo ci concentreremo sul bilanciamento di interessi allorché a venire in oggetto siano in particolare le esigenze di sicurezza (il riferimento corre a tutti gli atti dell'Amministrazione penitenziaria incidenti sulle modalità esecutive della pena e dunque sul trattamento penitenziario *lato sensu* inteso che comportino un sacrificio dei diritti dei detenuti); qui intendiamo invece portare l'attenzione sulle esigenze di trattamento rieducativo per interrogarci sull'astratta possibilità che la loro realizzazione possa comportare una limitazione dei diritti delle persone detenute.

Come già approfondito, parte della dottrina ha proposto una lettura del programma di trattamento di cui all'art. 13 o.p. quale «imposizione di modalità comportamentali per ragioni di governo disciplinare del carcere stesso», identificandolo nell'«insieme delle occasioni entro cui il sistema dei premi e dei castighi può concretamente operare»³². Ragionando in maniera siffatta, risulta consequenziale sostenere che la contrazione dei diritti risulti funzionale alla realizzazione del trattamento rieducativo. Breve il passo che, per questa via, porta a teorizzare l'incompatibilità tra valorizzazione dei diritti e trattamento rieducativo³³.

³¹ Così F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 101. Rammentiamo che alla ricerca di quel contenuto minimo dei diritti fondamentali dei detenuti che non può essere sacrificato, la Consulta ha ritenuto applicabile, anche al "carcere duro", il contenuto dell'art. 14 *quater* o.p. che, con riferimento specifico al regime di sorveglianza particolare, definisce in negativo i diritti che non possono essere compromessi dall'applicazione del citato regime. Così C. cost. n. 376/1997, cit.

³² Così M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 109.

³³ Cfr. cap. III, sez. I, par. 3.1. Peraltro se, come abbiamo cercato di spiegare nel quarto capitolo, il mantenimento della sicurezza fosse davvero funzionale alla migliore realizzazione del trattamento rieducativo, dalla possibile limitazione ai diritti dei detenuti funzionale ad esigenze di sicurezza strumentali al trattamento sembrerebbe in effetti potersi inferire un'antinomia tra l'affermazione e la tutela dei diritti dei detenuti, da un lato, e la stessa finalità rieducativa, dall'altro. Abbiamo peraltro messo in evidenza come la funzionalizzazione della sicurezza alle esigenze di trattamento risulti più teorica che pratica tutte le volte che essa si risolve in una limitazione dei diritti dei detenuti. Sul punto, cfr. il cap. IV, in particolare sez. II, par. 4.6.

La tesi non ci sembra condivisibile nella misura in cui si riconosca l'inscindibile implicazione reciproca tra divieto di pene consistenti in trattamenti disumani e ideale rieducativo: solo l'adeguato riconoscimento e la tutela dei diritti soggettivi, pre-dati rispetto alla loro ulteriore funzionalizzazione al trattamento rieducativo, crea le condizioni oggettive di contesto e soggettive, legate alla maturazione di un valido e libero consenso in capo al condannato, per la possibile realizzazione di un fruttuoso percorso rieducativo. La stessa dignità riconosciuta al detenuto esclude dunque che vi possano essere trattamenti rieducativi imposti al condannato senza il suo consenso³⁴.

Inoltre, come chiarito, lo stesso ideale rieducativo viene ad integrare, in fase esecutiva, a nostro modo di vedere, un vero e proprio diritto per il detenuto, che in ambito intra murario si realizza solo per il tramite dell'affermazione di ulteriori e diversi diritti. La sua sussistenza è stata affermata, come abbiamo visto, in tempi assai risalenti dalla stessa Consulta, che lo ha ricostruito come il diritto ad essere rivalutato nel tempo con l'intento di apprezzare l'evoluzione personologica ai fini dell'accesso alle misure alternative³⁵, comprensivo dunque di un diritto ad un percorso individualizzato e quindi di un diritto all'osservazione. A questo riguardo ci siamo riferiti al diritto alla rieducazione come ad un "caleidoscopio di altri diritti", per sottolineare come lo stesso non solo si fondi sui principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 24, 25 e 97 Cost., ma si irradi e si attualizzi attraverso l'affermazione di altri diritti, tra cui alcuni di quelli previsti e disciplinati nella stessa legge sull'ordinamento penitenziario e nel relativo regolamento esecutivo, come il diritto al lavoro, all'istruzione, a mantenere i rapporti con la famiglia. A questo riguardo abbiamo sottolineato come si assista in effetti ad una sorta di "contaminazione" nel senso che molti dei diritti riconosciuti *uti cives* ai detenuti integrano essi stessi altrettanti elementi del trattamento rieducativo (cfr. art. 15 o.p.).

³⁴ Sembra andare in senso opposto la previsione di cui al combinato disposto degli artt. 13 *bis* e 4 *bis* co. 1 *quinquies* o.p., laddove per i condannati per determinati reati contro la libertà sessuale, commessi in danno di minorenni, impone un determinato trattamento terapeutico, considerandolo condizione necessaria per l'accesso alle misure alternative, di fatto indirettamente imponendo il trattamento ove il condannato voglia ambire ad eseguire una quota parte della pena fuori dal carcere.

³⁵ Cfr. C. cost. n. 204/1974, cit. Cfr. cap. III, sez. I, par. 3.5.1.

È dunque il riconoscimento della rieducazione come vero e proprio diritto a permettere di «scardinare una prospettiva teorica che riduca a “funzione” del percorso trattamentale la limitazione dei diritti del detenuto»³⁶.

Molto più delicato il quesito circa la sussistenza in capo al condannato di un vero e proprio diritto al trattamento, quale diritto a ricevere le singole prestazioni di cui l'offerta trattamentale si compone³⁷. A questo riguardo si è sempre sostenuto che la tecnicità stessa del trattamento, consistente in una serie di contributi professionalmente qualificati, variamente articolati sulla base delle esigenze del singolo e quindi individualizzati, potesse rendere difficoltoso sia il pieno ossequio del canone della determinatezza³⁸, sia la stessa definizione di un diritto al trattamento inteso in questo senso³⁹. A nostro modo di vedere, il diritto alla rieducazione che, come abbiamo visto approfondendo la tematica dei regimi e dei circuiti, può essere oggetto di una rilevante contrazione, in quanto diritto, dovrebbe poter godere del diretto presidio della tutela giurisdizionale apprestata dalla Magistratura di Sorveglianza. La stessa Corte costituzionale ha peraltro affermato, in tempi risalenti, che neppure con riferimento al “carcere duro” il diritto alla rieducazione possa essere sacrificato, prevedendo espressamente che l'applicazione del regime non possa comportare né la soppressione né la sospensione dell'osservazione funzionale alla predisposizione del programma rieducativo, né la preclusione della partecipazione alle diverse attività trattamentali⁴⁰. Non

³⁶ Così A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 38.

³⁷ Cfr., in argomento, A. MARTUFI, *op. ult. cit.*, 132, nt. 289, per il quale il più grosso problema sembra essere la «strutturale assenza di mezzi idonei a realizzare l'esecuzione di una pena costituzionalmente orientata». In argomento, cfr. anche G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, cit., in particolare 285 ss.; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., 182 ss. Tra i molteplici contributi dell'Autore in argomento, cfr. E. DOLCINI, *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, cit., 469 ss., e, più recentemente, ID., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, cit., 1667 ss.

³⁸ Così F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 279-280.

³⁹ Cfr., in argomento, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 38-39; 49-50.

⁴⁰ Così C. cost. n. 376/1997, cit., secondo cui le attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 o.p., così come la partecipazione del detenuto

possiamo infatti dimenticare che, pur essendo stata revocata in dubbio la possibilità di riconoscere un diritto al trattamento da intendersi quale diritto ad un'offerta trattamentale complessivamente intesa, lo stesso trattamento rieducativo, come già chiarito, si compone di diritti azionabili, integranti essi stessi gli elementi del trattamento *ex art. 15 o.p.* (lavoro, istruzione etc.) che possono godere oggi della tutela giurisdizionale apportata dall'art. 35 *bis o.p.*⁴¹.

5.4. *Dignità in senso statico e dignità in senso dinamico*

Finora abbiamo parlato di dignità in senso statico, quale nocciolo duro di diritti inconculcabili⁴², ma, come chiarito nel terzo capitolo, esiste anche una diversa forma di dignità che Cicerone identificava in un concetto prossimo a quello di “onorabilità”, un concetto dunque certamente di carattere relazionale.

Peraltro, la più attenta dottrina ha già sottolineato da tempo come la duplice lettura della dignità sia riscontrabile anche nelle pieghe del nostro testo costituzionale. Se la dignità in senso statico affonda le sue radici nel principio personalistico e in quello di pari dignità sociale, con riferimento alla dignità in senso dinamico, a venire in oggetto è proprio quest'ultimo principio laddove esso obbliga lo Stato ad intervenire per

ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità (art. 27 o.p.), dovranno essere organizzate con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare.

⁴¹ Nel caso, ad esempio, in cui un condannato lamenti il mancato inserimento lavorativo, il Magistrato di Sorveglianza potrà imporre alla Commissione di cui all'art. 20 o.p di riunirsi al fine di predisporre un'idonea graduatoria, così come potrà imporre all'Amministrazione penitenziaria l'inserimento lavorativo allorché si renda evidente che la medesima graduatoria, ove già predisposta, per qualche ragione, non sia stata ossequiata. È un dato di fatto, infatti, che le modifiche normative introdotte in materia di lavoro dalla Riforma del 2018, che ha rideterminato la composizione delle cc.dd. Commissioni lavoro *ex art. 20 o.p.*, riconoscendo loro il potere di definire i criteri per l'inserimento nelle liste – generica e professionale – per l'accesso al lavoro, ha trovato una scarsissima, se non nulla, applicazione.

⁴² Cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 9 ss.; L. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, 111.

«rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»⁴³. Nella sua accezione dinamica, la dignità sarebbe dunque un concetto relazionale e non a caso la si è definita dignità sociale⁴⁴.

Declinate con riferimento all'ambito specifico del nostro studio, la dignità in senso statico, rispetto all'orizzonte preventivo, non potrebbe postulare una finalità della pena diversa da quella rieducativa, in quanto essa sola è in grado di scongiurare una strumentalizzazione dell'individuo⁴⁵, mentre la dignità in senso dinamico rappresenterebbe il punto di approdo del percorso rieducativo e il fondamento stesso del riconoscimento del diritto alla rieducazione⁴⁶. Si è conseguentemente e condivisibilmente affermato che l'obiettivo della rieducazione diventerebbe dunque la riacquisizione della dignità intesa in senso dinamico «da ripristinarsi orientando gli atteggiamenti affettivi e relazionali del detenuto verso la riscoperta dell'altrui dignità sociale»⁴⁷.

⁴³ La stessa giurisprudenza costituzionale ha sviluppato le due diverse accezioni del concetto di dignità al fine di definire la soglia minima di tutela dei diritti delle persone detenute. Cfr. in argomento: M. RUOTOLO, *Carcere e rispetto della dignità della persona*, cit., 227 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 65.

⁴⁴ Cfr. M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, 1, 85, in cui si afferma: «Mentre, infatti, l'uguaglianza di stampo ottocentesco ha come suo 'naturale' referente una nozione astratta e atomistica di individuo, la pari dignità sociale ha un'intrinseca – quasi lessicale – connotazione sostanziale e relazionale».

⁴⁵ Si era peraltro già sottolineato che «è la stessa dignità della persona, postulando il principio personalistico, ad esigere che la funzione della pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa». Così G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190.

⁴⁶ Così G.M. FLICK, *op. ult. cit.*, 187 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 66; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 289, il quale afferma, riferendosi alla dignità in senso statico e dinamico, che «la prima attiene alle condizioni c.d. di base della vita carceraria, mentre la seconda riguarda la promozione della condizione umana per mezzo di un trattamento che debba avere finalità rieducativa e che obbliga, dunque, l'Amministrazione penitenziaria ad erogare una serie di prestazioni rivolte individualmente a ciascun detenuto».

⁴⁷ Cfr., ancora, G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 191: «l'art. 2 della Costituzione è il termometro della dignità, la cui *restitutio in integrum*, anche nella coazione del carcere, è garantita dalla rieducazione. Il sintomo più

Riflettendo sulla duplice accezione di dignità, avevamo ritenuto che la sua dimensione dinamica si prestasse particolarmente bene ad operare con riferimento al paradigma della giustizia riparativa apprezzata in fase esecutiva: proprio lo schema orizzontale della giustizia riparativa fornisce, a nostro modo di vedere, il contesto in cui tale percorso può svilupparsi, proprio in quanto il piano relazionale è già garantito dal confronto dialogico con la vittima, che, in quanto tale, deve essere il primo soggetto di cui il reo deve riconoscere la dignità⁴⁸.

La percezione del disvalore penale del fatto e il riconoscimento del valore sotteso alla norma violata che, come sappiamo, rappresentano il cuore della finalità rieducativa, in questa diversa prospettiva non possono che rappresentare il punto di partenza nel percorso di giustizia riparativa in cui la rieducazione acquista un significato più ampio e diverso⁴⁹. Inoltre, i percorsi di giustizia riparativa applicati in fase esecutiva possono certamente contribuire a promuovere il superamento dell'ottica di esclusione, di marginalizzazione, di segregazione, concorrendo al riconoscimento del condannato quale essere relazionale, e favorendo in ultima istanza anche il superamento dello stigma che da sempre accompagna il detenuto al suo reingresso in società. Si tratta, come è facile intuire, di aspetti fondamentali e tutti connessi tra loro. Bisogna dunque superare le resistenze che spesso hanno accompagnato la proposta di un'estensione del paradigma della giustizia riparativa anche alla fase esecutiva, fondate sulla considerazione che il consenso del condannato, lungi dall'essere libero e disinteressato, sarebbe invece guidato da intenti opportunistici. Il fatto che un buon percorso di giustizia riparativa possa essere adeguatamente valutato dalla Magistratura di Sorveglianza in fun-

evidente di tale processo è il riconoscimento, da parte del detenuto, dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale: cioè, il riconoscimento dell'altrui dignità»; più recentemente, conforme A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 121 ss.

⁴⁸ Cfr. A. MENGHINI, *Giustizia riparativa ed esecuzione. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia Riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*, Napoli, 2019, 211 ss. Sul tema della giustizia riparativa, cfr. il fondamentale lavoro di E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, *passim*.

⁴⁹ Cfr. in argomento G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 7, 851 ss.; A. MENGHINI, *Giustizia riparativa ed esecuzione della pena. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva*, cit., 225-226.

zione dell'accesso ai benefici è consustanziale ad un sistema rieducativo tutto proteso alla valorizzazione dei comportamenti espressivi di una revisione critica (basti pensare all'istituto della liberazione anticipata). Ci si dovrebbe invece preoccupare di fornire a tutti i condannati eguali possibilità di accesso ai percorsi di giustizia riparativa, anche attraverso la previsione di percorsi con vittime aspecifiche, in quanto sarà fisiologico che un buon numero di vittime non prestino il proprio consenso al percorso.

A questo riguardo, dunque, non possiamo che salutare con favore il rilevante investimento operato dalla Riforma Cartabia che ha dedicato molto spazio alla disciplina della giustizia riparativa da apprezzarsi anche in fase esecutiva, dove peraltro dimostra una più lata potenziale applicazione, potendo essere impiegata quale strumento generale da inserire nel percorso rieducativo. La riforma prevede infatti che al programma di giustizia riparativa si possa accedere in qualsiasi stato e grado del procedimento ed in particolare «nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza, dopo l'esecuzione delle stesse...»⁵⁰.

5.5. La duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.

Insieme ai fondamentali principi cristallizzati all'art. 27 co. 3 Cost., la duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.

⁵⁰ Cfr. in particolare la puntualizzazione inserita all'art. 13 o.p. secondo cui deve essere favorito il ricorso a programmi di giustizia riparativa e il neo introdotto art. 15 *bis* o.p., in cui si precisa che la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo possano essere valutati dalla Magistratura di Sorveglianza al fine della concessione dei premessi premio, del lavoro all'esterno, delle misure alternative e della liberazione condizionale, precisandosi anche che non debbano essere tenuti in considerazione la mancata effettuazione, l'interruzione del programma o il mancato raggiungimento dell'esito riparativo. Cfr. infine la modifica apportata al comma 12 dell'art. 47 o.p. in cui si precisa che, ai fini della declaratoria di estinzione della pena, sia valutato anche lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo. Per un commento alla legge delega n. 134/2021, relativamente al tema della giustizia riparativa, cfr. E. MATTEVI, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, cit., 65 ss.

deve, a nostro modo di vedere, necessariamente concorrere a delineare il “volto costituzionale della pena” in fase esecutiva, tutte le volte in cui il detenuto patisca un’ulteriore compressione della propria libertà personale⁵¹.

Come abbiamo avuto modo di approfondire nel terzo capitolo, nella vigenza del Regolamento del 1931, in un contesto in cui veniva ritenuta pacificamente applicabile il modello della c.d. supremazia speciale, il detenuto era visto come soggetto sprovvisto di qualsiasi soggettività giuridica, oggetto del potere indiscusso e arbitrario dell’Amministrazione penitenziaria, che agiva nel contesto dell’istituzione totale carceraria quale *legibus soluta*, con una discrezionalità priva di limiti, salve le sporadiche competenze allora riconosciute in capo al Giudice di Sorveglianza, figura all’epoca peraltro non presidiata dalle odierne garanzie di autonomia e di indipendenza dal potere esecutivo⁵². In questo contesto, il rapporto tra Stato-Amministrazione e detenuto si risolveva in un rapporto di c.d. supremazia speciale, in cui il detenuto appariva soggetto passivo dell’Amministrazione penitenziaria⁵³.

Con l’avvento della Costituzione, prima, e della legge sull’ordinamento penitenziario, poi, si afferma finalmente un nuovo modello che riconosce centralità alla persona del detenuto, considerata

⁵¹ L’espressione è di A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., I ss.

⁵² Per alcuni importanti spunti in una prospettiva *de iure condendo* rispetto alla necessaria giurisdizionalizzazione della fase esecutiva, cfr. F. BRICOLA, *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 265 ss.

⁵³ Cfr. N. BARBINO, *Il reclamo al magistrato di sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all’udienza camerale*, cit., 2479; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale. Appendice di aggiornamento*, cit., 2. Secondo questi Autori, infatti, lo *status detentionis* non lascerebbe sopravvivere alcuno spazio di libertà personale del ristretto. *Contra*, la giurisprudenza della Corte costituzionale che non ha tardato, con la sentenza n. 349/1993, ad affermare che «il detenuto, pur privato della maggiore parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso, in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». In dottrina, già A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, cit., 19; V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 6-7. Più recentemente, per tutti: M. RUOTOLO, *I diritti dei detenuti*, cit., 140 ss.; ID., *Dignità e carcere*, cit., 51 ss. Cfr. cap. III, sez. I, in particolare par. 3.5.3.

essa stessa titolare di diritti fondamentali⁵⁴. In particolare, è la promulgazione della legge sull'ordinamento penitenziario a fungere da spartiacque, definendo un prima e un dopo, sia rispetto al modo di intendere il rapporto tra detenuto e Amministrazione penitenziaria, che, da unilaterale (potestà/soggezione), diventa bilaterale (potere/diritto soggettivo), sia, più nello specifico, con riferimento all'operatività della riserva di legge che, dal 1975, sembra essere quantomeno formalmente rispettata.

Ciononostante, molte rimangono le “zone d'ombra” in cui l'Amministrazione penitenziaria continua a godere di una discrezionalità svincolata da limiti legislativi predeterminati. Questo agire dell'Amministrazione pubblica al di fuori non solo della riserva di legge ma anche dei limiti della c.d. legalità amministrativa sembra purtroppo ancora, a distanza di quasi cinquant'anni dall'entrata in vigore della l. n. 354/1975, la cifra distintiva in ambito carcerario. Sulle motivazioni di questa imperfetta attuazione della riserva di legge in materia penitenziaria ci siamo già dilungati: ci si limita qui a sottolineare come il portato storico abbia avuto e abbia tuttora conseguenze rilevanti. Se a ciò aggiungiamo un innaturale *selfrestraint* del legislatore, che sembra sempre volersi tenere ai margini quando si tratta di “sporcarsi le mani” con la fase esecutiva della pena detentiva più squisitamente operativa – ci si riferisce al trattamento penitenziario in quanto tale⁵⁵ – e che ben tollera, in quest'ambito, un sottobosco impressionante di circolari, il quadro attuale appare purtroppo a tratti sconcertante.

⁵⁴ Cfr. G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 355, secondo cui il riconoscimento al detenuto di diritti inviolabili deve comportare il superamento dell'idea «che la sospensione della libertà per effetto della carcerazione comporti anche la sottoposizione del condannato a regole speciali». In argomento, cfr. V. LEVI, (voce) *Legittimità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, 133 ss., secondo cui l'avvento della Costituzione rende ineludibile l'ossequio del principio di riserva di legge con riferimento ai poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria e comporta, più in generale, la necessità di un fondamento legislativo rispetto agli atti amministrativi incidenti sui diritti delle persone detenute.

⁵⁵ Diverso invece il già commentato *trend*, della cui razionalità si è giustamente dubitato, teso ad incidere in chiave repressiva, anche sul versante del trattamento penitenziario, grazie all'inserimento di determinate fattispecie di reato nel novero di quelle ostative di cui all'art. 4 *bis* o.p. Cfr. cap. II, par. 2.4.

5.5.1. Sicurezza vs diritti dei detenuti

In ambito penitenziario i poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, che possono comportare un'incidenza diretta sui diritti delle persone detenute, sono funzionali, come abbiamo visto, alle esigenze tipizzate all'art. 1 o.p., ossia quelle di ordine e disciplina. È rispetto a questa materia, in particolare, che andrebbero definiti legislativamente «gli ambiti e le modalità di intervento dell'Amministrazione penitenziaria» e dunque i presupposti di fatto, i contenuti e le modalità attuative dei poteri autoritativi ad essa funzionalmente riconosciuti e, correlativamente, i limiti che possono essere apposti ai diritti delle persone detenute in vista della realizzazione delle citate esigenze di sicurezza⁵⁶.

Il mantenimento dell'ordine e della disciplina, concetto quest'ultimo evocato esclusivamente nell'art. 1 o.p., è funzionale alla sicurezza intesa, come già precisato, nella sua duplice accezione, interna e esterna⁵⁷. Si tratta, come intuibile, di un interesse pubblico «fondamentalissimo»⁵⁸.

Al di là dell'indiscussa polisemia del concetto di sicurezza⁵⁹, esso si caratterizza altresì per la sua portata sostanzialmente indeterminata.

Ove inteso in una prima accezione, quale «primario e naturale diritto dell'individuo necessario al godimento delle libertà che l'ordinamento gli attribuisce»⁶⁰, la dottrina maggioritaria è propensa a negare che esso possa assurgere a bene giuridico meritevole di tutela penale⁶¹, conside-

⁵⁶ Così G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 febbraio 2015, 13.

⁵⁷ Cfr., per una definizione, cap. IV, sez. I, par. 4.3.4, nt. 74. Come abbiamo visto, se la sicurezza interna è assicurata dalle previsioni di cui agli artt. 14 *bis* e 41 *bis* co. 1 o.p., quella esterna è invece assicurata dall'art. 41 *bis* co. 2 o.p. In materia, cfr. anche A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 111.

⁵⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, in *L.P.*, 1987, 106.

⁵⁹ Così, recentemente, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 108.

⁶⁰ Così P. TORRETTA, "Diritto alla sicurezza" e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 463-466.

⁶¹ Cfr. in argomento i fondamentali lavori di W. HASSEMER, *Sicurezza mediante diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2008, 15 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*,

rando il concetto troppo indeterminato per «definire il contenuto di un autonomo, specifico diritto che intenda presentarsi come giustiziabile»⁶², per cui «non sembra proprio che il preteso “diritto alla sicurezza” in sé possa essere qualificato come bisogno primario idoneo come tale ad entrare nel gioco del bilanciamento con i diritti fondamentali»⁶³.

Ove la sicurezza venga invece intesa come bene collettivo, come accade in ambito carcerario, è invece pacifico che, ricorrendone i presupposti di legge, essa possa legittimare una compressione dei diritti fondamentali. In questa diversa accezione, la sicurezza, quale elemento costitutivo dell'ordine pubblico, fa capo allo Stato che deve poter assicurare la c.d. pace sociale⁶⁴.

In quest'ottica è utile domandarsi come si possano bilanciare i diritti fondamentali delle persone recluse con la sicurezza interna quale bene collettivo. Non si può infatti dimenticare che la sua stessa caratteristica a porsi quale pre-condizione per la miglior fruizione delle libertà e dei diritti fondamentali, ne fa, secondo alcuni, un bene che si sottrae alle normali regole di bilanciamento, «un valore super-primario»⁶⁵. Questo approccio ha portato parte della dottrina a teorizzare la fisiologica reces-

in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 547 ss. Per una diversa posizione, cfr. A. BERNARDI, *Il proteiforme concetto di sicurezza: riflessi in ambito penale*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano, 2009, 10. Più recentemente, cfr. L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino, 2019; F. FORZATI, *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020.

⁶² Così D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 548.

⁶³ Così A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 110. Conforme M. RUOTOLI, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Napoli, 2012, 23-24.

⁶⁴ Cfr., sul controverso concetto di ordine pubblico, G. FORNASARI, *Premessa*, in G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, seconda ed., 2017, XV ss.

⁶⁵ Così ad esempio G.C. FERONI, G.C. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore super-primario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 1, 41. Parla di «briscola vincente», sostanzialmente nella medesima accezione A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 9.

sività dei diritti dei detenuti rispetto alla sicurezza collettiva⁶⁶. La tesi ci sembra evidentemente da respingere con vigore perché sufficiente a riproiettare “nel medioevo” della supremazia speciale l’intero sistema carcere: laddove si teorizzi la fisiologica recessività dei diritti dei detenuti a fronte delle esigenze di sicurezza si sta di fatto aprioristicamente rinunciando all’affermazione della stessa dignità delle persone detenute.

In questa materia dirimente è l’opera di bilanciamento che necessariamente deve essere riconosciuta al legislatore che solo può, applicando i principi di ragionevolezza e proporzione e tenuto conto dei principi fondamentali statuiti all’art. 27 co. 3 Cost., stabilire il giusto equilibrio tra interessi confliggenti, da cui non può comunque mai derivare il sacrificio del nucleo essenziale dei diritti facenti capo ai detenuti⁶⁷, cui fa da contraltare la Corte costituzionale che all’uopo potrà sindacare quel bilanciamento.

Nello specifico, la tensione tra istanze securitarie e rieducative caratterizza quello che da attenta dottrina è stato definito come il «paradosso penitenziario», mettendo bene in evidenza come la ricerca del punto di equilibrio tra le medesime sia il vero nodo gordiano dell’intero sistema carcere⁶⁸. Rileviamo infatti come l’ombra lunga della c.d. supremazia speciale, che si vuole superata quantomeno alla luce dei principi costituzionali, permanga nei fatti ancora a caratterizzare determinati ambiti specifici, primo tra tutti proprio quello della gestione della delinquenza pericolosa⁶⁹.

⁶⁶ Così G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, cit., 495-496, in cui si afferma che «tutte le restrizioni dei diritti dei detenuti che risultino necessarie allo scopo di tutelare i diritti fondamentali (dei cittadini) sono giustificate e legittime, poiché il parametro di giudizio e di legittimazione è costituito dalla tutela di questi ultimi».

⁶⁷ E cui deve corrispondere un incremento di tutela della sicurezza dei cittadini, così come ha espressamente affermato la C. cost., n. 143/2013, cit. Non è dunque, come vedremo più nel dettaglio, un vaglio che si arresta alla mera congruità del mezzo utilizzato ma che necessariamente deve far propri gli ulteriori *step* del giudizio di proporzionalità.

⁶⁸ In argomento, cfr. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un’evoluzione dalla legalità*, cit., 285 ss.; M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili*, cit., 1260 ss. sull’includibile tensione tra sicurezza e diritti delle persone ristrette, cfr. F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, cit., 1596 ss.

⁶⁹ Cfr., in questo senso, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 55 ss.

In alcuni casi, infatti, in spregio all'esigenza di tassatività, il legislatore non fissa in maniera chiara e precisa i presupposti, i contenuti e le modalità operative dei poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria. In tali casi si riscontra un difetto di tassatività della norma. È quanto accaduto, ad esempio, con riferimento ad alcune clausole relative ai presupposti per l'applicazione del regime di sorveglianza particolare, ritenute da attenta dottrina non a caso troppo vaghe e indefinite⁷⁰. Ma un medesimo *deficit* di legalità si può riscontrare anche allorquando, a fronte di una puntuale previsione dei presupposti applicativi, residui una parziale discrezionalità relativa ad alcune delle misure da adottarsi, incidenti sui diritti delle persone detenute, come accade invece in materia di "carcere duro"⁷¹.

In altri casi, ancora, il legislatore ha sì riconosciuto espressamente un potere autoritativo all'Amministrazione penitenziaria, precisandone anche la funzionalizzazione rispetto ad un interesse pubblico considerato prevalente, ma ha ommesso di definirne presupposti di attivazione e modalità di esercizio⁷². È questo il caso ad esempio delle perquisizioni perso-

⁷⁰ Cfr. T. PADOVANI, *Il regime di Sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., 162-163. Più recentemente R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, cit., 4.

⁷¹ È questo il caso come abbiamo visto delle previsioni di cui all'art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. a), in cui vengono previste «misure di elevata sicurezza interna ed esterna» o lett. f), in cui si parla invece di «misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione». Vengono cioè espressamente previsti, al comma 2 dell'art. 41 *bis* o.p., i fini, ma non vengono invece precisati i mezzi per perseguire detti fini. Secondo attenta dottrina, la legalità pubblicistica non riguarda solo la predeterminazione delle finalità di ordine pubblico per cui vengono riconosciuti determinati poteri autoritativi, ma dovrebbe abbracciare anche i mezzi che l'Amministrazione penitenziaria potrebbe adottare. Così G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 29.

⁷² Lascia particolarmente perplessi, come abbiamo già sottolineato, la sentenza della C. cost., n. 526/2000, cit., che ritiene che la materia sia estranea al perimetro di operatività dell'art. 13 co. 2 Cost. In argomento, cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 134. Cfr. cap. I, nt. 165 e cap. III, sez. I, par. 3.5.3.

nali, materia delicatissima che inspiegabilmente la Consulta continua a considerare estranea al perimetro operativo dell'art. 13 co. 2 Cost.⁷³.

Non è poi infrequente, all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario, individuare casi in cui, ad una mera previsione normativa dei presupposti che fondano l'attivazione di un certo potere autoritativo riconosciuto all'Amministrazione penitenziaria, corrisponde un rinvio alla fonte regolamentare per la disciplina dei restanti profili definitivi di detto potere. È questo il caso, ad esempio, dei mezzi di coercizione fisica di cui all'art. 41 co. 3 o.p., ove il legislatore si limita a prescrivere il requisito della necessità che impone l'adozione della misura meno invasiva per i diritti dei detenuti e implica un giudizio positivo sulla congruità della misura adottata, ma non disciplina né la tipologia dei mezzi utilizzabili né le modalità del loro utilizzo, rinviando invece al regolamento esecutivo – fonte secondaria – il quale, all'art. 82, prevede che la coercizione fisica, consentita per le finalità indicate dall'art. 41 co. 3 o.p., vada effettuata sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche.

