



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di

Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandroni	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI

Antonia Menghini

Professoressa associata di diritto penale, Università degli Studi di Trento

Il diritto penitenziario è un settore in cui lo iato tra teoria e norma (ove esistente), da un lato, e prassi e realtà delle nostre carceri, dall'altro, appare più marcato ed evidente¹. E questo nonostante la l. n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario, e poi la legge Gozzini del 1986, abbiano segnato uno spartiacque nel modo di intendere il rapporto tra Amministrazione penitenziaria e detenuto – che da unilaterale (potestà-soggezione) diviene formalmente bilaterale (potere autoritativo-diritto soggettivo)² – ed un parziale ritorno alla legalità, soprattutto se apprezzata con riferimento al corollario della riserva di legge. Bisogna infatti fare i conti con la realtà e prendere atto del fatto che l'ombra lunga del rapporto di c.d. supremazia speciale, che si vorrebbe superata alla luce dei principi affermati in Costituzione e poi inverte nella legge sull'ordinamento penitenziario, permane invece ancora a caratterizzare determinati ambiti specifici in cui si rende più evidente l'inevitabile tensione tra le istanze rieducative e quelle securitarie che, per la verità, permea tutt'oggi l'intero sistema carcere. Del difficile temperamento tra le citate esigenze contrapposte è emblema dichiarato l'art. 1 o.p. che, all'umanità e dignità del trattamento, contrappone le esigenze di ordine e disciplina (termine che all'interno della legge viene poi so-

1 Per un quadro riassuntivo relativo all'assenza delle condizioni oggettive nelle carceri italiane per la piena realizzazione dell'ideale rieducativo, cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 411 ss., ed in particolare 412: «Se la pena viene eseguita in condizioni disumane, ciò compromette *ab origine* anche la possibilità di immaginare dei percorsi trattamentali. [...] 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».

2 Così già F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *GM*, 2010, 11, 2815.

stituito da quello maggiormente omnicomprensivo di sicurezza³).

Vengono qui in oggetto istituti che incidono sulla libertà personale finendo col travalicare, a nostro modo di vedere, quel livello di afflittività già insito nell'esecuzione della pena in carcere e rispetto ai quali si registra un mancato rispetto *in primis* del principio di legalità (riserva di legge) con chiaro *vulnus* quantomeno dell'art. 13 comma 2 Cost. Non dobbiamo infatti dimenticare come già in tempi risalenti la Consulta avesse rimarcato 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 individuale»⁴. Il detenuto conserva dunque un residuo di libertà personale che deve essere adeguatamente garantito attraverso il presidio della doppia riserva di legge e giurisdizione prevista in Costituzione.

A questo riguardo, ci sembra criticabile la posizione assunta ormai decenni orsono della Consulta e mai più messa in discussione, nonostante le recenti aperture di cui alla sentenza n. 32/2020 (su cui *infra*). Da un lato, infatti, appare del tutto inadeguato 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.

3 La dottrina ha distinto la sicurezza interna da quella esterna giungendo a definire sicurezza interna quella 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*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 166; 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 e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 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?*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2012, 3 e 12.

4 Cfr. C. cost. 349/1993, 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*. Per l'affermazione di posizioni soggettive in capo ai detenuti, cfr. già C. cost., 6 agosto 1979, n. 114, in *GC*, 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. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., cap. III, in generale, e sez. I, par. n. 3.5 e ss. relativamente all'analisi della giurisprudenza.

Dall'altro, a non essere condivisibile è l'affermazione per cui tutto quanto afferisce al trattamento, e più in generale alle modalità esecutive – terreno fertile per la citata azione discrezionale – non sarebbe in grado di incidere sul *quantum* di libertà residua del detenuto che la pena non intacca, affermazione da cui la Consulta fa discendere la non necessaria operatività delle garanzie di cui all'art. 13 comma 2 Cost.⁵

Il lamentato *vulnus*, in particolare sul versante della riserva di legge, si rende evidente soprattutto quando si tratta di disciplinare i poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria.

Esemplificativa, ad esempio, la materia relativa all'uso della forza (art. 41 o.p.), ove il legislatore si limita a descrivere il presupposto per il suo esercizio, individuato nella necessità dell'intervento, che impone l'adozione della misura meno invasiva per i diritti dei detenuti e che implica, ancor prima, un giudizio positivo sulla congruità della misura adottata, ma non disciplina né la tipologia dei mezzi utilizzabili né le modalità del loro utilizzo, preferendo rinviare per la disciplina di questi dirimenti profili al regolamento esecutivo – fonte secondaria – il quale, all'art. 82, prevede che la coercizione fisica, consentita per le finalità indicate dall'art. 41 comma 3 o.p., vada effettuata sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche⁶.

