Università Roma Tre
Diritto penitenziario e Costituzione
European Penological Center

Direttore
Marco Ruotolo

17

Giunta
Marta Caredda – Giulia Fiorelli – Patrizio Gonnella – Antonella Massaro
Alice Riccardi – Marco Ruotolo – Silvia Talini

Comitato Scientifico

Paolo Benvenuti (emerito Università Roma Tre), Francesco Caprioli (Università di Roma La Sapienza), Marta Cartabia (Università Bocconi di Milano, Presidente emerito Corte costituzionale), Silvia Casale (Presidente Npm Observatory), Massimo Ceresa-Gastaldo (Università Bocconi di Milano), Rosita Del Coco (Università di Teramo), Ombretta Di Giovine (Corte di Cassazione), Luigi Ferrajoli (emerito Università Roma Tre), Carlo Fiorio (Università di Perugia), Giovanni Maria Flick (emerito Luiss-Guido Carli, Presidente emerito Corte costituzionale), Glauco Giostra (emerito Università di Roma La Sapienza), Elena Larrauri (Università Barcellona Pompeu Fabra), Franco Modugno (emerito Università di Roma La Sapienza, giudice costituzionale), Guido Neppi Modona (emerito Università di Torino, Vice Presidente emerito Corte costituzionale), Tullio Padovani (emerito Scuola Sant'Anna di Pisa), Mauro Palma (Presidente EPC, già Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale), Daniel Pastor (Università di Buenos Aires), Marco Pelissero (Università di Torino), Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues (Università di Coimbra), Jaime Peris Riera (Università di Murcia), Claudio Sarzotti (Università di Torino), Damien Scalia (ULB/Università di Losanna), Dieter Schlenker (Director of the Historical Archives of the European Union), Giovanni Serges (già Università Roma Tre), Gaetano Silvestri (emerito Università di Messina, Pres. emerito Corte costituzionale), Dirk Van Zyl Smit (Università di Nottingham), Francesco Viganò (Università Bocconi di Milano, giudice della Corte costituzionale), Salvatore Zappalà (Università di Catania).

L'ESECUZIONE PENALE

Linee evolutive nella dimensione costituzionale

Atti della II Spring School del Centro di ricerca "Diritto penitenziario e Costituzione – European Penological Center"

Ventotene 12-15 giugno 2023

a cura di

MARTA CAREDDA, GIULIA FIORELLI,
PATRIZIO GONNELLA, ANTONELLA MASSARO,
ALICE RICCARDI, MARCO RUOTOLO, SILVIA TALINI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre"

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2024 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-876-6

Indice

Marco Ruotolo, *In vece di una introduzione* IX

Parte Prima
PROFILI STORICI
DELL'ESECUZIONE PENALE

Paolo Alvazzi del Frate, *Esecuzione della pena e carcere tra XVIII e XIX secolo* 3

Anthony Santilli, *Bagni penali e dimensione insulare nell'Ottocento italiano. Costanti spaziali nelle strategie punitive* 15

Gianmarco Palmieri, *Una questione di diritto penitenziario: sessualità e carcere in un dibattito degli anni '30 del XX secolo* 37

Parte Seconda
L'EVOLUZIONE DELLE MISURE *EXTRA MOENIA*
E DELLE FORME DI TUTELA

Silvia Talini*, Le misure* extra moenia *e le forme di tutela tra evoluzioni ed involuzioni normative e giurisprudenziali* 65

Antonella Calcaterra, *I diritti delle persone detenute in Italia. Tra garanzie normative e mancata attuazione delle tutele* 81

Fabio Gianfilippi, *L'evoluzione delle misure* extra moenia*: ritmo sincopato in direzione costituzionalmente orientata* 103

Antonella Massaro, *Esecuzione penale ed europeizzazione delle garanzie* 125

Dario Di Cecca – Anna Maratea – Francesco Severa, *Genitore detenuto e interesse del figlio minore: la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinquies *o.p., tra dovere di cura e risocializzazione. Laboratorio.* 151

PARTE TERZA
LA GIUSTIZIA RESTAURATIVA

Alice Riccardi, *La giustizia riparativa nel diritto internazionale* 177

Marcello Bortolato, *La giustizia restaurativa* 193

Maria Pia Giuffrida, *La giustizia riparativa tra passato e futuro* 209

Marta Caredda – Silvia Piergiovanni, *Un "laboratorio" sulla giustizia restaurativa: indagini su alcuni profili della nuova disciplina legislativa* 227

PARTE QUARTA
VERSO L'INTRODUZIONE
DI REGOLE PENITENZIARIE DELL'UNIONE EUROPEA?

Patrizio Gonnella, *La* soft law *e il carcere* 249

Susanna Marietti, *La detenzione in Europa e la mancanza di standard vincolanti* 265

Emanuela Pistoia, *Lo spazio del reinserimento sociale nella cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea rivolta al trasferimento di detenuti e il possibile ruolo di regole penitenziarie comuni* 277

RELAZIONE CONCLUSIVA

Pietro Buffa, *"In quel campo ci sono le rose": ovvero dei limiti all'evoluzione penitenziaria, tra scelte politiche e posture individuali* 309

Notizie sugli Autori 331

Marco Ruotolo

In vece di una introduzione

1. La seconda Spring School del Centro di ricerca "Diritto penitenziario e Costituzione - European Penological Center" è stata l'occasione per esaminare le "linee evolutive" dell'esecuzione penale, partendo da un inquadramento storico per arrivare alla stretta attualità.

Il mio compito è stato introdurre la sessione storica, proponendo qualche considerazione sul lungo percorso che ha attraversato la riflessione giuridica sul tema della pena.

La puntuale relazione di Paolo Alvazzi del Frate mi esonera dal riproporre qui riflessioni che il Collega ha ampiamente sviluppato. Né intendo riportare considerazioni che si trovano in miei precedenti contributi in argomento. Quasi tutto quello che sentivo di dover affermare al riguardo penso di averlo scritto, anche se poi la persistente attualità della questione carceraria mi "costringe" spesso ad affrontare profili emergenti, nella forse vana speranza di essere ascoltato, almeno come una delle tante voci che si unisce alle altre. È sempre bene tenere alta l'attenzione sul tema attraverso la riflessione scientifica, ma la priorità è agire per mettere in pratica gli imperativi costituzionali dell'umanizzazione e della rieducazione.

2. Rinunciando ad una vera e propria introduzione, approfitto, allora, di questo breve spazio per insistere sul senso delle nostre iniziative, almeno per quella che ne è la mia percezione.

Non ho mai creduto che il ruolo dell'insegnante possa essere quello di mero trasmettitore di nozioni e diffido di coloro che, proponendosi come "tecnici", si rifugiano dietro la cattedra limitandosi a raccontare "ciò che è". Almeno su certi temi, ma forse su tutti, questo è semplicemente impossibile e il descritto atteg-

giamento spesso cela soltanto l'intenzione di non esporsi, magari nella speranza, consapevole o meno, di essere poi "buono per tutte le stagioni", avendo l'occasione di vedere riconosciute, e perché no remunerate, le proprie competenze.

È una considerazione che vale in particolare per il giurista e in modo esemplare per il costituzionalista, perché deriva inscindibilmente dall'oggetto che ha scelto di studiare.

Etica professionale? Probabilmente sì, se l'essere costituzionalista (e non mero studioso del diritto costituzionale) si traduce nell'adesione incondizionata ai valori propri del costituzionalismo. La storia e la filosofia ci insegnano che la Costituzione serve a limitare il potere a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti. A noi spetta provare ad indicare i modi in cui questo obiettivo può essere reso sempre più concreto, non certo contribuire a cercare le strade che facilitino il potere nella realizzazione della costante tentazione di sottrarsi ai limiti. Il nostro compito è denunciare tentativi simili, nonché mettere in luce tutte le scelte (normative o amministrative) e le omissioni che vadano in direzione contraria ai fini positivizzati in Costituzione.

Si dirà che questo è un discorso di parte e lo è, per quanto mi riguarda, nella misura in cui ci si collochi dalla parte della Costituzione. Richiede impegno, non distacco, ci espone a critiche di conservatorismo, per una inevitabile intransigenza sul piano dei valori, ma in realtà apre a un'istanza di riformismo nel segno della attuazione e dello svolgimento della Costituzione da perseguire anzitutto attraverso l'esercizio della funzione legislativa ordinaria, ma pure mediante l'opera della amministrazione e della giurisdizione.

3. Il titolo del nostro Centro vuole esprimere tutto questo, rifiutando la neutralità.

Aver messo la parola "Costituzione" dopo la congiunzione "e" per denotare la prospettiva di studio del "Diritto penitenziario" non è, infatti, casuale. È l'espressione di un convincimento che ci accomuna e che segna l'impegno scientifico di cultori di diverse discipline che hanno contribuito alla crescita del Centro.

L'esperienza di Ventotene, con il libro che ne consegue, ne ha dato ulteriore conferma, con una straordinaria condivisione di

intenti, che ci ha visto "insieme", senza distinzioni di ruoli, di posizioni accademiche e professionali, nonostante la pluralità delle stesse.

Credo sia la forza del nostro Centro e delle nostre iniziative: saper creare luoghi di incontro e di confronto, non rinchiudendosi in uno sterile isolamento disciplinare; promuovere la crescita personale e professionale nello spirito della condivisione e non della mera espressione di una vanitosa (e vacua) ambizione individuale; mettere a disposizione della comunità il nostro patrimonio di conoscenze, sempre più intrecciando ricerca, didattica e impegno sociale.

È un modo di intendere l'esperienza universitaria che credo meriti di essere coltivato e che sono certo sarà portato avanti dagli studiosi più giovani che coordinano le attività del Centro. Al riguardo mi piace concludere citando un passaggio di una e-mail ricevuta a fine anno accademico da un corsista del Master e della Spring School: "continui nella sua opera, anche perché lei ha saputo scegliere valide collaboratrici, che magari un giorno sapranno sostituirla degnamente". Il riferimento è alle due costituzionaliste che hanno contributo, insieme ad altri, alla curatela di questo volume. Sono convinto non solo che sarà come il corsista prevede, ma anche che quel giorno sia sempre più vicino.

Parte Prima
PROFILI STORICI DELL'ESECUZIONE PENALE

Paolo Alvazzi del Frate

Esecuzione della pena e carcere tra XVIII e XIX secolo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il carcere come pena. – 3. Dal "peccato" al "reato". – 4. Pena ed espiazione. – 5. La Rivoluzione francese. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Lo sviluppo di una sensibilità nei confronti dell'esecuzione della pena e, in particolare, dell'organizzazione e del funzionamento concreto dei luoghi di detenzione, rappresenta un fenomeno relativamente recente. È solo a partire dal XVIII secolo, con l'Illuminismo, che ha avuto inizio una discussione effettiva sul significato e sull'esecuzione della pena, grazie a una riconsiderazione generale dei principi e delle categorie tradizionali del «diritto criminale». Questo nuovo interesse della dottrina per il carcere ha dato origine a una nuova branca del diritto, il «diritto penitenziario».