Infine, vi sono i casi in cui l'Amministrazione penitenziaria agisce in assenza di una espressa previsione legislativa di un potere autoritativo, come accaduto in passato per le carceri di massima sicurezza, e come, ci sembra, accade oggi in materia di circuiti penitenziari⁷⁴.

Si tratta, seppur in modi diversi, di “spazi vuoti di diritto”⁷⁵, che reclamano a gran voce la necessità di previsioni normative espresse che disciplinino i poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria per il perseguimento degli interessi pubblici considerati prevalenti e, correlativamente, definiscano la misura massima di sacrificio che i diritti delle persone detenute possono tollerare.

⁷³ A questo riguardo, si è sostenuto che in questi casi la legalità sostanziale cede il passo alla legalità formale. Così G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 9.

⁷⁴ Rammentiamo che con il 2018 è venuto infatti meno il rinvio contenuto originariamente nell'art. 14 o.p. all'art. 42 o.p. che fa riferimento alle esigenze di sicurezza, tanto che oggi l'unica norma che è possibile invocare a fondamento dei circuiti di Alta Sicurezza è l'art. 32 reg. esec. Cfr. cap. IV, sez. I, par. 4.3.4.

⁷⁵ L'espressione è di T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, cit., 287.

Non possiamo infatti non rammentare come gli istituti che vengono in rilievo (regimi penitenziari, circuiti, uso legittimo della forza, perquisizioni personali, etc.) incidano inevitabilmente sulla libertà personale finendo col travalicare quel livello di afflittività già insito nell'esecuzione della pena in carcere, dovendosi in questi casi, a nostro modo di vedere, quantomeno applicare la duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost. E, se le lamentate deficienze sul versante della riserva di legge, già messe in evidenza, non possono che essere denunciate nella speranza che il legislatore vi ponga rimedio, rimane *de iure condito* ineludibile l'ossequio della riserva di giurisdizione, sia pure nella sua forma "minima" quale controllo *ex post*, attraverso il vaglio giurisdizionale della Magistratura di Sorveglianza sull'operato dell'Amministrazione penitenziaria.

Se la legge penitenziaria ha segnato un significativo ribaltamento di prospettive teso a far riguadagnare alla persona detenuta la sua dignità, riconoscendole diritti fondamentali⁷⁶, a ciò dovrebbe inoltre corrispondere la previsione di limiti all'esercizio dei poteri autoritativi funzionali alla migliore tutela delle esigenze di sicurezza interna e esterna.

In primo luogo dunque la stessa legalità dell'azione amministrativa dovrebbe contribuire a circoscrivere l'operatività dei poteri dell'Amministrazione penitenziaria, da un lato prescrivendo la necessaria previsione normativa degli stessi, sia rispetto ai contenuti che alle modalità operative⁷⁷, dall'altro limitando gli interventi in ordine alle modalità esecutive della detenzione in carcere a quelli che non eccedano il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna o il provvedimento cautelare.

In questo contesto, da un lato, i principi costituzionali e convenzionali in materia, dall'altro, gli stessi diritti fondamentali riconosciuti ai detenuti dovrebbero fungere da limite funzionale all'agire dell'Amministrazione

⁷⁶ Così V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 7.

⁷⁷ Cfr. in dettaglio G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 1 ss. e in particolare 8, in cui lo stesso Autore sottolinea la centralità dei profili di accessibilità e prevedibilità del «risultato interpretativo-esecutivo-applicativo» dell'azione amministrativa, ritenendo rispettato il principio di legalità tutte le volte in cui il detenuto possa ragionevolmente prevedere l'assunzione nei suoi confronti di misure coercitive o contentive.

penitenziaria, ponendo un argine alla *vis* espansiva dei poteri autoritativi ad essa riconosciuti e impedendo di incidere negativamente sui diritti che risultano incomprimibili o di intaccare quello che viene definito il contenuto minimo o contenuto essenziale⁷⁸ dei diritti fondamentali⁷⁹.

Ineludibile appare in questo senso, come chiarito, il ruolo svolto dai principi di umanità della pena (artt. 13 co. 4 Cost., 27 co. 3 prima parte e art. 3 Cedu) e di rieducazione (art. 27 co. 3 seconda parte) e, più in generale, dal principio di dignità della persona (artt. 2 e 3 Cost., 3 e 8 Cedu)⁸⁰.

In tal modo sarebbe univocamente definita quella che risulta essere la sfera inviolabile del detenuto, che si identifica con quella porzione di libertà personale residua che la detenzione non intacca e che, anzi, come ci ricorda la Consulta, risulta tanto più preziosa proprio perché costituisce l'ultimo baluardo dell'espressione della personalità individuale del detenuto⁸¹.

Più in generale, come abbiamo avuto modo di vedere, in particolare nel primo e nel terzo capitolo del presente lavoro, ad essere del tutto inadeguato è il concetto di «qualità e quantità della pena», utilizzato dalla Consulta quale “limite esterno” per definire l'ambito precluso all'azione discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria, asseritamente non incidente sulla libertà residua riconosciuta al detenuto e dunque sprovvisto delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.

⁷⁸ Parte della dottrina distingue i due concetti, altra parte li considera sinonimi. Così ad esempio A. MORRONE, (voce) *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, 195, il quale rileva come il concetto di «contenuto minimo o essenziale» dei diritti fondamentali venga evocato dalla Corte costituzionale «in funzione sia di garanzia dell'invulnerabilità sia di limite al bilanciamento».

⁷⁹ Incomprimibile, se non dall'autorità giudiziaria, è ad esempio quello di cui all'art. 15 Cost. Sul concetto di nucleo minimo dei diritti fondamentali, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 96. Cfr. cap. I, nt. 40.

⁸⁰ Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit., secondo la quale l'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti, in ordine alle modalità di esecuzione della detenzione, a condizione che tali provvedimenti non eccedano il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna o il provvedimento cautelare e rimangano soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine ai divieti di ogni violenza fisica e morale (art. 13 co. 4 Cost.) o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 co. 3 Cost.), ed al diritto di difesa (art. 24 Cost.).

⁸¹ Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit.

Non è solo un problema di ambiguità o di scarsa determinatezza del concetto stesso di «qualità» della pena ad essere criticabile: a comportare rilevanti problemi è, più a monte, la volontà del tutto manifesta della Consulta di tracciare una linea netta tra le prerogative dell'Amministrazione penitenziaria in ambito di trattamento e l'area presidiata dalle garanzie costituzionali. Ad essere poco convincente è la considerazione secondo la quale tutto quanto afferisce al trattamento non sia in grado di incidere sulla libertà residua del detenuto⁸². Essa risulta in effetti smentita sia dalla realtà dei regimi speciali, solo parzialmente coperti dalle sopra precisate garanzie, sia da quella delle perquisizioni personali e dei procedimenti disciplinari, solo marginalmente lambite dalle garanzie, sia, infine, da quella dei circuiti penitenziari, in cui il sacrificio delle citate garanzie è massimo.

Ma anche volendoci attenere al concetto di «qualità della pena» utilizzato dalla Consulta, esso, come abbiamo già cercato di mettere in luce, risulta certamente di problematica definizione. Neppure la precisazione riscontrabile in qualche sentenza della Consulta per cui si dovrebbe fare riferimento alle misure che «comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere»⁸³ appare risolutiva. Con essa la Consulta sembra mettere in evidenza come la differenza sostanziale, qualitativa appunto della pena, risieda nel distinguo tra il “dentro” e il “fuori”, e sia dunque connaturale a quegli istituti che comportino un sia pur temporaneo assaggio di libertà per il condannato. Tale precisazione è stata, però, smentita a più riprese dalla stessa Corte costituzionale che, da un lato, non ha ancora concluso il percorso di progressiva giurisdizionalizzazione dei benefici penitenziari, dall'altro, ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività in ambito penitenziario, ha recentemente tratteggiato, con la fondamentale sentenza n. 32/2020, un rigido distinguo tra misure alternative, liberazione condizionale e art. 656 co. 9 c.p.p., cui lo ha ritenuto estensibile, e benefici penitenziari, per cui ne è stata invece negata l'operatività.

Più in generale, però, come già chiarito, a non essere condivisibile è l'affermazione per cui le modalità esecutive non possano mai incidere

⁸² Cfr., in argomento, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 75 ss.

⁸³ Così C. cost., 349/1993, cit.

sulla libertà personale residua che la pena non intacca, da cui la Consulta fa discendere la non operatività delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. A nostro modo di vedere, invece, numerosi sono gli istituti relativi alla fase esecutiva che ne comportano un'ulteriore compressione.

Il problema diviene dunque quello di individuare un valido criterio per fissare il *discrimen* tra “mera” modalità esecutiva, la cui afflittività sia già insita nella sentenza di condanna, e istituti in grado invece di produrre un'ulteriore afflittività incidente sulla libertà personale residua, che reclamano le guarentigie dell'art. 13 co. 2 Cost.⁸⁴.

Il tema, come abbiamo visto, è strettamente connesso all'intricato nodo della portata semantica del concetto di libertà personale così come definito all'art. 13 Cost.: di tutta evidenza, infatti, che tanto più ampio sarà il concetto di libertà personale che si intenda condividere, tanto maggiore sarà lo spazio applicativo delle garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost. Coerenza vorrebbe infatti che tanto più si facesse propria un'accezione lata del concetto di libertà personale, tale da assumere in sé anche la dimensione morale e non solo quella fisica delle costrizioni, o quella ancora più lata di libertà-dignità corrispondente alla «libertà della persona», tanto maggiore dovrebbe essere il perimetro applicativo delle citate garanzie⁸⁵, che potrebbe spingersi fino ad abbracciare anche istituti in grado di incidere non solo sulla residua libertà personale ma anche sui restanti diritti fondamentali facenti capo al detenuto.

Il problema, ove declinato nel limitato ma pur sempre nevralgico ambito che ci appassiona, potrebbe a nostro modo di vedere trovare una sua composizione allorché si volesse fare riferimento a quello che la stessa Cassazione, in una recente sentenza, ha indicato quale «diritto al trattamento comune»⁸⁶. Esso è stato definito dagli ermellini prendendo come

⁸⁴ In dottrina non è mancato chi ha definito il confine tracciato dalla Consulta “evanescente”, “inafferrabile”. Così A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 32, 134.

⁸⁵ Come abbiamo visto, però, non manca chi propone una lettura disgiunta del primo comma dell'art. 13 dal secondo comma, elaborando un concetto più ampio di libertà, senza voler da ciò necessariamente inferire l'applicazione della duplice riserva di legge e di giurisdizione. Così F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 11 ss.

⁸⁶ Così Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, cit. Cfr. cap. IV, sez. II, par. n. 4.8.

riferimento lo *standard* del circuito di Media sicurezza a custodia aperta (*pro futuro* sezioni ordinarie a trattamento intensificato).

Sulla base di questa precisazione è dunque a nostro avviso possibile riscontrare una differenza “qualitativa” della pena tutte le volte in cui le sue modalità esecutive, per le regole di trattamento o per il particolare regime o per l’isolamento imposto, si discostino dallo *standard* del circuito di Media sicurezza a custodia c.d. aperta. Tale soluzione permette dunque di concludere per la necessaria applicazione delle garanzie di cui all’art. 13 co. 2 Cost. in materia di regimi, di circuiti di Alta e Media sicurezza a custodia chiusa, sezioni *ex art.* 32 reg. esec. e sanzione disciplinare dell’esclusione dalle attività in comune accompagnate dall’isolamento (c.d. EAC), e allo stesso modo di sostenere l’operatività del principio di irretroattività di cui all’art. 25 co. 2 Cost., ove a venire in questione sia una norma incidente sulla libertà personale nell’accezione da noi individuata. Di fatto, come già attenta dottrina non ha mancato di ricordare, si tratta di «verificare quali effetti derivino dall’applicazione della norma, per stabilire se essi ricadono o meno nell’area funzionale interessata dalle garanzie, richiedendone quindi l’applicazione»⁸⁷.

Ci sembra che il concetto evocato dalla Cassazione sia in questo caso quello di trattamento penitenziario che, come sappiamo, è da intendersi quale concetto più ampio di quello rieducativo. A nostro modo di vedere, infatti, è possibile immaginare un sistema a cerchi concentrici in cui il trattamento penitenziario, individuato dal cerchio più ampio, deve essere riconosciuto a tutti i detenuti, compresi dunque gli imputati, mentre quello rieducativo, cerchio più piccolo, giusta la presunzione di innocenza di cui all’art. 27 co. 2 Cost., si riferisce esclusivamente a condannati e internati. D’altra parte, non sembra revocabile in dubbio che i diritti fondamentali debbano essere riconosciuti anche agli imputati, anzi qualcuno forse sarebbe tentato dal dire, a nostro modo di vedere evidentemente sbagliando, “a maggior ragione”, vista la presunzione di innocenza⁸⁸.

⁸⁷ Così S. FIORE, *Norme dell’ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L’ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le “cose che accadono al di sopra delle parole”*, cit., 24.

⁸⁸ In argomento, cfr., per tutti V. GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, cit., 271 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 46 ss.

5.6. Garanzie costituzionali e tutela dei diritti: divisione di campo o tutela complementare?

Come abbiamo approfondito nel terzo capitolo, cui si rimanda per gli ulteriori approfondimenti, in tema di tutela dei diritti, la competenza della Magistratura di Sorveglianza è andata progressivamente ampliandosi fino a travolgere lo stesso distinguo tra modalità esecutive della pena e misure che incidono sulla «qualità e quantità» della stessa, in un primo tempo utilizzato indistintamente dalla Consulta per delimitare il perimetro di incidenza non solo dell'operatività delle garanzie costituzionali, ma anche della stessa tutela di carattere giurisdizionale approntata dalla Magistratura di Sorveglianza in ambito di tutela dei diritti.

In realtà, l'affermazione di una tutela di tipo giurisdizionale in capo alla Magistratura di Sorveglianza ha avuto un cammino impervio, essendo stata affidata per lungo tempo agli ordini di servizio in materia di lavoro e in ambito disciplinare, emessi senza contraddittorio, e non impugnabili e al c.d. reclamo generico di cui all'art. 35 o.p. L'affermata natura amministrativa dell'ordine di servizio, così come del procedimento *de plano* di cui all'art. 35 o.p., caratterizzato dalla totale libertà delle forme, in cui il detenuto non ha diritto ad essere ascoltato né ad avvalersi della difesa tecnica, avevano portato la Consulta ad affermare l'impossibilità per il Magistrato di Sorveglianza sia di sollevare questione di legittimità costituzionale sia di ritenere ricorribili per Cassazione i citati provvedimenti.

In questa prima fase, si può dunque affermare che il carattere della giurisdizionalità si arrestava alla dimensione c.d. soggettiva o subiettiva⁸⁹, in quanto la competenza a pronunciarsi *ex art. 35 o.p.* era comunque riconosciuta in capo al Giudice di Sorveglianza, presentando invece il relativo procedimento carattere squisitamente amministrativo. Solo in prosieguo di tempo, l'esigenza di giurisdizionalizzazione in questo ambito si è progressivamente estesa, con la modifica dell'art. 69 co. 5 o.p.,

⁸⁹ Così F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 266. Parlano a questo riguardo di giurisdizione subiettiva, definita come la «garanzia dell'intervento di un giudice chiamato a pronunciarsi *inaudita altera pars*», un'attività amministrativa affidata al giudice ordinario, A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, 50. Più recentemente A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 201.

intervenuta ad opera della legge Gozzini nel 1986, che ha reso applicabile il procedimento di reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p. in materia di lavoro e in ambito disciplinare. Con ciò, la decisione del Magistrato di Sorveglianza assume la forma dell'ordinanza e, come tale, diventa ricorribile per Cassazione, anche se il procedimento atipico non assicura il contraddittorio tra le parti se non in forma cartolare.

Per lungo tempo, però, il primo comma dell'art. 41 *bis* o.p., introdotto dalla legge Gozzini in sostituzione dell'abrogato art. 90 o.p., e, dopo il 1992, anche la diversa ipotesi di cui all'art. 41 *bis* co. 2 o.p., che pure si caratterizzano per le più rilevanti ed incisive contrazioni dei diritti dei detenuti, rimarranno sprovvisti di tutela giurisdizionale. Sarà la Corte costituzionale, inaugurando il più volte citato filone giurisprudenziale, a definire il perimetro dei contenuti delle misure adottabili *ex* art. 41 *bis* o.p. dall'Amministrazione penitenziaria, "limitandole" alle sole misure relative alle «modalità di esecuzione della detenzione che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna»⁹⁰, affermando la necessità di un presidio giurisdizionale e individuando nell'art. 14 *ter* o.p. lo strumento più adatto allo scopo, ed infine suggerendo di prendere l'art. 14 *quater* o.p. quale valido riferimento per definire il nocciolo duro dei diritti fondamentali facenti capo ai detenuti da considerarsi non sacrificabili⁹¹.

L'esigenza di una tutela dei diritti di carattere giurisdizionale si è dunque imposta in un primo momento laddove la pericolosità dei detenuti era tanto pronunciata, ove comparata alle esigenze di sicurezza, da meritare significative e ulteriori compressioni dei diritti ad essi spettanti. Il progressivo affermarsi di questa tutela ha contribuito però a creare un sistema disallineato ed iniquo in cui paradossalmente i detenuti per reati più gravi godevano di uno strumento di tutela giurisdizionale sconosciuto alla generalità dei detenuti. Non stupisce, dunque, che sia stata sollevata questione di legittimità costituzionale relativamente agli artt. 35 e 69 o.p., né che la Consulta l'abbia accolta. Rileva invece quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 26/1999, laddove essa ha

⁹⁰ Cfr. C. cost., n. 343/1993, cit.

⁹¹ Facile intuire che, con tutta probabilità, è stata proprio questa previsione in materia di sorveglianza particolare a scongiurare la proposizione di altrettante questioni di legittimità costituzionale.

espressamente esteso il perimetro delle posizioni soggettive azionabili, quanto alla loro fonte, prevedendo che anche diritti non aventi diretto rilievo costituzionale possano e debbano ricevere tutela giurisdizionale, ampliando la tutela fino a comprendere non solo «diritti che possono essere lesi dal potere dell'Amministrazione penitenziaria di modificare le modalità concrete del trattamento grazie all'adozione di particolari atti», ma anche quelli che possano soffrire un'indebita compressione ad opera di «determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere».

È questa la più grande novità della sentenza n. 26/1999, che nel dichiarare l'incostituzionalità del reclamo generico nella parte in cui non riconosceva una tutela di tipo giurisdizionale ai diritti dei detenuti, ne ha esteso il campo di azione a quei «diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione a esso preposta». Rimangono invece estranei al perimetro di competenza della Magistratura di Sorveglianza i diritti che sorgono sulla base di rapporti estranei all'esecuzione della pena e quelli che, a detta della Corte, incidendo sulla «qualità e quantità della pena», godono della riserva di giurisdizione, tra cui la materia delle misure alternative.

Tutto quanto afferisce invece al trattamento inteso in senso ampio, per come definito dalla Consulta – compresa ovviamente la materia dei regimi speciali, ma anche quella dei circuiti penitenziari, ove la classificazione e la conseguente allocazione/trasferimento del detenuto si rifrangano nella lesione di uno specifico diritto, e più in generale, qualsiasi situazione soggettiva che possa dirsi lesa da atti dell'Amministrazione penitenziaria – rientra nella competenza del Giudice dei diritti.

Non vi potranno essere più zone grigie in quanto nessuna attività dell'Amministrazione allorché si estrinsechi in atti comunque lesivi dei diritti delle persone private della libertà personale, è sottratta al controllo ed alla tutela giurisdizionale⁹².

Si può quindi affermare che ad oggi la portata della tutela di tipo giurisdizionale sia coincidente con quella delle posizioni soggettive rico-

⁹² Così E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., 201.

nosciute in capo ai detenuti. La tutela della Magistratura di Sorveglianza copre infatti sia l'area del residuo di libertà eventualmente ulteriormente conculcato, in cui si dovrebbe riscontrare, a nostro modo di vedere, anche il presidio espresso della duplice riserva di legge e di giurisdizione, sia l'area di quelle che vengono tuttora considerate semplici modalità esecutive della pena, ove la tutela dei diritti diviene l'unico presidio di carattere giurisdizionale cui il detenuto può ricorrere.

Con ciò la Corte costituzionale segna una linea di confine tra quanto è "esterno" al carcere, perimetro presidiato dalle garanzie costituzionali *ex art. 13 co. 2 Cost.*, e quanto invece è "interno", indicando il Giudice dei diritti quale ultimo baluardo della legalità della pena durante la sua esecuzione. È questa la tesi dei limiti interni e esterni al sistema, delineata nella sentenza n. 351/1996 e ripresa poi dalla n. 376/1997. Una "perfetta" divisione di campo, dunque: secondo la Consulta, dove non arrivano le garanzie di cui alla riserva di legge e di giurisdizione, dovrebbe arrivare la Magistratura di Sorveglianza nel suo ruolo di giudice di legalità della pena⁹³.

Ma davvero questo approdo può considerarsi sufficiente a garantire adeguata tutela ai diritti fondamentali dei detenuti?

Ci sembra che sia più che legittimo dubitarne e non solo perché, come abbiamo visto, definito il criterio – quello dell'incidenza sulla «qualità e quantità della pena» – le conseguenze che ne trae la Consulta non sembrano tenere adeguatamente in considerazione l'incidenza di alcuni istituti sulla libertà residua di cui il detenuto è comunque portatore.

Non si può infatti non rilevare come la tutela dei diritti, apprestata *ex artt. 24 e 111 Cost.*, a differenza della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost., venga in oggetto solo *ex post*, a lesione "consumata". A ciò si aggiunge un margine di ineffettività della tutela che permane tutt'oggi, anche dopo l'introduzione del reclamo c.d. giurisdizionalizzato, che avrebbe dovuto, nelle intenzioni del legislatore, fornire un'ade-

⁹³ Come già ribadito più volte nel presente lavoro, in quelle stesse pronunce la Corte non esitava a ritenere che la disciplina dei regimi attenesse alle modalità esecutive e come tale fosse sottratta alle garanzie della duplice riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., ritenendosi il "carcere duro" non incidente sul residuo di libertà personale che la sentenza di condanna non intacca.

guata risposta rispetto alla lamentata ineffettività del reclamo atipico di cui all'art. 14 *ter* o.p., a fronte dell'inerzia amministrativa⁹⁴.

Come abbiamo avuto modo di approfondire, il rimedio di cui all'art. 35 *bis* o.p. ha posto tutta una serie di difficoltà esegetiche, la più rilevante delle quali afferisce alla sua portata applicativa. Alla luce del dettato normativo, che fa riferimento espresso all'attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei soli diritti, si è dubitato della sua possibile azionabilità in materia di interessi legittimi, così come della rilevanza di diritti che non trovino diretta previsione nella legge sull'ordinamento penitenziario e nel relativo regolamento esecutivo.

Inoltre, lo stesso procedimento di ottemperanza, previsto proprio per scongiurare l'ineffettività della tutela, non sembra aver dato nei fatti buona prova di sé, né essere già sulla carta strumento in grado di fornire una sollecita e risolutiva tutela. Da un lato, infatti, dover attendere che il provvedimento non sia più soggetto ad impugnazione dilata eccessivamente i tempi, con una pesante ricaduta negativa in termini di sollecitudine della tutela, dall'altro, alcune situazioni di fatto, indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione penitenziaria – prima tra tutte la grave situazione di sovraffollamento – non sembrano essere risolvibili neppure con la nomina di un commissario *ad acta*, pena lo “spostare” su un altro detenuto il pregiudizio lamentato dal reclamante.

Troppo spesso, ad un'azionabilità astratta delle pretese, non corrisponde una tutela effettiva anche allorché la doglianza sia accolta dalla Magistratura di Sorveglianza. Sempre più frequenti sono infatti le pronunce della Cassazione che, a fronte della mancanza di risorse organizzative, di uomini e di mezzi, affermano che la pur legittima pretesa del condannato debba soccombere⁹⁵. Più in generale ciò è quanto nella realtà accade rispetto a determinati diritti legittimamente azionabili a fronte della generale scarsità delle risorse investite sul versante trattamentale.

⁹⁴ In argomento, cfr. cap. III, sez. I, par. 3.12. In particolare sul nuovo reclamo giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* o.p., cfr. cap. III, sez. II, par. 3.14 ss.

⁹⁵ È quanto ad esempio accaduto di recente con riferimento al diritto a poter acquistare un cd musicale per i detenuti in regime di “carcere duro”. Nella misura in cui l'acquisto in regime *ex* art. 41 *bis* co. 2 o.p. è subordinato al controllo audio dei contenuti del cd medesimo, e l'Amministrazione penitenziaria non possa assicurare risorse per svolgere questo controllo, si è ritenuto possibile il rigetto nel merito della richiesta del detenuto. Cfr., da ultimo, Cass. pen., 9 settembre 2022, n. 36949, Palazzolo, in *www.dejure.it*.

La loro tutela non sembra dunque sufficiente a garantire effettività ai diritti che la Costituzione riconosce anche in capo alle persone detenute.

5.7. Operatività delle garanzie costituzionali in ambito penitenziario

Come abbiamo cercato di spiegare, se pure può avere senso distinguere tra istituti coperti dalle garanzie costituzionali di cui all'art. 13 co. 2 Cost. e istituti che godono del solo presidio della tutela *ex post* apprestata dalla Magistratura di Sorveglianza, lasciano molto a desiderare sia le scelte operate in ambito penitenziario dal legislatore, sia le posizioni assunte dalla Corte costituzionale, nell'unico banco di prova "disponibile", quello del regime del "carcere duro"⁹⁶.

Più in generale, appare in effetti paradossale che proprio nell'ambito in cui si assiste alla privazione del bene supremo, la libertà personale, le garanzie costituzionali non trovino piena applicazione. Ci si accontenta infatti del titolo esecutivo "a monte" dell'esecuzione e lo si ritiene assorbente e fondativo di qualsiasi altra limitazione della libertà.

Da un lato, rimane dunque la questione della riserva di legge, con i suoi corollari di tassatività e determinatezza, dall'altro, la questione della riserva di giurisdizione, che non sembra essere adeguatamente assolta con la mera previsione di una tutela *ex post* quale quella propria della Magistratura di Sorveglianza in materia di diritti dei detenuti. A quest'ultimo proposito, con riferimento al riconoscimento di una tutela di tipo giurisdizionale in materia dei diritti, non possiamo che rinviare a quanto già approfondito nel terzo capitolo e più sopra. A questo specifico aspetto, ed in particolare al tipo di giudizio cui è chiamato il giudice dei diritti, dedicheremo anche parte della successiva sezione del presente capitolo.

Quanto al primo profilo, quello relativo alla riserva di legge ed ai corollari di tassatività e determinatezza, limitandoci qui alle considerazioni che afferiscono al rapporto tra garanzie e tutela dei diritti dei detenuti, non possiamo che ripetere le considerazioni già proposte nel terzo e nel

⁹⁶ Non constano invece pronunce con riferimento alla disciplina prevista per il regime di sorveglianza particolare, di cui pure la dottrina, come abbiamo visto, non ha tardato a stigmatizzare le carenze sotto il profilo del principio di determinatezza e tassatività. Una motivazione può essere forse rinvenuta nella scarsissima applicazione dell'istituto.

quarto capitolo rispetto alla necessità di una migliore definizione non solo del perimetro delle posizioni soggettive azionabili, ma anche dei singoli diritti, ove espressamente previsti nella legge sull'ordinamento penitenziario. Formule ambigue certamente non aiutano a definire quali siano le legittime posizioni soggettive azionabili dal detenuto: una migliore definizione, evitando quelle formule vaghe e indefinite, sarebbe più che auspicabile sia per restituire un quadro chiaro dei diritti riconosciuti sia per la miglior riuscita di una loro tutela giurisdizionale⁹⁷. Ma il problema della riserva di legge, come abbiamo cercato di argomentare, in particolare nel quarto capitolo del presente lavoro, attinge, dal nostro punto di vista, anche parte degli istituti che concorrono a comporre quello che possiamo definire il contesto di vita del detenuto, qualora essi incidano su quel residuo di libertà che lo stesso conserva, nonostante la condanna da eseguirsi in carcere, e sugli altri diritti fondamentali che pure debbono essere garantiti o perché "intangibili" o perché comunque ricadono nel limite di un sacrificio proporzionato rispetto alle contrapposte esigenze di ordine e sicurezza, salva la loro assoluta non integrale sacrificabilità.

Più in generale, come abbiamo visto, seppur l'adozione di una legge in senso formale per normare la materia penitenziaria è forse la dimostrazione più importante della volontà del legislatore di riportare l'operato dell'Amministrazione penitenziaria nell'alveo di un controllo di tipo giurisdizionale e prima ancora di definirne i poteri autoritativi ed i relativi limiti, si è comunque lasciato un ampio margine di discrezionalità all'Amministrazione penitenziaria.

La vicenda delle carceri di massima sicurezza è certamente esemplificativa allorché si ponga mente al fatto che essa si è svolta al di fuori di qualsiasi previsione normativa, in una "terra di nessuno" in cui l'Amministrazione penitenziaria ha goduto di una discrezionalità massima. Strettamente collegata a questa vicenda è quella relativa alla previsione di cui all'art. 90 o.p. – con il suo presupposto legato a «gravi e eccezionali motivi di ordine e sicurezza», un contenuto sospensivo non meglio precisato e una potenziale durata indefinita – ed alla disinvolta applicazione che ne è stata fatta dall'Amministrazione penitenziaria, tra il 1978

⁹⁷ Così anche A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 52, nt. 174.

e il 1984⁹⁸, proprio con riferimento alle carceri di massima sicurezza⁹⁹, che sono peraltro sopravvissute all'abrogazione dell'art. 90 o.p. ad opera della legge Gozzini. L'art. 90 è stato infatti "sostituito" con il primo comma dell'art. 41 *bis* o.p., in cui il legislatore definisce con maggiore precisione i presupposti di applicazione dell'istituto facendo riferimento «ai casi eccezionali di rivolta e alle altre gravi situazione di emergenza», manifestando la volontà di rendere l'applicazione del provvedimento sospensivo davvero eccezionale. La legge Gozzini ha però serbato un silenzio non giustificabile sul circuito di massima sicurezza che, non abrogato formalmente, è sopravvissuto, trovando anzi nuova linfa nella previsione di cui all'art. 14 *quater* co. 5 o.p., in cui si afferma che si possa procedere al trasferimento in altro istituto ove il regime di sorveglianza particolare non possa essere eseguito nel carcere in cui si trova il detenuto. Non stupisce, dunque, e deve essere apprezzato a nostro modo di vedere, il tentativo di certa Magistratura di Sorveglianza, puntualmente disatteso dalla Cassazione, che, alla luce della tipizzazione dei due soli regimi penitenziari di cui agli artt. 14 *bis* e 41 *bis* co. 2 o.p., all'indomani dell'entrata in vigore della legge Gozzini, ha ritenuto illegittimo qualsiasi regime restrittivo applicato ad un certo detenuto – per effetto di un semplice trasferimento verso istituti di massima sicurezza – al di fuori di un procedimento *ex* art. 14 *bis* o.p.¹⁰⁰. Tesi questa che recava con sé il

⁹⁸ L'applicazione del meccanismo sospensivo di cui all'art. 90 o.p. è venuto meno nel 1984 per mancata proroga dei decreti ministeriali dispositivi. A quel tempo il particolare regime si applicava in 18 istituti di pena. La norma è stata poi definitivamente abrogata nel 1986 dalla legge Gozzini.