Vi sono poi anche ambiti in cui l'Amministrazione penitenziaria agisce in completa assenza di una espressa previsione legislativa di un potere autoritativo, come accaduto in passato per le carceri di massima sicurezza⁷,

5 Cfr., in argomento, A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 75 ss.

6 Cfr. art. 82 d.P.R. n. 230/2000, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

7 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*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, in particolare 306 ss.; E. Somma, *Palingenesi, razionalizzazione e "sperimentazione" nella novella penitenziaria del 1986*, in *LP*, 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 *DPP*, 2004, 6, 749 ss.; E. Delehay, *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

e come ci sembra accadere tutt'oggi in materia di circuiti penitenziari, realtà che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria definisce «mere articolazioni logistiche» (insieme di sezioni/istituti). Da qui la ricorrente affermazione dell'Amministrazione penitenziaria, smentita però dai fatti, secondo cui 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»⁸.

La materia dei circuiti penitenziari appare dunque oggi la “terra di nessuno” in cui imperversa l'uso della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che troppe volte, per il tramite di previsioni maggiormente contenitive e limitative non solo della libertà di movimento ma anche di altri diritti fondamentali rispetto a quanto previsto con riferimento alla c.d. custodia aperta⁹, si ripercuote, limitandola, su quel residuo di libertà personale che il detenuto mantiene¹⁰. Ciò appare di tutta evidenza

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 *IP*, 1990, 147 ss.

8 Così la circ. DAP, n. 3359/5809 del 21 aprile 1993, in www.giustizia.it. Per un approfondimento sulla distinzione tra circuiti e regimi di rigore, considerati invece incidenti in maniera deteriore sulla disciplina penitenziaria ordinaria, tanto da meritare il presidio, seppure parziale, delle garanzie di cui all'art. 13 comma 2 Cost., cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., cap. IV, sez. I, par. 4.4.

9 Per la disciplina della custodia aperta, cfr. circ. DAP, n. 3594/6044 del 25 novembre, 2011, in www.giustizia.it, 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.dirittopenaleuomo.org>, 30 novembre 2011. Rammentiamo come in molte strutture di pena la c.d. apertura delle celle, prescritta fin dal 2011 dalla circolare istitutiva della custodia aperta, sia avvenuta solo il 23 maggio 2014, giorno in cui è scaduto il termine concesso all'Italia per adempiere a quanto prescritto nella famosa sentenza di condanna dell'Italia: CoEDU, 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 della sentenza: M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *RIDPP*, 2013, 2, 948 ss.

10 Cfr. Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, Fabiano, in www.dejure.it, in cui si riconosce, quale corollario del diritto al trattamento individualizzato, la sussistenza di un diritto alla assegnazione ad una sezione “comune”, declinato secondo lo standard del circuito di Media sicurezza a custodia aperta.

con riferimento alla disciplina dell'Alta sicurezza¹¹, ma, ci preme rimarcarlo, si è reso evidente, a nostro modo di vedere, anche rispetto alla recente attuazione della c.d. nuova Media sicurezza, frutto di una circolare del luglio 2022¹².

La citata circolare prevede infatti una revisione complessiva del sistema della Media sicurezza, che riguarda la stragrande maggioranza dei detenuti (poco meno di 50.000 detenuti), che va ben aldilà della ridenominazione delle sezioni ivi contemplate, oggi ribattezzate sezioni «ordinarie» e «ordinarie a trattamento avanzato», grossomodo riproponendo il previgente distinguo tra custodia c.d. chiusa e custodia c.d. aperta¹³. Nelle sezioni ordinarie, infatti, è preclusa la deambulazione sul corridoio di sezione ed il detenuto trascorre il suo tempo chiuso in cella, a meno che, oltre alle ore d'aria, non possa accedere ad attività di tipo trattamentale.

La vera differenza rispetto al sistema previgente è che in precedenza le sezioni a custodia chiusa erano numericamente meno numerose e nella stragrande maggioranza dei casi il c.d. nuovo giunto veniva allocato direttamente in una sezione di Media sicurezza a custodia aperta. La circolare del luglio 2022 prevede invece che il nuovo giunto debba trascorrere ben 6 mesi nelle sezioni ordinarie, indicando l'allocazione nelle sezioni ordinarie a trattamento intensificato quale vero e proprio elemento del trattamento che, al pari ad esempio di permessi premio e lavoro all'esterno, deve essere inserito nella c.d. sintesi, documento che l'*equipe* dovrebbe redigere, per regola generale, nel termine di 6 mesi, una volta che il detenuto sia divenuto definitivo.