I punti chiave della riflessione sulla "questione carceraria" possono essere schematizzati come segue: a) il rifiuto dell'idea di "vendetta" della società nei confronti del condannato; b) la fine della concezione di «espiazione» come fondamento teorico della pena; c) il rispetto della dignità umana; d) l'aspirazione a un reinserimento nella società del condannato.

È fondamentale sottolineare fin da subito come l'affermazione di tali principi rappresenti un *work in progress*, frutto di un impegno continuo di aggiornamento e reinterpretazione dei principi generali, al fine di arricchire le prospettive in base alle necessità della società in evoluzione. È altrettanto importante essere consapevoli della delicatezza della materia, data la presenza di una costante minaccia di «ritorno indietro», ossia l'abbandono delle

acquisizioni più recenti per accogliere istanze demagogiche e vendicative sempre presenti nell'opinione pubblica.

Proposito di questo breve scritto è quello di svolgere alcune considerazioni sulla nascita della riflessione teorica intorno al carcere e alla sua organizzazione, mettendo in luce l'importanza della laicizzazione e razionalizzazione del diritto penale nello sviluppo di una dottrina del "diritto penitenziario".

2. *Il carcere come pena*

Per lungo tempo la privazione della libertà, tramite la reclusione in carcere, non fu considerata come una vera e propria sanzione penale, quanto piuttosto come una necessaria misura temporanea in attesa del processo o dell'esecuzione della pena (secondo il noto passo del Digesto, «*carcer enim ad continendos homines et non ad puniendos haberi debet*»[1]). Soltanto nel XVIII secolo la detenzione in carcere cominciò a diffondersi e a generalizzarsi[2]. Ciò al punto

[1] Dig. 48.19.8.9. La massima era costantemente ripetuta in dottrina. Si leggeva ad esempio nelle *Observations et maximes sur les matières criminelles* di Antoine Bruneau (Paris, 1715, 125): «La prison n'est pas donnée pour peine, & ne tient point lieu de peine». «La funzione del carcere è solo quella di custodire gli uomini, non di punirli», osservano Rusche e Kirchheimer, «questo fu il principio dominante per tutto il medioevo e sino all'età moderna; fino al diciottesimo secolo, infatti, le prigioni costituivano essenzialmente luoghi di reclusione in attesa del processo, ove gli accusati spesso erano costretti a passare parecchi mesi o anni prima di vedere il loro caso risolto», G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale (1939)*, Bologna, 1978, 123-124.

[2] Della vastissima bibliografia sul tema si vedano, tra gli altri, G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V/2, *Documenti*, Torino, 1973, 1903-1998; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980; R. Canosa, I. Colonnello, *Storia del carcere in Italia dalla fine del Cinquecento all'Unità*, Roma, 1984; A. Capelli, *La buona compagnia. Utopia e realtà carceraria nell'Italia del Risorgimento*, Milano, 1987; L. Antonielli (a cura di), *Carceri, carcerieri, carcerati. Dall'antico regime all'Ottocento*, Soveria Mannelli, 2006; L. Garlati, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, 12-27; M.N. Miletti, *La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale*, ivi, 28-41; G.A. Donati, «Non modo omnibus notissimus est». Prime note intorno alla pena detentiva nel diritto comune (secc. XIV-XVI), in *Rivista di storia del diritto italiano*, XCI (2020), 126-177;

da venir considerata, a partire dal XIX secolo, la «sanzione penale normale», ossia la pena prevalentemente irrogata dalle corti di giustizia. «L'imprigionamento – diceva Pellegrino Rossi – è la pena per eccellenza nelle società incivilite»[3].

Questo cambiamento era il risultato di due fattori principali: da un lato, l'ampia diffusione dell'idea di umanizzazione della sanzione penale, grazie a un minor ricorso alle pene più cruente; dall'altro, le nuove e più razionali concezioni giuridiche generali orientate all'abbandono degli aspetti simbolici e vendicativi della pena.

Fu dunque nell'Ottocento che la reclusione in carcere divenne il simbolo della sanzione penale, per ragioni soprattutto pratiche, perché, come osservano Canosa e Colonnello, essa «quando è "combinata" con il lavoro, è divisibile (se ne può modificare a volontà la intensità e la durata); è "apprezzabile" (tutti soffrono per la perdita della libertà che le si accompagna, anche coloro che sarebbero pronti a sfidare pene forse più severe, ma più rapide, al limite anche coloro che sarebbero disposti ad affrontare la pena di morte); è "remissibile" e fino a un certo punto "riparabile". È "istruttiva" ed "esemplare" in quanto, a differenza della pena capitale, che produce una impressione profonda, ma più o meno passeggera, dà luogo ad una impressione durevole. […] Infine, la pena del carcere – e del lavoro – è la sola che si «presti ad un tentativo diretto di emenda morale»[4].

Le disposizioni sull'organizzazione della reclusione in carcere erano rudimentali, a testimonianza del disinteresse del potere per l'esecuzione delle pene detentive. Da ciò derivava la scarsissima attenzione per le effettive condizioni di vita dei detenuti.

Non si può negare che qualche segno di interesse per la necessità di contrastare gli abusi, i maltrattamenti e le vessazioni nei luo-

E. Tavilla, *La «invenzione» del carcere, tra carità cristiana e Illuminismo penale (secc. XVII-XVIII)*, in *DNA - Di Nulla Academia. Rivista di studi camporesiani*, III/2 (2022), 108-117. Sempre importanti le considerazioni generali di G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, New York, 1939 (trad. it. *Pena e struttura sociale*, cit.) e M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975 (trad. it. *Sorvegliare e punire*, Torino, 2014).

[3] P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Napoli, 1853, 271.

[4] R. Canosa, I. Colonnello, *Storia del carcere*, cit., 177.

ghi di detenzione fosse senz'altro presente anche nella legislazione dell'età moderna. Tuttavia, a prevalere era sempre l'atteggiamento paternalistico e la mancanza di effettività delle forme di controllo sulla vita carceraria.

Significativo a tal riguardo è l'esempio in Francia della *Ordonnance criminelle* del 1670, il cui tit. XIII *Des Prisons* stabiliva all'art. 1: «vogliamo che le prigioni siano sane e organizzate, in modo da non compromettere la salute dei prigionieri»[5].

Si stabilivano inoltre gravi sanzioni per chi si fosse reso colpevole di maltrattamenti nei confronti dei detenuti. L'art. 37 della stessa *Ordonnance* invitava «i giudici a informare i tribunali degli abusi, degli eccessi, delle violenze, dei maltrattamenti e delle violazioni ai nostri attuali regolamenti, che saranno commessi dagli impiegati delle carceri, dai carcerieri e dagli scrutatori, la cui prova sarà completa se ci saranno sei testimoni, anche se ognuno di loro testimonierà fatti singolari e separati, e se ne saranno interessati»[6].

Ciò perché – come riteneva lo stesso redattore della *Ordonnance criminelle* Herni Pussort – i maltrattamenti dei detenuti «erano così frequenti da non poter essere nascosti»[7].

Si può quindi affermare che, fino al XIX secolo, l'interesse per l'organizzazione e le effettive condizioni dei penitenziari sia stato molto limitato e sempre di tipo paternalistico. Soltanto la riflessione illuministica e le grandi trasformazioni introdotte dalle rivolu-

[5] «Voulons que les prisons soient sûres et disposées, en sorte que la santé des prisonniers n'en puisse être altérée», F. SERPILLON, *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 2, Lyon, 1767, 601.

[6] Tit. XIII, *Des prisons* - art. 37: «Enjoignons aux Juges d'informer des exactions, excès, violences, mauvais traitements et contraventions à notre présent Règlement, qui seront commises par les Greffiers des géoles, les Géoliers et Guichetiers dont la preuve sera complette, s'il y a six témoins, quoiqu'ils déposent chacun des faits singuliers, et séparés, et qu'ils y soient intéressés», F. SERPILLON, *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 2, Lyon, 1767, 645. Come osserva François SERPILLON, «malgré la sévérité de l'Ordonnance, il est notoire que plusieurs Geôliers, ne laissent pas de continuer leurs exactions, & mauvais traitements, impunément, surtout dans les prisons des petits Sièges, et dans les prisons Seigneuriales, où n'y ayant ordinairement qu'un ou deux prisonniers, ils peuvent tout entreprendre, sans craindre d'en être convaincus», ivi, 646.

[7] «Les exactions et les violences des Géoliers étaient si fréquents, que l'on ne pouvait les dissimuler», F. SERPILLON, *Code criminel*, cit., 645.

zioni alla fine del XVIII secolo avviarono una razionalizzazione e un profondo ripensamento del sistema penale e, specificamente, delle pene detentive.

3. *Dal "peccato" al "reato"*

Il punto di partenza di tutta la vicenda fu la laicizzazione del diritto penale, che comportò l'affermazione della netta distinzione tra il «reato» e il «peccato», ossia il «formarsi di una frontiera, mobile lungo i secoli, tra il giudizio di Dio e il giudizio degli uomini, la giustizia divina e la giustizia umana»[8]. Si tratta di una distinzione fondamentale che, al giorno d'oggi, potrebbe perfino apparire superflua. Essa, tuttavia, segnò una drastica cesura con la concezione tradizionale del diritto penale perché nella cultura giuridica medievale e ancora in parte di quella dell'età moderna, si confondevano i due piani, concependo la sanzione penale frutto a un tempo di una violazione di precetti religiosi e di norme penali laiche.

Certamente in una società omogenea dal punto di vista religioso – come quella medievale – reato e peccato potevano in gran parte identificarsi, in quanto la violazione della norma giuridica si rivelava perlopiù coincidente con quella della norma religiosa. Quando la società perse la sua uniformità, in seguito allo sviluppo di nuovi culti religiosi sulla scia della riforma protestante, risultò impossibile conservare l'identificazione tra reato e peccato.

La concessione della tolleranza religiosa, a lungo combattuta in nome della lotta alle eresie, fu un fenomeno inevitabile nell'Europa dell'età moderna, ove l'adesione alla Riforma si era consolidata in numerose zone del continente. Ciò contribuì in modo rilevante alla laicizzazione del «diritto di punire» dello Stato che completò il suo distacco dall'ordinamento religioso con l'Illuminismo e la Rivoluzione francese. Celebri, a tal riguardo, le prese di posizione,

[8] P. Prodi, *Cristianesimo e potere, peccato e delitto*, in *Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine*, 2001, 17. Sul tema si veda, dello stesso Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000.

tra gli altri, di Montesquieu, Voltaire, Bentham, Filangieri e Cesare Beccaria. Quest'ultimo riteneva impossibile per il legislatore qualificare come «reato» un dato comportamento sulla base della «gravezza del peccato» e di «supplire alla divina giustizia» per «vendicare l'Essere che basta a se stesso», che «si è riserbato a sé solo il diritto di essere legislatore e giudice nel medesimo tempo, perché egli solo può esserlo senza inconveniente»[9].

La laicizzazione del diritto consentì l'avvio del processo di liberazione della sanzione penale dai suoi aspetti teologici, simbolici e vendicativi caratteristici della concezione tradizionale: «la luce dell'Illuminismo – afferma Giovanni Fiandaca – diffondendosi, finì col rischiarare la gran parte delle legislazioni penali, dalle quali furono progressivamente espunte le figure criminose più aberranti»[10].