⁹⁹ Grazie all'applicazione dello speciale meccanismo sospensivo di cui all'art. 90 o.p. e, prima e dopo la sua vigenza, all'adozione di ordini di servizio da parte dei Direttori dei singoli istituti, alla peculiarità delle strutture di pena si è anche aggiunto un trattamento penitenziario particolarmente afflittivo: i momenti di vita in comune subivano una drastica riduzione; mancava l'osservazione della personalità e la predisposizione di un programma individualizzato (dovrà attendersi fino alla pronuncia della C. cost., n. 376/1997, cit., perché si affermi il principio che l'osservazione deve essere compiuta anche nei confronti di chi sia attinto da un provvedimento di "carcere duro"), si assisteva all'applicazione di norme ulteriormente restrittive dei contatti con l'esterno. Colloqui e corrispondenza risentivano dell'applicazione del provvedimento sospensivo di cui all'art. 90 o.p.

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Sorv. Milano, Ord. 10 novembre 1988, n. 445/88, con nota di A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria tra prassi amministrative e controllo giurisdizionale*,

rilevante corollario secondo cui tutte le volte in cui il detenuto si trovasse di fatto sottoposto a restrizioni assimilabili a quelle di cui al regime di sorveglianza particolare si sarebbe potuto invocare anche il rimedio di cui all'art. 14 *ter* o.p., ritenendosi, per questa via, possibile ricorrere al Magistrato di Sorveglianza.

Oggi giorno è proprio l'ambito dei regimi, per gli aspetti messi in evidenza nel quarto capitolo, dei circuiti di Alta Sicurezza, eredi delle carceri di massima sicurezza, e di Media Sicurezza, allorché venga applicata la custodia chiusa, e delle sezioni *ex art.* 32 co. 1 reg. esec., che andrebbe interamente rimeditato alla luce della migliore realizzazione delle garanzie previste in Costituzione, *in primis* sotto il profilo della riserva di legge, essendo necessario che il legislatore prenda finalmente posizione in materia, statuendo una volta per tutte quali siano i presupposti per la classificazione e quali possano essere i limiti ai diritti fondamentali che si considerano proporzionati a fronte delle comprovate esigenze di sicurezza.

Con specifico riferimento ai circuiti, come chiarito, si ritiene che dovrebbe essere la c.d. pericolosità penitenziaria, e dunque il comportamento serbato all'interno della struttura da parte del condannato, a fondare una certa classificazione/allocazione. Allo stato, invece, salve le ipotesi del regime di sorveglianza particolare e dell'allocazione nelle sezioni *ex art.* 32 co. 1 reg. esec. – che però troppo spesso consegue anche all'accadimento di un unico episodio meritevole della più grave sanzione disciplinare – l'allocazione in AS dipende primariamente dal titolo di reato commesso.

Come abbiamo avuto modo di approfondire nel quarto capitolo, cui si rinvia per le proposte ivi formulate, il frammentato universo dei regimi e dei circuiti, necessiterebbe anche di una sua riorganizzazione in chiave di razionalizzazione e semplificazione del sistema¹⁰¹.

Infine, ma su un piano completamente diverso, rimane aperta la questione della portata del principio di legalità in materia di esecuzione della pena allorché a venir in oggetto siano in particolare le misure alternati-

cit., 148. Cfr. in argomento anche L. PEPINO, *Regime carcerario di sorveglianza particolare e intervento giudiziario*, in *Quest. giust.*, 1988, 1, 95 ss.; P. SECHI, *Sorveglianza particolare "di fatto" e possibilità di controllo*, in *Giur. it.*, 1990, 2, 67 ss.

¹⁰¹ Cfr. cap. IV, sez. II, par. 4.9.

ve, in grado di provocare uno scollamento sensibile rispetto alla pena minacciata e in concreto irrogata da parte del giudice di cognizione, cui dedicheremo l'ultima parte del presente capitolo, e, più in generale, la questione dell'estensibilità della portata applicativa del principio di irretroattività in materia di esecuzione della pena, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

Rispetto alla riserva di giurisdizione, come abbiamo approfondito nel primo capitolo, essa è stata immediatamente assicurata in materia di accesso alle misure alternative, mentre non appare ancora tutt'oggi piena con riferimento ai benefici penitenziari, che consentono solo un assaggio di libertà: permessi premio, lavoro all'esterno e licenze¹⁰².

5.8. La recente pronuncia della Consulta n. 32/2020. Riflessioni in chiave critica e propositiva

Recentemente, con una storica sentenza, la Consulta ha contribuito in maniera significativa all'estensione delle garanzie alla materia dell'esecuzione penale.

Nel primo capitolo abbiamo approfondito la questione di più ampio respiro relativa alla natura delle norme sull'esecuzione penale e alle conseguenze derivanti dall'asserita natura sostanziale di taluni istituti rispetto all'operatività delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 Cost. Abbiamo anche dedicato un'ampia parte alla ricostruzione dei contenuti e delle argomentazioni adottate dalla Consulta nella sentenza n. 32/2020. In questa sede, non possiamo che rimandare alle osservazioni ivi svolte e confermare il plauso per una sentenza che ha finalmente saputo superare l'approccio formalista, che si era cristallizzato in maniera granitica nella giurisprudenza di legittimità, in favore di un approccio sostanzialista che valuti la funzionalità delle garanzie costituzionali in ambito penale rispetto agli effetti prodotti dalle singole norme/istituti propri dell'esecuzione penale.

Pur senza voler revocare in dubbio l'importanza e centralità di una pronuncia che si attendeva da decenni, e che ha saputo affermare l'operatività del principio di irretroattività tutte le volte in cui gli istituti afferenti all'esecuzione penale incidano sulla natura stessa della pena tra-

¹⁰² Cfr. cap. I, par. 1.5.

sformandola in un *aliud*, uno degli aspetti che, a nostro modo di vedere, risulta criticabile della sentenza n. 32/2020 è l'aver operato un distinguo, quanto ad operatività del divieto di retroattività delle norme di sfavore, tra le misure alternative, la liberazione condizionale e la disciplina di cui all'art. 656 co. 9 c.p.p., istituti ai quali lo stesso viene ritenuto applicabile, ed i benefici penitenziari, quali il lavoro all'esterno ed il permesso premio, per i quali detta operatività viene invece negata.

Se da un punto di vista meramente contenutistico si deve rilevare come la differenza tra semilibertà e lavoro all'esterno sia meramente quantitativa, non potendosi intravedere significative differenze tra i due istituti se non il maggior tempo che il semilibero può trascorrere quotidianamente in libertà, mentre il permesso premio appare caratterizzato da un'immanente «funzione pedagogico-propulsiva»¹⁰³, peraltro riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale, è altrettanto rilevante come, nella prassi, entrambi i benefici non solo si pongano idealmente come prodromici rispetto all'accesso ad una misura alternativa più ampia, ma costituiscano essi stessi un "assaggio di libertà" sul quale non si vede perché non debba calare quel presidio di legalità, sotto il profilo dell'irretroattività, che assiste invece gli altri istituti. La concessione di una misura alternativa da parte del Tribunale di Sorveglianza non può del resto non basarsi anche sul buon esito dei permessi precedentemente concessi e sulla buona prova di sé che il condannato abbia dato ove ammesso al lavoro all'esterno.

Entrambi i benefici sono considerati elementi del trattamento, tanto che, per essere concessi, devono essere previsti all'interno del programma rieducativo, soggetto all'approvazione dal Magistrato di Sorveglianza, ma è altrettanto vero che la prassi conosce esperienze premiali, anche lunghe, che prescindono del tutto dalla redazione del documento di sintesi dell'osservazione, i cui tempi sono spesso intollerabilmente dilatati a causa della penuria del personale addetto all'area giuridico-pedagogica. La stessa concessione delle misure alternative, specialmente nel caso di pene medio-brevi, è spesso slegata dai risultati dell'osservazione penitenziaria ove il materiale istruttorio reperito *aliunde* (informazioni di

¹⁰³ Così anche V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a C. cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, cit., 14 ss.*

polizia, indagini socio-familiari, ecc.) permetta comunque di pervenire alla decisione.

Né si può considerare dirimente la considerazione svolta dalla Consulta per cui una diversa disciplina sarebbe di difficile gestione per l'Amministrazione penitenziaria, posto che siffatto interesse "organizzativo" non può che essere considerato nettamente recessivo rispetto alla libertà personale.

Ancora, ci sembra che il correttivo apportato dalla Consulta allorché ha cristallizzato il principio del divieto di regressione trattamentale, sia stato un "cerotto" applicato su una ferita che necessitava di ben altre cure: questo tipo di soluzione, come già abbiamo chiarito, contingenta fisiologicamente i propri effetti, fissando il momento cui fare riferimento per limitare gli effetti di sfavore di una normativa peggiorativa *medio tempore* intervenuta, nel migliore dei casi, all'inizio dell'esecuzione penale, cosa del resto non scontata¹⁰⁴. Affermare che anche in mancanza di norme transitorie, le disposizioni previgenti possano continuare ad applicarsi anche nei confronti di coloro i quali abbiano «raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto», sembra dare per scontato non solo che l'esecuzione debba già essere iniziata da un tempo significativo ma che, al momento dell'entrata in vigore della norma di sfavore, quel tempo debba essere già stato utilmente impiegato dal condannato in un qualificato percorso rieducativo (percorso che, per quanto appena sopra osservato, spesso non avviene, ma non per fatto ascrivibile al condannato). Pertanto, ipotizzando il caso di un detenuto che abbia già maturato i termini per l'accesso ad un beneficio e veda sopraggiungere una normativa che, prima della decisione del Tribunale di Sorveglianza, vada ad incidere su quei termini aggravandoli, egli avrebbe la possibilità di beneficiare della più favorevole precedente previsione ove avesse

¹⁰⁴ Rimangono dunque certamente privi di tutela e vedrebbero frustrate le proprie legittime aspettative e dunque il proprio affidamento tutti coloro che, già condannati al momento dell'entrata in vigore della norma peggiorativa, non si trovassero ancora in esecuzione di pena. Giustamente si è sottolineato come in questo caso possano esserci delle ripercussioni negative sul versante rieducativo anche per chi abbia riposto il proprio legittimo affidamento rispetto ad un certo quadro normativo vigente al momento del fatto. Cfr., in questo senso, S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le "cose che accadono al di sopra delle parole"*, cit., 18.

già maturato i termini. Ma *quid iuris* per il condannato che sia appena entrato in carcere? La dottrina, come abbiamo visto, non dubita della necessità di collocare il punto di riferimento temporale per l'operatività del principio di irretroattività all'inizio dell'esecuzione penale¹⁰⁵, ma è certo che l'espressione utilizzata dalla Consulta per definire il principio di non regressione nel trattamento non sembra avallare detta ricostruzione.

Non a caso, la difficoltà di individuare in maniera univoca cosa questo principio significhi nei fatti e, per questa via, quali istanze siano ammissibili e dunque giudicabili nel merito, ha portato il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, nella sua ordinanza di rimessione relativa alla legittimità della disciplina di cui alla l. n. 3/2019, a porre l'interrogativo alla Consulta, che però non ha fornito alcuna precisazione in merito¹⁰⁶.

Concludendo sul punto, ci sembra dunque che, con riferimento alla disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p., il sistema restituitoci dalle sentenze n. 32/2020 e n. 253/2019, quest'ultima specificamente dedicata alla materia dei permessi premio, appaia doppiamente distonico. Da un lato, infatti, le due pronunce sembrano scritte l'una con la mano destra e l'altra con la sinistra, nella misura in cui la centralità riconosciuta nella sentenza del 2019 al permesso premio nel percorso rieducativo, quale primo momento di responsabilizzazione del detenuto, risulta quantomeno parzialmente smentita nella sentenza n. 32/2020, in cui, pur non rinnegandone la valenza rieducativa, non se ne riconosce però l'incidenza sulla qualità della pena, misconoscendo nei fatti quale differenza considerevole vi sia tra un condannato c.d. permessante e uno non permessante. Da un altro lato, poi, se l'idea è quella di un graduale reinserimento sociale che dall'accesso alla misura meno ampia porti a quella più ampia, per chi sia stato condannato prima dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019 per reati contro la Pubblica Amministrazione con pena superiore ai 4 anni, il si-

¹⁰⁵ Cfr., per tutti, F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, cit., 402 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Trib. Sorv. Venezia, Ord. 2 aprile 2019, n. 1188/19, cit., ove si afferma «Osserva altresì il Tribunale quale sia l'estrema labilità dei confini cui per tale via il giudice delle leggi ha inteso restituire all'apprezzamento discrezionale della giurisdizione rieducativa la valutazione dell'avvenuto raggiungimento del "grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti", laddove è noto come il margine tra ammissibilità dell'istanza e merito della decisione ha rischiato nella prassi di assumere connotati di sostanziale impercettibilità».

stema delineato dalla pronuncia sembra del tutto irrazionale nella misura in cui, per l'accesso ai permessi premio e al lavoro all'esterno, si farà applicazione della disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p. anche a chi fosse stato condannato prima dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019 – salvo il temperamento relativo ai soli permessi premio riconosciuto dalla sentenza n. 253/2019 –, mentre, per le misure alternative, misure certo più ampie, l'irretroattività schermerebbe dall'applicazione della disciplina di cui all'art. 4 *bis* co. 1 o.p.¹⁰⁷.

Ancora una volta ci sembra che il nodo esegetico torni ad essere la necessità di individuare in cosa consista una modifica qualitativa della pena. Se la *ratio* del principio di irretroattività, con riferimento specifico alla materia dell'esecuzione, è anche quella della tutela della libertà personale del detenuto, non possiamo nascondere che imporre l'applicazione di una norma di sfavore rispetto ai termini per l'accesso ad un permesso premio (o al lavoro all'esterno) abbia una ripercussione significativa, seppure potenziale, sulla libertà dello stesso¹⁰⁸.

La Consulta, operando il distinguo predetto, sembra in effetti sconfessare quanto dalla stessa affermato in precedenza, allorquando aveva precisato che tra le misure che incidono sulla «qualità e quantità» della pena non rientrano solo le misure alternative alla detenzione, ma anche «quelle che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere», quali il lavoro all'esterno, i permessi premio e le licenze¹⁰⁹.

Che si tratti dell'art. 13 co. 2 Cost., con riferimento specifico alla piena giurisdizionalizzazione dei benefici che, come abbiamo visto, non può ancora dirsi interamente compiuta, o che si tratti dell'art. 25 co. 2 Cost.,

¹⁰⁷ Affronta nel dettaglio tutti i possibili epiloghi, distinguendo le posizioni dei condannati ostativi “qualificati” e “generici”, tenendo conto dell'incidenza delle sentenze n. 253/2019 e n. 32/2020, A. RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il “condannato ostativo” all'accesso ai permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in *Giur. pen. web*, 2020, 6.

¹⁰⁸ Peraltro è la stessa Consulta nella sentenza n. 32/2002 a precisare che la valutazione dell'incidenza modificativa *in peius* sulla libertà personale rispetto al quadro normativo di riferimento vigente al momento della condanna, possa necessariamente essere svolta solo in termini probabilistici.

¹⁰⁹ Cfr. C. cost., n. 349/1993, cit.

con riferimento specifico all'operatività del principio di irretroattività, la coerenza del ragionamento sembra perdersi a mezza via.

L'auspicio è dunque quello che questa sentenza possa rappresentare una sorta di "apri-pista" per future altre pronunce che proseguano nella strada intrapresa valorizzando l'approccio sostanziale nella valutazione della natura delle norme e degli istituti propri dell'esecuzione penale.

PARTE III

PROPORZIONALITÀ E BILANCIAMENTO DI INTERESSI

5.9. *Gli spazi di applicazione del principio di proporzionalità in ambito penale*

Il principio di proporzionalità, che pure nel nostro ordinamento non riceve espressa copertura costituzionale, è venuto progressivamente assumendo un ruolo di primo piano anche in ambito penale grazie all'importante contributo della Corte costituzionale che ne ha fatto un suo metro di giudizio ricorrente¹¹⁰. Se la giusta proporzione è perlopiù presentata come limite alla pena, qualsiasi sia la finalità preventiva ad essa riconosciuta, il test di proporzionalità, o come fino a poco tempo fa veniva definito, di ragionevolezza¹¹¹, è divenuto negli anni anche uno dei

¹¹⁰ Per una ricostruzione puntuale e aggiornata, anche in ottica comparatistica, dell'utilizzo del principio di proporzione sanzionatoria, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021. Per uno studio approfondito dell'applicazione del principio di proporzionalità con riferimento specifico alle scelte di criminalizzazione, cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020. In materia, cfr. anche V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, in www.treccani.it, 2016; F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, cit., 311 ss. Più in generale, cfr. anche D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in www.sistemapenale.it, 9 novembre 2020, 1 ss.; ID., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 641 ss.

¹¹¹ In realtà due diverse tesi si contendono il campo sui rapporti tra giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità: secondo un primo approccio, il principio di proporzionalità

parametri fondamentali su cui la Consulta ha fondato alcune tra le sue pronunce più importanti proprio in materia sanzionatoria penale¹¹².

Riconoscendo un ancoraggio nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e nell'art. 27 co. 3 Cost.¹¹³, la Corte costituzionale è infatti giunta sia a sindacare scelte relative al *quantum* di pena, sia a dichiarare l'incostituzionalità di alcune previsioni che, cristallizzando degli au-

lità godrebbe di una sua autonomia rispetto a quello di ragionevolezza. Per questa tesi, per tutti: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 322, secondo cui «mentre, attraverso la verifica di ragionevolezza, l'amministrazione valuta la qualità degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, cioè compie un percorso volto alla giustificabilità della scelta, ponendo in essere, quindi, una verifica di massima sulla non incongruità dell'uso del potere discrezionale, attraverso la valutazione di proporzionalità, l'amministrazione vaglia la adeguata intensità dell'uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento del fine pubblico». Esso rappresenterebbe dunque «un metodo di misurazione oggettiva della ragionevolezza» che consente di stabilire in quale misura l'interesse pubblico debba prevalere sugli altri. Così S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 2017.

Secondo una diversa tesi, invece, i due giudizi si porrebbero in rapporto di genere a specie, rappresentando il giudizio sulla proporzionalità solo un aspetto del più ampio giudizio di ragionevolezza. In questo senso si è espressa più volte anche la stessa Corte costituzionale. Cfr. esemplificativamente C. cost., 18 febbraio 1975, n. 27; C. cost., 13 gennaio 2014, n. 1, entrambe in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «il test di proporzionalità [...] richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

¹¹² Cfr. cap. II, par. 2.5, in particolare nt. 133. In argomento: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Relazione alla conferenza trilaterale della Corte costituzionale italiana, portoghese e spagnola*, cit.; ID., *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 182; V. MANES, *Scelte sanzionatorie del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno 2013*, Roma, 2013, 104 ss. Parla di «canone costituzionale vincolante» che darebbe vita ad un vero e proprio diritto fondamentale del condannato a non essere sottoposto a pene sproporzionate rispetto alla gravità del fatto commesso: F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 224.

¹¹³ Per l'implicazione tra principio rieducativo e principio di proporzione, cfr. *infra*, Pt. III, par. 5.9.

tomatismi, sottraevano discrezionalità all'organo giudicante, in alcune occasioni superando anche la consolidata "regola delle rime obbligate", presidio della divisione dei poteri, ritenuto lungamente limite invalicabile alla potestà della Corte nell'adoptare sentenze additive tutte le volte in cui la declaratoria non si riducesse ad un'unica opzione possibile.

Peraltro, il principio rieducativo è stato utilizzato esso stesso dalla Consulta quale fondamento del divieto di pene sproporzionate. Secondo un argomento ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, infatti, una pena sproporzionata in eccesso verrà percepita come ingiusta dal condannato, che difficilmente si predisporrà ad intraprendere un cammino di rieducazione¹¹⁴.

Come è agevole comprendere, lo stesso principio di proporzionalità assume una sua specificità ove declinato con riferimento alle scelte di criminalizzazione e con riferimento specifico alla pena. Più in particolare, il test di proporzionalità potrebbe trovare un triplice momento di applicazione, dapprima con riferimento alle scelte di criminalizzazione, poi alla scelta della sanzione di carattere penale¹¹⁵ e, infine, relativamente al *quantum* di pena. Il terzo livello di giudizio è quello che riguarda nello specifico la proporzionalità sanzionatoria. Quanto alla legittimità del fine perseguito, il riferimento non potrà che correre alle finalità preventive

¹¹⁴ Cfr., ad esempio, C. cost., n. 236/2016, cit., in cui la Consulta, nel dichiarare illegittima costituzionalmente la cornice edittale del reato di alterazione di stato per violazione dell'art. 3 Cost., ha considerato la comminatoria edittale irragionevolmente sproporzionata, affermando altresì il «contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena, poiché ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo, in violazione dell'art. 27 Cost». Parla di sentimento di ribellione nei confronti dell'ordinamento F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 246-247, il quale sottolinea non solo l'importanza di tenere distinti i piani operativi dei principi di proporzione e di rieducazione, ma mette anche in evidenza come il principio di proporzione funga da limite all'istanza rieducativa, nella misura in cui la stessa potrebbe legittimare in astratto pene anche indeterminate nel massimo.

¹¹⁵ Per questo modello ricostruttivo, cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 121 ss., 207 ss., 231 ss. ed in particolare 232. Rimane forse qualche perplessità sull'*iter* logico tracciato dall'Autore nella misura in cui il test di proporzione sulla risposta sanzionatoria penale sembra dover seguire la sua applicazione rispetto alla scelta di criminalizzazione di una certa condotta.

della pena, cui dovrà far seguito, anche rispetto alla *species* ed al *quantum* di pena, un giudizio di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto¹¹⁶.

Il principio di proporzione è stato inoltre espressamente richiamato all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui possono essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa solo nel rispetto del principio di proporzionalità, laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione Europea o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui¹¹⁷.

¹¹⁶ Con riferimento al giudizio di proporzionalità applicato alla pena, esso appare duplice, avendo ad oggetto, da un lato, il diritto conculcato dall'applicazione della specifica sanzione penale prevista, e, dall'altro, il disvalore del fatto commesso e il fine preventivo. In materia, cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità, nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1427 ss. Sottolinea come il problema relativo alla proporzionalità sanzionatoria, che trova nella cornice astratta di pena il suo referente d'elezione, sia piuttosto quello delle tecniche decisorie adottabili dalla Consulta, dovendosi rispettare il principio di divisione dei poteri, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 236, il quale individua una triplice tecnica decisoria consistente nel dichiarare incostituzionale la previsione *tout court*, nel dichiarare l'illegittimità del minimo edittale con conseguente riespansione dell'applicazione della norma di parte generale sui minimi edittali, nell'individuare un c.d. *tertium comparationis* da cui mutuare la cornice edittale che si considera adeguata.

¹¹⁷ L'art. 51 della Carta europea prevede che: «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze». Volendo però condividere quell'orientamento interpretativo che considera estensibile l'ambito di efficacia della Carta europea dei diritti anche a quei settori aventi un collegamento anche solo indiretto con il diritto europeo, appare di tutta evidenza come essa possa estendere la sua portata applicativa anche all'esecuzione penale. La Commissione europea, nel quadro delle politiche di sostegno dell'attuazione delle regole penitenziarie europee approvate dal Consiglio d'Europa, il 14 giugno 2011 ha pubblicato un Libro Verde, *Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo - Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, precisando come l'interesse della Commissione UE ad occuparsi della materia, pur di competenza degli Stati membri, risulterebbe giustificata «dall'importanza fondamentale del principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in relazione allo spazio di libertà,

Peraltro il c.d. test di proporzionalità è stato già da tempo elaborato e

sicurezza e giustizia». Sempre nel Libro Verde si legge che «le questioni relative alla detenzione rientrano nell'ambito dell'Unione europea, in primo luogo in quanto sono un aspetto rilevante dei diritti che devono essere salvaguardati per promuovere una fiducia reciproca e per assicurare il buon funzionamento degli strumenti per il reciproco riconoscimento e, in secondo luogo, poiché l'Unione europea deve difendere alcuni valori». Lo stesso Parlamento europeo, all'indomani della pubblicazione del citato Libro Verde, ha sollecitato «la Commissione e le istituzioni UE ad avanzare una proposta legislativa sui diritti delle persone private della libertà» ed «a sviluppare ed applicare regole minime per le condizioni carcerarie e di detenzione nonché standard uniformi per il risarcimento delle persone ingiustamente detenute o condannate». Sebbene le condizioni di detenzione e la gestione delle carceri spettino principalmente agli Stati membri, tuttavia «carenze, come il sovraffollamento delle carceri e le asserzioni in merito al cattivo trattamento dei detenuti, possono pregiudicare la fiducia che deve sottostare alla cooperazione giudiziaria in materia penale, sulla base del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie da parte degli Stati membri UE». Così la Risoluzione n. 2897, 15 dicembre 2011, in *Foro it.*, 2012, 1, c. 37. Conforme anche la Risoluzione del 27 febbraio 2014 relativa al mandato d'arresto europeo.

Autorevole dottrina ha più in generale affermato a questo proposito che «il Giudice dell'Unione ha avvalorato un'impostazione più dinamica, volta a individuare un idoneo collegamento con il diritto UE anche in presenza di una disciplina nazionale non diretta in senso stretto a dare attuazione a norme europee. In una prospettiva *lato sensu* funzionale, infatti, la sfera di operatività della Carta si estenderebbe anche a quelle norme interne la cui adozione ed applicazione incidano, in concreto, sul conseguimento di obiettivi dell'ordinamento UE». Così S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Napoli, 2015, 461. Considerato quindi che l'art. 3 TUE pone tra gli obiettivi dell'UE anche la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che passa anche attraverso la cooperazione giudiziaria in materia penale, sembra possibile sostenere che l'esecuzione penitenziaria rientri nella sfera di operatività della Carta, seppur indirettamente, con riferimento specifico agli strumenti di mutuo riconoscimento per la cui operatività rilevano le condizioni detentive, come avviene in materia di mandato di arresto europeo e di trasferimento per esecuzione della pena in uno stato afferente all'UE. Così argomentando, ove si ritenesse di poter introdurre nel giudizio di proporzionalità della pena anche le vicende relative alle c.d. modalità esecutive della pena, rilevanti potrebbero essere le implicazioni dell'operatività diretta del principio di proporzione, così come affermata recentemente dalla Corte di Giustizia nel caso C. giust. UE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE. Per un commento, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e Diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in *www.sistema-penale.it*, 26 aprile 2022. Dà puntualmente conto dell'incidenza della cooperazione

applicato dalla giurisprudenza di Strasburgo con riferimento alle misure privative della libertà personale relativamente all'interpretazione che la Corte europea ha sviluppato con riferimento all'art. 5 Cedu¹¹⁸.

Proprio sulla scorta di ciò, dottrina da sempre attenta alla possibile incidenza del diritto sovranazionale sul diritto interno aveva già da tempo messo bene in evidenza come l'applicazione del test di proporzionalità della misura limitativa della libertà rispetto alla *ratio* di tutela sottostante avrebbe rappresentato nell'immediato futuro lo strumento per la verifica della «legittimità delle molte misure di controllo o neutralizzazione della pericolosità individuale attualmente previste nell'ordinamento italiano»¹¹⁹. Si tratterebbe dunque di verificare non solo che la misura persegua un fine considerato legittimo, ma anche che la stessa sia idonea e necessaria al raggiungimento di tale fine, nel senso che non esistano misure meno afflittive per perseguire il citato scopo di tutela, e, in ultima istanza, proporzionata. Quest'ultimo passaggio rappresenta il giudizio di c.d. proporzionalità in senso stretto, attraverso cui si dovrebbe poter verificare che il sacrificio ai diritti fondamentali non sia eccessivo rispetto allo scopo di tutela, o, detto altrimenti, che al sacrificio del diritto fondamentale corrisponda un'implementazione significativa della tutela dell'interesse contrapposto. È questo un giudizio di proporzionalità che attiene a quelle che la Consulta considera modalità esecutive della pena e che vede contrapposte le esigenze di ordine e sicurezza ai diritti fondamentali dei detenuti.

giudiziaria europea in ambito di diritti dei detenuti, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 211 ss.

¹¹⁸ Cfr., in riferimento alle prime pronunce in argomento, M.A. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 31 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 129 ss.

¹¹⁹ Così F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., 1351. Sulla scorta di questa impostazione, ha applicato il test di proporzionalità al "carcere duro", considerando che allo stesso sia possibile riconoscere natura di vera e propria sanzione penale, nel caso di specie accessoria, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 400 ss.

5.10. *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione della pena*

La Consulta ha ritenuto di poter fare applicazione del canone di giusta proporzione applicandolo però al giudizio di bilanciamento classico tra interessi contrapposti quale vero e proprio giudizio di proporzionalità in senso stretto o, ancor prima, come giudizio tecnico di congruità rispetto alle esigenze di tutela contrapposte al diritto fondamentale del detenuto, correlativamente sacrificato¹²⁰.

Ove detta congruità venga a mancare, infatti,

le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento¹²¹.

E ancora, più recentemente: «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere». Ove si adottassero misure incongrue rispetto all'esigenza predetta, le eventuali limitazioni ai diritti della persona detenuta «acquisterebbero unicamente un valore afflittivo, supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, comma 3, Cost.»¹²².

Anche la giurisprudenza di legittimità risulta conforme affermando che occorre sempre applicare il criterio della proporzionalità «tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e l'interesse della singola persona», per cui il sacrificio imposto al detenuto «non deve eccedere quello minimo necessario ai fini della sicurezza e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto»¹²³.

¹²⁰ Cfr. C. cost., 12 ottobre 2018, n. 186, in www.cortecostituzionale.it, sul divieto di cuocere cibi; C. cost., n. 143/2013, cit., sul numero di colloqui con i difensori e C. cost., 24 gennaio 2022, n. 18, in www.cortecostituzionale.it, sulla previsione del visto di censura apposto sulla corrispondenza con i difensori.

¹²¹ Così C. cost., n. 351/1996, cit.

¹²² Così ancora C. cost., n. 135/2013, cit.

¹²³ Così Cass. pen., 30 gennaio-20 febbraio 2008, n. 7791. Per le esemplificazioni in materia di perquisizioni con denudamento e flessioni e di videosorveglianza della cella,

Volendo esemplificare, anche di recente, con riferimento al regime del “carcere duro”, la Corte ha dichiarato l’illegittimità del visto di censura applicato alla corrispondenza con i difensori previsto all’art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. e)¹²⁴. A venire in oggetto in questo caso è, da un lato, il diritto alla difesa ed in particolare quello alla segretezza della corrispondenza con il proprio difensore – tanto più prezioso nella misura in cui si tratti di detenuto non abbiente, che dunque potrà difficilmente beneficiare di colloqui in presenza con il proprio legale – e, dall’altro, l’esigenza di sicurezza sociale. La pronuncia si pone in linea con la precedente sentenza n. 143/2013, con cui la Consulta aveva dichiarato l’illegittimità della norma che prevedeva un numero massimo di tre colloqui a settimana tra il detenuto in regime di 41 *bis* co. 2 o.p. e il proprio legale, affermando così il principio secondo il quale, nel giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti, ad un decremento di tutela di un diritto fondamentale – quale è appunto la difesa tecnica – debba necessariamente fare riscontro un corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango – la salvaguardia dell’ordine pubblico e della sicurezza – pena l’illegittimità della previsione¹²⁵.