La circolare, che si ispira al principio di progressività nel trattamento – per cui, ad una maggiore responsabilizzazione del detenuto, dovrebbe corrispondere un suo spostamento in una sezione ordinaria a trattamento intensificato – rischia, a nostro modo di vedere, di segnare nei fatti un ritorno al “pre-Torreggiani”, con un numero significativo di sezioni con divieto assoluto di deambulazione sui corridoi e celle sempre chiuse, salvo che per le ore d'aria e la partecipazione alle attività trattamentali. La riforma sembra in ultima istanza scontrarsi con la realtà delle esigue risorse investite sul versante del trattamento sia quanto ad operatori (del tutto deficitario allo stato attuale il numero degli educatori, nonostante i recenti concorsi

11 Su cui cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., cap. IV, sez. II.

12 Cfr. circ. DAP, n. 3693/6143 del 18 luglio 2022, in www.giustizia.it.

13 Per la disciplina della custodia chiusa, cfr. circ. DAP, n. 425948 del 21 dicembre 2015.

banditi) sia quanto ad attività trattamentali¹⁴. Nelle “nuove” sezioni ordinarie, quantomeno nelle realtà carcerarie in cui le attività trattamentali sono l’eccezione, le persone detenute ivi allocate vedranno pertanto fortemente limitata la libertà di movimento al di fuori delle celle.

Alla luce della costante crescita della popolazione detenuta, che ha recentemente nuovamente superato le 60.000 presenze, il dato riportato dovrebbe allarmare, in quanto in aperto contrasto con uno dei cc.dd. criteri compensativi individuati a Strasburgo rispetto ad una violazione del criterio del c.d. *minimum space* indicato in 3 m². Nella nota sentenza *Muršić c. Croazia*, al fine di confutare la forte presunzione di violazione dell’art. 3 Cedu (trattamento disumano e degradante) derivante da uno spazio minimo vitale *pro capite* per detenuto inferiore ai 3 m², la Corte di Strasburgo ha infatti richiesto ai Governi resistenti la prova della necessaria concorrenza di 3 criteri compensativi: che la violazione sia temporanea e occasionale, che la struttura penitenziaria sia dotata di adeguate *facilities* e che il detenuto abbia appunto la possibilità di muoversi liberamente al di fuori della cella¹⁵. Senza contare che, nella stragrande maggioranza dei casi, alla luce dell’insufficienza degli educatori, il nuovo giunto definitivo dovrà trattenersi ben più dei previsti 6 mesi nelle sezioni ordinarie, visti i cronici ritardi nella chiusura delle sintesi e il nuovo giunto in custodia cautelare per un tempo non preventivabile.

Oltre a quanto evidenziato, preme infine rappresentare un ulteriore profilo di criticità rispetto all’attuazione della circolare citata, in cui si pre-

14 Cfr. 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, in cui si riporta la cifra diaria prevista per il mantenimento di un detenuto, pari a 154 euro, evidenziandosi che soli 35 centesimi sarebbero destinati all’opera rieducativa.

15 Cfr. CoEDU, *Muršić c. Croazia*, 12 marzo 2015, ric. n. 7334/13, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 22 ss.; CoEDU, Grande camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 novembre 2016. 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*, in *AP web*, 2015, 3, 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. Per un commento della sentenza della Grande Camera: 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 *GP*, 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*, in *DPPP*, 2017, 1, 122 ss.

vede che anche persone che si trovano già in esecuzione di pena al momento della sua applicazione possano essere allocate nelle sezioni ordinarie, sulla scorta di una valutazione del loro comportamento pregresso e di una loro inidoneità rispetto all'allocazione nelle sezioni ordinarie a trattamento intensificato (si tratta per lo più di detenuti che nei sei mesi precedenti sono risultati destinatari di sanzioni disciplinari). Si può dunque trattare di persone detenute che già hanno scontato una quota parte di pena in sezioni che riconoscevano una libertà di movimento ben maggiore con l'apertura delle celle per almeno 8 ore al giorno e libertà di deambulazione sui corridoi di sezione, a prescindere dalla partecipazione ad attività trattamentali, e una possibilità di trascorrere del tempo con i compagni di sezione. Con ciò, a nostro modo di vedere, si rende evidente un sacrificio del principio di non regressione nel trattamento, principio che, come sappiamo, la Corte costituzionale ha elaborato, sulla scorta del principio rieducativo, con riferimento alle modifiche apportate nel tempo alla disciplina del 4 bis o.p., per cercare di arginare almeno parzialmente gli effetti certamente pregiudizievoli dell'istanza rieducativa legati all'applicazione retroattiva delle modifiche di sfavore.