La nuova concezione indusse il legislatore – progressivamente e con grande difficoltà – a sanzionare penalmente soltanto i comportamenti effettivamente nocivi per la società, in nome di un «di-

[9] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. VII. «Finalmente alcuni pensarono che la gravezza del peccato entrasse nella misura dei delitti. La fallacia di questa opinione risalterà agli occhi d'un indifferente esaminatore dei veri rapporti tra uomini e uomini, e tra uomini e Dio. I primi sono rapporti di uguaglianza. La sola necessità ha fatto nascere dall'urto delle passioni e dalle opposizioni degl'interessi l'idea della utilità comune, che è la base della giustizia umana; i secondi sono rapporti di dipendenza da un Essere perfetto e creatore, che si è riserbato a sé solo il diritto di essere legislatore e giudice nel medesimo tempo, perché egli solo può esserlo senza inconveniente. Se ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia, che vorrà vendicare l'Essere che basta a se stesso, che non può ricevere dagli oggetti impressione alcuna di piacere o di dolore, e che solo tra tutti gli esseri agisce senza reazione? La gravezza del peccato dipende dalla imperscrutabile malizia del cuore. Questa da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi. Come dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti? Potrebbono in questo caso gli uomini punire quando Iddio perdona, e perdonare quando Iddio punisce. Se gli uomini possono essere in contradizione coll'Onnipossente nell'offenderlo, possono anche esserlo col punire». Cfr., per tutti, R. Pasta, *Beccaria, Cesare*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma, 2012 (nel sito web *https://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-beccaria/*).

[10] G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 171. Cfr. F. Stella, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 309 s.; F. Palazzo, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2010/2, 437-453.

ritto penale limitato», ossia considerato quale *extrema ratio* indispensabile a garantire la convivenza pacifica dei cittadini.

Osserva giustamente Luigi Ferrajoli che nessuna dottrina ha svolto una funzione di «secolarizzazione e di liberalizzazione del diritto penale quanto quelle, connesse, dell'utilitarismo penale e dell'autonomia del diritto dalla morale»: «sulla base dei due requisiti della dannosità per i terzi e dell'esteriorità dell'azione, la proibizione non solo degli atti interni, delle intenzioni, dei vizi e delle opinioni ma anche di una quantità innumerevole di comportamenti e di inclinazioni devianti, tradizionalmente punite in omaggio all'equivalenza premoderna tra reato e peccato, è stata sottoposta dal pensiero penale illuministico a una critica dissolutrice che non ha precedenti né più si ripeterà nella storia della cultura giuridica. Innanzitutto l'eresia, i sacrilegi, le bestemmie e in generale le offese alla religione, intorno a cui Hobbes, Thomasius, Locke, Montesquieu, Beccaria e Voltaire scrivono concordemente che non spetta all'uomo vendicare la Divinità e che tutto ciò che passa tra l'uomo e Dio è di competenza di quest'ultimo e merita sanzioni solo religiose e ultraterrene. In secondo luogo, la magia e la stregoneria, nelle quali Thomasius non vede il *corpus delicti* né altri attendibili elementi di prova […] In terzo luogo la bigamia e l'adulterio, che sia Thomasius che Beccaria e Voltaire considerano comportamenti solo immorali e non delittuosi. Infine i delitti politici di lesa maestà e i reati di *parole*, bollati entrambi da Montesquieu come fonti di dispotismo e di illibertà, nonché i comportamenti soltanto sospetti o puramente preparatori la cui punizione, dice Humboldt, *attenta alla libertà dei cittadini*»[11].

Rispetto all'attenzione veramente fondamentale degli Illuministi per la riforma del diritto penale sostanziale e processuale (razionalizzazione del processo, abolizione della tortura e della pena di morte), l'organizzazione e il funzionamento concreto del carcere non destarono altrettanto interesse. Anzi, si può affermare che il tema «fu affrontato dalla cultura dei Lumi con molto distacco»[12],

[11] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 486.

[12] R. Canosa, I. Colonnello, *Storia del carcere*, cit., 127.

soprattutto a causa della considerazione della maggiore urgenza di altri interventi di riforma in campo penale. È tuttavia innegabile che la vasta razionalizzazione del sistema penale avviata dal pensiero illuminista abbia rappresentato la premessa indispensabile di ogni successiva riflessione sul tema carcerario.

A questo riguardo si possono ricordare le parole di Cesare Beccaria relative alla *dolcezza delle pene*: «è evidente che il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso», ma piuttosto quello di «impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»[13].

4. *Pena ed espiazione*

Appare evidente che dalla generale laicizzazione del diritto sia derivato l'abbandono della concezione della pena quale strumento di «espiazione» del peccato in favore di una sua considerazione in termini utilitaristici. Se, come avveniva tradizionalmente, «reato» e «peccato» si identificavano, la sanzione penale assumeva per il «reo/peccatore» anche la funzione di strumento di «espiazione», conseguente a una trasgressione della norma religiosa. Tale concezione tradizionale giustificava la previsione di sanzioni penali dall'elevato valore simbolico, quali, ad esempio, il rogo per gli eretici, il taglio della mano destra per gli omicidi, lo squartamento per i regicidi, la bollitura per i falsari, o ancora l'*amende honorable*, pena accessoria che ben riassumeva l'identificazione del reato con il peccato. È sufficiente ricordare l'orribile supplizio inflitto a François Ravaillac nel 1610 – per aver ucciso Enrico IV – e a Robert-François Damien nel 1757 – colpevole di aver attentato alla vita di Luigi XV. L'accanimento nell'inflizione dei tormenti e la modalità della uccisione del condannato rispondevano proprio alla necessaria esibizione simbolica di una solenne espiazione del peccato commesso. La terribile descrizione della pena inflitta apre com'è noto *Surveiller et punir* di Michel Foucault. Damien fu con-

[13] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XV.

dannato a: «fare confessione pubblica davanti alla porta principale della Chiesa di Parigi», dove doveva essere «condotto e posto dentro una carretta a due ruote, nudo, in camicia, tenendo una torcia di cera ardente del peso di due libbre»; poi «nella detta carretta, alla piazza di *Grêve*, e su un patibolo che ivi sarà innalzato, tanagliato alle mammelle, braccia, cosce e grasso delle gambe, la mano destra tenente in essa il coltello con cui ha commesso il detto parricidio bruciata con fuoco di zolfo e sui posti dove sarà tanagliato, sarà gettato piombo fuso, olio bollente, pece bollente, cera e zolfo fusi insieme e in seguito il suo corpo tirato e smembrato da quattro cavalli e le sue membra e il suo corpo consumati dal fuoco, ridotti in cenere e le sue ceneri gettate al vento»[14].

L'orrore che suscita la lettura del dispositivo della sentenza del Parlamento di Parigi del 1757 ci consente di comprendere il carattere crudele e fortemente simbolico del sistema delle pene dell'*Ancien Régime*.

In questo contesto, e malgrado la tenace resistenza della dottrina tradizionale, la campagna illuminista diede avvio a una radicale trasformazione della cultura penalistica e a una profonda riforma degli ordinamenti giudiziari: tra Settecento e Ottocento «la lugubre festa punitiva – osserva Michel Foucault – si va spegnendo»[15].

5. *La Rivoluzione francese*

La Rivoluzione francese realizzò sulla base delle dottrine illuministiche una trasformazione radicale dell'ordinamento giudiziario e della cultura penalistica[16]. La netta laicizzazione del sistema

[14] M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 5.

[15] Secondo Foucault, «in questa trasformazione si sono combinati due processi. […] Da un lato la scomparsa dello spettacolo della punizione: il cerimoniale della pena tende ad entrare nell'ombra, per non essere altro che un nuovo atto procedurale o amministrativo. […] Con la scomparsa dei supplizi, è dunque lo spettacolo a cessare; ma è anche la presa sul corpo ad allentarsi. […] La sofferenza fisica, il dolore del corpo, non sono più elementi costitutivi della pena. Il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a una economia di diritti sospesi», M. FOUCAULT *Sorvegliare e punire*, cit., 10.

[16] Le riforme furono talmente ampie e profonde da realizzare «*une autre justice*»

condusse a una concezione della pena che abbandonava gli intenti simbolici e vendicativi in favore di un approccio utilitaristico e più rispettoso della dignità umana[17].

Certamente l'approccio paternalistico nei confronti delle questioni relative al carcere sopravvisse ma, grazie all'abbandono della concezione vendicativa e allo sviluppo di una sensibilità garantistica, cominciò ad affermarsi l'idea dell'obbligo per lo Stato di tutelare e proteggere *anche* i cittadini detenuti. Ciò grazie a una nuova centralità dell'individuo, ossia il cittadino portatore di diritti fondamentali e inalienabili, in ossequio al giusnaturalismo razionalistico.

La prima costituzionalizzazione di tali principi si verificò con la *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789. Seppur essa non contempli esplicitamente norme relative alle pene carcerarie, essa enuncia una concezione penalistica del tutto nuova. Capisaldi del sistema penale furono i principi di *legalità* (principio che permea tutto il testo del 1789) e il divieto di ogni maltrattamento nei confronti di imputati e condannati. Ci riferiamo agli artt. 5 («La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società»), 7 («Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte»), 8 («La legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie») e 9 («Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, *ogni rigore non necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla Legge*»). Si tratta di pochi articoli in grado tuttavia di incidere profondamente e di costituzionalizzare un approccio assai innovativo alla materia penale.

Nella legislazione rivoluzionaria successiva si alternarono provvedimenti incerti e a volte contraddittori, certamente con-

come ha giustamente affermato Robert BADINTER, *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, 1989. In generale sulla storia della giustizia si veda il fondamentale studio di J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France. De la monarchie absolue à la République*, III ed., Paris, 2001.

[17] J.G. PETIT, *Ces peines obscures: la prison penale en France: (1780-1875)*, Paris, 1990.

dizionati dalle convulse vicende politiche del tempo. Non si può pertanto individuare una precisa linea evolutiva degli ordinamenti penitenziari negli anni della Rivoluzione ma soltanto riconoscere un certo interesse per la condizione degli individui condannati a una pena detentiva.

Nel periodo napoleonico si verificò una brusca inversione di tendenza in quanto la legislazione penale e carceraria rinunciò ad alcune delle acquisizioni garantistiche e umanitarie della Rivoluzione per ricuperare istituti e principi dell'*Ancien Régime* in nome di una pragmatica efficacia repressiva. È sufficiente ricordare a tal riguardo il ripristino nel codice penale del 1810 di alcune pene tradizionali dal forte carattere simbolico già abolite dalla Rivoluzione, quali il marchio a fuoco, l'amputazione della mano e la gogna[18].

6. *Considerazioni conclusive*

Con il XIX secolo – afferma Foucault – scompare «il grande spettacolo della punizione fisica; si nasconde il corpo del supplizio; si esclude dal castigo l'esposizione della sofferenza. Si entra nell'età della sobrietà punitiva»[19].