Così recita la massima della sentenza n. 18/2022:

Le limitazioni dei diritti fondamentali imposte ai detenuti o internati sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41 *bis* o.p. – assai più onerose di quelle ordinariamente imposte ai detenuti e internati “comuni” – sono costituzionalmente legittime soltanto in quanto appaiano, da un lato, funzionali rispetto alla peculiare finalità del regime speciale in parola, che mira non già ad assicurare un *surplus* di punizione per gli autori di reati di speciale gravità, bensì esclusivamente a contenere la persistente pericolosità di singoli detenuti, in particolare impedendo i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà; e, dall’altro, non risultino sproporzionate, in quanto eccessive rispetto a tale scopo legittimo, e irragionevolmente gravose rispetto ai diritti fondamentali di cui

cfr. *supra*, cap. IV, sez. II, nt. 162.

¹²⁴ Cfr. C. cost., n. 18/2022, cit.

¹²⁵ Cfr. C. cost., n. 143/2013, cit. Per un commento, cfr.: F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2180 ss.; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2176 ss.

restano titolari anche le persone sottoposte al regime differenziato di cui all'art. 41 *bis* o.p., ovvero siano tali da vanificare del tutto la funzione rieducativa della pena; o ancora si risolvano, addirittura, in trattamenti contrari al senso di umanità¹²⁶.

Con riferimento allo specifico caso oggetto di scrutinio, dalle argomentazioni della Consulta si deduce che la disciplina non sarebbe idonea alla *ratio* di tutela sottesa alla previsione limitativa, in quanto la stessa non risulterebbe sufficiente a scongiurare un eventuale illecito scambio di informazioni tra difensori e assistiti: il medesimo potrebbe infatti comunque avvenire nei colloqui *de visu* o telefonici, che si svolgono senza limiti di numero e in assenza di controlli. La previsione sarebbe poi anche eccessiva e sproporzionata rispetto allo scopo perseguito, «dal momento che sottopone a controllo preventivo tutte le comunicazioni del detenuto con il proprio difensore», senza che vi sia alcun elemento concreto che consenta di ipotizzare condotte illecite da parte di quest'ultimo. In questo senso la disposizione censurata sembra alla Corte fondarsi su «una generale e insostenibile presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale».

Il riferimento alla corrispettività tra decremento del diritto del detenuto e incremento di tutela dell'esigenza contrapposta permette in effetti di spostarsi sul terreno di un giudizio di proporzionalità in senso proprio o stretto, andando oltre una valutazione che investighi la sola congruità del mezzo prescelto rispetto al fine prefissato e oltre il baluardo ultimo individuato nella ricorrente affermazione per cui non è comunque mai possibile imporre un sacrificio totale del diritto fondamentale facente capo al detenuto, in quanto ciò si rifrangerebbe necessariamente in un trattamento disumano e degradante, impingendo la dignità della persona

¹²⁶ Cfr., per un commento, C. CATANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41 bis*, cit.; M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in <https://dirittodidifesa.eu>, 4 marzo 2022. L'Autore in particolare critica la tecnica decisoria allorché sottolinea come la Consulta avrebbe più correttamente potuto adottare una interpretativa di rigetto in luogo di un'additiva, di fatto sconfessando il principio consolidato per cui «l'incostituzionalità è sempre *extrema ratio*, espressiva del fallimento dell'interpretazione [...] conforme a Costituzione».

che si consustanzia nel nocciolo duro di diritti fondamentali che non possono comunque mai essere del tutto negati al detenuto¹²⁷.

5.11. Il ruolo svolto dal principio di proporzionalità nella tutela dei diritti dei detenuti

È in quest'ottica che il principio di proporzionalità, che dovrebbe sempre informare il corretto esercizio dei poteri riconosciuti alla Pubblica Amministrazione, viene a rivestire un ruolo preminente anche quale metro di giudizio nel vaglio giurisdizionale che la Magistratura di Sorveglianza è chiamata a svolgere allorquando venga in oggetto la tutela dei diritti dei detenuti¹²⁸.

Come affermato da attenta dottrina, esso infatti

garantisce che i diritti dei detenuti esplichino pienamente la loro capacità di delimitazione (esterna ed interna) delle posizioni di potere, impedendo, in tal modo, che l'accentuata asimmetria del rapporto tra Amministrazione e ristretti debordi in abuso o in cattivo uso del potere pubblico¹²⁹.

¹²⁷ Sottolinea solo la seconda delle due implicazioni: M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, cit., 1-2.

¹²⁸ Cfr. S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, cit., 170, secondo cui il giudizio di proporzionalità risulta «applicabile con analogia sistematicità tanto dall'Amministrazione nello svolgimento della propria azione amministrativa, quanto, in seconda battuta, dal giudice di legittimità nello svolgimento della propria azione di controllo». Cfr. anche A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, 19, secondo cui il principio di proporzionalità «si pone all'attenzione dell'interprete come criterio cardine di un diritto amministrativo di garanzia, in grado di coniugare l'obiettivo della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico concreto con la tutela ed il necessario rispetto della persona umana coinvolta dal e nell'esercizio del potere amministrativo». Parla di funzione di contro-limite svolta dal principio di proporzionalità rispetto ad una prevenzione eccessiva: G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 52.

¹²⁹ Così G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 19 e 23 ss. Secondo l'Autore, il principio di proporzionalità informa non solo l'agire dell'Amministrazione penitenziaria nell'esercizio dei poteri autoritativi ad essa riconosciuti dalla legge in vista del soddisfacimento di un interesse pubblico considerato premi-

Se, da un lato, la realizzazione del fine pubblico – nel caso degli istituti di pena, la sicurezza – può dunque comportare una legittima compressione dei diritti dei detenuti, dall’altro, come abbiamo visto, l’Amministrazione penitenziaria dovrebbe conformare il proprio agire al principio di proporzione, muovendosi all’interno di quei limiti invalicabili che lo stesso ordinamento costituzionale e convenzionale contribuisce a definire, consistenti nel nucleo minimo dei diritti fondamentali dei detenuti che non può essere intaccato, pena il sacrificio della stessa dignità della persona. Ove così non fosse, al detenuto deve poter essere riconosciuto un presidio giurisdizionale di tutela.

5.11.1. Principio di proporzionalità e previsioni dell’ordinamento penitenziario

Volgendo lo sguardo alla legge sull’ordinamento penitenziario, in nessuna norma si riscontrano riferimenti alla proporzionalità. Essa richiama invece, più volte, il diverso concetto di necessità che, come abbiamo già avuto modo di vedere, altro non è che uno dei passaggi del giudizio di proporzionalità, in particolare quello che richiede di verificare che, tra più misure restrittive tutte di pari efficacia, l’Amministrazione penitenziaria adotti quella in grado di arrecare il minor sacrificio possibile ai diritti fondamentali facenti capo alle persone detenute¹³⁰.

Rileva, a nostro modo di vedere, in particolare il combinato disposto dell’art. 1 co. 4 e 5 o.p., frutto della mini-riforma del 2018, in cui si legge:

nente, ma trova applicazione anche con riferimento all’attività di prestazione di pubblico servizio cui l’Amministrazione penitenziaria è chiamata, quale *longa manus* dello Stato. Ne è una chiara espressione l’offerta trattamentale funzionale al reinserimento sociale del detenuto che, come abbiamo chiarito, integra un vero e proprio diritto per la persona detenuta cui corrisponde un obbligo di fare per l’Amministrazione penitenziaria. In quest’ottica, secondo l’Autore, l’applicazione del principio di proporzione impedirebbe che l’offerta trattamentale sia del tutto sacrificata ovvero irragionevolmente compressa a vantaggio di altri interessi pubblici.

¹³⁰ Analizza puntualmente le diverse norme della l. n. 354/1975 alla ricerca del riferimento alla necessità, G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 6 febbraio 2015, cui si rinvia per l’elencazione di tutti gli articoli in cui è dato apprezzare detto riferimento. A titolo esemplificativo, si richiamano qui le previsioni di cui agli artt. 14 *bis* e 41 *bis* o.p. e quella relativa all’uso della forza fisica di cui all’art. 41 co. 1 o.p.

Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari.

In dottrina, si è sottolineato come questa previsione segni un deciso passo avanti rispetto a quanto stabiliva il previgente comma 3¹³¹. Le esigenze di ordine e disciplina (*rectius* sicurezza) non sono infatti più presentate come assolute e trovano nella tutela dei diritti dei detenuti un loro connaturale limite¹³².

Lo stesso art. 3 delle Regole penitenziarie europee prevede peraltro che le restrizioni imposte alle persone private di libertà debbano essere ridotte allo stretto necessario e proporzionate agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte¹³³.

¹³¹ Disponeva infatti il precedente comma 3 dell'art. 1 o.p.: «Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari». Cfr.: V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1 o.p.*, ed. 2019, cit., 11, secondo cui sarebbe stato opportuno precisare espressamente, sulla falsariga di quanto previsto nell'art. 51 delle Regole penitenziarie europee e nell'art. 36 delle *Mandela Rules*, che la compressione dei diritti dei detenuti deve essere la minore delle possibili sia da punto di vista dell'intensità che della durata. Questa precisazione era infatti presente nella proposta di modifica dell'art. 1 o.p., formulata dalla Commissione Giostra, ma è stata attuata dal legislatore della riforma del 2018 solo con riferimento al controllo sui soggetti ammessi all'esecuzione esterna che deve arrecare il «minor pregiudizio possibile» (cfr. art. 58 co. 3 o.p.). Ciononostante, la dottrina citata ritiene che il principio del minor sacrificio possibile con riferimento ai diritti dei detenuti risulti desumibile dal complesso dei principi espressi nell'art. 1 o.p.

¹³² Secondo certa dottrina la modifica normativa citata segnerebbe una decisa inversione di rotta, mettendo bene in evidenza come ordine e sicurezza si pongano come precondizioni affinché possa realizzarsi l'offerta rieducativa nei confronti dei detenuti. Così F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *Sub art. 1 o.p.*, cit., 2, in cui gli Autori chiariscono che il principio di proporzionalità e adeguatezza costituisce «presidio generale di garanzia e "giustificabilità" delle eventuali limitazioni all'esercizio delle facoltà personali dei soggetti detenuti e assurge, correlativamente, a parametro di controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'operato dell'Amministrazione».

¹³³ Cfr. M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41 bis*, cit., 2180, che sottolinea come le Regole penitenziarie europee, «ancorché considerate di *soft law*», svolgano «un ruolo importante nella giurisprudenza della

Stando così le cose, il riferimento presente nella legge sull'ordinamento penitenziario sembra di fatto richiamare solo uno degli *step* relativi al giudizio di proporzionalità, quello che, tra le diverse misure congrue rispetto al fine prefissato, permette di scegliere quella meno invasiva, quella in grado cioè di realizzare il minor sacrificio possibile ai diritti delle persone detenute.

Appare però di tutta evidenza come il riferimento al requisito della necessità assorba in sé quello sulla congruità, in quanto la valutazione sul requisito della necessità appare logicamente successiva rispetto a quello sull'idoneità, di talché due sarebbero i passaggi evocati dalla legge sull'ordinamento penitenziario: quello di idoneità e quello di necessità¹³⁴.

Peraltro, ogniqualvolta si tratti di individuare il mezzo che comporti il minor sacrificio possibile per i diritti dei detenuti tra più misure ritenute funzionali, il giudizio di congruità, inteso come comprensivo del vaglio di idoneità e necessità, risulta di per sé sufficiente¹³⁵. In questi casi, infatti, la discrezionalità appare vincolata, all'esito dell'applicazione del giudizio di proporzionalità, all'adozione dell'unica misura possibile. Ne discende che, ove il giudizio si arresti al vaglio di congruità e necessità, esso è il più semplice da condurre in quanto si tratta di verificare se, tra le diverse opzioni funzionali a perseguire l'istanza di tutela, sia stata adottata quella in grado di arrecare il minore danno ai diritti dei detenuti.

Quando invece la decisione dell'Amministrazione penitenziaria sia stata ispirata da una discrezionalità massima nel temperamento degli interessi contrapposti, avendo l'Amministrazione in astratto a disposizione più mezzi, ciascuno dotato di un livello di efficacia e di un grado di afflittività diversi, verrà necessariamente in oggetto un ulteriore *step* valutativo, quello di proporzionalità in senso stretto¹³⁶.

Corte di Strasburgo ai fini della concretizzazione dei parametri convenzionali impiegati nella soluzione delle questioni riguardanti i diritti dei detenuti». Analogamente anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2014 relativa ai delinquenti pericolosi, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 febbraio 2014, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 3, 223-232.

¹³⁴ Così, già G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 4, nota 7.

¹³⁵ Cfr. G.M. NAPOLI, *op. ult. cit.*, 7.

¹³⁶ Così S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 225.

5.11.2. *L'applicazione del principio di proporzionalità nel vaglio della Magistratura di Sorveglianza*

A nostro modo di vedere, il giudizio di proporzionalità, o di ragionevolezza che dir si voglia, normalmente adottato dalla Consulta tutte le volte che si tratti di sindacare la legittimità di una legge che si risolva in un bilanciamento di interessi sproporzionato, deve poter essere quantomeno applicato dalla Magistratura di Sorveglianza, in sede di giudizio di tutela dei diritti dei detenuti, tutte le volte in cui il bilanciamento di interessi sia stato sottratto al legislatore e lasciato alla discrezionalità amministrativa, come accade sia nelle ipotesi di classificazione e mancata declassificazione in Alta Sicurezza e in Media sicurezza a c.d. custodia chiusa, sia allorquando l'Amministrazione penitenziaria conservi un margine di discrezionalità nell'adozione delle misure idonee ad impedire i collegamenti con il consesso mafioso *ex art. 41 bis* co. 2 *quater* lett. a) e f).

Di tutta evidenza come ciò si risolva comunque in un "arretramento" di tutela, non solo perché, in assenza di una previsione normativa espressa, manca la possibilità di ricorrere al vaglio garantista della Corte costituzionale, ma anche perché, attestandosi la tutela dei diritti dei detenuti, come abbiamo cercato di spiegare nella parte iniziale di questo lavoro, nell'alveo del principio del divieto di pene consistenti in trattamenti disumani, evocando il baluardo ultimo della dignità della persona, quale *conditio sine qua non* dell'esecuzione della pena, esso rappresenterebbe un *minus* rispetto alla distinta istanza rieducativa¹³⁷. L'asserita esistenza di un diritto alla rieducazione, che si compone dei singoli diritti costituenti anche elementi del trattamento, ci porta comunque ad affermare che, per questa via, il reclamo giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* o.p. possa divenire la sede di elezione in cui entrambe le istanze di cui all'art. 27 co. 3 Cost. possono trovare adeguato presidio.

È proprio con riferimento alle situazioni in cui appaia evidente che un bilanciamento di interessi contrapposti, operato dall'Amministrazione penitenziaria, abbia comportato un sacrificio eccessivamente gravoso di quelli facenti capo ai detenuti, che il giudizio di proporzione, inteso non

¹³⁷ Così F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 531.

solo come giudizio di congruità ma anche come giudizio di proporzione in senso stretto, può, a nostro modo di vedere, riguadagnare uno spazio importante, né più e né meno di quanto fatto dalla Consulta nel valutare quelle restrizioni relative al regime del “carcere duro” predeterminate normativamente.

In questo tipo di giudizio, alcuni dei passaggi del test di proporzionalità evocato dalla stessa Corte EDU per saggiare la legittimità delle misure coercitive divengono centrali.

Dirimente appare il vaglio di c.d. congruità che coincide con quello di idoneità, dal momento che da questo discende la possibilità di censurare quelle scelte che si appalesano inidonee al perseguimento del fine e variamente incidenti sui diritti dei detenuti. Questo giudizio, che pure è stato molto utilizzato anche dalla stessa Consulta, non esaurisce però il giudizio di proporzionalità, proprio perché più misure possono risultare funzionali ad una determinata esigenza di tutela.

A fronte di una molteplicità di opzioni, e a parità di efficacia, sarà dunque il criterio di necessità a guidare verso la soluzione che arrechi il minore sacrificio possibile ai diritti delle persone detenute¹³⁸. Il grado di afflittività deve essere misurato con riferimento all'incidenza sofferta dal diritto della persona detenuta che ne esce conculcato a fronte della migliore realizzazione dell'esigenza di sicurezza contrapposta: parametri di giudizio sono dunque l'incidenza sui contenuti del diritto ma anche la durata del sacrificio patito¹³⁹.

¹³⁸ Cfr., in materia: E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 51 e 53, secondo cui «mentre l'idoneità riguarda il provvedimento in sé e la sua attitudine a soddisfare l'interesse pubblico, la necessità considera la limitazione della sfera giuridica del soggetto coinvolto, che deve ridursi alla meno incisiva possibile per raggiungere lo scopo prefissato». E ancora: «la necessità tra diverse misure alternative si misura a parità di idoneità».

¹³⁹ In questo *step* del giudizio di proporzionalità, se apprezzato a monte quale stella polare dell'agire dell'Amministrazione penitenziaria, anche in chiave di prevenzione del contenzioso, particolarmente importante può risultare la percezione da parte del detenuto dello strumento meno afflittivo. In questo senso, attenta dottrina sottolinea come il giudizio di proporzionalità si presti a divenire un giudizio di tipo inclusivo in cui la persona detenuta dovrebbe essere chiamata a svolgere un ruolo rilevante. Così G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 43 ss. e in particolare 47.

Se i giudizi di idoneità o congruità e di necessità sono valutazioni di tipo tecnico, quello di proporzionalità in senso stretto, quale espressione di una discrezionalità pura dell'Amministrazione, trova un suo ambito applicativo tutte le volte in cui a venire in oggetto siano interessi di carattere antagonistico che debbono essere adeguatamente temperati allorché si tratti di scegliere tra mezzi diversi, ciascuno dei quali dotato di un livello di efficacia (idoneità) e di un grado di afflittività (necessità) distinto: in questo caso è necessario che il Magistrato di Sorveglianza possa entrare nel merito e valutare la ragionevolezza del sacrificio imposto al diritto del detenuto alla luce del confliggente interesse che si è inteso tutelare¹⁴⁰. Dovrà dunque necessariamente essere valutata la rilevanza del diritto del detenuto nella gerarchia delle fonti e così il grado della lesione patita. Ciò permetterà di valutare l'intensità del sacrificio sofferto dal detenuto. A questo giudizio dovrà corrispondere anche quello relativo alla c.d. «intensità di realizzazione dell'interesse pubblico» contrapposto. Esso è dato ancora una volta dal grado di rilevanza dell'interesse pubblico perseguito e dal livello di idoneità del mezzo adottato dall'Amministrazione penitenziaria. Da ultimo, l'intensità del sacrificio deve poter essere rapportata all'intensità di realizzazione dell'interesse pubblico: quanto più elevato è il sacrificio imposto ai diritti dei detenuti, tanto maggiore deve essere la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

L'applicazione del principio di proporzionalità in senso stretto permette dunque di individuare il miglior equilibrio possibile tra il sacrificio da imporre e i benefici da ottenere¹⁴¹.

Come appare evidente, dunque, si tratta di comparare il criterio della necessità con il grado di rilevanza del diritto del detenuto inciso, così come la congruità del mezzo rispetto all'importanza dell'esigenza pubblica contrapposta e di comporre, in ultima istanza, i due parametri individuati che si pongono in evidente contrapposizione¹⁴².

¹⁴⁰ Rivendica un adeguato spazio anche per il giudizio di proporzionalità in senso stretto con specifico riferimento all'art. 41 *bis* co. 2 o.p., A. MARTUFI, *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, cit., 261.

¹⁴¹ Così G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 33 ss. e, in particolare, 55.

¹⁴² Parla di «rapporto di tensione» G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione peniten-*

La giurisprudenza costituzionale si è mossa in questa direzione richiedendo di provare che ad un decremento della tutela del diritto facente capo al detenuto corrisponda un incremento di tutela degli interessi pubblici contrapposti¹⁴³, ponendosi logicamente questo giudizio a valle di quello sulla congruità della misura adottata.

Preme rimarcare che l'intero vaglio della Magistratura di Sorveglianza dovrà essere operato tenendo in adeguata considerazione le circostanze del caso concreto, con le sue peculiarità, essendo le stesse in grado di orientare il giudizio di proporzionalità.

L'intero giudizio non potrà infine prescindere dai due limiti inferiori relativi al divieto di trattamenti disumani o degradanti ed a quello, connesso a quest'ultimo, del completo sacrificio dei diritti facenti capo al detenuto, tra cui, come più volte ripetuto, primo tra tutti il diritto alla rieducazione¹⁴⁴.

ziaria, cit., 43. Cfr. più in generale sul tema G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 1-92; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 235; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 46-47.

¹⁴³ In questi termini, come abbiamo visto, si è espressa anche la Consulta, aprendo a nostro modo di vedere ad un giudizio di proporzionalità in senso stretto, da ultimo nella sentenza n. 143/2013, cit., argomento più recentemente ripreso nella sentenza n. 18/2022, cit.

¹⁴⁴ Con riferimento al diritto alla rieducazione, ciò è stato ripetuto a più riprese dalla stessa Consulta nella sua giurisprudenza sull'art. 41 *bis* o.p. Chi si è interessato del tema della proporzionalità nell'esercizio dei poteri autoritativi da parte dell'Amministrazione penitenziaria ha invece distinto, all'interno del complesso giudizio di proporzionalità, quattro distinti momenti: il giudizio di idoneità, di necessità, di adeguatezza tecnica, in cui viene fatta confluire l'operatività del limite del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, e il giudizio di proporzionalità in senso stretto. In questo senso, cfr. G. M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., 33 ss., in particolare 49 ss. Cfr. *infra*, Pt. IV, par. 5.13 e *supra*, cap. I, par. 1.3.1.

PARTE IV

LA GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA

5.12. Legalità della pena e principio rieducativo. La necessaria flessibilizzazione della risposta sanzionatoria e la discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza

Se sul versante della tutela dei diritti, e correlativamente riguardo alla definizione dei poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, la legalità, ed in particolare la riserva di legge ed il principio di determinatezza, reclamano a gran voce una loro piena realizzazione, sul versante della giurisdizione rieducativa la disciplina delle misure alternative alla detenzione, giusta la loro vocazione rieducativa, sembra tollerare ed anzi necessariamente implicare, come abbiamo avuto modo di vedere nel secondo capitolo del presente lavoro, un certo margine di indeterminatezza, in qualche misura "fisiologico", connesso alla necessaria individualizzazione del trattamento rieducativo che, in fase esecutiva, deve poter essere plasmato sulle esigenze del singolo detenuto e adeguarsi nel tempo ai mutamenti personologici e alla progressione nel percorso rieducativo intrapreso.

Abbiamo anche messo in luce come, fino a quando la pena è stata considerata in ottica squisitamente retributiva – dunque immutabile in fase esecutiva – l'esigenza di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva non sia stata particolarmente avvertita: è solo con l'entrata in vigore della l. n. 354/1975 e con la correlativa piena attuazione del corollario della flessibilizzazione della risposta sanzionatoria, giusta l'introduzione delle misure alternative alla detenzione, che si riconosce piena attuazione al principio rieducativo e si rende evidente la necessità di una progressiva giurisdizionalizzazione della fase esecutiva. Si attesta così la c.d. "giurisdizione rieducativa" facente capo alla Magistratura di Sorveglianza. Questo *iter*, di cui si è dato conto nel secondo capitolo del presente lavoro, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti, ha seguito gli auspici della più attenta dottrina che già 50 anni or sono sottolineava come alla fisiologica flessibilizzazione della pena *in executivis* dovrebbe corrispondere una progressiva giurisdizionalizzazione della fase esecutiva: «l'al-

lentarsi necessario della legalità nell'esecuzione penale deve trovare il suo contrappeso in un potenziamento delle garanzie giurisdizionali»¹⁴⁵.

Come abbiamo potuto approfondire, il principio rieducativo sta vivendo, almeno da alcuni anni, una stagione di grande splendore soprattutto grazie all'opera della Consulta che ha contribuito in maniera significativa, e necessaria, vista l'inerzia legislativa, al progressivo smantellamento degli automatismi che, fin dalla stagione dell'emergenza, avevano caratterizzato l'ordinamento penitenziario e continuano in parte a caratterizzarlo. Se in altri rami dell'ordinamento le presunzioni assolute, e gli automatismi che su queste si fondano, sono state spesso dichiarate illegittime per contrasto all'art. 3 Cost., in quanto ingiustamente perequative di situazione diverse, in ambito penitenziario è stato invece ancora una volta il principio rieducativo ad essere richiamato con maggior vigore, restituendo alla Magistratura di Sorveglianza quella discrezionalità sul caso concreto che le è propria¹⁴⁶.

La giurisdizione si definisce "rieducativa" proprio perché caratterizzata da una fisiologica ampia discrezionalità riconosciuta in sede di concessione e revoca delle misure alternative, figlia della necessità di valutare l'uomo e non il fatto, valorizzando proprio l'istanza special-preventiva positiva. Come è stato giustamente rilevato, seppur non da un punto di vista strettamente formale, il procedimento di determinazione della pena, che prevede la possibilità per la Magistratura di Sorveglianza di concedere le misure alternative alla detenzione, appare sostanzialmente bifasico: una volta definita la pena in fase di cognizione, il giudice preposto alla valutazione personologica del condannato potrà "piegare" la sanzione, a seconda di quanto risultino ancora attuali le istanze di sicurezza sociale, in rapporto ai traguardi rieducativi nel frattempo già maturati¹⁴⁷. Infatti, «la pena non può perseguire la sua finalità rieducativa, costituzionalmente riconosciuta, ove non si adegui per specie e quantità alla personalità dell'agente»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 281.

¹⁴⁶ Si rinvia al cap. II, parr. 2.4 ss. anche per le considerazioni conclusive espresse in argomento.

¹⁴⁷ Così A. MARCHESELLI, *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e realpolitik*, cit., 40.

¹⁴⁸ Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 356 ss.

Che le istanze rieducative debbano essere adeguatamente tenute in considerazione anche prima della fase esecutiva è dato per assodato fin da quando la Consulta ha affermato, con la storica sentenza n. 313/1990, che l'ideale rieducativo è assurto a stella polare del sistema sanzionatorio, accompagnando la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», e divenendo valido riferimento, non solo per la Magistratura di Sorveglianza in fase esecutiva, ma anche per il giudice di cognizione e per lo stesso legislatore, chiamato ad ispirarsi alla finalità rieducativa nell'attuare le proprie scelte di politica criminale in ambito sanzionatorio¹⁴⁹. La stessa Consulta aveva stabilito un espresso collegamento tra il principio di responsabilità personale e la finalità rieducativa nella celebre sentenza n. 364/1988, venendo per questa via a collegare, per la prima volta espressamente, l'istanza rieducativa al fatto di reato¹⁵⁰. Allo stesso modo, come noto, nonostante i contrasti in dottrina sul punto, sembra ormai consolidata la posizione che proietta nel futuro la capacità a delinquere di cui all'art. 133 co. 2 c.p., attraendo il momento commisurativo della pena nell'alveo della finalità rieducativa¹⁵¹. Se dunque specifiche istanze special-preventive possono condurre all'applicazione di una pena nei limiti della colpevolezza per il fatto, incidendo in *bonam partem*, un percorso personologico successivo al fatto deve poter essere adeguatamente tenuto in conto e permettere al giudice di rimodulare la risposta sanzionatoria incidendo sia sulla qualità che sulla quantità della pena.

Una risposta sanzionatoria, dunque, che veda nella sentenza del giudice di cognizione il punto di partenza per una sua eventuale rideterminazione sulla base delle esigenze e dei progressi compiuti dal condannato. Guardando all'uomo e alla sua evoluzione, alla giurisdizione rieducativa non può non corrispondere un potere di rideterminazione della sanzione nella misura in cui risulti appurato che la pena ha già raggiunto l'irrinunciabile obiettivo rieducativo che la Costituzione le riconosce.

¹⁴⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.2; cap. III, sez. I, par. 3.1. In argomento, cfr. i fondamentali contributi di G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., 297 ss.; ID., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni convegni)*, cit., 437 ss. Sua l'idea che non esistano delinquenti incorreggibili.

¹⁵⁰ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 195.

¹⁵¹ Cfr., per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 356 ss.

Come abbiamo avuto modo di approfondire nel secondo capitolo, è la stessa natura del giudizio prognostico di tipo predittivo relativo alla pericolosità sociale a legittimare quella “discrezionalità suppletiva” propria della giurisdizione rieducativa. Allo stesso modo, il margine di indeterminatezza delle norme che definiscono i presupposti concessori delle singole misure alternative risulta funzionale al tipo di giudizio prognostico cui il Magistrato di Sorveglianza è chiamato.

Ben si comprende allora come la stessa Magistratura di Sorveglianza, nel tentativo di ancorare a dati certi la fisiologica vaghezza del giudizio affidatole, abbia nel tempo favorito una sua progressiva oggettivizzazione, introducendo nelle valutazioni prognostiche numerosi elementi fattuali¹⁵².

Se il tratto di indeterminatezza evidenziato, caratteristico della tipologia di giudizio alla base della concessione delle misure alternative, risulta giustificabile in nome della finalità rieducativa, ciò che invece introduce un profilo di incoerenza nel sistema è la progressiva perdita di identità delle misure alternative, che hanno sofferto nel tempo quella che abbiamo definito una “metamorfosi”, ed una progressiva funzionalizzazione ad istanze meramente deflative, perdendo al contempo l’originaria vocazione special-preventiva che, sola, può invece giustificare un parziale *vulnus* al principio di legalità¹⁵³.

A questo proposito dobbiamo infatti sottolineare come la scelta del legislatore del 1998, che ha disciplinato la sospensione dell’ordine di esecuzione *ex art. 656 co. 5 c.p.p.*, rivoluzionando il sistema di accesso alle misure alternative, nel contribuire certamente alla deflazione carceraria, abbia annacquato il giudizio prognostico, impoverendolo di quella che fino a quel momento era stata la sua cifra definitoria: la possibilità di apprezzare il percorso rieducativo e di evoluzione personologica del condannato. A questo proposito non possiamo non riformulare qui la proposta, già avanzata in un altro scritto, in cui si auspicava lo spostamento in capo al giudice di cognizione della competenza a concedere, ove la pena irrogata fosse contenuta nel limite di 4 anni, l’affidamento in prova¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. cap. II, par. 2.3.

¹⁵³ Cfr. *ibidem*.

¹⁵⁴ L’opzione veniva proposta come alternativa alla previsione di un’ipotesi specifica di sospensione condizionale con messa alla prova. Cfr. M. MIEDICO, A. MENGhini, P.

Nel rinviare alle considerazioni finali già svolte nel secondo capitolo, anche con riferimento alle specificità del giudizio relativo alla concessione delle misure dalla libertà¹⁵⁵, ci limitiamo qui a rammentare come su entrambi gli aspetti da ultimo richiamati abbia inciso la recente Riforma Cartabia, cui dedicheremo l'ultimo paragrafo del presente capitolo, a cui rimandiamo anche per alcune considerazioni critiche.