In particolare, hanno contribuito alla valorizzazione e definizione del principio di non regressione nel trattamento, quale espressione del più generale principio di progressione nel trattamento, tutte le sentenze relative all'applicazione ai fatti pregressi delle modifiche *in peius* succedutesi negli anni rispetto alla disciplina di cui all'art. 4 bis o.p. in assenza della previsione di norme transitorie¹⁶. Si è trattato di un percorso articolato, che ha portato in un primo momento a negare la revoca dei benefici già concessi sulla base della precedente normativa¹⁷, poi a riconoscere la concessione

16 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, contingeva 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, per 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 comma 9 lett. a) c.p.p.), in quanto misure incidenti sulla qualità della pena e, in ultima istanza, sulla libertà personale del condannato. Cfr. *infra* in dettaglio.

17 Cfr. C. cost., 7 agosto 1993, n. 306, in *GC.*, 1993, 4 2466 ss., con note di C. Fiorio, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, *ivi*, 1993, , 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*, in *CP*, 1994, 861 ss.

di permessi premio a chi ne avesse già fruito in precedenza¹⁸ 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 richiesto¹⁹.

Il tema si ricollega alla pronuncia della Consulta n. 32/2020, che, sancendo con riferimento a taluni istituti incidenti sulla libertà personale l'operatività del principio di irretroattività e per altri (permessi premio e lavoro all'esterno) confermando l'operatività del citato principio di non regressione nel trattamento, rappresenta la più importante ed epocale sentenza in materia di esecuzione della pena²⁰.

Bisogna infatti rammentare che, con riferimento all'asserita mancata operatività del principio di irretroattività in materia di esecuzione della pena, la giurisprudenza di legittimità l'ha fatta per lunghissimo tempo da padrone, complice l'inveterata idea, ben confutata da alcuni tra i più importanti penalisti e processualisti²¹, che il penitenziario rappresentasse una

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

19 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. Esemplificativamente, 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.

20 Cfr. C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento della sentenza: E. Dinacci, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, in *GI*, 2020, 7, 1773 ss.; D. Notaro, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *DPP*, 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 *GC*, 2020, 1, 263 ss.

21 Già Bricola aveva affermato che: «L'esecuzione della pena altro non è se non la pena apprezzata nel suo momento dinamico». Così F. Bricola, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, in *IP*, 1969, 279, secondo il quale «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 *DDP*, vol. VIII, Torino, 1994, 323; M. Nobili, *Sub art. 25, I comma Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, artt. 24-26, 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.

costola del diritto processuale, arrivando a sostenere in più occasioni, da ultimo con le SS.UU. nel 2006, l'operatività in materia del principio del *tempus regit actum* – proprio della materia processuale penale – con riferimento alle disposizioni relative alle misure alternative che atterrebbero, secondo la ricostruzione proposta, «alle modalità esecutive della pena»²².

A questo riguardo, tra i molti aspetti rilevanti²³, preme solo sottolineare come proprio la granitica presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, e dunque l'inveterata prassi, abbia portato alcuni degli organi giudicanti che hanno sollevato la questione di legittimità relativa alla legge c.d. “spazzacorrotti” ad invocare una sentenza della Corte costituzionale di tipo additivo «nella parte in cui la citata legge non prevedeva una disciplina transitoria per i fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore»²⁴. Argomentando sulla base dell'incidenza delle disposizioni sulla libertà personale del detenuto (qualità della pena), la Consulta – a nostro modo di vedere correttamente – ha optato invece, superando l'approccio formalista, per una sentenza interpretativa di accoglimento, sostenendo l'operatività del principio di irretroattività allorquando «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».

Nonostante la criticata distinzione tra «qualità e quantità della pena» e «modalità esecutive» abbia portato anche nella sentenza *de qua* al censurabile distinguo tra istituti, risoltosi in ultima istanza nell'asserita operatività del principio di irretroattività solo con riferimento alle norme relative alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e alla previsione di cui all'art. 656 comma 9 c.p.p.,

22 Cfr. Cass. pen., sez. unite, 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 183.

23 Cfr., diffusamente in argomento, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 49 ss.

24 Cfr. Trib. Sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1188/19, in www.giurisprudenzapenale.it. 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 *GI*, 2019, 7, 1635. 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.

del tutto condivisibile è invece l'assunto per cui l'incidenza sulla libertà personale permanga la barra sulla quale è necessario calibrare le garanzie proprie della legalità²⁵.

25 Per una lettura critica della pronuncia: 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; A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 453 ss.