Le trasformazioni della scienza penalistica tra Sette e Ottocento furono radicali al punto da realizzare un vero e proprio cambio di prospettiva. Una volta laicizzato il diritto penale, la sanzione

[18] Questa la condanna prevista per il parricida dall'art. 13 del codice penale del 1810: «Le coupable condamné à mort pour parricide, sera conduit sur le lieu de l'exécution, en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir. Il sera exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fera au peuple lecture de l'arrêt de condamnation; il aura ensuite le poing droit coupé, et sera immédiatement exécuté à mort». Mentre l'art. 20 stabiliva la marchiatura a fuoco: «Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, sera flétri, sur la place publique, par l'application d'une empreinte avec un fer brûlant sur l'épaule droite. Les condamnés à d'autres peines ne subiront la flétrissure que dans les cas où la loi l'aurait attachée à la peine qui leur est infligée. Cette empreinte sera des lettres T P pour les coupables condamnés aux travaux forcés à perpétuité; de la lettre T pour les coupables condamnés aux travaux forcés à temps, lorsqu'ils devront être flétris. La lettre F sera ajoutée dans l'empreinte, si le coupable est un faussaire».

[19] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 17.

non mirava più a «salvare l'anima» del condannato tramite l'espiazione del peccato, ma si proponeva semplicemente di proteggere la società e l'ordine pubblico. La fine della identificazione del reato con il peccato provocò una serie di importanti conseguenze che produssero un crescente interesse per l'esecuzione della pena, in vista di un possibile reinserimento del condannato nella società.

Il percorso, tutt'altro che lineare e pacifico, fu costellato da provvedimenti contradditori e dal periodico riemergere di principi e istituti che si consideravano ormai superati dalle moderne dottrine penalistiche. La legislazione penitenziaria fu caratterizzata da una sorta di atteggiamento «pendolare» del legislatore che alternò provvedimenti di attenzione alla condizione dei detenuti con altri tendenti invece a inasprire – senza molti scrupoli – il regime carcerario. Fu soltanto nel XX secolo, in particolare con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (art. 5) e con la CEDU del 1950 (art. 3), che fu effettivamente formalizzato nel diritto internazionale il divieto di tortura e di ogni maltrattamento, anche per i detenuti.

Anthony Santilli

Bagni penali e dimensione insulare nell'Ottocento italiano. Costanti spaziali nelle strategie punitive

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il bagno penale insulare: stato della storiografia e nuove prospettive di indagine. – 3. Le isole del Mezzogiorno nella codificazione penale borbonica. – 4. I molteplici usi punitivi dell'arcipelago ponziano. – 5. I bagni penali, tra gestione ordinaria e sogni riformatori. – 6. Una costante delle strategie punitive. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Lungo tutto il XIX secolo e per buona parte del XX, le isole minori italiane del Mezzogiorno vengono investite in maniera sempre più sistematica del ruolo di luoghi privilegiati per l'isolamento di alcune tipologie di soggetti considerati come pericolosi per l'ordine pubblico. Se è vero che questi spazi insulari vantano un antico legame con specifiche pratiche punitive, che possiamo far risalire alle esperienze della *relegatio* e *deportatio in insulam* di epoca romana[1], è altrettanto vero che le articolazioni che il rapporto tra dimensione insulare e regimi punitivi assume dall'epoca moderna sono profondamente diverse. Le isole di relegazione di epoca borbonica, da una parte, rappresenteranno un modello per le colonie insulari coatte di epoca liberale, divenute poi colonie di confino in epoca fascista. Accanto a queste, i bagni penali costituitisi tra fine Settecento e inizio Ottocento in alcune isole vanteranno un'altret-

[1] Y. RIVIÈRE, *L'incarcération dans la Rome antique*, in *Socio*, n. 14-2020, 19-36; C. BOGAZZI, *Giustizia e repressione politica a Roma nel primo secolo dell'Impero: lo strumento della relegatio in insulam*, in L. TANZINI (a cura di), *Oralità, scrittura, potere: Sardegna e Mediterraneo tra Antichità e Medioevo*, Roma, 2020, 125-138.

tanto importante longevità come spazi di pena, riconvertendosi di fronte alle trasformazioni che i sistemi punitivi subiscono per ordine degli attori statuali che si succedono.

Il presente contributo intende approfondire il tema dei bagni penali insulari che nel corso dell'Ottocento si sono andati affermando come uno degli strumenti privilegiati nell'ambito delle strategie punitive statuali nel Mezzogiorno della penisola italiana. Il baricentro dell'indagine si sposta quindi dal mero istituto penitenziario – il *bagno penale* – verso una sua specifica articolazione associata ad una tipologia di spazio – quello *insulare* – che viene ad affermarsi, come vedremo nelle pagine seguenti, come una delle più efficaci esperienze punitive dell'epoca contemporanea.

2. *Il bagno penale insulare: stato della storiografia e nuove prospettive di indagine*

Negli ultimi anni è emersa una produzione storiografica maggiormente attenta a comprendere il reale andamento delle risposte penali della classe dirigente italiana ai problemi legati alla giustizia penale[2]. Queste risposte non possono essere pienamente comprese attraverso una semplice indagine della produzione normativa, bensì allargando lo sguardo al loro funzionamento, quindi alla prassi. Partendo da questa prospettiva il quesito alla base della presente ricerca è quello di contribuire a comprendere se esiste da parte dei decisori politici una peculiare percezione dello spazio insulare nella definizione delle proprie strategie punitive. Ricostruire un'esperienza punitiva legata ad una peculiare tipologia di spazio significa attingere da filoni storiografici che non sempre sono entrati in contatto tra di loro. Passi importanti sono stati fatti dalla storiografia dei sistemi di pena applicati alle colonie penali insulari tra Otto e Novecento. Rimanendo per lo più focalizzati su una prospettiva di storia delle istituzioni penitenziarie, di storia del pensiero giuridico e del dibattito politico, questi studi, per

[2] L. Martone, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, 1996, dir.VI-VII.

quanto non numerosi per il panorama italiano, hanno permesso di tracciare una preziosa genealogia delle strategie punitive in ambito insulare[3]. Minore attenzione, anche da questo punto di vista, è stata accordata al tema dei bagni penali insulari[4]. Per una piena comprensione di questa peculiare esperienza, risulta necessario incrociare lo studio di differenti processi. Ci riferiamo in particolare ai dibattiti della scienza penitenziaria – quelli che Anna Capelli felicemente definì «i discorsi sulle carceri»[5] – rivelatori della percezione che hanno di questi sia i differenti attori politici che i numerosi teorici della pena, alla produzione normativa e di regolamenti, accanto alle pratiche punitive effettivamente adottate. Attraverso un approccio microanalitico alle fonti, il caso del bagno penale di Santo Stefano, nell'arcipelago delle isole ponziane, rappresenterà dal nostro punto di vista un osservatorio per indagare l'esperienza maturata da questa specifica tipologia di spazio detentivo.

È quindi la rappresentazione dello spazio nella sua relazione con le coeve pratiche politiche dettate dall'alto che viene ad essere maggiormente indagata. Una relazione che ci po' aiutare a meglio contribuire alla costruzione di una geostoria della pena, inserita in quel lungo percorso di trasformazione dei sistemi detentivi nella penisola, caratterizzato dall'introduzione di nuovi modelli carcerari, l'assimilazione e rielaborazione di modelli e pratiche allogeni, oltre che dal costante confronto con consuetudini e limiti preesistenti.

3. *Le isole del Mezzogiorno nella codificazione penale borbonica*

Le basi giuridiche per l'adozione sistematica degli spazi insulari del Mezzogiorno borbonico come luoghi di pena furono poste con

[3] Tra i più interessanti si segnalano A. Capelli, *La buona compagnia. Utopia e realtà carceraria nell'Italia del risorgimento*, Milano, 1988; A. Tolomeo, *Bagni penali e isole di relegazione nel Regno di Napoli*, in L. Martone, *op. cit.*, 1-62.

[4] A questo proposito, oltre al già evocato saggio di Adriana Tolomeo, segnaliamo lo studio monografico dedicato al bagno penale sull'isola di. Procida: F. Assante, *La regina delle galere: storia e storie del carcere di Procida*, Napoli, 2015.

[5] A. Capelli, *La storia penitenziaria: fonti e metodi*, in M. Da Passano (a cura di), *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento*, Roma, 2004, 19.

il codice penale e quello di procedura penale promulgati nel 1819, preparati sulla base del codice francese del 1810, seppur con alcune modifiche[6]. Il sistema di pene, distinte in criminali, correzionali e di polizia, andava a rispondere rispettivamente alla tripartizione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni. Le pene criminali previste erano: la morte; l'ergastolo che consisteva nella «reclusione del condannato per tutta la vita nel forte di un'isola»; i ferri, ovvero i lavori forzati a profitto dello Stato con apposizione di catene che da scontarsi, da un minimo di sette a un massimo di trent'anni, nei bagni marittimi o all'interno di presidii fortificati; la reclusione da sei a dieci anni in case di forza; la relegazione da sei a dieci anni «trasportandosi il condannato in un'isola, per dovervisi trattener libero nel corso della condanna»; l'esilio dal regno perpetuo o temporaneo; l'interdizione dai pubblici uffici; l'interdizione patrimoniale[7].

Nella codificazione borbonica la dimensione insulare viene quindi associata ad alcune specifiche pene. Un interessante parallelismo può essere fatto con quanto stava avvenendo nel Regno di Sardegna, utile soprattutto per capire cosa accadrà poi nel periodo unitario con l'unificazione dei due sistemi. La codificazione penale sabauda, avvenuta nel 1839 ed in vigore dall'anno successivo, non prevedeva infatti la definizione dei luoghi dove scontare la pena in maniera così dettagliata come specificato in quella del Regno delle Due Sicilia[8]. Né per le pene criminali, né tantomeno per quelle correzionali si afferma mai che il luogo dovesse essere un'isola. Per la pena della relegazione, inclusa anche nel Regno di Sardegna tra le pene criminali, si specifica solo che «consiste nella detenzione del condannato in un castello o altro forte»[9].

Per la stessa pena dell'ergastolo, che nella codificazione sabauda rientra tra quelle correzionali e non tra le criminali, si specifi-

[6] Il sistema di pene fu ad esempio mitigato rispetto al sistema francese attraverso alcuni sostanziali provvedimenti, come l'abolizione dell'infamia e della morte civile come conseguenze delle condanne più gravi. In tal senso, G. TESSITORE, *L'utopia penitenziale borbonica. Dalle pene corporali a quelle detentive*, Milano, 2002, 60-62.

[7] *Leggi penali del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1819, 18 ss.

[8] *Codice per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, 1839.

[9] La gerarchia delle pene criminali è la seguente: morte, lavori forzati a vita e a tempo, reclusione, relegazione e interdizione dai pubblici uffici. Ivi, Cap. I, 6.

ca che deve esplicarsi in specifiche case di correzione, distinte da quelle previste per il carcere[10]. Questa differenza, apparentemente minima, in realtà è rivelatrice di una diversa percezione del proprio territorio. L'isola, vocabolo prettamente di natura geografica, nel Regno borbonico viene sanzionato come peculiare luogo di pena, come nel caso della relegazione, oppure, per la pena dell'ergastolo, come specifico luogo ospitante un dato stabilimento («nel forte di un'isola»). Una differenza sostanziale, che si nutre delle pratiche che i Borbone avevano consolidato sin dalla fine del Settecento. È la prassi che genera una codificazione, quella del 1819, dove le isole minori vanno a ricoprire ruoli molteplici in seno al sistema penale[11]. L'arcipelago ponziano da questo punto di vista è particolarmente indicativo.