5.13. Incidenza delle vicende esecutive sul giudizio di proporzione sanzionatoria?

Finora, parlando di proporzione, ci siamo sempre riferiti all'applicazione del canone di giusta proporzione sia nell'attività dell'Amministrazione penitenziaria sia nel giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti che caratterizza la giurisprudenza della Consulta e che, a nostro modo di vedere, dovrebbe essere esteso anche alla Magistratura di Sorveglianza a maggior ragione tutte le volte in cui, come accade in materia di circuiti, manchi a monte una previsione normativa che possa essere sindacata dalla Consulta. In questo paragrafo è nostra intenzione approfondire invece un diverso profilo.

Chi ha già compiuto uno studio sistematico in materia di proporzionalità sanzionatoria in ambito penale si è posto un interrogativo fondamentale: se cioè, ai fini del giudizio di proporzionalità, debbano rilevare solo la *species* di pena e la sua durata o se invece debbano essere tenute in considerazione anche le modalità concrete di esecuzione della pena detentiva, attraendo nel giudizio di proporzionalità il profilo del possibile accesso a misure alternative¹⁵⁶.

POJER, *Le misure di probation nel Regno Unito. Spunti per una riforma in Italia*, cit., 92 ss. L'affidamento in prova al servizio sociale è l'unica misura alternativa a non essere stata inserita tra le nuove pene sostitutive della Riforma Cartabia. Cfr. *infra*, par. 5.1.4.

¹⁵⁵ Cfr. cap. II, par. 2.3.

¹⁵⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 195 ss., il quale ritiene che sia la sola pena inflitta a dover essere conforme al principio di proporzionalità, mentre profili attinenti alla sua esecuzione, tra cui anche il possibile accesso all'esecuzione *extra moenia*, debba essere valutato alla luce del diverso principio rieducativo. A suffragio di questa impostazione, l'Autore evoca anche le importanti affermazioni della Corte di Strasburgo nel famoso caso *Vinter c. UK* relativo

Si è messo in evidenza come le modalità esecutive siano variabili non attinenti al giudizio di cognizione: esse non discendono infatti dalla sentenza di condanna ma da successive decisioni, siano esse della Magistratura di Sorveglianza, dell'Amministrazione penitenziaria o di organi più genericamente facenti parte dell'esecutivo. Secondo questa ricostruzione, dunque, gli unici parametri di valutazione della legalità della pena in fase esecutiva tornerebbero ad essere quelli relativi ai due principi enucleati all'art. 27 co. 3 Cost.: umanità della pena e principio rieducativo¹⁵⁷.

Da un lato, infatti, si è sottolineato come il principio del divieto di pene consistenti in trattamenti disumani, che trova un suo corrispettivo nella previsione di cui all'art. 3 Cedu, mantenga una sua autonomia rispetto al principio di proporzionalità: esso funge invero da baluardo ultimo della dignità del condannato e come tale prescinde dalla gravità del fatto commesso. Si tratta di un principio di carattere assoluto¹⁵⁸, mentre il giudizio di proporzionalità riguarda il rapporto tra disvalore del fatto e

all'ergastolo *without parole*, in cui, effettivamente, la Corte ha imposto un duplice vaglio di conformità convenzionale, declinando il criterio di proporzionalità sia con riferimento alla pena comminata rispetto alla gravità del fatto commesso, sia con riferimento al momento esecutivo, in cui a dover essere valutata è l'evoluzione personologica del soggetto. La previsione dell'ergastolo potrebbe dunque essere considerata in astratto proporzionata rispetto alla gravità del fatto commesso, ma il principio rieducativo ed in particolare l'apprezzamento di un percorso rieducativo significativo potrebbe far ritenere illegittima l'esecuzione della pena oltre un certo termine, idealmente indicato dalla Corte di Strasburgo in 25 anni. Cfr. Corte eur. dir. Uomo, Sezione IV, 17 gennaio 2012, *Vinter e altri c. UK*, cit., con nota di F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>; Corte eur. dir. Uomo, Grande camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. UK*, cit.

Secondo l'Autore, la stessa idea di proporzionalità della pena è poi del tutto estranea ai giudizi che si proiettano nel futuro. Emblematico il giudizio prognostico di pericolosità sociale, ma, e a maggior ragione, anche di quelli di pericolosità penitenziaria.

¹⁵⁷ Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 197. Secondo questo approccio, dunque, la legittimità del regime del "carcere duro" andrebbe verificata alla luce del principio del divieto dei trattamenti disumani e degradanti e del principio rieducativo.

¹⁵⁸ Così già F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 39 ss., il quale precisa come tale soglia minima possa diversamente collocarsi a seconda della sensibilità sociale propria del periodo storico di riferimento. Sulla relatività di contenuto del principio, cfr. in particolare cap. I, nt. 39.

correlativa sanzione. L'umanità della pena è, invece, un metro universale che vale per tutti i detenuti e che, in un modello ideale, potremmo certamente collocare quale limite inferiore invalicabile¹⁵⁹. Mentre il principio di proporzione viene tradizionalmente ricondotto agli artt. 3 e 27 co. 3 seconda parte Cost., quello di umanità della pena evoca immediatamente, oltre all'art. 27 co. 3 prima parte Cost., non solo l'art. 3 Cedu, ma anche l'art. 2 Cost. e la tutela dei diritti inviolabili ivi prevista. Esso implica, dunque, in fase esecutiva, l'illegittimità di qualsiasi prescrizione che giunga a sacrificare *in toto* uno o più diritti fondamentali facenti capo ai detenuti.

Dall'altro lato, si è ribadito come la finalità rieducativa svolga un ruolo autonomo di primaria importanza se apprezzata con riferimento alla fase esecutiva, informando di sé l'intera legge sull'ordinamento penitenziario. In un ideale percorso di apprezzamento della legalità delle pene, se il principio di proporzione si colloca idealmente nei due momenti di previsione astratta della sanzione rispetto ad un determinato precetto e di commisurazione in concreto, il principio rieducativo dovrebbe poter svolgere un ruolo ulteriormente contenitivo in fase esecutiva permettendo di apprezzare il percorso rieducativo intrapreso, portando a censurare previsioni che invece ne impediscano o frustrino l'apprezzamento, sulla scorta di presunzioni assolute di pericolosità. In quest'ottica, come abbiamo potuto approfondire nel secondo capitolo, numerose sono infatti le recenti sentenze che si pongono nel solco del principio di rieducazione

¹⁵⁹ Il principio ovviamente non limita la sua rilevanza alla sola fase esecutiva, potendo legittimamente assurgere quale vaglio che si pone anche a monte rispetto a quello di proporzionalità della pena, potendosi applicare il test di proporzionalità solo a pene già considerate non disumane o degradanti. Così, ancora: F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 245-246. Sulla rilevanza del principio di umanizzazione della pena nell'impianto complessivo della legge sull'esecuzione penitenziaria, cfr. F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 590 ss., il quale valorizza il dettato dell'art. 14 *quater* o.p. laddove il legislatore individua il nocciolo duro di diritti che non possono essere comunque limitati anche nei confronti del detenuto destinatario di un provvedimento di sorveglianza particolare. Rammentiamo che, in più di un'occasione, la stessa Corte costituzionale ha sottolineato la bontà di una scelta siffatta, che, nel delimitare appunto un limite inferiore invalicabile, riconosce comunque all'Amministrazione penitenziaria un margine di discrezionalità funzionale ad apprezzare la specificità del caso concreto.

e dei suoi corollari (individualizzazione della pena, progressività trattamentale e flessibilità della risposta sanzionatoria) e che hanno permesso alla Consulta di smantellare progressivamente tutta una serie di automatismi e preclusioni¹⁶⁰.

La ricostruzione proposta appare pienamente condivisibile sul piano dei principi ma merita a nostro modo di vedere alcune puntualizzazioni.

A livello generale, ci sembra infatti che, anche nella fase esecutiva, si percepisca quella stessa istanza di giustizia sostanziale che si rinviene sia nella fase predispositiva di precetto e sanzione sia in quella di commisurazione giudiziale¹⁶¹. Solo che, in questo caso, le istanze di giustizia sostanziale sono da collegarsi all'operatività del principio rieducativo e del diritto alla rieducazione che in esso affonda le radici, così come nel principio di umanità della pena che non tollera trattamenti disumani o degradanti e dunque una sofferenza ulteriore rispetto a quella che è "normalmente" insita nell'esecuzione della pena in carcere. Anche in fase esecutiva, infatti, il successo del percorso rieducativo, come abbiamo cercato di spiegare, si fonda sulle condizioni minime perché questo possa realizzarsi, mentre condizioni disumane rendono di per sé non realizzabile oggettivamente qualsiasi offerta trattamentale né presumibilmente desiderabile e liberamente eleggibile detto percorso rieducativo. La buona riuscita di un programma rieducativo dipende inoltre anche dalla stessa progressività trattamentale: solo nella misura in cui il detenuto vedrà premiati i propri sforzi con un progressivo e sempre maggior assaggio di libertà, rinnoverà il proprio consenso e la propria determinazione rispetto al percorso intrapreso.

Ciò implica che la pena *deve* poter essere, quantomeno in astratto, rimodulabile *in itinere*, sulla scorta degli esiti del percorso rieducativo intrapreso *medio tempore* dal condannato, che devono sempre poter essere apprezzati dalla Magistratura di Sorveglianza. La rimodulazione, come noto, nel sistema definito dalla l. n. 354/1975, può essere qualitativa, nella misura in cui le modalità esecutive della pena detentiva permettano un assaggio di libertà più o meno ampio: è il caso dei permessi premio, del lavoro all'esterno e dell'affidamento in prova, della detenzione do-

¹⁶⁰ Cfr. cap. II, parr. 2.5 ss.

¹⁶¹ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, cit., 311 ss.

miciliare e della semilibertà, o quantitativa, allorché venga in oggetto la liberazione anticipata. A far da padrone è qui il principio rieducativo, che, come abbiamo sostenuto, assurge, in materia di esecuzione della pena, a vero e proprio diritto fondamentale del condannato, fissando un ulteriore limite inferiore al di sotto del quale non è possibile scendere neppure quando a venire in oggetto siano diverse esigenze di tutela di pari rilevanza costituzionale, prime fra tutte quelle di sicurezza sociale. Importante a questo proposito il filone della giurisprudenza costituzionale relativo all'art. 4 *bis* o.p., che ha portato alla cristallizzazione del c.d. principio di non regressione nel trattamento¹⁶², ma anche quello relativo al regime del “carcere duro”, in cui rileviamo l’affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Consulta secondo cui il principio rieducativo non è mai interamente rinunciabile¹⁶³.

È invece il diverso principio di umanità della pena a reclamare una rideterminazione della stessa allorché il detenuto venga a patire un’afflittività suppletiva, rispetto a quella naturalmente intrinseca alla pena, frutto delle condizioni detentive inumane. A venire in oggetto in questo caso è una proporzionalità diversa ed *ex post*, predeterminata legislativamente, cui è chiamato il Magistrato di Sorveglianza allorché venga investito di un reclamo *ex art. 35 ter* o.p. Come abbiamo approfondito nel terzo capitolo, si tratta del nuovo rimedio compensativo azionabile tutte le volte in cui il detenuto possa lamentare un pregiudizio consistente in condizioni di detenzione in violazione dell’art. 3 Cedu, cui corrisponde il riconoscimento da parte del Magistrato di Sorveglianza di uno sconto di pena pari ad un giorno ogni 10 di pregiudizio sofferto. Evocando condizioni detentive disumane o degradanti, cui corrisponde un’afflittività ulteriore rispetto a quella normalmente insita nella detenzione in carcere, il collegamento con il fatto sembra effettivamente tornare allorché il sistema riconosce una decurtazione di pena – che nulla ha a che vedere con lo sconto di pena per la partecipazione all’opera rieducativa *ex art. 54* o.p. (liberazione anticipata) – corrispondente all’afflittività suppletiva

¹⁶² Cfr. cap. II, par. 1.4.3.

¹⁶³ Cfr. C. cost., n. 376/1997, cit. Cfr. più recentemente la celebrata sentenza C. cost., n. 149/2018, cit. che ha affermato la non sacrificabilità della finalità rieducativa, su cui cfr. cap. II, par. 2.5.2.

sofferta, considerando che la durata dell'originaria pena inflitta risulti sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del fatto commesso.

Ci sembra quindi che ammettere questo tipo di ragionamento, seppur nella prospettiva *ex post*, confermi l'approccio che vorrebbe poter valutare in termini di proporzionalità vicende dell'esecuzione della pena in grado di incidere sul livello di afflittività della pena e dunque sulla libertà personale. Anche Viganò, a questo proposito, parla infatti di «recupero *ex post* di proporzionalità della pena»¹⁶⁴.

È dunque legittimo chiedersi se davvero le vicende afferenti la fase esecutiva della pena segnano ineludibilmente il passaggio dal principio di proporzione della pena a quello di rieducazione o se residuino margini di apprezzamento di una proporzionalità che abbia ancora come metro di raffronto il fatto commesso.

Oltre a quanto chiarito rispetto al rimedio compensativo di cui all'art. 35 *ter* o.p., ci sembra di poter sostenere che, se della pena si volesse condividere quella visione ampia di “sanzione in divenire”¹⁶⁵ da apprezzarsi nella sua dinamicità, non potremmo prescindere in alcun modo anche dall'apprezzare, nell'ottica del giudizio sulla proporzionalità della pena rispetto al reato commesso che il giudice di cognizione è chiamato ad operare, almeno due elementi afferenti all'esecuzione della pena: da un lato l'operatività dei meccanismi sospensivi e preclusivi/limitativi di accesso ai benefici, dall'altro tutti quegli istituti, formalmente ascritti al novero delle modalità esecutive della pena, ma dipendenti dal titolo di reato ascritto, in grado di incidere in maniera significativa sulla libertà personale conculcandola ulteriormente, i quali, in ultima istanza, si risolvono in un'afflittività ulteriore rispetto a quella già implicita nella sentenza di condanna.

Quanto ai meccanismi sospensivi e preclusivi, essi compongono oggi il quadro normativo di riferimento rispetto alla potenziale operatività delle condizioni di accesso alle misure alternative. Come evidente, essi contribuiscono a definire le potenzialità astratte rispetto alla possibile modulazione della pena *in executivis*. Siamo cioè ancora a monte rispetto

¹⁶⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 197, nt. 295.

¹⁶⁵ Cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 265 e segg. e in particolare 279-281.

all'applicazione del canone rieducativo relativo al caso concreto rispetto alla concessione di una certa misura alternativa. A venire in oggetto è qui ancora il fatto di reato che funziona da riferimento unico per l'operatività degli istituti citati, creando una *summa divisio* tra fatti di reato per cui, a parità di pena, è possibile accedere alle misure alternative dalla libertà e fatti di reato per cui ciò non è possibile. È l'indicazione di un certo fatto di reato a rendere infatti operativo o meno il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. (cfr. i reati per cui lo stesso è escluso *ex art.* 656 co. 9 c.p.p.): a quel fatto di reato, ed alla presunta pericolosità sociale che ne discende per il condannato, consegue o meno un necessario assaggio di carcere con possibilità di accesso eventuale alle misure alternative e ai benefici solo dalla condizione detentiva. Allo stesso modo, a un certo titolo di reato, corrisponde o meno la possibilità di accedere in astratto alle misure alternative alla detenzione (*rectius* di accedervi solo in momento successivo a quello normalmente previsto per altre fattispecie o a certe condizioni)¹⁶⁶, aspetto questo che, a nostro modo di vedere, concorre a comporre il trattamento sanzionatorio inteso in senso lato. D'altra parte è stata recentemente la stessa Consulta a valorizzare, seppur ad altri fini, esattamente gli stessi istituti, allorché si è trattato di tutelare l'affidamento del condannato rispetto ad un determinato trattamento sanzionatorio inteso in senso ampio, proprio perché tra il "fuori" e il "dentro" si riscontra una differenza rilevante. Se la proporzione, dunque, deve correre tra il fatto di reato e la pena, ove del concetto di pena si voglia condividere un'accezione ampia, comprensiva anche della possibilità astratta di accesso alle modalità alternative di esecuzione, ci sembra che nel complessivo giudizio sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria, questi debbano essere elementi che devono essere tenuti adeguatamente in considerazione.

Allo stesso modo, allorché ci si sposti sul terreno delle modalità esecutive della pena, ci sembra di poter affermare che quelle che vengono impropriamente definite "modalità esecutive" della pena dovrebbero essere attratte in un più complessivo giudizio di proporzionalità della pena ove si ponga mente, ad esempio, al fatto che oggi il presupposto per la classificazione nel circuito di Alta Sicurezza è primariamente il titolo di reato e che, come abbiamo cercato di spiegare nel quarto capitolo,

¹⁶⁶ Cfr. artt. 4 *bis*, 50 co. 2; 30 *ter* co. 4 lett. c), art. 21 co. 1 o.p.

l'inserimento nel circuito comporta un'incidenza sul residuo di libertà personale e sui diritti del detenuto.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, ci sembra di poter affermare che il senso di giustizia derivante non solo ed *in primis* dall'umanità della pena, ma anche dall'ossequio al canone di giusta proporzione, applicato non solo con riferimento alla previsione astratta e alla pena commisurata al fatto concreto ma anche alle modalità applicative della stessa, riverberandosi sull'istanza rieducativa, getti le basi per la formazione di un libero consenso del condannato ad intraprendere un percorso trattamentale. A nostro modo di vedere, sarebbe quindi proprio la stessa correlazione tra umanità della pena, proporzionalità e rieducazione a legittimare una rilevanza del canone di giusta proporzione anche rispetto alle modalità esecutive della pena. Il che evidentemente implicherebbe l'attrazione di questi istituti nel penale sostanziale con le necessarie ricadute in termini di operatività delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

A riprova di quanto sostenuto, sembra potersi richiamare quanto affermato recentemente dalla Consulta nella già citata sentenza n. 32/2020. Non possiamo però nascondere che la citata dottrina, che si è interessata del tema, risulta restia a riconoscere uno spazio alle modalità esecutive della pena nel giudizio di proporzionalità della stessa. Vero, infatti, che in fase esecutiva la portata applicativa del principio di giusta proporzione tende fisiologicamente a spostarsi sul terreno dei diritti delle persone detenute e della loro tutela¹⁶⁷.

Di tutta evidenza, invece, come il collegamento con il fatto, considerato condizione necessaria per poter parlare con fondamento di proporzionalità, assuma ben diverso spessore allorché alcune delle misure alternative vengano attratte nella competenza del giudice di cognizione aprendo ad un giudizio complesso sulla sostituibilità della pena in cui il canone rieducativo acquista un rilievo centrale, come è avvenuto di recente con la Riforma Cartabia, legittimando per questa via una più evidente commistione tra giudizio di proporzionalità della pena e istanze rieducative.

¹⁶⁷ Così anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 82.

5.14. La riforma Cartabia e le nuove pene sostitutive

Come abbiamo già chiarito, solo un ordinamento giuridico in cui si traduca in realtà il memento del carcere quale *extrema ratio* può sperare di realizzare quantomeno le premesse oggettive necessarie per poter offrire un adeguato trattamento rieducativo a quanti si troveranno ad eseguire la pena all'interno delle mura carcerarie. Proprio in quest'ottica si muove la già citata riforma Cartabia¹⁶⁸, cui ci permettiamo di fare un sia pur breve riferimento, che, nel più ampio quadro di una riforma tutta processuale, tesa a risolvere i problemi legati ai tempi dilatati della giustizia penale, ha aperto le porte anche ad una parziale riforma del sistema sanzionatorio nell'ottica di quello che Palazzo ha definito un «percorso di civilizzazione della pena»¹⁶⁹, vocato appunto al principio dell'*extrema ratio* del ricorso alla pena detentiva carceraria. L'imperativo è dunque: meno carcere¹⁷⁰!

Sempre nell'ottica della deflazione processuale, alcuni istituti vengono ritoccati al fine di ampliarne la portata applicativa: è quanto è avvenuto per l'esclusione della punibilità per speciale tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.), per la cui applicabilità, in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni, si è prevista una pena non superiore nel minimo a 2 anni, sola o congiunta a pena pecuniaria o ancora per la sospensione del procedimento con messa alla prova che può oggi trovare applicazione anche con riferimento ad ulteriori reati con pena edittale non superiore nel massimo ai 6 anni.

Viene inoltre ridisciplinata la pena pecuniaria, quantomeno per quanto attiene alle modalità di conversione e riscossione della stessa, cosa che

¹⁶⁸ Cfr. d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in *G.U.*, *Serie generale n. 245 del 19 ottobre 2022, Supplemento straordinario n. 5*. Il testo coordinato delle disposizioni modificate e introdotte dal citato d.lgs. n. 150/2022 è pubblicato in www.sistemapenale.it, 18 ottobre 2022.

¹⁶⁹ Così si è espresso nella Relazione tenuta durante il Convegno dal titolo «La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale», svoltosi a Trento il 21 e 22 gennaio 2022.

¹⁷⁰ Parla di «superamento del primato del carcere» E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 settembre 2021, par. 1. Per un primo commento, cfr. anche D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 21 febbraio 2022.

dovrebbe rafforzare il sistema nell'ottica dell'effettività. Rammentiamo, infatti, che con la riforma dell'art. 135 c.p. che ha innalzato a 250 euro il parametro di conversione della pena detentiva, essa è divenuta un «privilegio per i soli condannati abbienti»¹⁷¹. Purtroppo, invece, nel passaggio dalla proposta elaborata dalla Commissione Lattanzi alla Riforma Cartabia, “si è perso” il sistema dei tassi giornalieri per la sua commisurazione, sistema che dunque permane solo con riferimento al suo utilizzo quale pena sostitutiva¹⁷². In ossequio alla legge delega n. 134/2021 che, nell'ottica di una migliore effettività, prevedeva di rimodulare verso il basso il tasso minimo di conversione, fissato precedentemente dall'art. 53 l. n. 689/1981 in 250 euro, il d.lgs. n. 150/2022 prevede per la pena pecuniaria sostitutiva una forbice variabile, a seconda delle condizioni economiche del reo, tra un minimo di 5 euro ed un massimo di 2.500 euro.

In particolare, il legislatore ha poi previsto una profonda riforma della disciplina delle sanzioni sostitutive, nell'ottica di una loro rivitalizzazione: vengono abrogate la semi-detenzione e la libertà controllata, che hanno dimostrato una scarsissima vitalità legata alla perfetta sovrapposizione della loro portata applicativa con quella della sospensione condizione della pena (2 anni di pena irrogata), meritando il titolo di sanzioni “nate morte”¹⁷³. Vengono invece inserite, nel novero delle sanzioni sostitutive,

¹⁷¹ Cfr. l. 15 luglio 2009, n. 94. Così C. cost., 11 febbraio 2020, n. 15, in www.giurcost.org. Cfr., in argomento, L. GOISIS, *Il criterio di ragguaglio al vaglio della Corte costituzionale: esigenze di riforma della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 913 ss.; Id., *Pena pecuniaria: la Corte costituzionale auspica una riforma della disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 1258 ss. Rammentiamo che successivamente la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 53 co. 2 della l. 689/1981. Cfr. C. cost., 1 febbraio 2022, n. 28, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷² Esprimono forte rammarico per la mancata traduzione in norma di legge del sistema dei c.d. tassi giornalieri anche con riferimento alla commisurazione della pena pecuniaria: F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021, 3; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 5.

¹⁷³ Così C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 536. Sottolinea recentemente come le pene sostitutive siano sempre state commisurate secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p., individuando tra le sanzioni caratterizzate del necessario grado di afflittività quella meno desocializzante, in spregio sostanzialmente a quanto previsto nell'art. 58 della l. 689/1981, L. GOISIS,

accanto alla pena pecuniaria, alcune misure alternative – la detenzione domiciliare e la semilibertà¹⁷⁴ – ed il lavoro di pubblica utilità¹⁷⁵.

Una tra le novità più rilevanti è quella che vede il limite per la sostituzione passare dagli attuali 2 anni a 4 anni, scongiurandosi per questa via una completa sovrapposizione con l'operatività della sospensione condizionale, che rimane, seppur solo parzialmente, per le pene irrogate nel limite dei 2 anni. La scelta è stata quella di allineare il termine con quello previsto nel 656 co. 5 c.p.p. Più in particolare: entro il limite di 4 anni, la

Rieducazione e sanzioni sostitutive nella recente riforma della giustizia penale, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, cit., 35; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 749.

¹⁷⁴ Da salutare con estremo favore non solo il fatto che la semilibertà debba essere eseguita nell'istituto più prossimo al comune di domicilio, studio o lavoro del condannato, ma anche che, ove il condannato non abbia disponibilità di un idoneo domicilio, l'Uepe debba provvedere ad individuare un'adeguata soluzione abitativa, in ipotesi anche comunitaria. È infatti di immediata percezione come la detenzione domiciliare rischi fatalmente di pregiudicare chi non ha un idoneo domicilio sul territorio, come accade nella grande maggioranza dei casi in ipotesi di condannati stranieri.

¹⁷⁵ Si prevede in particolare che, quanto a contenuto, detenzione domiciliare e semi-libertà replichino le previsioni di cui alla legge sull'ordinamento penitenziario (artt. 47 *ter* e 48 o.p.). Anche al fine di prevenire una disparità di trattamento, in quanto compatibili, si applicano alle pene sostitutive privative della libertà talune previsioni della legge sull'ordinamento penitenziario, tra cui quelle relative all'applicazione della liberazione anticipata, la disciplina dell'art. 51 *bis* o.p. sulla sopravvenienza di nuovi titoli, quella di cui all'art. 51 *quater* o.p. relativa alla disciplina delle pene accessorie in costanza di misure alternative e quella di cui all'art. 53 *bis* o.p. relativa allo scomputo del periodo trascorso in licenza dalla pena da eseguirsi (cfr. art. 76 l. 689/1981).

Sulla poliedricità del lavoro di pubblica utilità che nel tempo nel nostro ordinamento è venuto assumendo diverse nature giuridiche, cfr. A. MENGHINI, E. MATTEVI, *Recenti orientamenti in tema di lavoro di pubblica utilità. Note a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 118-119. Sottolinea come la sanzione affacciata nel nostro sistema un po' in sordina, abbia progressivamente acquistato sempre più maggior vigore e vitalità E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 4. È infatti soprattutto con la previsione dei lavori di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva in materia di guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti (artt. 186 co. 2 e 187 co. 1 del d.lgs. n. 185/1992) e, più recentemente, con l'introduzione nel 2014 della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti, che il lavoro di pubblica utilità ha acquistato un ruolo di primo piano nel nostro ordinamento, figurando oggi tra le misure "alternative" al carcere più applicate.

pena detentiva potrà essere sostituita con la semilibertà o la detenzione domiciliare; entro il limite dei 3 anni, la sostituzione sarà possibile anche con il lavoro di pubblica utilità, salvo che il condannato si opponga; entro il limite di 1 anno, la sostituzione potrà avvenire anche con la pena pecuniaria. A questo riguardo, nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto, gli estensori della riforma hanno affermato che, per questa via, viene a cambiare lo stesso concetto di pena detentiva “breve”, che passa da 2 anni di pena irrogata a 4 anni¹⁷⁶. In dottrina si è invece preferito parlare più genericamente di «un superamento del monopolio della pena detentiva, in fase di cognizione, anche per reati di media gravità astratta», ritenendo di non poter inquadrare le nuove pene sostitutive nel novero delle sanzioni sostitutive della pena detentiva breve¹⁷⁷.

La scelta del legislatore è nitida e certo animata dalle migliori intenzioni: massima valorizzazione dell’istanza rieducativa nella ricerca di alternative al carcere (c.d. misure di comunità) e di una pena intesa finalmente come “progetto”, anche nell’ottica di limitare il fenomeno oggi frequente dell’esecuzione *intra-moenia* di pene effettivamente contenute nella durata¹⁷⁸. Non si è però optato per una ridefinizione del cata-

¹⁷⁶ Così G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*. Legge 27 settembre 2021, n. 134 (G.U. n. 237 del 4 ottobre 2021), in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021, 17.

¹⁷⁷ Così A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in www.penedp.it, 2 novembre 2021, 15.

¹⁷⁸ I dati statistici riportati dalla stessa Relazione allo schema di decreto legislativo sono in questo senso chiarissimi: il 29,9% delle persone in quel momento in esecuzione di pena stava scontando una pena inflitta contenuta nel limite dei 4 anni. Di queste, il 70% erano condannati con una pena inflitta tra i 2 e i 4 anni, fascia questa che non può beneficiare della sospensione condizionale della pena. L’effetto positivo, ove realizzato, da questo punto di vista sarebbe duplice: non solo deflattivo delle presenze di detenuti in carcere, ma anche “ulteriormente rieducativo”, non solo perché si opterebbe per sanzioni sostitutive considerate più rieducative del carcere, ma anche perché si eviterebbe la situazione tristemente nota dei soggetti che eseguono tutta la loro carcerazione senza vedere neppure terminata la predisposizione della sintesi e dunque del c.d. programma rieducativo, vista l’enorme difficoltà delle aree educative e delle stesse *equipe*, legata alle deficienze di organico, di stilare nel termine di 6 mesi, la sintesi ed il relativo programma rieducativo.

logo delle pene principali¹⁷⁹, ma si è preferito affidarsi alla discrezionalità giudiziale nella scelta di sostituire o meno la pena detentiva. Questo ha prodotto una ricaduta anche in termini di incentivazione dei riti speciali, tra cui in particolare il patteggiamento, e di ampliamento della portata applicativa del procedimento per decreto grazie al raddoppio del limite di pena detentiva sostituibile con la pena pecuniaria, portata da 6 mesi ad un anno, e della previsione di una possibile applicazione all'esito di questo rito anche del lavoro di pubblica utilità¹⁸⁰.

Anche alla luce della mancata allocazione da parte del PNRR di somme sul versante dell'esecuzione, il tentativo, per quanto indiretto, di sgravare il carico debordante dei "liberi sospesi" attualmente in carico alla Sorveglianza, risulta certamente apprezzabile, anche se, come chiarito, dovremo attendere per verificare se gli auspici si tradurranno in realtà¹⁸¹.

L'effetto deflattivo dell'imbarazzante carico processuale che caratterizza gli Uffici di Sorveglianza, e che la Riforma si prefigge di risolvere, è dunque ancora tutto da verificare. Il riferimento è anzitutto alle molte decine di migliaia di c.d. liberi sospesi, condannati definitivi che, grazie al meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p., introdotto con l. n. 165/1998, attendono, in libertà appunto, che venga fissata l'udienza dal Tribunale di Sorveglianza in cui si deciderà dell'accesso alle misure alternative. I cospicui arretrati che caratterizzano gli Uffici di Sorveglianza, legati alle gravi sofferenze di organico che li caratterizzano, fanno sì che tra il passaggio in giudicato e l'effettiva esecuzione della pena possano passare tempi molto lunghi, in alcuni casi anche superiori ai 5 anni. Ebbene, vedremo se la riforma sarà in grado di risolvere almeno in parte questo considerevole problema.

¹⁷⁹ D'altra parte basti ricordare la "sfortunata" sorte della peraltro contenuta proposta di riforma relativa alle pene principali di cui alla legge delega n. 67/2014, unica delega a non essere stata attuata. Così F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 11.

¹⁸⁰ Sul punto, cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, cit., 16.