4. *I molteplici usi punitivi dell'arcipelago ponziano*

Le isole ponziane maturano nel corso dei decenni a cavallo tra Sette e Ottocento diversificate esperienze di governo del territorio. Ai progetti di popolamento che interessano gli spazi insulari di Ponza e Ventotene viene ad affiancarsi quasi subito un loro utilizzo come luoghi di pena[12]. Utilizzo che verrà ratificato e sviluppato solo successivamente, con la codificazione penale post Restaurazione precedentemente evocata.

Prendendo atto dell'efficacia delle strategie punitive adottate alla fine del Settecento, sia Ponza che Ventotene diventano luoghi di destinazione per i condannati alla pena della relegazione. Si trattava di una pena di natura giudiziaria. Tuttavia nel corso degli anni essa venne utilizzata sempre più frequentemente an-

[10] Ivi, Cap. II, 9.

[11] M. Beltrani Scalia, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia: saggio storico e teorico*, Torino, 1867, 470-47. Per uno sguardo d'insieme, A. Capelli, *La buona compagnia*, cit., 95 ss.

[12] Per un quadro generale sui progetti di colonizzazione moderna delle isole di Ventotene e Ponza rimandiamo rispettivamente a: F. Gargiulo, *Ventotene. Una comunità per decreto. Storia dell'isola, 1771-1861*, Genova-Ventotene, 2017, R. Conte (a cura di), *Aspetti della vita dei coloni delle Isole Ponziane nel Settecento*, Minturno, 2020.

che senza condanna penale, come «misura di pubblico interesse[13]». In riferimento alle pene correzionali le isole di relegazione potevano "ospitare" contemporaneamente condannati alla pena del confino, a quella dell'esilio correzionale, nonché agli arresti domiciliari (condanna evidentemente limitata ai residenti sull'isola)[14].

L'importanza, dal punto di vista strategico, di questi luoghi viene consolidandosi per il loro contestuale utilizzo come bagni penali, riprendendo anche in questo caso pratiche del secolo precedente che nell'Ottocento vedono una loro sistematizzazione normativa. Da una parte, l'isola di Ponza vedrà riaprirsi nel 1817 il vecchio Bagno penale chiuso durante il periodo francese[15]. Altrettanto peculiare il percorso che porterà alla realizzazione del bagno di Santo Stefano alla fine del Settecento. Non basandosi su modelli pregressi che sono andati consolidandosi nel tempo, esso riveste un carattere inedito sotto diversi punti di vista. Per le procedure adottate, per l'utilizzo di fondi privati e quindi scevro dalle difficoltà che vissero in quello stesso periodo altre importanti opere pubbliche, per le tempistiche. Dalla prima delibera del 1793 alla conclusione dei lavori passarono meno di 6 anni. Un tempo oggettivamente molto breve nonostante le difficoltà di natura logistica per la costruzione di un edificio ex novo in un'isola assai lontana dalla costa. Un arco cronologico che risulta ancora più eccezionale se lo si paragona a quanto ci volle per l'elaborazione e la costruzione dei nuovi stabilimenti carcerari borbonici nella prima metà dell'Ottocento. È l'urgenza politica che ritma i tempi. E per fare ciò ci si affida a persone che di quelle peculiarità aveva maturato esperienze pregresse. Il direttore dei lavori, l'ingegnere Francesco Carpi, aveva infatti lavorato assieme ad Antonio

[13] A. Tolomeo, *Bagni penali e isole di* relegazione, op.cit., 44 ss.

[14] Le pene correzionali, tutte per un massimo di 5 anni, erano: la prigionia in una casa di correzione; il confino in un determinato comune; l'esilio correzionale al di fuori del distretto di appartenenza; l'interdizione a tempo dei diritti civili. Le pene di polizia prevedevano: la detenzione fino a 29 giorni in una casa di correzione; il "mandato in casa", cioè gli arresti domiciliari sempre fino a 29 giorni; l'ammenda pecuniaria.

[15] S. Corvisieri, *All'isola di Ponza. Regno borbonico e Italia nella storia di un'isola (1734-1984)*, Roma, 1985, 128-129.

Winspeare al progetto di colonizzazione della vicina Ventotene avviato nel 1768. Conosce bene le difficoltà logistiche, i referenti politici insediatisi sull'isola, nonché i coloni che vi si erano recentemente stabiliti. Questo *know-how* sarà preziosissimo sia nella progettazione che nella risoluzione dei problemi che di volta in volta emergeranno in corso d'opera. Una volta concluso, il bagno penale di Santo Stefano rappresenterà un tassello fondamentale in una più ampia serie di provvedimenti politici, polizieschi e giudiziari tesa a «smorzare gli effetti della rivoluzione francese (1794-1798)» e mantenere la stabilità interna[16]. All'indomani degli eventi del 1799 lo stabilimento fu utilizzato infatti come carcere per molti dei protagonisti della Repubblica partenopea in attesa di giudizio[17].

All'indomani della Restaurazione, dopo un'interruzione avvenuta durante il periodo francese, il bagno penale venne progressivamente reintegrato nel sistema di regimi punitivi borbonico. Dagli anni Venti dell'Ottocento troviamo nel bagno di Santo Stefano un numero crescente di condannati all'ergastolo, tra questi molti oppositori politici che avevano partecipato ai moti di quel decennio, condannati alla pena dei ferri e i cosiddetti «presidiarj»[18]. Queste differenti categorie di condannati vivevano negli stessi spazi. Tuttavia, diversi erano gli organi di governo preposti alla loro gestione, come variegati i percorsi di produzione normativa e i filoni del dibattito di natura politico-giuridica che le interessavano.

[16] E. Nappi, *Banchi e finanze della Repubblica Napoletana*, Napoli, 1999, 33-37. Si concorda in questo paragrafo con l'ipotesi avanzata da G. Mirenda, *L'origine dell'Ergastolo di Santo Stefano*, in A. Santilli (a cura di), *Biografia di una prigione. L'Ergastolo di Santo Stefano in Ventotene (secc. XVII-XX)*, Genova, 2018, 23-42.

[17] Grazie alle *Ricordanze* di Luigi Settembrini sappiamo che «nel 1799 vi furono chiusi ed incatenati oltre cinquecento prigionieri politici», tra cui suo padre Raffaele che vi stette quattordici mesi. L. Settembrini, *Ricordanze della mia vita. Con prefazione di Francesco De Sanctis*, Napoli, 1879, vol. 1, 5.

[18] Suggestiva la descrizione fatta da Settembrini nelle sue memorie: «Nel 1836 questo edifizio fu destinato per i soli condannati all'ergastolo, e per pochi e pessimi condannati ai ferri. La pena dell'ergastolo stabilita nel nostro codice fu sostituita all'altra dei ferri in vita: per essa il condannato è chiuso in una stanza per tutta la sua vita, senza ferri, e con abiti suoi: perde tutti i diritti civili, è considerato come morto ab intestato, e si apre agli eredi la successione. Pena terribile, perché senza speranza» (L. Settembrini, *L'Ergastolo di Santo Stefano*, cit., 157).

5. *I bagni penali, tra gestione ordinaria e sogni riformatori*

Nel Regno delle due Sicilie, fino al 1822, tutti i bagni erano sotto il controllo del Corpo de' custodi della Real Marina, che si occupava sia della gestione dei bagni che della scorta dei servi di pena. Quando nel 1822 questo corpo fu abolito, le due compagnie che lo componevano vennero aggregate al reggimento della Real Marina[19]. Da quel momento i bagni passarono sotto il controllo del Direttore della Real Segreteria di Stato di Marina, mentre il Maggior Generale della Real Marina esercitava le funzioni di «Ispettore di tutti i bagni»[20]. Durante questi passaggi di mano, il bagno di Santo Stefano aveva già ripreso a funzionare, sin dal 1817, quando con decreto n. 943 del 24 ottobre era stato dichiarato di prima classe, con il conseguente potenziamento del proprio organico[21]. La riforma interna alla Real Marina, che si produce con Regio decreto del 19 marzo 1835, la vede ripartita in tre ispezioni, ognuna delle quali affidata ad un ufficiale generale: Ispezione del personale e Maggiore generale, Ispezione del materiale e Ispezione dei rami alieni. È quest'ultima che assume l'amministrazione, la gestione delle fabbriche e il servizio di disciplina e custodia per i condannati all'ergastolo ed ai ferri relativi ai bagni penali[22]. Dal 1857, il Ministero (con il nuovo nome di Ministero di Guerra e Marina) passerà l'amministrazione dei bagni penali – seppur per pochi anni – al Ministero dei Lavori Pubblici, ministero che si occupava già, sin dalla sua costituzione negli anni Quaranta, anche delle isole di relegazione[23].

I bagni penali sono oggetto di progressiva sistematizzazione soprattutto nel primo decennio dopo la Restaurazione attraverso una serie di regolamenti per le diverse categorie di condannati. Con Real Decreto del 16 giugno 1824 si approvò un regolamento

[19] *Collezione Leggi e Decreti del Regno delle Due Sicilie* (d'ora in poi CLD), I sem., decreto 31 maggio 1822, 296-300.

[20] CLD, 1822, I sem., decreto n. 233 del 31 maggio 1822, 300-303.

[21] CLD, 1817, II sem., 308.

[22] *Almanacco Reale del Regno delle Due Sicilie per l'anno 1854*, Napoli, 1854, 326-327.

[23] CLD, 1857, II sem., decreto n. 4649 del 29 dicembre 1857.

dedicato espressamente ai condannati all'ergastolo[24]. Si specifica che l'ergastolo di S. Stefano era l'unico stabilimento dove potevasi scontare tale pena per i domini al di qua del faro (art. 2). Nonostante vi fosse una formale distinzione tra il bagno penale e la specifica categoria degli ergastolani, è lo stesso regolamento che assegna «provvisoriamente» l'incarico di comandante dell'ergastolo al comandante del bagno di S. Stefano (art 4). Le diverse categorie di condannati avevano tuttavia prescrizioni diverse. Ad esempio i condannati all'ergastolo non erano obbligati a nessun lavoro o servizio forzato (art. 5), né potevano mai uscire dalle proprie celle «sotto qualunque pretesto», nemmeno per ritirare razione, acqua o sussidi (art. 8). Ricevevano la stessa razione somministrata ai condannati ai ferri oltre ad un supplemento di 5 grana al giorno (art. 7). La pulizia dei locali non spettava loro ma ai servi di pena (art. 6). Questa distinzione metteva i condannati su piani diversi, anche se nel momento di disattesa delle prescrizioni le pene erano le stesse[25].

Dopo soli due anni viene pubblicato un Regolamento dedicato invece ai forzati[26]. Interessante sottolineare come ancora una volta il bagno di S. Stefano sia spesso oggetto di particolari attenzioni. Le periodiche ispezioni nei differenti bagni del regno erano solitamente di competenza della Real Marina di Napoli o «da' corrispondenti commissarj di guerra locali». Solo per il bagno di S. Stefano si specifica espressamente che la «rivista sarà passata dal Comandante di Ventotene, il quale si condurrà per tale oggetto in S. Stefano col mezzo della barca di corrispondenza»[27]. Dello stesso anno infine la legge che definisce lo statuto penale dei presidiarj nei bagni, che vanno ad aggiungersi alle altre categorie, con

[24] *Regolamento per l'espiazione della pena dell'ergastolo dei 16 giugno 1824* in, G. MADONIA, *Supplemento alle cinque parti del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Palermo 1840, 236-239.

[25] Per maggiori dettagli sulle pene vedasi in particolare l'art. 15, Ivi, 238-239.

[26] Questo regolamento è approvato con Decreto Reale del 22 giugno 1826: *Regolamento per le riviste mensuali e per lo servizio amministrativo de' forzati esistenti ne' bagni de' Reali dominj al di qua del faro*, in G. MADONIA, *Supplemento*, cit., 239-244.

[27] Vedasi l'art. 16 in Ivi. Ogni isola di relegazione era amministrata localmente da comandanti militari. La prossimità delle isole di Ventotene e Santo Stefano fece sì che il comandante di quell'isola ricevesse mandato anche per le ispezioni nel bagno.

lo scopo di difendere la piazza alla quale erano assegnati, oltre agli ordinari servizi di corvée militare[28].

Questa progressiva regolamentazione dei bagni penali sembra voler rispondere principalmente a necessità dettate da contingenze politiche. Il sovraffollamento delle carceri napoletane era un dato di fatto sempre più allarmante. Così negli anni Venti il bagno penale dell'isola di Ponza vede arrivare in maniera assai rapida circa settecento condannati ai lavori forzati[29]. Nuovi bagni al contempo vengono costituiti, come quello di seconda classe stabilito presso il forte dell'isola di Ischia nel 1825 assieme ad un ospedale per i condannati infermi[30]. A questo si aggiunse quello di Procida negli anni Trenta, attraverso il riadattamento dell'antico Palazzo d'Avalos a carico del Ministero degli interni[31].

Dopo questa prima fase di rimessa in ordine, anche i bagni penali vengono interessati dal dibattito che, dal 1830 al 1860, nel Regno delle Due Sicilie interessa le questioni carcerarie. Nei salotti napoletani si prende posizione verso i sistemi auburniano, filadelfiano o misto, con una costante attenzione alla produzione pubblicistica italiana ed internazionale, e manifestando la necessità che anche i Borbone si attivassero per un'organica riforma penitenziaria[32]. Salito al trono nel 1830, Ferdinando II incarica l'allora

[28] *Statuto penale pe' reati dei presidiarj e loro custodi*, approvato con legge n. 683 del 29 maggio 1826, Ivi, 244-250. Intanto un anno prima, con Decreto Reale n. 381 del 16 novembre 1825 si stabilisce la competenza del Consiglio di guerra di marina e della Corte marziale marittima per i reati in seno ai bagni penali. CLD, 1825, II sem., 279-280.

[29] S. Corvisieri, *op. cit.*, 130-131.

[30] L'istituzione avvenne con decreto n. 289 dell'11 settembre 1825. CLD, 1825, II sem., 135-136.

[31] F. Assante, *op. cit.*, 16-18.

[32] A titolo di esempio della profonda attenzione verso gli studi che negli altri stati italiani e non si producevano in merito a tale dibattito, P.S. Mancini, *Del miglior ordinamento del Carcere di Avellino e della introduzione della riforma penitenziaria nel Regno delle Due Sicilie*, estratto da *Ore Solitarie*, fasc. VII-VIII-IX, 1843.; Id., *Della utilità di ordinare i nuovi asili di mendicità nel Regno di Napoli, sotto la forma di colonie agricole. Discorso pronunziato nella seduta generale della Regia Società economica del Principato Ulteriore del 30 maggio 1843*, Estratto dalla *Biblioteca di scienze morali, legislative ed economiche*, 1844, f. V, 1-32; T. Mamiani, P.S. Mancini, *Intorno alla filosofia del diritto e singolarmente intorno alle origini del diritto di punire: lettere*, 2 voll., Napoli, 1844.

Ministro degli interni Nicola Santangelo di commissionare una ricerca sulla questione carceraria, compito che fu affidato a Filippo Volpicella. I saggi che dal 1833 fino ai primi anni Quaranta vengono da lui pubblicati sugli Annali civili del Regno delle Due Sicilie si sviluppano su due direttrici. Da una parte si voleva partecipare al più ampio filone di riflessioni che a livello europeo stava maturando sui sistemi penitenziari, e sulle carceri in particolare. A questo dibattito teorico si affiancava poi la volontà di affrontare criticità che il Regno viveva da tempo e che videro nei tentativi di re Ferdinando II una volontà riformatrice[33]. La questione dei bagni penali emerge soprattutto a questo proposito. Essi sono percepiti come un anello critico del sistema: «E in vero lo stato in che al presente trovansi i bagni dee spaventare per modo che si abbia quindi ad immaginar come escludere dalle categorie della pena questa, la quale anzi che essere di giovamento, è di grande e visibile danno. L'esperienza ha chiaramente provato che le catene non impediscono a' rei di potere spesso fuggire, ma servono solo a renderli meno atti al lavoro imposto […] che infine conseguenza di quel carcere sono i costumi pessimi, poca attitudine a qualsiesi lavoro e somma pigrizia, pudore niente, prontezza e accorgimento grande nell'involare o guastar la roba altrui. Né una tal dipintura è finta o alterata, ma vera»[34].

Per il loro carattere antiquato rispetto ai nuovi obbiettivi della scienza penitenziaria, Volpicella afferma di preferire ai bagni la deportazione. È tuttavia conscio dell'impossibilità di abolirli realmente, soprattutto per l'urgenza che la corona sentiva di voler garantire un ordine pubblico sempre più minacciato. La loro proliferazione negli ultimi anni non poteva che essere accompagnata da

[33] Gli assunti più rilevanti dei primi contributi furono raccolti nel seguente volume: F. VOLPICELLA, *Delle prigioni e del loro migliore ordinamento*, Napoli, 1837. In merito alle influenze che Volpicella subì dal dibattito internazionale vedasi D. AMBRON, *Le carceri regie del Regno di Napoli tra capitale e province (XVII-XVIII secolo)*, in L. ANTONIELLI (a cura di), *Carceri, carcerieri, carcerati: dall'antico regime all'Ottocento: seminario di studi, Castello Visconti di San Vito, Somma Lombardo, 14-15 dicembre 2001*, Soveria Mannelli, 2006, 147 ss. Per tutti i contributi pubblicati da Volpicella sugli *Annali civili del Regno delle due Sicilie* per il periodo 1833-1842, cf. F. ASSANTE, *op. cit.*, 147-148 (nota 64).

[34] F. VOLPICELLA, *op. cit.*, 218.

alcuni generici miglioramenti, come l'introduzione di una funzione riabilitativa dei condannati attraverso il lavoro[35]. Ecco perché le opere di Volpicella, e del filone di pubblicistica che ad esso va ad affiancarsi, sembrano seguire un modello discorsivo piuttosto stabile, tendente a dare maggiore attenzione agli sforzi riformisti della corona.

Il tema dei bagni viene investito solo marginalmente dal diffuso anelito di riforme, le quali accordano maggiore attenzione ad alcuni progetti giudicati all'avanguardia per l'epoca, e in sintonia con i nuovi esperimenti detentivi che si andavano conducendo in Europa e negli Stati Uniti[36]. Così i lavori per la costruzione del Carcere Centrale di Avellino, che andò a prendere il posto delle antiche prigioni della città dette di Costantinopoli, furono ordinati nel 1822 ed avviati dal 1827[37]. Un carcere che era oggetto di visite da parte degli specialisti di tutta Europa. «Il nostro paese – scrisse nel 1839 l'avvocato avellinese Giuseppe Zigarelli, tra i maggiori sostenitori del progetto – potrà vantarlo come uno stabilimento singolare in Italia, e sarà di incitamento, perché sia anche in altri luoghi preso a modello in sollievo della umanità, la quale è per la sua condizione da tanti mali crociata»[38]. Stesso dicasi per il progetto del carcere di Palermo di qualche anno successivo[39]. Tra questi grandiosi progetti solo uno interessò le isole minori del Regno, ovvero quello dell'ampliamento del bagno di pena situato sull'isola di Procida. Collocato nella zona di Terra murata, il bagno penale era sorto per decisione sovrana del marzo 1830 attraverso la riconversione dell'antico Palazzo d'Avalos.

[35] Ivi, 219-220.

[36] Per un quadro d'insieme sulla politica riformista di Ferdinando II di quegli anni in merito alla questione carceraria, con particolare riferimento al contesto siciliano, vedasi S. Fazio, *Istituzioni, legislazione e amministrazione penitenziaria nella Sicilia borbonica (1830-1845)*, Soveria Mannelli, 2016. Id., *The Bourbon Monarchy and prison legislation in Sicily: two competing plans for reform (1826-1830)*, in *Modern Italy*, 19-4, 2014, 369-383.

[37] Vedasi in proposito P.S. Mancini, *Del miglior ordinamento del Carcere di Avellino*, cit.

[38] G. Zigarelli, *Del carcere centrale di Principato Ulteriore e del modo come migliorarlo*, Avellino, 1839, 11-12.

[39] G. Tessitore, *L'utopia penitenziale borbonica*, cit., 51 ss.; S. Fazio, *The Bourbon Monarchy*, cit., 372 ss..

Un'opera compiuta in somma urgenza con lo scopo di ospitare una parte dei reclusi nelle carceri della capitale che minacciavano di implodere[40]. Sulla scia del rinnovato dibattito sulla questione carceraria degli anni Trenta e Quaranta, nel 1844 Ferdinando II promuove la costruzione di un nuovo *Bagno centrale per servi di pena* sull'isola[41]. Il progetto, affidato inizialmente all'architetto Gaetano Fazzini, poi all'ingegner Clemente Fonseca, prevedeva la costruzione ex novo di un cercare che avrebbe dovuto ospitare ben 7500 detenuti, al netto del personale di sorveglianza[42]. Il progetto si situa quindi in quel preciso momento della politica penitenziaria borbonica che aspira ad inaugurare una nuova stagione di riforme attraverso la costruzione di moderni stabilimenti penitenziari. La centralità accordata al "nuovo", più che alla riqualificazione e all'ammodernamento di quanto già esisteva nel Regno, è ben evidente nel testo del decreto 21 aprile 1845, che, oltre a dettagliate norme circa la nuova classificazione dei detenuti, le misure occupazionali e l'istruzione per la popolazione condannata, specifica i principi cardine del «programma per la costruzione de' carceri centrali in tutti i reali dominj»[43].