¹⁸¹ Rammentiamo che allo stato attuale circa l'80% delle condanne è oggetto del meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. Così G.M. PAVARIN, *Rieducazione e misure alternative*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, cit., 60.

Certamente, però, il fenomeno dei liberi sospesi continuerà a sopravvivere, seppur come si spera in numeri più contenuti, sia perché la sostituzione potrebbe non intervenire, sia perché lo stesso condannato potrebbe rifiutare il proprio consenso¹⁸².

La sostituzione sarà subordinata ad una prognosi di funzionalità alla rieducazione ed alla «prevenzione del pericolo» di futuri reati, «anche attraverso opportune prescrizioni». Si introduce pertanto un forte elemento di discrezionalità che caratterizza non solo il momento della scelta della sanzione sostitutiva da applicare al caso concreto, ma, più a monte, la stessa possibilità di sostituzione, riportando al centro del sistema la finalità rieducativa della pena, e al tempo stesso l'idea dell'*extrema ratio* della pena privativa della libertà in carcere¹⁸³.

La riforma Cartabia ha inoltre previsto la non sospensibilità nel caso delle misure sostitutive di nuovo conio con un recupero in termini di effettività della risposta sanzionatoria, soluzione quest'ultima in linea con l'opzione adottata dal legislatore nel sotto-sistema del Giudice di Pace, definito a questo proposito «mite ma effettivo»¹⁸⁴. Nel caso delle sanzioni sostitutive, però, si è previsto che la sostituzione scatti quale semplice possibilità, solo allorché il giudice abbia considerato il condannato non meritevole di sospensione condizionale.

Rispetto a quanto proposto sul punto dalla Commissione Lattanzi, si registrano almeno un paio di differenze significative.

La riforma Cartabia presenta la neo-disciplinata categoria delle sanzioni sostitutive quale risposta generale di sistema, possibile in tutti i casi di condanna a pena contenuta nel massimo a 4 anni, quando la Commissione Lattanzi ne prevedeva invece un'operatività limitata al solo rito

¹⁸² Sul punto, cfr. M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 449 ss.; M. MIEDICO, A. MENGHINI, P. POJER, *Le misure di probation nel Regno Unito. Spunti per una riforma in Italia*, cit., 92 ss.

¹⁸³ Cfr. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 12.

¹⁸⁴ Rammentiamo che nel caso del d.lgs. n. 274/2000 la Consulta, cui era stata posta la questione di legittimità della previsione che faceva divieto di applicazione della sospensione condizionale, si è espressa con la sentenza C. cost., 13 marzo 2014, n. 47, in www.cortecostituzionale.it, in cui la questione è stata dichiarata non fondata, affermando che «il divieto è coerente con l'impianto complessivo» del decreto che rappresenta un sottosistema penale dotato di autonomia.

speciale del patteggiamento e con riferimento ad alcune ipotesi di reato tassativamente previste.

A differenza di quanto previsto dalla Commissione Lattanzi, la riforma Cartabia non prevede, tra le novelle sanzioni sostitutive, l'affidamento in prova. È questo un aspetto su cui si sono appuntate le critiche dei primi commentatori¹⁸⁵ e che viene giustificato da parte dei redattori dello schema di decreto sulla base della duplice considerazione che la sua previsione quale sanzione sostitutiva avrebbe potuto disincentivare il ricorso alla sospensione del procedimento con messa alla prova e comportare un allungamento dei tempi processuali¹⁸⁶. La dottrina che ha commentato la legge delega ha invece sottolineato come la scelta con tutta probabilità sia da ascrivere alla convinzione, peraltro ben radicata, per cui l'affidamento al servizio sociale sarebbe una “non pena”, in quanto non caratterizzata dalla privazione della libertà personale e povera di contenuti prescrittivi¹⁸⁷, mentre semilibertà e detenzione domiciliare, caratterizzate dalla privazione della libertà, si atteggiano a vere e proprie pene «alternative al carcere», come recentemente affermato dalla stessa Consulta nella sentenza n. 32/2020.

A questo riguardo si è sottolineato come il fatto di poter attendere da “libero sospeso”, dunque in libertà, la pronuncia del Tribunale di Sorveglianza che potrebbe riconoscere la più ampia misura dell'affidamento, potrebbe disincentivare già *ab origine* l'applicazione delle sanzioni sostitutive che necessitano, sussistendone i presupposti di legge, anche del consenso del condannato. Si è affermato, durante il convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale recentemente svoltosi a Milano, che difficilmente un avvocato suggerirà al proprio cliente di acconsentire alla sostituzione. A nostro modo di vedere, nei casi in cui la pena sia inferiore ai 3 anni, sarà statisticamente frequente che il consenso venga prestato con riferimento alla sola pena del lavoro sostitutivo e, ove la condanna sia inferiore all'anno, alla pena pecunia-

¹⁸⁵ Cfr., per tutti, L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella recente riforma della giustizia penale*, cit., 43 ss.

¹⁸⁶ Così G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*. Legge 27 settembre 2021, n. 134 (G.U. n. 237 del 4 ottobre 2021), in www.sistemapenale.it, cit., 17.

¹⁸⁷ Cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 3.

ria. Più difficile immaginare che il consenso venga prestato anche per le più contenitive sanzioni sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, anche alla luce della previsione che inibisce la richiesta dell'affidamento prima di avere eseguito almeno metà della pena. Uno spazio operativo potrebbe residuare per la detenzione domiciliare e la semilibertà nei confronti di chi, già condannato più volte, potrebbe legittimamente prevedere un diniego da parte del Tribunale di Sorveglianza e per gli imputati per i reati contro la Pubblica amministrazione previsti all'art. 4 *bis* o.p. nel caso in cui sia stata riconosciuta l'attenuante di cui all'art. 323 co. 2 *bis* c.p.

Altro è invece interrogarsi su che tipo di condizionamento il Tribunale di Sorveglianza potrà subire nella misura in cui il condannato, pur avendo prestato il proprio consenso, si veda negare l'applicazione della sanzione sostitutiva da parte del giudice di cognizione. È ragionevole pensare che un qualche condizionamento vi possa essere. Basti pensare a quanto accade quando il Tribunale di Sorveglianza (o il Magistrato di Sorveglianza se la pena è uguale o inferiore ai 18 mesi) sia chiamato a decidere della concessione di una misura alternativa ad un condannato che avrebbe potuto, per la pena irrogata, beneficiare della sospensione condizionale. Ove la negazione del beneficio trovi una valida motivazione espressa in sentenza, questa viene adeguatamente tenuta in considerazione dalla Magistratura di Sorveglianza più attenta. Certo rileverà con tutta probabilità anche il trascorrere del tempo ed il possibile sopravvenire di nuovi elementi, ma non è così remoto ipotizzare che la Magistratura di Sorveglianza potrà trarre valide indicazioni funzionali ad argomentare un proprio diniego dalle decisioni dei giudici di cognizione, che dovranno, in punto di motivazione, essere, a nostro modo di vedere, più che eloquenti nel giustificare la mancata sostituzione e non limitarsi a formulette tautologiche.

Se qualche preoccupazione aveva suscitato il riferimento nella legge delega alla necessità di ridisciplinare le condizioni soggettive per la sostituzione, «assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario»¹⁸⁸, l'opzione normativa si segnala per

¹⁸⁸ Così A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, cit., 14.

un raccordo con la disciplina dell'art. 4 *bis* co. 1 o.p. foriero di un portato dirompente in senso positivo per il condannato. L'art. 59 della l. 689/1981, tra le condizioni soggettive per la sostituzione della pena, prevede oggi che essa non possa essere sostituita nei confronti di un imputato per i reati di cui all'art. 4 *bis* o.p. (lett. d)). Accanto alla regola generale, imposta dalla constatazione che altrimenti il sistema delle pene sostitutive avrebbe sostanzialmente eluso la previsione di cui all'art. 4 *bis* o.p., viene però prevista un'eccezione assai rilevante in grado di depotenziare fortemente le scelte operate dalla l. n. 3/2019¹⁸⁹: si prevede infatti che, ove sia riconosciuta la circostanza di cui all'art. 323 *bis* c.p., il condannato per uno dei reati oggi contemplati nel primo comma, ove considerato "meritevole" di sostituzione, non farà più ingresso in carcere, salva l'applicazione della semilibertà quale pena sostitutiva. Quanto al raccordo con la preclusione di cui all'art. 58 *quater* o.p., la scelta è quella di inibire *tout court* la possibilità di sostituzione ove l'imputato abbia commesso il fatto entro 3 anni dalla revoca o nei confronti di chi abbia commesso il fatto in esecuzione della misura sostitutiva, salva però la possibilità di applicare la sanzione sostitutiva più grave di quella revocata. Ciò – spiega la relazione di accompagnamento – è funzionale ad evitare il possibile effetto negativo in termini di sovraffollamento "di ritorno", legato ad un sistema che preveda quale unico e diretto epilogo della revoca, l'esecuzione della pena in carcere.

Al di là di quella che sarà l'effettiva portata applicativa della riforma recentemente approvata¹⁹⁰, è certo che essa presuppone un cambio di mentalità nella Magistratura di cognizione che, in questa fase del giudizio – quella afferente alla possibilità di sostituzione e alla scelta della sanzione sostitutiva più idonea allo scopo rieducativo – dovrebbe orientarsi guardando all'uomo più che al fatto e apprendere a lavorare in stret-

¹⁸⁹ Cfr. cap. I, par. 1.4.3.1.

¹⁹⁰ Rammentiamo che la stessa dottrina aveva espresso condivisibili dubbi all'indomani dell'entrata in vigore della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti, prefigurandone lo scarso successo, dovuto alla più appetibile concessione della sospensione condizionale. Così R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, 661 ss. La prassi ha però sorprendentemente sconfessato le citate previsioni: in poco tempo le pratiche relative al nuovo istituto sono cresciute fino a rappresentare circa la metà di quelle seguite dagli Uffici dell'esecuzione penale esterna.

to rapporto con gli uffici dell'esecuzione penale esterna, più ancora di quanto non stia facendo con riferimento alla sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁹¹. Il meccanismo processuale previsto, infatti, pur non individuando espressamente un processo bifasico, prevede la possibilità per il giudice di rinviare l'udienza al fine di acquisire tutte le indicazioni utili nonché il programma predisposto dall'Uepe, che dovrà essere poi approvato dal giudice. In particolare l'art. 545 *bis* c.p.p., «Condanna a pena sostitutiva», prevede che, subito dopo la lettura del dispositivo, se vi sono le condizioni per procedere alla sostituzione, il giudice debba darne avviso alle parti. Se l'imputato vi acconsente, e non sussiste alcuna delle preclusioni di cui all'art. 59 della l. n. 689/1981, ove non sia possibile decidere immediatamente, il giudice sospende il processo e fissa un'apposita udienza che non può essere fissata oltre il termine di 60 giorni, di cui deve essere dato avviso non solo alle parti ma anche all'Uepe. Si prevede espressamente che, al fine della duplice decisione circa l'*an* della sostituzione e circa la scelta della pena sostitutiva più idonea alla rieducazione del condannato, il giudice possa acquisire dall'Uepe e dalla polizia giudiziaria tutte le informazioni che ritenga necessarie «in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale, economica e patrimoniale dell'imputato». Il giudice può anche richiedere all'Uepe la predisposizione del programma con riferimento alle pene sostitutive privative della libertà e al lavoro di pubblica utilità e, in quest'ultimo caso, anche la relativa disponibilità dell'ente. I soggetti indicati dall'art. 94 d.P.R. n. 309/1990, debbono, se richiesti, fornire la certificazione dei disturbi legati alla dipendenza (non quindi la sola dichiarazione di tossicodipendenza). Se, a valle dell'istruttoria, il giudice opta per la sostituzione, deve integrare il dispositivo della sentenza.

Il sistema delineato è per certi versi simile a quello attualmente in essere nel Regno Unito in cui, a fronte di un'indicazione da parte del giudice di cognizione che inserisce il fatto in un certo livello di gravità, i *probation officers* debbono stilare un c.d. *pre-sentence report* con le indicazioni utili per l'individuazione della risposta sanzionatoria maggiormente *suitable*, cioè adatta al caso concreto, nell'ottica della migliore individualizzazione della risposta sanzionatoria. A seconda della gravità

¹⁹¹ Sottolinea questo aspetto anche L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella recente riforma della giustizia penale*, cit., 58-59.

del fatto, le tipologie di *pre-sentence report* sono diverse e più o meno agili rispetto anche ai tempi di predisposizione¹⁹².

Quanto infine ai presupposti per l'irrogazione delle nuove sanzioni sostitutive, sono necessarie alcune considerazioni. La nuova norma che declina i presupposti per la sostituzione è limpida nel richiedere un duplice giudizio: non solo il classico giudizio prognostico di pericolosità sociale, proprio sia della giurisdizione rieducativa di Sorveglianza sia del procedimento applicativo delle misure di sicurezza¹⁹³, ma anche un giudizio sulla maggiore idoneità alla rieducazione della sanzione sostitutiva rispetto alla pena detentiva sostituita. È qui a nostro modo di vedere che si giocherà la scommessa sulla reale portata della riforma.

Più nello specifico, il nuovo art. 58 della l. 689/1981 riconosce un'ampia discrezionalità del giudice di cognizione circa la sostituibilità della sanzione, non senza indicare però i criteri cui attenersi sia nel momento della decisione sulla sostituibilità sia in quello successivo relativo alla scelta delle sanzioni sostitutive. Allorché la pena irrogata sia contenuta nel massimo di 4 anni di reclusione, viene richiesto al giudice di valutare l'eventuale sospensibilità della pena ove ne sussistano nel caso di specie i requisiti oggettivi legati ai limiti di pena, e, solo nel caso in cui decida per la non concessione del beneficio o in quello in cui la pena irrogata sia superiore ai limiti previsti dall'art. 163 co. 1 c.p., seguirà la decisione sulla possibile sostituzione. Ai fini della decisione vengono richiamati i criteri di cui all'art. 133 c.p., relativi alla gravità del fatto e alla c.d. capacità a delinquere, e il duplice criterio della maggiore idoneità della pena sostitutiva alla rieducazione rispetto alle pene detentive "brevi" e della adeguatezza delle stesse ad assicurare, anche tramite prescrizioni mirate, la prevenzione del pericolo di commissione di futuri reati. Da questo punto di vista è da apprezzare quanto scritto nella relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo, allorché si precisa che «il giudice dovrà pertanto compiere una valutazione comparativa tra i risultati attesi, in termini di rieducazione del condannato, applicando la

¹⁹² Si va da un lavoro di tre settimane ad un breve colloquio di meno di mezz'ora.

¹⁹³ Si interroga sulle differenze del giudizio prognostico in relazione ai due distinti giudizi di pericolosità sociale F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, cit., 955 ss.

pena detentiva breve ovvero una pena sostitutiva». A chiusura del sistema, si prevede che la sostituzione non sarà possibile tutte le volte in cui il giudice abbia fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non verranno ossequiate, sconfessandosi con ciò il requisito della maggiore idoneità a perseguire l'istanza rieducativa.

Altrettanto puntuale l'art. 58 allorché indica i criteri cui il giudice di cognizione dovrà attenersi nella scelta della sanzione sostitutiva tra quelle astrattamente applicabili al caso concreto: al criterio che porta a dover preferire quella maggiormente idonea alla rieducazione e alla risocializzazione del condannato, si aggiunge quello del minor sacrificio alla libertà personale, requisito, quest'ultimo, che mette bene in evidenza l'intento di riconoscere alle sanzioni sostitutive privative della libertà personale (semi-libertà e detenzione domiciliare) il ruolo di *extrema ratio*. L'*iter* decisionale è qui il medesimo che applica il Tribunale di Sorveglianza allorché deve decidere tra le diverse misure alternative, rappresentandosi un *climax* tra la più contenitiva – la semilibertà – e quella più ampia – l'affidamento in prova al servizio sociale¹⁹⁴. La residualità, nel sistema delle pene sostitutive, di quelle privative della libertà è poi confermata anche dall'art. 58 co. 3, laddove si prevede che, allorché la pena sia contenuta nel limite dei 3 anni, il giudice dovrà adeguatamente motivare la propria scelta, ove abbia optato per le misure maggiormente contenitive della detenzione domiciliare e della semilibertà, fornendo le ragioni che lo hanno portato a ritenere non idonee alla rieducazione le sanzioni non privative della libertà¹⁹⁵. Inoltre, si prevede che eventuali esigenze umanitarie o di carattere familiare possano e debbano essere tenute in adeguata considerazione da parte del giudice nella scelta

¹⁹⁴ La Corte costituzionale si è invece espressa, a nostro modo di vedere in maniera criticabile, nella sentenza C. cost., 23 ottobre 2019, n. 50, in www.cortecostituzionale.it, in cui ha ritenuto legittimo e non contrastante con l'art. 27 co. 3 e con l'art. 3 Cost. un sistema che prevede una preclusione assoluta di accesso alla più contenitiva misura della detenzione domiciliare a fronte del possibile, seppur condizionato, accesso all'affidamento in prova per i condannati di cui all'art. 4 *bis* o.p.

¹⁹⁵ La previsione evoca il tipo di giudizio e motivazione richiesta in ambito di applicazione della custodia cautelare in carcere, anch'essa individuata quale *extrema ratio* rispetto alle altre misure cautelari.

tra pene sostitutive privative della libertà e lavoro di pubblica utilità¹⁹⁶. Allo stesso modo, si è espressamente previsto che il giudice, nella scelta della sanzione sostitutiva, debba valutare anche le condizioni di dipendenza da alcool, droga e gioco d'azzardo, certificate dai servizi pubblico o privati autorizzati indicati dall'art. 94 co. 1 d.P.R. n. 309/1990, nonché le condizioni di persona affetta da HIV conclamata o da grave deficienza umanitaria, sdoganandosi così definitivamente la prassi già invalsa di concepire anche una detenzione domiciliare associata ad un programma riabilitativo.

Il sistema delineato dalla riforma Cartabia vede però il necessario innesto del consenso del condannato, dapprima previsto solo con riferimento alla sostituzione in lavoro di pubblica utilità e oggi invece esteso a tutte le pene sostitutive, cosa che, come già chiarito, potrebbe fortemente depotenziare la portata della riforma, quantomeno con riferimento alle pene sostitutive privative della libertà personale¹⁹⁷. In questo senso Palazzo ha affermato che la riforma risulta intrisa da un'inequivocabile carattere personalistico che, nel caso delle sanzioni sostitutive, così come della giustizia riparativa, si caratterizza in senso marcatamente umanistico-rieducativo¹⁹⁸. Il consenso, che in astratto avrebbe potuto anche essere funzionale ad un perfetto recepimento del carattere squisitamente rieducativo delle sanzioni sostitutive, si rende in realtà necessario anche per prevenire eventuali questioni di legittimità costituzionale, di fatto rimettendo al condannato l'opzione di una disciplina che per certi versi si profila peggiore rispetto a quella "ordinaria". A parte la previsione della non sospensibilità delle sanzioni sostitutive, rilevano in particolare la non impugnabilità della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, l'immediata esecutività delle sanzioni sostitutive una volta divenute

¹⁹⁶ Il riferimento corre alle condizioni legate all'età, alla salute fisica o psichica, alla maternità e alla paternità.

¹⁹⁷ Cfr., per tutti, L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella recente riforma della giustizia penale*, cit., 43.

¹⁹⁸ A questo personalismo, Palazzo contrappone quello consensualistico-negoziabile, che coinvolge invece gli istituti in grado di incidere in maniera significativa sul processo in termini deflattivi, quali i riti speciali, l'adempimento delle prescrizioni dell'autorità con efficacia estintiva e l'art. 163 *ter* o.p., in cui il ruolo del giudice è limitato e l'ottica è appunto quella dello "scambio". Così F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, Congresso nazionale AIPDP, Milano, 23-24 settembre 2022.

definitive e la possibilità di fare richiesta al Tribunale di Sorveglianza del solo affidamento in prova, non prima di aver eseguito metà della pena.

Se l'opzione di rendere inoperante il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. manifesta la volontà di evitare un deprecabile effetto *rebound* sul numero dei c.d. liberi sospesi, fenomeno che, invece, come chiarito, la riforma si prefigge di combattere, non sfugge come ciò ponga in astratto il soggetto destinatario di una misura sostitutiva privativa della libertà in una posizione potenzialmente peggiore rispetto a colui che, negando il proprio consenso alla sostituzione, possa ambire ad accedere, dalla libertà e direttamente all'affidamento in prova¹⁹⁹. Senza contare che il legislatore non sembra aver tenuto adeguatamente in conto che in un *iter* graduale di reinserimento, il soggetto in esecuzione di semilibertà sostitutiva potrebbe avere le condizioni per accedere alla detenzione domiciliare, ma non quelle per l'affidamento in prova. Sembra in ultima istanza che la mancata previsione della possibilità di accesso alla detenzione domiciliare per chi si sia visto applicare la sanzione sostitutiva della semilibertà sia foriera di declaratoria di incostituzionalità *ex artt.* 27 co. 3 e 3 Cost. Altrettanto criticabile, a nostro modo di vedere, la previsione di un termine fisso di pena da eseguirsi in misura sostitutiva prima di poter fare accesso all'affidamento. Quasi che il legislatore abbia voluto con questa previsione fissare una sorta di presunzione di non adeguatezza del percorso rieducativo prima di un certo termine (la metà della pena inflitta), cosa che evidentemente può essere agilmente sconsigliata dalle peculiarità dei singoli casi concreti. Inoltre, la definizione di un termine fisso potrebbe in ipotesi anche precludere una progressione nel trattamento, vanificando un'eventuale opportunità lavorativa frattanto maturata, prestando il fianco anch'essa, a nostro modo di vedere, ad un'altrettanto fondata censura di illegittimità costituzionale.

Vedremo dunque se e in che misura la Riforma Cartabia sarà in grado di incidere sull'attuale sistema sanzionatorio penale. Nell'auspicio che possa efficacemente perseguire gli scopi che si prefissava, essa non può però certamente considerarsi esaustiva: la strada è infatti ancora lunga

¹⁹⁹ Inoltre, come è stato acutamente osservato, il sistema rischia fatalmente di innescare, quale effetto indesiderato, quello di incentivare alla proposizione dell'appello nel tentativo di guadagnare la condizione dell'improcedibilità biennale di cui all'art. 344 *bis* c.p.p. Così G.M. PAVARIN, *Rieducazione e misure alternative*, cit., 64.

perché il ricorso alla pena detentiva divenga effettivamente *extrema ratio*.

Nel ringraziare il lettore che abbia avuto la cortesia e la pazienza di seguirci fin qui, teniamo a rimarcare che la deprecabile situazione in cui versano gli istituti di pena, e con essi i detenuti, non è solo conseguenza della distanza siderale tra la norma scritta e la sua traduzione in essere, ma dipende, a nostro modo di vedere, anche dalla mancata o solo parziale attuazione delle fondamentali garanzie costituzionali nell'ambito dell'esecuzione penale. In ciò si consuma purtroppo il sacrificio di ogni ideale rieducativo. Ciò appare vieppiù paradossale ove si rifletta sul fatto che, come evidenziato da attenta dottrina già molti lustri or sono, l'esecuzione della pena altro non è se non la pena apprezzata nella sua dinamicità²⁰⁰. Il buon penalista non può dunque accontentarsi di “tirare la serranda” nel momento in cui viene pronunciata la sentenza di condanna. E ciò in quanto l'esecuzione della pena non deve essere considerata l'inizio di qualcosa di “altro” rispetto al penale sostanziale, ma una parte integrante del più complessivo *iter* che, nel prisma della finalità rieducativa, come insegna la Corte costituzionale, dalla previsione astratta della pena porta alla sua estinzione, accadimento questo collegato, nella maggioranza dei casi, alla sua intervenuta esecuzione.

In uno stato di diritto, non è tollerabile che il luogo deputato ad eseguire la pena detentiva sia esso stesso luogo di illegalità.

²⁰⁰ Cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, cit., 279.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Chiude la sezione di Alta Sicurezza della Casa di Reclusione di Padova. Una "deportazione" che spezza tante vite, interrompe percorsi, tronca legami famigliari faticosamente ricostruiti*, in www.ristretti.it;
- ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 4, 861 ss.;
- ALBANO A., PICOZZI F., *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1, 1 ss.;
- ALBANO A., PICOZZI F., *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza Cedu su sovraffollamento carcerario: anamorfofi della sentenza "Muršić"*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2875 ss.;
- ALBANO A., PICOZZI F., *Il problematico recepimento della giurisprudenza Cedu da parte dei giudici interni*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, 132 ss.;
- ALBANO A., PICOZZI F., *Il sovraffollamento carcerario: un concetto solo apparentemente assiomatico*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, 183 ss.;
- ALBANO F., *Affidamento in prova con "funzione retributiva": un binomio possibile?*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, 3, 118 ss.;
- ALBERTI G., *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell'art. 3 Cedu con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 29 ottobre 2018;
- ALBERTI G., *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 26 ottobre 2018;
- ALCÁCER GUIRAO R., *La «doctrina Parot» ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n° 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, 43, 933 ss.;
- ALEO S., *Stato sociale e risocializzazione*, in ID. (a cura di), *Lavoro e inclusione sociale dei condannati. Un'esperienza a Catania*, Padova, 2014, 211 ss.;
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976;

- AMATO G., *Sub art. 13 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 1 ss.;
- AMBROSETTI E.M., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, 424 ss.;
- AMBROSETTI E.M., *Sub art. 2 c.p.*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 71 ss.;
- ANASTASIA S., *Lo status dei detenuti*, in *Quest. giust.*, 2011, 3-4, 249 ss.;
- ANASTASIA S., *Metamorfosi penitenziarie*, Roma, 2013;
- ANASTASIA S., *Un'età di diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 487 ss.;
- ANGELINI N., *Detenzione e divieto di tortura*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1, 89 ss.;
- ANNICIELLO A., *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, in *Quaderni ISSP*, 10, novembre 2012, 35 ss.;
- ANSALDI G.A., *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012;
- APOLLONIO A., *I guardiani della legge: le ragioni dell'intervento della Consulta sulla "spazzacorrotti"*, in www.giustiziainsieme.it;
- APRILE E., *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 141 ss.;
- APRILE E., *La Consulta ridefinisce la cornice sanzionatoria del reato di alterazione di stato di cui all'art. 567, comma 2, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 513 ss.;
- APRILE E., *Osservazioni a C. cost., data udienza (6 febbraio 2018), data deposito 2 marzo 2018, n. 41*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1918 ss.;
- ARDITA S., *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, 3, 41 ss.;
- ARDITA S., DEGL'INNOCENTI L., FALDI S., *Diritto penitenziario*, Roma, 2016;
- ARDIZZONE A., *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 2, 203 ss.;
- BACHELET C., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962;
- BALDASSARRE A., (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.;
- BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997;
- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1986 (numero monografico della Rivista *Dei delitti e delle pene*, 3/1985), 443 ss.;

- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967;
- BARBERA A., *Sub art. 2 Cost.*, in BRANCA (cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.;
- BARBINO N., *Il reclamo al Magistrato di Sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all'udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, 9, 2473 ss.;
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;
- BARILE P., (voce) *Liberazione condizionale*, in *Digesto Pen.*, VII, Torino, 1993, 410 ss.;
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, sedicesima ed., 2018;
- BARON L., “*Spazzacorrotti*”, *art. 4-bis ord. penit. e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 153 ss.;
- BAROSIO V., (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 489 ss.;
- BARTOLE S., *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 1, 190 ss.;
- BARTOLI R., *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti “sistematici” per una riforma “mirata” del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 715 ss.;
- BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, 261 ss.;
- BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 185 ss.;
- BARTOLI R., *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022;
- BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 955 ss.;
- BASILE F., *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, seconda ed., 2021;
- BASILE R., *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in *Consulta online*, 2013;
- BELLANTONI G., *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2019, 69 ss.;

- BELLOMIA S., (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 921 ss.;
- BENEDETTI A., *Sul lavoro all'esterno: interpretazione giuridica e caratteristiche*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, 1, 337 ss.;
- BERNARDI A., *Il proteiforme concetto di sicurezza: riflessi in ambito penale*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano, 2009, 1 ss.;
- BERNARDI A., VENTUROLI M. (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli, 2018;
- BERNASCONI A., *La sicurezza penitenziaria tra prassi amministrative e controllo giurisdizionale*, in *Indice pen.*, 1990, 147 ss.;
- BERNASCONI A., *La sicurezza penitenziaria*, Milano, 1991;
- BERNASCONI A., *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 285 ss.;
- BERNARDI S., *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis comma 1 o.p.*, in www.sistemapenale.it, 28 gennaio 2020;
- BERNARDI S., *Art. 4 bis ord. penit. e irretroattività della legge penale sfavorevole: l'importante svolta del Tribunale di Sorveglianza di Bologna*, in www.sistemapenale.it, 3 ottobre 2022;
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987;
- BETTIOL G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 4, 369 ss.;
- BIANCHI D., *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 21 febbraio 2022;
- BIN R., *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 6, 3574 ss.;
- BIN R., *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 45 ss.;
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992;
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 15 ss.;

- BIN R., *La Corte e la scienza*, Relazione al Seminario «Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale», Parma, 19 marzo 2004, in www.roberto.bin.it;
- BOCCHINI B., (voce) *Carceri e sistema penitenziario*, in *Digesto Pen.*, Agg. III, vol. I, Torino, 2005, 118 ss.;
- BONOMI A., *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, Bari, 2018;
- BONOMI A., *Il diritto/dovere del detenuto condannato e la libertà di autodeterminazione: incontro o scontro?*, in www.dirittifondamentali.it, 2019, 1 ss.;
- BORTOLATO F., *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Quest. giust.*, 2009, 111 ss.;
- BORTOLATO M., *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 563 ss.;
- BORTOLATO M., *La legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Intervento al Convegno di Roma del 7 maggio 2015*, in www.ristretti.it;
- BORTOLATO M., *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1524-1525;
- BORTOLATO M., *La libertà di "non collaborazione": verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017, 155 ss.;
- BORTOLATO M., *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in www.questionegiustizia.it, 9 novembre 2018;
- BORTOLATO M., *Sub art. 4 o.p.*, in G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 32 ss.;
- BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 461 ss.;
- BORTOLATO M., *Sub art. 176 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, quinta ed., 2021, 2459 ss.;
- BORTOLATO M., VIGNA E., *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Bari-Roma, 2020;
- BRACCIALINI R., *Art. 35 ter:3 Ordinamento penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in www.questionegiustizia.it, 11 marzo 2015;
- BRICOLA F., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.Vv., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 201 ss.;
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965;
- BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, 265 ss.;
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XI, Torino, 1973, 7 ss.;