I restanti bagni restano sullo sfondo di queste tendenze progressiste, ne sono attori comprimari lungo tutta l'epoca borbonica e non sono oggetto di riforme organiche. Vengono assorbiti nel più generale paradigma discorsivo che vedeva in essi difetti derivanti non solo dalle leggi esistenti, ma anche dall'amministrazione che se ne faceva. Per chi era vicino alla corte, o ne sosteneva la politica, al massimo si poteva dire, come scrisse Pietro Calà Ulloa nel 1835 che «generalmente i difetti delle carceri non son nelle leggi, ché sono assai degne di lode; ma nella vetustà delle fabbriche»[44].

[40] F. Assante, *op. cit.*, 16 ss.

[41] L'architetto Gaetano Fazzini fu in realtà esonerato dall'incarico giusto l'anno seguente, quando il progetto fu affidato al tenente colonnello del Genio, ingegnere Clemente Fonseca. Cfr. Ivi, 41.

[42] Cfr. Ivi, 25-39.

[43] Decreto n. 9388 del 21 aprile 1845, *Decreto col quale si approvano le istruzioni per la classificazione, l'occupazione e la istruzione religiosa-morale de' rinchiusi nelle prigioni, ed il programma per la costruzione de' carceri centrali in tutti i reali dominj*, in CLD, I sem., 1845, 98-106.

[44] P. Calà Ulloa, *Dell'amministrazione della giustizia criminale nel Regno di Napoli. Esame e paragone con diversi Stati d'Europa*, Napoli, 1835, 223. Da buon filo-

6. *Una costante delle strategie punitive*

Dopo un iniziale processo di sistematizzazione normativa, ed al di là dei proclami di riforma, i bagni continuano a rappresentare una costante imprescindibile delle strategie detentive borboniche, ed uno strumento sempre più utilizzato, soprattutto dagli anni Quaranta.

Alla fine del periodo borbonico erano quasi tutti concentrati nella provincia napoletana. Solo due infatti erano al di fuori essa, situati a Gaeta e a Brindisi. Tre bagni erano nella capitale: il Bagno del Carmine, detto «bagno di ricezione», così definito perché da lì passavano tutti i servi di pena poi distribuiti negli altri bagni; quello della Darsena e quello di Santa Caterina a Formello. Due erano localizzati presso la spiaggia del Granatello e due a Castellammare, rispettivamente presso il cantiere e presso una vecchia fregata denominata Maria Isabella «ligata alla spiaggia», che a seguito delle numerose evasioni avvenute nell'autunno 1860 furono uniti in un solo bagno sulla terraferma.

Presso Pozzuoli ve ne erano altri due attivi nel 1860, senza contare il bagno di S. Francesco, che era in quel momento in costruzione, e quello di Baia «non mai aperto»[45]. Alcuni dei bagni attivi nei decenni precedenti risultano in quel momento chiusi: presso i Granili, Montefusco, Montesarchio, a Capua e Pescara.

In questo momento le isole interessate dai bagni erano tre: l'isola di Nisida, dove si trovava il cosiddetto «Bagno dei Preti», quello, già evocato, sull'isola di Procida e quello di Santo Stefano. Il bagno sull'isola di Ischia oramai non era più attivo[46]. Sono que-

governativo, Ulloa cerca di evidenziare la bontà delle carceri napoletane in rapporto soprattutto a quelle degli altri stati italiani: «né certo erano tali le carceri degli altri stati italiani. Ché le carceri di Torino, di Venezia, di Milano e di Lucca erano spaventevoli, orride e paurose». L'autore evidenzia tuttavia alcune rare e positive eccezioni a questa terribile descrizione, in particolare evocando la casa di correzione di Milano, «alquanto d'ordine e nettezza», quelle di Genova «a gran pezza ben regolate» e il castello di Livorno. Ivi, 218-219.

[45] F. VOLPICELLA, *Sui bagni di Napoli: due rapporti indirizzati al dicastero dei lavori pubblici dalla Commissione istituita per l'immegliamento dei Luoghi penali,* Napoli, 1861, 4.

[46] Ivi, 4-5.

sti i bagni utilizzati in maniera più intensiva dai Borbone, come si evince dalle statistiche dell'autunno 1860.

Bagni penali e detenuti nel Regno delle Due Sicilie nel 1860[47]

Bagno penale	*Numero Detenuti*	*Detenuti ricoverati perché malati (infermieri)*	*Capienza stimata*
Bagno del Carmine	261	62	260
Bagno della Darsena	194	35	200
Bagno di Santa Caterina da Formello	164	6	324
Granatello 1	154	10 (2)	300
Granatello 2	168	8	180
Bagno Vecchio Pozzuoli	140	14	130
Bagno Nuovo Pozzuoli	268	18	300
Bagno di Castellammare	484	18 (3)	700
Bagno di Nisida (Nisita)	684	83	800
Bagno di Procida	729	74 (25)	800
Bagno di Santo Stefano	613	84 (20)	900
Totale	3859	412	4894

Interessante sottolineare il duplice primato dei bagni penali insulari rispetto a quelli stabiliti sulla terraferma. Abbiamo infatti da una parte un primato in termini di capienza stimata[48]. Questo

[47] *Ispezione della Commissione per l'immegliamento dei Luoghi penali in Napoli,* ottobre 1860, Ivi, 5 e 8.

[48] In merito ai criteri adottati per stimare la capienza dei differenti bagni, Volpicella scrive: «nel determinare la misura della capacità non si è avuto altra ragione che

significa che gli attori statuali hanno preventivato di tradurre la maggior parte dei condannati in questi spazi. Una previsione corroborata dalla pratica. Dei 3.859 detenuti negli undici bagni del regno nel 1860, ben 2.226 sono complessivamente tradotti a Nisida, Procida e Santo Stefano, ovvero circa il 57.5% della popolazione totale. Una preponderanza numerica che è in perfetta continuità con il progetto di una cittadella penitenziaria, risalente al 1845 e mai concluso, che il re aveva approntato per l'isola di Procida.

Questa predilezione per gli spazi insulari che si ravvisa nelle pratiche punitive borboniche e che, come abbiamo visto, viene consolidandosi lungo tutto il primo Ottocento, sembra non essere toccata dalle critiche verso l'istituzione dei bagni prodotte dagli esperti della scienza penitenziaria, prima in maniera più velata e poi con toni sempre più diretti. Effettivamente la situazione della fine anni Cinquanta-inizio anni Sessanta è giudicata dagli stessi teorici della pena dell'epoca come insostenibile nel lungo periodo. Tale giudizio emerge dai lavori della «Commissione per l'immegliamento dei Luoghi penali in Napoli» che viene a costituirsi alla fine degli anni Cinquanta. Il suo Presidente era proprio quel Cav. Filippo Volpicella che tanto aveva scritto e proposto nei decenni precedenti[49]. Lo scopo era quello di visitare «i vari carceri della Provincia, cominciando coi bagni, dall'Ergastolo e dai luoghi di Presidio». Terminate le visite presso i bagni di pena la Commissione decise di inoltrare al Dicastero de' Lavori Pubblici i primi risultati del proprio lavoro attraverso due relazioni, rispettivamente del 15 gennaio e del 22 febbraio 1861[50]. Il tono dei rapporti è profondamente diverso rispetto al passato: «Ella, signor Consiglie-

la misura dei tavolati, e nel determinare questa non si è avuto altra regola o norma che il muro dovunque riusciva possibile adattarli. I carcerati dormono sopra questi tavolati come i soldati nei corpi di guardia, e come ai soldati nei corpi di guardia a ognuno è assegnato uno spazio di soli due palmi e mezzo». F. VOLPICELLA, *Sui bagni di Napoli*, cit., 8.

[49] Gli altri cinque membri erano: Cav. Giuseppe de Simone, all'epoca Consigliere della Gran Corte de' Conti, Filippo de Blasio, deputato al Parlamento Nazionale, Francesco Giura, ingegnere dei Ponti e Strade, Eugenio Cosmi e dal sacerdote Rocco Brienza. Nicola Attanasio, Intendente dei luoghi penali, svolgeva infine le funzioni di segretario.

[50] Forse gli eventi politici prodottisi nei mesi successivi fecero sì che i lavori della

re, non vorrà addebitarmi a colpa se nel ritrarre mi sia convenuto far uso di quei colori spesso foschi che meno si allontanavano dal vero. Uno sciaguratissimo errore da tempo immemorabile qui prevalso fra noi di nascondere e velare quanto ci avesse di vizioso e più biasimevole nelle cose nostre, lodando e senz'altro esame e spacciandole sempre come perfettissime. Un cieco municipalismo faceva in ciò consistere l'onor nazionale, e pertanto veniva impedito il portar conveniente rimedio ai mali che quindi più sempre ingigantivano e si perpetuavano. La Commissione, nel geloso incarico affidatole, si è studiata di non cadere in un ciclo di fallo ed ha voluto mostrare svelatamente il male, quale quanto sia, acciò che si abbia provvedere ai modi di ripararvi»[51].

La retorica che aveva caratterizzato la pubblicistica e le ispezioni degli anni precedenti viene meno. Volpicella si fa carico di mostrare al sovrano lo stato reale dei bagni, e il giudizio complessivo è senza appello. Nulla è cambiato dalla loro costituzione («I bagni […] poco niente differiscono da quello che erano, quando gli schiavi turchi e i rei dei peggiori delitti si cacciavano nel fondo delle galee condannati alla dura fatica del remo»). Al contempo, il grado di utilità di questi stabilimenti nel più ampio sistema detentivo del paese è profondamente mutato. Le funzioni esercitate dalla condanna al remo e poi dalla nascita dei primi bagni, intimidatoria per il condannato, ed economica per chi comminava la pena, vengono a configurarsi come pienamente desuete lungo l'Ottocento. Soprattutto il carattere meramente intimidatorio-repressivo della pena viene percepito in stridente contrasto con le profonde trasformazioni avvenute circa i principi fondanti il nuovo diritto penale: «Quel fine dell'intimidazione che la pena proponeva si unico e solo, è diventato, per dir così, secondario, e ha ceduto del campo a un altro più nobile e degno, l'emendazione [N.d.A.], a conseguire il quale sono rivolti di varia sorte i mezzi che non più tanto si ingegnano causare il dolore fisico quanto il bene morale. Nondimeno il nome di Galera [N.d.A.], che comu-

Commissione rispetto alle altre tipologie di stabilimenti venissero interrotti. Per il testo integrale dei rapporti: F. VOLPICELLA, *Sui bagni di Napoli*, cit..

[51] Ivi, 16.

nemente vien dato ai Bagni [N.d.A.], quello di galeotti e di servi di pena, che serbano i colpevoli colà dentro rinchiusi, attestano che triste monumento del passato, tuttavia si mantiene la sua interezza un genere di punizione che svelatamente contrasta alle opinioni e ai bisogni presenti»[52].

La conclusione è che i bagni vengono percepiti come stabilimenti che meriterebbero una profonda revisione ma solo attraverso il loro assorbimento nel più ampio sistema di carceri del regno e quindi partecipando al più ampio progetto di riforma penitenziaria. Essi rappresentano una tipologia di stabilimento che non può più essere tollerata come specifica: «non differiscono da qualunque altra prigione di pena. – scrive ancora Volpicella – Vi vengono tratti i rei dei più gravi misfatti, coloro che meritarono un più lungo e severo castigo. Ma lo stesso fine della emendazione a che dee mirare ogni altra carcere, debbono similmente in principal modo mirare»[53].