- BRICOLA F., *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, 31 ss.;
- BRICOLA F., *Editoriale*, in *Quest. crim.*, 1977, 3, 334 ss.;
- BRICOLA F., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977;
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss.;
- BRICOLA F., *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 298 ss.;
- BRICOLA F., *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984, 101 ss.;
- BRUNELLI G., A. PUGIOTTO, G. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra Corti*, in www.forumcostituzionale.it;
- BRUNETTI C., *Il circuito penitenziario di secondo livello ossia di media sicurezza (M.S.)*, in www.diritto.it, 20 novembre 2012;
- BUFFA P., *Il confiteor penitenziario. Le opacità e le sconsiderate scelte che facilitano la violenza in carcere – 2/3. Tra populismo giustizialista e corporativismo operante*, in *Dir. pen. uomo*, 2022, 2, 1 ss.;
- BUONOMO A., *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. Giust.*, 2002, 42, 74 ss.;
- BUOSO E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, Padova, 2012;
- BUZZELLI S., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 389 ss.;
- CABIALE A., *Sub art. 199 c.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 939 ss.;
- CADEDDU S., *Circuiti penitenziari: il ruolo del Commissario nella gestione dei detenuti dell’alta sicurezza*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, in *Quaderni ISSP*, 10, novembre 2012, 45 ss.;
- CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2012, 243 ss.;
- CALDIRONI M., *L’incostituzionalità dell’art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza? Brevi cenni su C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41*, in *Lo Stato*, 2019, 12, 229 ss.;
- CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003;
- CANCELLARO F., *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell’art. 3 Cedu*, in <https://archivio->

- dpc.dirittopenaleuomo.org*, 13 novembre 2016;
- CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010;
- CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2159 ss.;
- CANEVELLI P., *L'esecuzione delle pene detentive*, Milano, 2021;
- CAPITANI F.G., *Accolte le pretese risarcitorie del detenuto per trattamenti degradanti antecedenti al 28 giugno 2014*, in *Dir. Giust.*, 2018, 16, 15 ss.;
- CAPITTA A.M., *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4 bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio* in *Arch. pen. web*, 2014, 3, 1 ss.;
- CAPPELLETTI F., *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovrappollamento carcerario rivisti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in *Giur. pen.*, 2017, 4, 1 ss.;
- CAPPELLI I., *Il carcere controriformato*, in AA.VV., *Il carcere dopo le riforme*, Milano, 1978, 11 ss.;
- CARACENI L., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 16 novembre 2018;
- CARACENI L., BERNASCONI A., *Sub art. 13 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 164 ss.;
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011;
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Roma, 1947, 214 ss.;
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it;
- CARTABIA M., *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 169 ss.;
- CASSESE M., *Il senso di umanità, il trattamento e la sicurezza: negli atti dell'Assemblea costituente ad oggi*, in AA.VV., *Diritti Umani e carcere*, Napoli, 2008, 173 ss.;
- CASTELLANO L., D. STASIO D., *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009;
- CATANEO C., *Le Sezioni Unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35 ter co. 3 ord. pen., per violazione dell'art. 3 Cedu e sul relativo termine di prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 245 ss.;

- CATANEO C., *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in *www.sistemapenale.it*, 1 aprile 2022;
- CATENACCI M., *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1150 ss.;
- CATTELAN L., *Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari carcerarie*, in *Dir. pen. Uomo*, 2019, 1 ss.;
- CAVALIERE A., *Le violenze di polizia, l'ideologia securitaria e la forza dello stato costituzionale di diritto*, in *www.rivistacriticadeldiritto.it*, 5 luglio 2021;
- CAVALIERE A., *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *www.penaledp.it*, 2 novembre 2021;
- CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione*, in *La Giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato, Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 169 ss.;
- CENTOFANTI F., *Lavoro penitenziario e giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2007, 1, 35 ss.;
- CERRI A., *Libertà, II. Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 5 ss.;
- CESARIS L., *Sulla valutazione del "sicuro ravvedimento" ai fini della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 1, 291 ss.;
- CESARIS L., *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 12, 3179 ss.;
- CESARIS L., *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 2, 173 ss.;
- CESARIS L., *Prassi giudiziarie e sovraffollamento*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 1, 161 ss.;
- CESARIS L., *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen. web*, 2018, 1 ss.;
- CESARIS L., *Sub art. 14 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, quinta ed., 2015, 157 ss.;
- CHIAVARIO M., (voce) *Norma giuridica. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 439 ss.;
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzia della persona, Le garanzie fondamentali*, vol. I, Milano, 1984;
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona. Le garanzie della persona*, vol. II, Milano, 1984;
- CHIODO G., *Il regime detentivo speciale e le fonti sovranazionali: una tensione costante*, in *AA.VV., Dentro il 41-bis: riflessioni costituzional-*

- mente orientate sul regime differenziato, in *Giur. pen. web*, 2020 1-bis, 22 ss.;
- CIAVOLA A., *Ambito di operatività e natura dei rimedi compensativi per le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 411 ss.;
- CIAVOLA A., *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 125 ss.;
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999;
- CIUFOLETTI S., *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'(in)effettività del rimedio di cui all'art. 35 ter o.p. alla luce di due recenti ordinanze del magistrato di sorveglianza di Pisa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, 5 ss.;
- CLEMENTI C., *Il disagio della detenzione multi-etnica: la sfida del multiculturalismo in carcere*, in D. PAJARDI, (a cura di), *Oltre a sorvegliare e punire. Esperienze e riflessioni di operatori su trattamento e cura in carcere*, Milano, 2008, 401 ss.;
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;
- COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 1, 194 ss.;
- COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRE-SUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 33 ss.;
- CONTE C., *Diritto alla progressività trattamentale e legittime aspettative in materia penitenziaria*, in *Giur. pen. web*, 12 luglio 2018;
- CONTI R., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica dir.*, 2013, 4, 441 ss.;
- CONTI R.G., *I diritti fondamentali. L'art. 3 Cedu e il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti e l'Italia*, Relazione tenuta durante il convegno organizzato il 10 aprile 2017 presso il Palazzo di Giustizia di Milano e pubblicata tra i materiali della SSM;
- COPPETTA M.G., *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1997, 5, 1255 ss.;
- CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992;

- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963;
- CORSO P.M., *Riforma e controriforma in tema di liberazione condizionale*, in *Foro it.*, 1975, 9, V, 141 ss.;
- CORVI P., *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, 1189 ss.;
- CORVI P., *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 587 ss.;
- COPPETTA M.G., *Sub art. 42 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, quinta ed., 2015, 482 ss.;
- COSTANZO P., *Legislatore e Corte costituzionale, Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in www.giurcost.org/studi/CostanzoLanzarote.htm
- CREMONESI L., *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. Giust.*, 2003, 19, 14 ss.;
- CRISTIANA B., *Il sovraffollamento carcerario italiano alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso Sulejmanovic*, in *Antigone*, 2009, 301 ss.;
- CUOCOLO F., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000;
- CUPELLI C., *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 2020, 4, 1428 ss.;
- D. MESSINEO, *La garanzia del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012;
- D'AGNOLO M., *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 109 ss.;
- D'ALTERIO E., *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 369 ss.;
- D'ANGIOLELLA G., TOZZO P., CAENAZZO L., *Pandemia da COVID-19 e carceri: profili etici*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, 2, 863 ss.;
- D'ANIELLO F., *La dignità umana e gli spazi di detenzione. La sentenza 1 BvR 409/09 - 22/2/2011 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in www.altrodiritto.unifi.it;
- DAGA L., (voce) *Trattamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, 1303 ss.;

- DALIA A., FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001;
- DALIA G., *I principali profili di criticità che involgono le attribuzioni e le attività della Magistratura di Sorveglianza*, in L. KALB (a cura di), *I danni da attività giudiziaria penale in executivis. Cause e rimedi*, Milano, 2017, 145 ss.;
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale, I, I fondamenti*, Torino, 2011;
- DE LIA A., *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, 1 ss.;
- DE RUBEIS A., *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 433 ss.;
- DE SIMONE F., *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 1 ss.;
- DE SIMONE F., *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino, 2018;
- DE VITO R., *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, in www.questionegiustizia.it;
- DE VITO R., *Corte costituzionale e "Spazzacorrotti": cronaca di un rivoluzione (non) annunciata*, in www.questionegiustizia.it, 13 febbraio 2020;
- DEAN G., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004;
- DEAN G., (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 2008, 231 ss.;
- DEGANELLO M., *I rimedi risarcitori*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 269 ss.;
- DEL COCO R., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2019, 187 ss.;
- DELL'ANDRO R., *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 258 ss.;
- DELITALA G., *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in AA.Vv., *Il rispetto della persona umana nell'applicazione del diritto penale*, in *Quaderni di Iustitia*, Roma, 1957, 9, 91 ss.;
- DEL POZZO C.U., *La libertà personale nel processo italiano*, Torino, 1962;
- DELEHAYE E., *Le carceri speciali*, in *CSM, Incontro del CSM con Magistrati di Sorveglianza*, Roma, 1983, 210 ss.;
- DELL'ANDRO R., *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 258 ss.;
- DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 833 ss.;
- DELLA BELLA A., *Una rivoluzionaria circolare dell'amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri*, Ministero della Giustizia D.A.P. Circolare 25 novembre 2011 "Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che

- comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione”, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 30 novembre 2011;
- DELLA BELLA A., *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 19 dicembre 2013;
- DELLA BELLA A., *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Corr. Merito*, 2013, 7, 701 ss.;
- DELLA BELLA A., *Sollevata ancora una questione di legittimità costituzionale dell’art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 28 marzo 2013;
- DELLA BELLA A., *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di Sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 giugno 2013;
- DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014;
- DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 ottobre 2014;
- DELLA BELLA A., *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016;
- DELLA BELLA A., *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 6, 250 ss.;
- DELLA BELLA A., *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti disumani e degradanti*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in Onore di E. Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 783 ss.;
- DELLA BELLA A., *Riforma dell’Ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 novembre 2018;
- DELLA BELLA A., *La Magistratura di Sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell’emergenza sanitaria*, in www.sistemapenale.it, 29 aprile 2020;
- DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie: modifiche “peggiorative” e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 2, 399 ss.;
- DELLA CASA F., *L’incostituzionalità del procedimento di reclamo ex art. 53-bis comma 2 ord. penit. Un restyling determinato da un “eccesso di delega” (o*

- dalle eccessive aperture della Consulta nei confronti della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione)?, in *Giur. cost.*, 1993, 2, 1418 ss.;
- DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 75 ss.;
- DELLA CASA F., *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva da 'graziosa concessione' a 'diritto': Corte costituzionale, sentenza 3 luglio 1997 (9 aprile 1997), n. 212*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 2, 208 ss.;
- DELLA CASA F., *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 7, 854 ss.;
- DELLA CASA F., *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di "diritto pretorio" e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.*, 2002, 10, 3278 ss.;
- DELLA CASA F., *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, 12, 4219 ss.;
- DELLA CASA F., *Un significativo salto di qualità nella tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto lavoratore*, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4662 ss.;
- DELLA CASA F., *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 12, 2511 ss.;
- DELLA CASA F., (voce) *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 818 ss.;
- DELLA CASA F., *Il monito della Consulta circa il "rimedio estremo" della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. cost.*, 2013, 6, 4533 ss.;
- DELLA CASA F., *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "antiovercrowding"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 997 ss.;
- DELLA CASA F., *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, 6, 2264 ss.;
- DELLA CASA F., *Prossimità/terzietà, persone/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2928 ss.;
- DELLA CASA F., *Una foto "oversize" nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35 bis o.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 273 ss.;
- DELLA CASA F., *Sub art. 59 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 879 ss.;

- DELLA CASA F., *Sub art. 69 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, quinta ed., 2015, 822 ss.
- DELLA CASA F., *Sub art. 69 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 922 ss.;
- DELLA CASA F., VICOLI D., *Magistratura di sorveglianza ed esecuzione penitenziaria: profili processuali*, in F. DELLA CASA; G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 259 ss.;
- DELLA MARRA T., *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio nella sent. n. 53 del 1993 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 3, 2311 ss.;
- DELVECCHIO F., *La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 2, 201 ss.;
- DELVECCHIO F., *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020;
- DEMURIO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1654 ss.;
- DI CHIARA B., *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, in M. COLAMUSSI (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Torino, 2020, 1 ss.;
- DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997;
- DI GENNARO G., VETERE E., *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rass. studi penit.*, 1975, 1 ss.;
- DI GIOVINE O., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleu-omo.org>, 5 novembre 2012;
- DI MARTINO A., *Rivoltarsi nella feccia di Romolo. Lessico di legge, situazioni di stallo e aporie del trattamento*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 12 ss.;
- DIES R., *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sui giudicati di condanna - I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1331 ss.;
- DIES R., *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sui giudicati di condanna - II parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 5, 1720 ss.;
- DINACCI E., *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, in *Giur. it.*, 2020, 1773 ss.;
- DODARO G., *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 428 ss.;
- DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 2, 469 ss.;

- DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979;
- DOLCINI E., *Le “sanzioni sostitutive” applicate in sede di condanna. Profili interpretativi, sistematici e politico-criminali del capo III, sezione I della legge n. 689 del 1981*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1390 ss.;
- DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 3, 857 ss.;
- DOLCINI E., *La rieducazione del condannato: un’irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 dicembre 2011;
- DOLCINI E., *La “questione penitenziaria”, nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1655 ss.;
- DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1956 ss.;
- DOLCINI E., *L’ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1500 ss.;
- DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 18 luglio 2018;
- DOLCINI E., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi e domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1667 ss.;
- DOLCINI E., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1667 ss.;
- DOLCINI E., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 10 ss.;
- DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 3 ss.;
- DOLCINI E., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione “ergastolo”*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 3, 1 ss.;
- DOLCINI E., *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 settembre 2021;
- DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., PINTO DE ALBUQUERQUE P., PUGIOTTO A. (a cura di), *Il diritto alla speranza. L’ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019;
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;
- DOLCINI E., PALIERO C.E., *Il Carcere ha alternative?*, Milano, 1989;
- DONINI M., *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, 7-8, 317 ss.;
- DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558 ss.;
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1162 ss.;

- DOVA M., *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 948 ss.;
- EISSEN M.A., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 31 ss.;
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962;
- ELIA L., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 1, 938 ss.;
- ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 Cost.*, in ID. (a cura di), *La costituzionale italiana. Saggi*, Padova, 1954, 91 ss.;
- ESPOSITO C.A., *Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Torino, 2004, 24 ss.;
- EUSEBI L., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1980;
- EUSEBI L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19/06/09, Sulejmanovic c. Italie [Nota a sentenza] C. eur. dir. uomo, Sez. II, 16/07/09, n. 22635/03, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4938 ss.;
- EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale? Considerazioni in margine al disegno di legge delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 11, 1333 ss.;
- EUSEBI L., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, 467 ss.;
- EUSEBI L., *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale "umanizzatrice"?*, in *Criminalia*, 2016, 285 ss.;
- EUSEBI L., *Ostativo del "fine pena". Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1514 ss.;
- FABBRONI L., *Trattamento inumano o degradante nella detenzione: calcolo dello spazio minimo pro capite e fattori compensativi della strong presumption di violazione dell'art. 3 CEDU. La parola alle Sezioni Unite*, in *Giur. pen. trim.*, 2020, 3, 51 ss.;
- FABINI G., *Sorveglianza dinamica, questa sconosciuta. Come è cambiata la quotidianità detentiva e la sicurezza nelle sezioni. Un anno in carcere. XIV rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.associazioneantigone.it, 2018;
- FALCHI G.F., *I diritti soggettivi della persona detenuta*, in *Scuola positiva*, 1935, I, 3 ss.;

- FALCONE M.R., *Rimedi risarcitori ex art. 35 ter ord. pen.*, in *www.ilpenalista.it*, 12 settembre 2016;
- FALZONE F., *Il circuito detentivo di alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, 1 ss.;
- FALZONE F., *La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 107 ss.;
- FALZONE F., *Sub art. 14 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 177 ss.;
- FALZONE F., PICOZZI F., *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41 bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, 11 ss.;
- FANCHIOTTI V., *Glocalizing Prisoners' Rights: dalla California alla Puglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 118 ss.;
- FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012;
- FASSONE E., *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975 n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, 11, 569 ss.;
- FASSONE E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla Riforma penitenziaria*, Bologna, 1980;
- FAZZIOLI E., *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 201 ss.;
- FERONI G.C., MORBIDELLI G.C., *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 1, 31 ss.;
- FERRAIOLI M., *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 231 ss.;
- FERRAIOLI M., (voce) *Presunzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 306 ss.;
- FERRAJOLI L., *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in *Quest. crim.*, 1977, 3, 361 ss.;
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1986 (numero monografico della Rivista *Dei delitti e delle pene*, 3/1985), 493 ss.;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1998;
- FERRAJOLI L., *“Diritti fondamentali, un dibattito teorico”*, Roma-Bari, 2001;
- FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2014, 125 ss.;

- FERRAJOLI L., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016;
- FERRANTE M.L., *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 587 ss.;
- FIANDACA G., *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385 ss.;
- FIANDACA G., *Commento all’art. 27, comma 3 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 222 ss.;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019;
- FILIPPETTA G., *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione, e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, 368 ss.;
- FILIPPI L., SPANGHER G., CORTESI M.F., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016;
- FIGLIORE S., *Norme dell’ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L’ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitori e le “cose che accadono al di sopra delle parole”*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 1 ss.;
- FIGLIORE G., *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 1216 ss.;
- FIGLIORE F., *Tutela laburistica del detenuto e ruolo del Magistrato di Sorveglianza alla luce della sentenza Cost. n. 341 del 2006*, in *Giur. cost.*, 2006, 5, 3385 ss.;
- FIGLIORE F., *La giurisprudenza in tema di lavoro prestato alle dipendenze dell’amministrazione penitenziaria dopo la pronuncia costituzionale n. 341 del 2006*, in *Giur. merito*, 2008, 2, 497 ss.;
- FIGLIORE F., *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, 33, 72 ss.;
- FIGLIORE F., *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 5, 1339 ss.;
- FIGLIORE F., *Il procedimento disciplinare illegittimo non preclude la valutazione del fatto ai fini della liberazione anticipata*, in *Giur. merito*, 2010, 6, 1634 ss.;
- FIGLIORE F., *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, 11, 2810 ss.;
- FIGLIORE F. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012;
- FIGLIORE F., *En attendant Godot, ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 973 ss.;
- FIGLIORE F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013;

- FIorentin F., *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 3, 235 ss.;
- FIorentin F., *Il rischio è un’applicazione a macchia di leopardo con modalità non uniformi su tutti i soggetti detenuti*, in *Guida dir.*, 2013, 13, 25 ss.;
- FIorentin F., *Importante passo avanti nella ricerca di effettività della tutela dei diritti negati alle persone detenute*, in *Guida dir.*, 2013, 31, 44 ss.;
- FIorentin F., *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2180 ss.;
- FIorentin F., *Così la misura fissa “lega le mani” al giudice*, in *Guida dir.*, 2014, 36, 31 ss.;
- FIorentin F., *Decreto svuotacarceri*, Milano, 2014;
- FIorentin F., *La Consulta dichiara incostituzionale l’art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 27 ottobre 2014;
- FIorentin F., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’articolo 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 novembre 2014;
- FIorentin F., *Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello*, in *Guida dir.*, 2014, 30, 21 ss.;
- FIorentin F., *Strasburgo approva le riforme attuate in Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*, in *Guida dir.*, 2014, 42, 97 ss.;
- FIorentin F., *Il vaso di pandora scoperto: la violazione dell’art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, 1 ss.;
- FIorentin F., *Principi e criteri direttivi della delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.ilpenalista.it, 19 ottobre 2015;
- FIorentin F., *La conclusione degli “Stati generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 giugno 2016;
- FIorentin F., *Risarcimento per l’inumana detenzione: bilancio a un anno dall’introduzione dei “rimedi compensativi” di matrice europea*, in *Studium Juris*, 2016, 3, 266 ss.;
- FIorentin F., *Un primo passo verso la “messa a regime costituzionale” del risarcimento per l’inumana detenzione dei condannati all’ergastolo*, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 168 ss.;
- FIorentin F., *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 305 ss.;

- FIorentin F., *Superamento delle preclusioni ai benefici penitenziari*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017, 161 ss.;
- FIorentin F., *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2018;
- FIorentin F. (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 258 ss.;
- FIorentin F., *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1596 ss.;
- FIorentin F., *Sub art. 30 bis o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 414 ss.;
- FIorentin F., *La Consulta rimodella solo l'istituto previsto per i "delitti ostativi"*, in *Guida dir.*, 2020, 5, 77 ss.;
- FIorentin F., *La Corte costituzionale riafferma la "garantistica" regola interpretativa sulla normativa penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 4, 1592 ss.;
- FIorentin F., *Una sentenza ambigua che lascia aperte rilevanti questioni interpretative: le Sezioni Unite intervengono su alcuni profili della disciplina in materia di rimedi risarcitori per violazione dell'art. 3 Cedu*, in *www.ilpenalista.it*, 4 marzo 2021;
- FIorentin F., DELLI PRISCOLI L., *I diritti fondamentali delle persone detenute fra giurisprudenza costituzionale e disciplina europea*, in *Riv. pen.*, 2010, 3, 231 ss.;
- FIorentin F., MARCHESELLI A., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (legge 23 dicembre 2002, n. 279, pubblicata in G.U. 300 del 23.12.02)*, in *www.diritto.it*, gennaio 2003;
- FIorentin F., MARCHESELLI A., *Il giudice di Sorveglianza. La giurisprudenza dei Tribunali e dei Magistrati di Sorveglianza*, Milano, 2008;
- FIorentin F., SIRACUSANO F., *Sub art. 1 o.p.*, in ID. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 3 ss.;
- FIorio C., *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 4, 2505 ss.;
- FIorio C., *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, 5, 3056 ss.;
- FIorio C., *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002;
- FIorio C., *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 3, 315 ss.;

- FIORIO C., *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*: modifiche in tema di ordinamento penitenziario, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, 395 ss.;
- FIORIO C., *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 2268 ss.;
- FIORIO C., *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 410 ss.;
- FIORIO C., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il “doppio binario” nell’accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 1138 ss.;
- FIORIO A., *Poteri dell’Amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2092 ss.;
- FIORIO C., *L’Isola che non c’è: “area riservata” e art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2014, 12, 2863 ss.;
- FIORIO C., *Carcere: la riforma dimezzata*, in <http://www.processopenaleegiuustizia.it>;
- FIORIO C., *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 1 ss.;
- FIORIO C., *I diritti fondamentali delle persone detenute*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 3 ss.;
- FIORIO C., *Sub art. 4 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 27 ss.;
- FIORIO C., *Sub art. 35 ter o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 470 ss.;
- FIORIO C., *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 3, 649 ss.;
- FLICK G.M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2012, 2, 187 ss.;
- FLICK G.M., *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in www.rivistaaic.it, 2014, 4, 1 ss.;
- FLICK G.M., *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1505 ss.;
- FLORA G., *La liberazione condizionale: quale futuro?*, in *Indice pen.*, 1989, 2, 353 ss.;
- FLORA G., *Norme penali “sostanziali”, norme penali “processuali” e divieto di retroattività*, in *Discrimen*, 8 giugno 2020, 1 ss.;

- FORZATI F., *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020;
- FORNASARI G., *Premessa*, in G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, seconda ed., 2017, XV ss.;
- FORTI G., *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 2, 237 ss.;
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, 1974, traduzione italiana di A. Tarchetti, Torino, 2014;
- FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale della sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it;
- FROSINI T.E., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, 2008;
- FURGIUELE A., *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 325 ss.;
- GABOARDI A., in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 24 ss.;
- GAITO F., *Giudicato sempre più aperto e composizioni sulla pena*, in *Arch. pen. web*, 2014, 2, 1 ss.;
- GALEOTTI S., *La libertà personale*, Milano, 1953;
- GALGANI B., *Sub art. 13 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 156 ss.;
- GALLI G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978;
- GALLIANI D., *Il diritto di sperare, la pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.costituzionalismo.it, 2013, 3;
- GALLIANI D., *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1522 ss.;
- GALLIANI D., *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in www.giustizainsieme.it, 20 maggio 2021;
- GALLIANI D., MAGI R., *Regime ostativo e permesso premio. La Consulta decide, ora tocca ai giudici*, in www.giustizainsieme.it, 29 gennaio 2020;
- GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in www.rivistaaic.it, 2017, 1 ss.;
- GALLIANI D., PUGIOTTO A., *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 4, 191 ss.;
- GALLINA A., *Benefici penitenziari e collaborazione con la giustizia: quale presente e quale futuro?*, in www.questionegiustizia.it, 17 aprile 2020;

- GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 8, 215 ss.;
- GALLUCCIO A., *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 10 dicembre 2018;
- GALLUCCIO A., *Sui limiti al sindacato di costituzionalità delle norme di diritto penitenziario: la Corte estende le garanzie dell'art. 2, comma 2 Cost. alla liberazione anticipata*, in *Giur. cost.*, 2021, 1, 139 ss.;
- GAMBINI F., *Il principio di dignità*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, vol. I, Torino, 2005, 231 ss.;
- GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1259 ss.;
- GARGANI A., *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 633 ss.;
- GARGANI A., *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, 572 ss.;
- GARGANI A., *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, in *Giur. cost.*, 2020, 1, 263 ss.;
- GATTA G.L., *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 26 marzo 2019;
- GATTA G.L., *Articolo 4 bis o.p. e legge "spazzacorrotti": possibile dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in www.sistemapenale.it, 17 febbraio 2020;
- GATTA G.L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia". Legge 27 settembre 2021, n. 134 (G.U. n. 237 del 4 ottobre 2021)*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021;
- GEMMA G., *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. e soc.*, 1986, 459 ss.;
- GIANFILIPPI F., *Il letto (di Procuste) e le Sezioni Unite - sent. n. 6551/2021: il punto sugli spazi detentivi minimi e un'occasione per parlare ancora di giurisprudenza convenzionale e limiti all'apprezzamento del giudice nazionale*, in www.giustiziainsieme.it, 2 marzo 2021;
- GIANFILIPPI F., *La persona ultrasettantenne recidiva può ottenere la detenzione domiciliare: illegittimo un altro (peculiare) automatismo preclusivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 716 ss.;

- GIANFILIPPI F., *Organizzazione penitenziaria. Ordine e sicurezza*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2021, par. 1-2.3; 4-7.3; 125 ss.;
- GIANFILIPPI F., CESARIS L., *Sub art. 14 o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 178 ss.;
- GIANFILIPPI F., CESARIS L., *Sub art. 14 ter o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 195 ss.;
- GIANFILIPPI F., CESARIS L., *Sub art. 14 quater o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 203 ss.;
- GIARDA A., *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 258 ss.;
- GIORDANO B., *La restrizione può essere adottata dallo Stato solo con una legge che indichi durata e motivazioni*, in *Guida dir.*, 2011, 6, 133 ss.;
- GIORDANO F., SALVATO C., SANGIOVANNI E., *Il carcere. Aspetti istituzionali e organizzativi*, Milano, 2021;
- GIOSTRA G., *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione e esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 4, 1348 ss.;
- GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983;
- GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 55 ss.;
- GIOSTRA G., *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 322 ss.;
- GIOSTRA G., *Il rimedio compensativo della riduzione di pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 123 ss.;
- GIOSTRA G., *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in www.questionegiustizia.it, 27 giugno 2014;
- GIOSTRA G., *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in www.costituzionalismo.it, 2015, 2;
- GIOSTRA G., *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 24 gennaio 2015;
- GIOSTRA G., *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 119 ss.;

- GIOSTRA G., GIANFILIPPI F., *Quel che poteva essere (e la necessità di preservare)*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 129 ss.;
- GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter o.p.*, in G. GIOSTRA, F. DALLA CASA (a cura di), *Commentario ordinamento penitenziario*, Milano, quinta ed., 2015, 415 ss.;
- GIOSTRA G., RUARO M., *Sub art. 35 ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 483 ss.;
- GIUGNI I., *Incostituzionale il divieto assoluto di scambio di oggetti fra detenuti al 41 bis appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Una nuova ripermitezzazione del regime differenziato*, in www.sistemapenale.it, 6 giugno 2002;
- GIUGNI I., *La differenza tra “dentro” e fuori” il carcere è radicale*, in www.diritticomparati.it, 11 marzo 2020;
- GIUNCHEDI F., *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 3, 355 ss.;
- GIUNCHEDI F., *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1, 1 ss.;
- GIUNTA F., *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 2, 589 ss.;
- GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, 414 ss.;
- GIUSTINIANI I.G., *Esecuzione penale ed effettività della pena*, in *Rassegna della giustizia militare*, 2008, 4-6, 21 ss.;
- GOFFMAN E., *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, 1961, traduzione italiana di F. Basaglia, Torino, 1968;
- GOISIS L., *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium iuris*, 2013, 12, 1329 ss.;
- GOISIS L., *Corte costituzionale e “overcrowding” penitenziario*, in *Studium iuris*, 2014, 9, 994 ss.;
- GOISIS L., *Il criterio di ragguglio al vaglio della Corte costituzionale: esigenze di riforma della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 913 ss.;
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018;
- GOISIS L., *Pena pecuniaria: la Corte costituzionale auspica una riforma della disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 1258 ss.;
- GOISIS L., *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella recente riforma della giustizia penale*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2021, 33 ss.;
- GONNELLA P., *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in ID. (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 6 ss.;

- GORI P., *Art. 3 Cedu e risarcimento da inumana detenzione*, in www.questionegiustizia.it, 2 ottobre 2014;
- GRANATA R., *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, 301 ss.;
- GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976;
- GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981;
- GREVI V., *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in ID. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 1 ss.;
- GREVI V., (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994;
- GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 1 ss.;
- GREVI V., (voce) *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, in www.treccani.it, 1996;
- GREVI V., DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Sub art. 1 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, quinta ed., 2015, 3 ss.;
- GREVI V., DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Sub art. 1 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 3 ss.;
- GRIPPO R., *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2012;
- GROSSI P., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 200 ss.;
- GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino, seconda ed., 1991;
- GROSSO C.F., *La carcerazione preventiva tra "emergenza" e costituzione*, in *Giust. pen.*, 1983, 88, 487 ss.;
- GUARINO G., *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969;
- GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 3, 123 ss.;
- GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995;
- HASSEMER W., *Sicurezza mediante diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2008, 15 ss.;
- ILLUMINATI G., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979;

- LA GRECA G., *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur. cost.*, 2006, 4, 2722 ss.;
- LA SPINA L., *Sub art. 59 o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 759 ss.;
- LANNA A.V., *Il compendio sanzionatorio integrato e la natura sostanzialmente penale dell'isolamento diurno*, www.ilpenalista.it, 20 aprile 2017;
- LANZA E., *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rass. penit. crim.*, 2017, 2, 27 ss.;
- LATTANZI G., *Il sistema sanzionatorio tra criticità e prospettive di razionalizzazione*, in G.A. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione ed involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 201 ss.;
- LEO G., *Sovrappollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 25 novembre 2013;
- LEO G., *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 8 maggio 2017;
- LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penit. crim.*, Roma, 2007, 2, 7 ss.;
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. II, Napoli, 1961;
- LEONE S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 29 novembre 2018, 15 ss.;
- LEVI V., (voce) *Legittimità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, 133 ss.;
- LIMOCIA L., *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli, 2012;
- LO FORTE S., *Profili di (in)costituzionalità della legge c.d. Fini-Giovanardi e le Sezioni Unite nella parte del "leone" per la soluzione delle principali questioni applicative in materia di stupefacenti*, in *Giust. pen.*, 2016, 5, 288 ss.;
- LOI E., MAZZACUVA N., *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 89 ss.;
- LOMBARDI STOCCHETTI M., *Il carcere negli U.S.A. oggi: una fotografia. Il rapporto "prisoners in 2013" dello U.S. Justice Department*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 3 dicembre 2014;
- LÓPEZ CASTILLO A., *Sobre la depuración convencional de la 'doctrina Parot' del Tribunal Supremo español ("Del Río Prada contra España")*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 1, 195 ss.;

- LOZZI G., *“Favor rei” e processo penale*, Milano, 1968;
- MACCHIA A., *Il problema del sovraffollamento nelle carceri. Ovvero aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 2, 221 ss.;
- MACULAN E., *Il volto garantista di un principio di legalità flessibile. Considerazioni sulla sentenza “Del Río Prada c. Spagna” della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, 98 ss.;
- MAGGIO P., *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell’esecuzione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 901 ss.;
- MAGGIO P., *Sub art. 18 ter o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 301 ss.;
- MAIELLO V., *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1523 ss.;
- MAIELLO V., *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 129 ss.;
- MALINVERNI A., *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, in *Indice pen.*, 1973, 1, 17 ss.;
- MANCA V., *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti: l’inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell’art. 3 Cedu*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 4 novembre 2014;
- MANCA V., *L’Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 1 aprile 2015;
- MANCA V., *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 novembre 2017;
- MANCA V., *La finalità preventiva del 41 bis o.p. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 1 ss.;
- MANCA V., *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra Corti: da Viola c. Italia all’attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2, 1 ss.;
- MANES V., *La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. e aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma 1, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, 199 ss.;
- MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell’anno del diritto*, in www.treccani.it, 2016;

- MANES V., *L'estensione dell'art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 105 ss.;
- MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in www.sistemapenale.it, 23 marzo 2020;
- MANI N., *I circuiti penitenziari. Poteri discrezionali e forme di tutela*, in A. GAITO (a cura di), *Procedura penale*, Milano, 2018, 1468 ss.;
- MANNA A., *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, 910 ss.;
- MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 7, 838 ss.;
- MANTOVANI F., *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1, 77 ss.;
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Milano, decima ed., 2017;
- MANTOVANI M., *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso sulla pronuncia sull'articolo 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 377 ss.;
- MANTOVANI M., *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 176 ss.;
- MARAFIOTI L., *Deflazione carceraria e tutela giurisdizionale penitenziaria: nuovi propositi e illusioni normative*, in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 1 ss.;
- MARCHESELLI A., *I diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in www.diritto.it, 5 novembre 2005;
- MARCHESELLI A., *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca della effettività*, in *Giur. merito*, 2006, 1, 21 ss.;
- MARCHESELLI A., *Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali*, in www.europarights.eu, 2008;
- MARCHESELLI A., *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 95 ss.;
- MARCHESELLI A., *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e realpolitik*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 39 ss.;
- MARCHETTI M.R., *Sub art. 21 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 345 ss.;
- MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, 1, 67 ss.;

- MARGARA A., *Il Magistrato di Sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e Riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, 204 ss.;
- MARGARA A., *Garanzia dei diritti in carcere*, in *Legalità e giustizia*, 1986, 410 ss.;
- MARGARA A., *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quad. del C.S.M., La Magistratura di Sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, 1991, 46, 211 ss.;
- MARGARA A., *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Quest. giust.*, 2015, 2, 107 ss.;
- MARGARITELLI M., *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 4, 2511 ss.;
- MARGARITELLI M., *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, 1, 366 ss.;
- MARI A., *Inapplicabilità dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi pendenti in appello o in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, 4152 ss.;
- MARI A., *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2012, 1, 259 ss.;
- MARIETTI S., *Il paradosso penitenziario*, in *Paradigmi*, 2011, 1, 187 ss.;
- MARIETTI S., *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. GONNELLA (a cura di), *Riforma Ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 15 ss.;
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 477 ss.;
- MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 ss.;
- MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4160 ss.;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, undicesima ed., 2022;
- MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 311 ss.;
- MARTINELLI C., *Sub art. 13 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 95 ss.;
- MARTINI A., *Commento all'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *L.P.*, 1993, 187 ss.;
- MARTINI A., *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017;

- MARTUCCI L., *Il trattamento in carcere degli autori di reato sessuale e i progetti strutturati di trattamento*, in D. PAJARDI, (a cura di), *Oltre a sorvegliare e punire. Esperienze e riflessioni di operatori su trattamento e cura in carcere*, Milano, 2008, 209 ss.;
- MARTUFI A., *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 EDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovrappollamento*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 novembre 2014;
- MARTUFI A., *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015;
- MARTUFI A., *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 259 ss.;
- MARTUFI A., *Il giudizio di ottemperanza: tra discrezionalità amministrativa e principio di effettività*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 289 ss.;
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018;
- MASERA L., *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. Legge Spazzacorrotti*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019;
- MASIERI B., *La natura dei rimedi di cui all'art. 35 ter ord. pen.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 22 luglio 2015;
- MASSARI E., *Il processo penale nella nuova legislazione italiana. Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1934;
- MASSARO A., *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in ID. (a cura di), *La tutela nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, Rems e CPR*, Roma, 2017, 23 ss.;
- MASSARO A., *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020;
- MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017;
- MATTEVI E., *Disagio psichico in carcere: le risposte del sistema penale tra cura e custodia*, in *attesa del legislatore*, in *Indice pen.*, 2020, 2, 359 ss.;
- MATTEVI E., *Il disagio psichico in carcere: un'introduzione*, in A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere: definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, 2020, 169 ss.;
- MATTEVI E., *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 65 ss.
- MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999;

- MAZZA O., *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2007, 439 ss.;
- MAZZACUVA F., *La grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in <https://archivioldpc.dirit-topenaleuomo.org>, 30 ottobre 2013;
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017;
- MAZZACUVA F., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 3, 422 ss.;
- MENEGONI C., *La Corte costituzionale delinea un (nuovo) modello costituzionalmente orientato dell'esecuzione penale. La valorizzazione dei permessi premio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2021, 1, 177 ss.;
- MENGHINI A., *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 11, 1434 ss.;
- MENGHINI A., *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1047 ss.;
- MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1, 122 ss.;
- MENGHINI A., *Detenzione domiciliare "in surroga" e infermità psichica sopravvenuta*, in *Giur. it.*, 2019, 5, 1197 ss.;
- MENGHINI A., *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venir meno un'altra preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, 48 ss.;
- MENGHINI A., *Giustizia riparativa ed esecuzione. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia Riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*, Napoli, 2019, 211 ss.;
- MENGHINI A., *La tipologia dei risarcimenti concedibili: i casi di applicazione del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario dopo la sent. costituzionale n. 204 del 2016*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 525 ss.;
- MENGHINI A., *Norme sull'esecuzione penale tra esigenze di garanzie e principio di affidamento*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1635 ss.;
- MENGHINI A., *Sub art. 47 quinquies o.p.*, in F. FIORENTIN, S. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 637 ss.;
- MENGHINI A., *Il carcere ai tempi del coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della Magistratura di Sorveglianza e repliche "garantiste" del Governo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2, 823 ss.;

- MENGHINI A., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, 2, 1 ss.;
- MENGHINI A., *La grave infermità psichica sopravvenuta: la Consulta supplisce all'inerzia del legislatore*, in A. MENGHINI E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere: definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, 2020, 191 ss.;
- MENGHINI A., *Permesso premio, la Consulta apre un varco nell'art. 4 bis, 1° comma, ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 410 ss.;
- MENGHINI A., *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 796 ss.;
- MENGHINI A., *La rieducazione nella fase esecutiva: percorsi giurisprudenziali e realtà carceraria*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 145 ss.;
- MENGHINI A., MATTEVI E., *Recenti orientamenti in tema di lavoro di pubblica utilità. Note a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 117 ss.;
- MERANI R., *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *Quad. del C.S.M.*, 1995, 80, 272 ss.;
- MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità, nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1427 ss.;
- MIEDICO M., *Nuovi limiti per l'accesso all'affidamento in prova, fra scelte legislative e ragionevolezza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 4, 2242 ss.;
- MIEDICO M., MENGHINI A., POJER P., *Le misure di probation nel Regno Unito. Spunti per una riforma in Italia*, in E. DOLCINI, A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano, 2020, 57 ss.;
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982;
- MINNELLA C., *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, 2, 137 ss.;
- MINNELLA C., *La Consulta eleva a 4 anni il limite di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione (allineandolo all'affidamento allargato)*, in *Dir. Giust.*, 2018, 41, 8 ss.;
- MINNELLA C., *Le Sezioni Unite sul calcolo dello spazio vitale minimo al detenuto: una tutela "a ribasso" che urge innalzare*, in *Riv. pen.*, 2021, 11, 963 ss.;

- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992;
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997;
- MOCCIA S., *Funzione della pena e implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 8, 921 ss.;
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1 ss.;
- MODUGNO F., *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995;
- MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 56 ss.;
- MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica al diritto*, 2009, 182 ss.;
- MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti" ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 231 ss.;
- MONTAGNA M., *Adozione del "carcere duro" e procedimento di reclamo*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 165 ss.;
- MONTAGNA M., *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 10, 1280 ss.;
- MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Napoli, 2015;
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari e il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970;
- MORRONE A., *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 11, 1351 ss.;
- MORRONE A., *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 6, 749 ss.;
- MORRONE A., *Liberazione condizionale tra risarcimento del danno e ravvedimento del reo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 2, 209 ss.;
- MORRONE A., *Diritti del lavoratore detenuto e giudice competente*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 2, 155 ss.;
- MORRONE A., (voce) *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, *Annali II*, tomo II, Milano, 2008, 185 ss.;
- MORTATI C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 683 ss.;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976;
- MURA R., *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in

- Cass. pen.*, 2004, 4, 1362 ss.;
- NACAR B., *I “nuovi” poteri del giudice dell’esecuzione di rideterminazione della pena illegittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 2, 189 ss.;
- NANIA R., *La libertà individuale nell’esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989;
- NAPOLI G.M., *Il regime penitenziario*, Milano, 2012;
- NAPOLI G.M., *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014;
- NAPOLI G.M., *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell’amministrazione penitenziaria*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 maggio 2015;
- NAPOLI G.M., *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 6 febbraio 2015;
- NAPOLI G.M., *Il principio di legalità dell’azione amministrativa nell’esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, 1 ss.;
- NAPOLI G.M., *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell’azione dell’amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, 137 ss.;
- NAPOLI G.M., *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al “merito” dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di “full Jurisdiction”*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 6, 103 ss.;
- NAPOLI G.M., *La fase decisionale: i provvedimenti del magistrato di sorveglianza sul merito della controversia (annullamento, condanna, rigetto) e le pronunce di rito*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 241 ss.;
- NAPOLI G.M., *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili davanti al magistrato di sorveglianza*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 151 ss.;
- NAPOLI G.M., *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 4, 1305 ss.;
- NATALI K., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1457 ss.;
- NATALI K., *Sub art. 35 bis o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 452 ss.;
- NAVARETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 63 ss.;
- NEPPI MODONA G., *Carcere e società civile*, in *Storia d’Italia, V: I documenti*, Torino, 1973, 1903 ss.;
- NEPPI MODONA G., *Vecchio e nuovo nella riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *Politica dir.*, 1974, 183 ss.;

- NEPPI MODONA G., *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 2-3, 319 ss.;
- NEPPI MODONA G., *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in G. BORRÈ, P. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1988, 51 ss.;
- NEPPI MODONA G., (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto Pen.*, IX, Torino, 1995, 43 ss.;
- NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1509 ss.;
- NEPPI MODONA G., *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, in www.dirittopenitenziarioecostituzionale.it;
- NESPOLI G., *Quel che resta dello Stato-amministrazione dopo la legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, 253 ss.;
- NESPOLI G., *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1977, 703 ss.;
- NESPOLI G., *"Status" detentivo e difesa degli interessi legittimi*, in *Giust. pen.*, 1979, 8-9, 321 ss.;
- NESPOLI G., *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 1-2, 35 ss.;
- NICOSIA E., *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 749 ss.;
- NICOSIA E., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 3 ss.;
- NOBILI M., *Sub art. 25, I comma Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 135 ss.;
- NOBILI M., *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, 9, I, 2134 ss.;
- NOTARO D., in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 44 ss.;
- NOTARO D., *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, 985 ss.;
- NOVELLI G., *L'intervento del giudice dell'esecuzione penale*, in *Riv. dir. penit.*, 1936, 1059 ss.;
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ J., *La "doctrina Parot" y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de*

- hechos acaecidos hace más de veinte años*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, 9, 380 ss.;
- NUVOLONE P., *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.Vv., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 347 ss.;
- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 11, 60 ss.;
- NUVOLONE P., *Il processo penale e l'esecuzione delle pene*, in ID. (a cura di), *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Padova, 1969, 1465 ss.;
- NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in ID. (a cura di), *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 295 ss.;
- NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 631 ss.;
- OFFIDANI A.M., *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, 1953;
- OLIVETTI M., *Diritti fondamentali*, Torino, 2018;
- ONIDA V., *Sulla "disapplicazione" dei regolamenti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1968, 1032 ss.;
- ONIDA V., *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, 2002, 11-12, 15 ss.;
- ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge sopravvenuta più favorevole*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 285 ss.;
- ORLANDI R., *Il sovrappollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 424 ss.;
- PACE A., (voce) *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 287 ss.;
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992 (Appendice di Aggiornamento, Padova, 2002);
- PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007 e in www.costituzionalismo.it, 7 luglio 2006, 1 ss.;
- PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 18 settembre 2014, 1 ss.;
- PACE L., *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 2948 ss.
- PADOVANI T., (voce) *Istituti penitenziari*, in *Nov. Digesto It. (Appendice)*, vol. IV, Torino, 1980, 462 ss.;

- PADOVANI T., *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981;
- PADOVANI T., *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 285 ss.;
- PADOVANI T., *Il nuovo volto della liberazione condizionale dopo la sentenza 282/89 della Corte costituzionale*, in *L.P.*, 1989, 4, 633 ss.;
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 419 ss.;
- PADOVANI T., *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 151 ss.;
- PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier, 2006, 1, 32 ss.;
- PADOVANI T., *Promemoria sulla questione della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, 11, 4023 ss.;
- PADOVANI T., *La pena carceraria*, Pisa, 2016;
- PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 3, 1 ss.;
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2019;
- PAGLIARO A., (voce) *Legge penale. c) Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1040 ss.;
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979;
- PALAZZO F., *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, in *L.P.*, 1987, 102 ss.;
- PALAZZO F., *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *Politica dir.*, 1988, 225 ss.;
- PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, 1173 ss.;
- PALAZZO F., *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in AA.Vv., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, 2013, 585 ss.;
- PALAZZO F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazioni, contratti e obbligazioni, famiglia e successioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, vol. I, Mantova, 2017, 311 ss.;

- PALAZZO F., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 420 ss.;
- PALAZZO F., *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 521 ss.;
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, ottava ed., 2021;
- PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistema-penale.it, 8 settembre 2021;
- PALAZZO F., *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 5 ss.;
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 2, 733 ss.;
- PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 510 ss.;
- PALIERO C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 147 ss.;
- PALOMBARINI G., RENOLDI C., *Una consapevole provocazione: pena detentiva e numero chiuso*, in *Quest. giust.*, 2006, 926 ss.;
- PANARO R., *Il trattamento dei detenuti condannati per reati sessuali: il progetto Giulini*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, in *Quaderni ISSP*, 10, novembre 2012, 97 ss.;
- PANZERA C., *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in A. RUGGERI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 289 ss.;
- PASSAGLIA P. (a cura di), *Il sovraffollamento carcerario*, 2014, in www.corteco-stituzionale.it;
- PAVARIN G.M., *Diritto penitenziario: breve viaggio nel labirinto delle preclusioni. Il filo di Arianna*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 11, 1481 ss.;
- PAVARIN G.M., *Pericolosità sociale: il ruolo del Magistrato di Sorveglianza*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020, 57 ss.;
- PAVARIN G.M., *Rieducazione e misure alternative*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 57 ss.;
- PAVARINI M., *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 191 ss.;

- PAVARINI M., *La "lotta per i diritti dei detenuti" tra riduzionismo ed abolizionismo carcerari*, in *Antigone*, 2006, 82 ss.;
- PAVARINI M., in F. GIUNTA, S. ARDITA, M. PAVARINI, *Opinioni a confronto. Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 268 ss.;
- PAVARINI M., GUAZZALOCA G., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004;
- PECORELLA C., *La rideterminazione della pena in sede di esecuzione: le Sezioni Unite danno un altro colpo all'intangibilità del giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 181 ss.;
- PECORELLA C., *Sub art. 2 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, quinta ed., 2021, 48 ss.;
- PELISSERO M., *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 3, 261 ss.;
- PELISSERO M., *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 735 ss.;
- PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1359 ss.;
- PELISSERO M., *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, Milano, 2018, 229 ss.;
- PELISSERO M., *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 8, 1001 ss.;
- PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002;
- PEPINO L., *Regime carcerario di sorveglianza particolare e intervento giudiziario*, in *Quest. giust.*, 1988, 1, 95 ss.;
- PERFETTI L., *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994, 9 ss.;
- PERINI C., *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 77 ss.;
- PETRINI D., *Detenuti semiliberi o ammessi al lavoro esterno ed impiego sperimentale a protezione dell'ambiente in una recente legge della Regione Piemonte*, in *L.P.*, 1990, 447 ss.;
- PICCHI M., *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi "tassativizzanti" della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>;

- PICO DELLA MIRANDOLA, *De hominis dignitate*, 1486, ed. a cura di E. Garin, Firenze, 1942;
- PICOTTI L., *La legge penale*, in F. BRICOLA V. ZAGREBELSKY (dir.), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1996, 1 ss.;
- PICOZZI F., *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 1, 68 ss.;
- PICOZZI F., *Le origini della crisi*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, 41 ss.;
- PIERRO G., (voce) *Istituti di prevenzione e di pena*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.;
- PINARDI R., *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 4, 2815 ss.;
- PINELLI C., *Retroattività della legge penale più favorevole fra Cedu e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 4, 3047 ss.;
- PINO G., *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2014, 57 ss.;
- PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 575 ss.;
- PLASTINA N., *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4928 ss.;
- POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 176 ss.;
- POLIMENI V., *Il diritto alla salute dei detenuti ai tempi del COVID-19: strumenti di tutela e possibili profili di violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, 2, 849 ss.;
- PRESUTTI A., (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, versione aggiornata, Roma, 1996, 1 ss.;
- PRESUTTI A., *Sub art. 52 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 763 ss.;
- PROFITI E., *La sentenza Del Rio Prada e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 684 ss.;
- PUGIOTTO A., *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VE-

- RONESI (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Torino, 2002, 243 ss.;
- PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. cost.*, 2013, 6, 4542 ss.;
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte edu*, Napoli, 2014, 1 ss.;
- PUGIOTTO A., *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 17 ss.;
- PUGIOTTO A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1207 ss.;
- PUGIOTTO A., *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art. 35 ter ord. penit., per inumana detenzione*, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 177 ss.;
- PUGIOTTO A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018;
- PUGIOTTO A., *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili di interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quad. cost.*, 2020, 2, 395 ss.;
- PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in www.rivistaaic.it, 1, 501 ss.;
- PUGIOTTO A., *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium iuris*, 2020, 4, 399 ss.;
- PUGIOTTO A., *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 2021, 3, 1182 ss.;
- PULINO D., SBRACCIA A., VERDOLINI V., *Note etnografiche dai circuiti del penitenziario italiano*, in *Antigone*, 2017, 1, 139 ss.;
- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 547 ss.;
- PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1613 ss.;
- PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 318 ss.;
- PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 641 ss.;
- PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 235 ss.;

- PULITANÒ D., *Il penale tra teoria e politica*, in www.sistemapenale.it, 9 novembre 2020, 1 ss.;
- PULITANÒ D., DODARO G., *Sub art. 2 c.p.*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Milano, sesta ed., 2017, 15 ss.;
- PULVIRENTI A., *La “riforma Simeone” tra questioni interpretative e intenti di razionalizzazione*, in *Giust. pen.*, 1999, 545 ss.;
- PULVIRENTI A., *Si amplia la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1553 ss.;
- RANALLI D., *Recenti orientamenti in tema di diritti dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 3, 184 ss.;
- RANALLI D., *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. penit. crim.*, 2014, 3, 169 ss.;
- RAVEZZI S., *Una richiesta dal Consiglio d'Europa: ridurre l'isolamento dei detenuti*, in <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2012;
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020;
- RENOLDI C., *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, in *Quest. giust.*, 2007, 1, 23 ss.;
- RENOLDI C., *I diritti del detenuto tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010, 2, 184 ss.;
- RENOLDI C., *Una nuova tappa nella “lunga marcia” verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3779 ss. e in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 95 ss.;
- RENOLDI C., *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Antigone*, 2011, 2-3, 92 ss.;
- RICCI A., *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il “condannato ostativo” all'accesso ai permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in *Giur. pen. web*, 2020, 1 ss.;
- RICCI A., *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in www.giurisprudenza-penale.com, 27 gennaio 2020;
- RICCI A., SALIERNO G., *Il carcere in Italia*, Torino, 1971;
- RIONDATO S., *Un diritto penale detto “ragionevole”. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005;
- RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino, 2019;

- RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 653 ss.;
- RIVELLO P.P., *Permessi premio ed ordinamento penitenziario militare*, in *Giur. cost.*, 1995, 3, 1698 ss.;
- ROCCHI F., *Capitola l'ultima preclusione assoluta a carico dei recidivi "in executivis"*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 3, 344 ss.;
- ROMANO M., *Sub art. 2 c.p.*, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 1995, 53 ss.;
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977;
- ROMICE S., *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in www.federalismi.it, 24 ottobre 2014;
- ROMICE S., *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 14 aprile 2016;
- ROMICE S., *Brevi note sull'art. 41 bis*, in *Giur. pen. web*, 2017, 12, 37 ss.;
- RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 2, 137 ss.;
- RONCO M., *Riflessioni su una "nuova" sanzione: l'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. AMISANO, M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di M. Gallo*, Napoli, 2012, 217 ss.;
- ROSSI E., *Sub art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Torino, 2006, 42 ss.;
- RUARO M., *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009;
- RUARO M., SANTINELLI C., *Sub art. 18 ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 284 ss.;
- RUGGERI A., A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 221 ss.;
- RUGGERI A., *Ancora una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.diritticomparati.it, 26 novembre 2013;
- RUOTOLO M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, 1, 203 ss.;
- RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002;
- RUOTOLO M., *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, II-III, 235 ss.;
- RUOTOLO M., *Sub art. 13 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 321 ss.;

- RUOTOLO M., *I diritti dei detenuti*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 137 ss.;
- RUOTOLO M., *Carcere e rispetto della dignità della persona*, in M. AMISANO, M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012, 227 ss.;
- RUOTOLO M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012;
- RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2176 ss.;
- RUOTOLO M., *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2013, 6, 4549 ss.;
- RUOTOLO M., *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2084 ss.;
- RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Napoli, seconda ed., 2014;
- RUOTOLO M., *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in www.questionegiustizia.it, 2015, 2, 56 ss.;
- RUOTOLO M., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in www.rivistaaic.it, 2016, 3, 1 ss.;
- RUOTOLO M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 12 dicembre 2019;
- RUOTOLO M., *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in <https://dirittodidifesa.eu>, 4 marzo 2022;
- RUOTOLO M., *Luci e ombre della sentenza Muršić*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it;
- SABATINI G., *Successione di leggi processuali penali e "favor rei"*, in *Giust. pen.*, 1957, 8 ss.;
- SALAZAR C., *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali»*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 253 ss.;
- SALVI G., *Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico (leggendo Three Judges Court California, 8 aprile 2009)*, in *Quest. giust.*, 2009, 5, 122 ss.;
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998;
- SANTINELLI C., *Sub art. 63 o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 898 ss.;

- SANTINELLI C., *Sub art. 64 o.p.*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, sesta ed., 2019, 900 ss.;
- SANTORIELLO C., *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, in *Giur. cost.*, 1999, 1, 222 ss.;
- SANTORO E., *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 22 gennaio 2015;
- SANTORSO S., *Un carcere fatto a circuiti: tra definizione formale e pratiche*, in www.antigone.it, 1 ss.;
- SAU A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013;
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000, 297 ss.;
- SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000;
- SCHIRÒ D.M., *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1067 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, 261 ss.;
- SCOLETTA M., *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 19 gennaio 2012;
- SCOMPARIN L., *Circuiti penitenziari e differenziazione tra i detenuti*, in ID., *Il sistema penitenziario*, in G. NEPPI MODONA, D. PETRINI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Giustizia pena e servizi sociali*, Bari, 2009, 260 ss.;
- SCOMPARIN L., *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1402 ss.;
- SECHI P., *Sorveglianza particolare "di fatto" e possibilità di controllo*, in *Giur. it.*, 1990, 2, 67 ss.;
- SEMERARO V., *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, in *Giur. pen. web*, 2018, 10, 1 ss.;
- SERGES G., *Il diritto a non subire tortura: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 365 ss.;
- SEVERINO P., *Successione delle leggi penali nel tempo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, 1 ss.;
- SILVESTRI G., *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1179 ss.;

- SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, 2, 1 ss.;
- SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987;
- SIRACUSA L., *La “moralità” dell’ergastolo c.d. “ostativo” per i fatti di mafia*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 1, 192 ss.;
- SIRACUSANO F., *Modifiche all’art. 4-bis ord. penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017, 189 ss.;
- SOMMA E., *Premessa. Palingenesi, razionalizzazione e “sperimentazione” nella novella penitenziaria del 1986*, in *L.P.*, 1987, 1, 78 ss.;
- SPAGNOLO P., *Inapplicabilità del nuovo regime cautelare alle misure in corso di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 4167 ss.;
- SPAGNOLO P., *Semplificazione delle procedure*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma, Working paper*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2015, 76 ss.;
- SPRICIGO B., *La “riflessione critica sul reato” e l’automatismo ostativo dell’art. 4 bis o.p.*, in *Criminalia*, 2014, 619 ss.;
- STORTONI L., *“Libertà” e “diritti” del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 31 ss.;
- TABASCO G., *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, 1 ss.;
- TALINI S., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018;
- TALINI S., *La valorizzazione dei termini “pena” al plurale e condannato al “singolare” anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost. sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, Studi 2018/III, 505 ss.;
- TAMBURINO G., *Diritto penitenziario e misure alternative*, in *Supplemento al n. 1-2, CSM*, Roma, 1979, 115 ss.;
- TAMBURINO G., *Prefazione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, XVII ss.;
- TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 11 ss.;
- TARUFFO M., *Presunzioni, Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1 ss.;
- TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4909 ss.;

- TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013;
- TIRELLI M., *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1259 ss.;
- TORRETTA P., *“Diritto alla sicurezza” e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 451 ss.;
- TORRETTA P., *Il diritto alle garanzie costituzionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell’ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione n. 341/2006 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2006, in www.forumcostituzionale.it;
- TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2002;
- TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra «ideologia correzionalista» del trattamento e «garanzie» costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1692 ss.;
- TRAPASSO M.T., *Osservazioni a prima lettura a Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Repaci*, in www.archiviopenale.it, 2014;
- TRAPPELLA C., *Automatica sospensione dell’ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1924 ss.;
- TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il rinvio dell’esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell’attuale condizione del sistema penitenziario?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 902 ss.;
- TRAVAGLIA CICIRELLO T., *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018;
- UBIALI M.C., *Ergastolo ostativo e preclusione all’accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 28 gennaio 2019;
- URBAN F., *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Toreggiani c. Italia*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, 3, 1 ss.;
- VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 205 ss.;
- VALENTINI V., *Diritto intertemporale penale*, Milano, 2012;
- VALENTINO M.V., *Esclusioni “eccellenti” in tema di liberazione anticipata tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 14 maggio 2015;

- VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942;
- VASSALLI G., *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit.*, 1951, 1024 ss.;
- VASSALLI G., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in AA.Vv., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, 363 ss.;
- VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, 1629 ss.;
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 8, 297 ss.;
- VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni convegni)*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 3-4, 437 ss.;
- VASSALLI G., (voce) *Potestà punitiva*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 793 ss.;
- VASSALLI G., (voce) *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Digesto Pen.*, VIII, Torino, 1994, 278 ss.;
- VEDASCHI A., *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 219 ss.;
- VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020;
- VETRANO C., *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004, 1, 811 ss.;
- VIANELLO F., *Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione*, in www.questionegiustizia.it, 2018;
- VIANELLO F., *Sociologia del carcere*, Roma, seconda ed., 2019;
- VICOLI D., *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 6 ss.;
- VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1989 ss.;
- VIGANÒ F., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 10 aprile 2012;
- VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Cor-*

- te di Strasburgo*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 4 luglio 2012;
- VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1334 ss.;
- VIGANÒ F., (voce) *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012 e 2014, in www.treccani.it;
- VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 9 gennaio 2013;
- VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 20 febbraio 2013;
- VIGANÒ F., *La Cassazione sul risarcimento da lesione dei diritti dei detenuti: un importante seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 18 gennaio 2013;
- VIGANÒ F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 250 ss.;
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali: atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli, 2016, 213 ss.;
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 61 ss.;
- VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 333 ss.;
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021;
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e Diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2022;
- VIGANÒ F., DELLA BELLA A., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 27 febbraio 2014;
- VIOLA L., *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, 101 ss.;

- VITELLO S.F., *Significativo mutamento di indirizzo della Corte costituzionale in tema di ricorribilità dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di permessi premio*, in *Cass. pen.*, 1993, 1-2, 1904 ss.;
- VITELLO S.F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, 12, 2861 ss.;
- VOLINO C.L., *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 23 marzo 2013;
- ZAGO G., *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2019, 2-bis;
- ZAGREBELSKI G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005;
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012;
- ZAPPA G., *Trasferimenti dei detenuti, ordini di servizio e poteri del magistrato di Sorveglianza*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 3, 611 ss.;
- ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 94 ss.;
- ZUFFADA E., *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 21 aprile 2017.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)
9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)
11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)
12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)
13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)
14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)
15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)
16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)
17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)
18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)
19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)
20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)
21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)
22. *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità* - MARTA TOMASI (2019)

23. *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata* - FRANCESCA PESCE (2019)
24. *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico* - ALVISE SCHIAVON (2019)
25. *Vestire a modo altrui. Dal sumptus medioevale al luxus d'età moderna tra diritto e morale* - CECILIA NATALINI (2020)
26. *La transazione amministrativa* - ANTONIO CASSATELLA (2020)
27. *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* - STEFANIA ROSSI (2020)
28. *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata* - DAVIDE STRAZZARI (2020)
29. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio* - ANDREA PERIN (2020)
30. *Il giudizio di querela di falso: natura ed oggetto* - PAOLA WIDMANN (2020)
31. *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo* - ANDREA MAGLIARI (2020)
32. *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale* - FRANCESCA OLIOSI (2020)
33. *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica* - PAOLO GUARDA (2021)
34. *La postergazione legale dei crediti. L'incentivazione delle condotte finanziarie virtuose di fronte alla crisi* - DANILO GALLETTI (2021)

35. *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo. Un'indagine di diritto comparato dell'economia* - GIANMATTEO SABATINO (2022)

36. *Studi sul diritto pubblico nell'età della Riforma* - LUCIA BIANCHIN (2022)

37. *(In)visibile bodies: disability, sexuality and fundamental rights* - CARLA MARIA REALE (2022)

38. *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa* - ELENA MATTEVI (2022)

39. *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti* - ANTONIA MENGHINI (2022)