Altro dato importante è che la questione della loro collocazione insulare non è mai trattata nel dibattito che abbiamo tentato di ricostruire, nonostante, siano proprio i bagni collocati sulle isole a giocare un ruolo più che centrale, sia in termini numerici effettivi che nei progetti incompiuti. Questa centralità accordata alle isole non è quindi frutto di una elaborazione teorica, bensì di un modello gestionale che nella pratica è risultato efficace agli occhi degli attori politici e quindi mantenuto costantemente.

Modello gestionale che sopravvive alle critiche e ai dettami di una scienza penitenziaria che, in maniera sempre più convinta e diffusa, ne chiede la soppressione. Diffusa perché, a ben vedere, un processo simile era contestualmente avvenuto anche nel vicino Regno di Sardegna. I propositi riformatori emersi sin dagli anni Venti dell'Ottocento non solo non avevano prodotto radicali cam-

[52] Stesso dicasi per gli scopi economici, alla base della condanna al remo prima, e a quella dei lavori forzati poi: «I tempi ora sono mutati. La costruzione dei legni da guerra meglio perfetta faceva stimare inutile l'ufficio di remi. Le vele e il vapore bastano a menare i vascelli fino ai lidi più lontani a dispetto delle tempeste; e delle antiche galee, in uso ora è due secoli circa, resta solo la storica rimembranza, non altrimenti che delle antiche triremi». Ivi, 25.

[53] Ivi, 25.

biamenti interni[54]. Nei discorsi prodotti anche a Torino, la questione dei bagni penali marittimi viene sbrigativamente liquidata come una faccenda da chiudere rapidamente. Anche per loro i bagni erano istituzioni antiquate da abolire attraverso un impianto riformatore organico[55]. Ma visto che una vera riforma non vedrà mai la luce, anche questi luoghi di pena saranno oggetto di puntuali regolamenti destinati alle diverse categorie di detenuti al loro interno[56].

In sostanza, durante l'epoca preunitaria, sia nel regno borbonico che in quello sabaudo i bagni penali come istituzione rimarranno uno strumento necessario nelle mani del potere politico, nonostante i propositi di riforma o abolizione. In particolare, quelli situati nelle isole del Mezzogiorno mantengono un ruolo di primo piano che dalla più ampia strategia punitiva borbonica verrà ripreso anche all'indomani dell'Unificazione nazionale.

7. *Conclusioni*

Con l'avvento del Regno d'Italia, il percorso di abolizione dei bagni penali è accidentato. Unanimemente considerato come ine-

[54] M. Gibson, *Le prigioni italiane nell'età del positivismo (1861-1914)*, Roma, 2022, 63.

[55] Per uno sguardo d'insieme sui progetti di riforma rimandiamo a dei testi ritenuti oramai dei classici: G. Nalbone, *Carcere e società in Piemonte, 1770-1857*, Santena, 1988; A. Borzacchiello, *La Grande riforma. Breve storia dell'irrisolta questione carceraria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2-3, 2005, 1-75; P. Casana, C. Bonzo, *Tra pubblico e privato: istituzioni, legislazione e prassi nel Regno di Sardegna nel 19° Secolo*, Torino, 2016, 63 ss.

[56] Per quanto riguarda i bagni, ci riferiamo in particolare, per l'ambito sanitario, alle disposizioni dei Regolamenti 25 gennaio 1816. Altri aspetti vengono regolamentati con le regie patenti relative ai bagni penali del Regno del 22 febbraio 1826. A questi erano seguiti il *Regolamento sanitario pei forzati nei bagni* del 29 gennaio 1839 e le *Regie Determinazioni ed Istruzioni e Regolamento d'amministrazione e contabilità pei Bagni marittimi* del 13 luglio 1841, finalizzato a disciplinarne il funzionamento interno, a livello amministrativo ed economico. Cfr. L. Vigna V. Aliberti, *Carceri*, in Id., *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. 2, Torino, 1841, 133 ss.; G.B. Massone, *La pena dei lavori forzati considerata nella sua applicazione pratica ossia i bagni marittimi negli stati sardi studiati sotto l'aspetto economico, statistico-igienico-morale ed al confronto della riforma penitenziaria*, Genova, 1851, 21 ss.

luttabile nel dibattito pubblico, esso è ostacolato dai singulti di una riforma carceraria che vedrà la luce solo a partire dal Codice Zanardelli del 1889.

Nel frattempo, assistiamo ad un uso sempre più intensivo dei bagni penali, con particolare riferimento a quelli insulari del meridione. Durante i primi due decenni postunitari il Regno d'Italia arriva a disporre di 24 bagni (33 se si contano anche le succursali), che diventeranno 25 con la prossima riapertura di quello di Ponza a partire dal 1874. Di questi 25, ben 6 erano localizzati su isole minori, di cui 2 su di un unico spazio insulare in Toscana, l'isola d'Elba (Longone, Portoferraio) e i restanti quattro nelle isole delle province meridionali (Favignana, Nisida, Procida, Santo Stefano)[57]. Non tutti i bagni vengono utilizzati alla stessa maniera. Matura nella pratica una specifica percezione degli stabilimenti sulla base delle differenti peculiarità mostrate fino a quel momento. Dei 24 bagni penali presenti sul territorio nazionale nel 1871, quello di Santo Stefano detiene il triste primato del numero di condannati a vita, in comparazione con la popolazione detenuta nello stabilimento. A seguire quelli di Portoferraio, Longone e Nisida, tutti in isole, e questo perché definiti come «i più sicuri»[58]. Nelle pratiche punitive di quei decenni, la dimensione insulare riveste un valore in termini di efficacia punitiva, confermando un modello gestionale che aveva le sue radici nel primo Ottocento. Una tendenza che non si invertirà al momento della loro abolizione. Non è un caso che, dopo la promulgazione del Codice Zanardelli, e facendo seguito al *Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori* (R.D. n. 260, 1° febbraio 1891), la nuova classificazione degli stabilimenti penali collocherà all'apice della scala punitiva nazionale gli ex bagni penali presenti sull'isola di Santo Stefano e

[57] Di seguito l'elenco dei bagni esistenti nel 1874-1875: 1. Alghero 2. Ancona .3. Brindisi 4. Cagliari 5. Civitavecchia 6. Favignana 7. Finalborgo 8. Gaeta 9. Genova 10 Granatello 11. Longone 12. Nisida 13. Orbetello 14. Palermo 15. Pesaro 16. Piombino 17. Ponza 18. Porto d'Anzio 19. Portoferraio 20. Porto Empedocle 21. Pozzuoli 22. Procida 23. Santo Stefano 24. Terracina 25. Trapani.

[58] *Considerazioni generali. Personale, fabbricati, trasporti*, in Ministero dell'Interno, Direzione Generale di Pubblica Sicurezza (DGPS), *Statistica delle carceri per l'anno 1871*, Roma, 1873, CXII.

sull'Elba (forte di Portolongone), con la nuova denominazione di «ergastoli»[59].

***

In conclusione, il dato principale da mettere in rilievo è che l'adozione di uno specifico ruolo accordato alle isole minori sia dai Borbone prima che dal regime liberale poi, nasce da una certa idea della spazialità insulare che matura nel corso del tempo, attraverso un preciso rapporto dialettico che viene costantemente a ridefinirsi tra il dibattito teorico coevo e l'uso pratico che progressivamente viene fatto di questi spazi in risposta alle contingenze politiche. Un rapporto che, in ultima analisi, non può definirsi come lineare (elaborazione teorica propedeutica ad una strategia pratica). I modelli teorici astratti, spesso lungamente meditati, si sovrappongono ad un uso pratico di queste isole che spesso non segue le logiche teorizzate, ma piuttosto una prassi, che prende forza e forma secondo tempistiche non definibili attraverso modelli precostituiti, e seguendo peculiarità e tradizioni dei diversi spazi insulari.

[59] Per tutte le nuove denominazioni vedasi l'elenco annesso in *Classificazione degli stabilimenti penali e Riformatorii governativi*, Decreto del Ministero dell'Interno, Roma, 16 giugno 1891, in *Codice amministrativo del Regno d'Italia. Raccolta leggi e regolamenti*, Roma, 1891, 1012-1021.

Gianmarco Palmieri

Una questione di diritto penitenziario: sessualità e carcere in un dibattito degli anni '30 del XX secolo

SOMMARIO: 1. Il problema sessuale nelle carceri nell'evoluzione dei sistemi penitenziari. – 2. Le prime (timide) proposte e i primi (eclatanti) fallimenti. – 3. Il dibattito degli anni '30 in Italia. – 3.1 Gli argomenti a favore. – 3.2 Gli argomenti contrari. – 4. La politica penitenziaria fascista e il regolamento del 1931: affossamento della proposta. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Il problema sessuale nelle carceri nell'evoluzione dei sistemi penitenziari*

Come spesso avviene in ambito penitenziario[1], anche con riferimento all'annoso tema della sessualità dei detenuti, l'insorgenza di un problema è frutto del tentativo fallimentare di risolvere un problema precedente. La questione della promiscuità di

[1] Sulla storia dei sistemi penitenziari, la bibliografia, sia italiana che estera, è assai vasta. Fra le opere principali si segnalano: G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and social structure*, New York, 1939; G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V, Torino 1973, 1903-1998; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980; M. IGNATIEFF, *Le origini del penitenziario: sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese (1750-1850)*, Milano, 1982; R. CANOSA, I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia. Dalla fine del Cinquecento all'Unità*, Roma, 1984; A. CAPELLI, *La buona compagnia. Utopia e realtà carceraria nell'Italia del Risorgimento*, Milano, 1988; J.G. PETIT, *Ces peines obscures: la prison penale en France: (1780-1875)*, Parigi, 1990; A. CAPELLI, *Il carcere degli intellettuali. Lettere di italiani a Karl Mittermaier*, Milano, 1993; G. TESSITORE, *L'utopia penitenziale borbonica. Dalle pene corporali a quelle detentive*, Milano, 2002; M. GIBSON, *Italian Prisons in the Age of Positivism, 1861-1914*, Londra, 2019.

genere all'interno delle carceri e dei luoghi pena, infatti, ha origini antiche. Già nel IV secolo d.C., l'Imperatore romano Costanzo II emanò un rescritto in cui veniva prescritta tassativamente la separazione dei sessi all'interno delle carceri dell'Impero[2]. Tale disposizione, che da alcuni viene intesa come la prima vera misura penitenziaria della storia, aveva la funzione di garantire la moralità e di evitare il verificarsi di episodi incresciosi all'interno delle mura carcerarie. La questione era di primaria importanza se si considera che fino al XIX secolo la totalità dei luoghi di pena era ordinata secondo il sistema della c.d. "vita in comune": centinaia di detenuti, indipendentemente dall'età o dal reato commesso, trascorrevano la notte ammassati in vasti cameroni, spesso sporchi e sovraffollati.

Il padre della riforma penitenziaria in Italia, il piemontese Carlo Ilarione Petitti di Roreto[3], segnalava come fra i principali problemi delle carceri ordinate secondo tale sistema vi fosse quello derivante dall'inevitabile contatto fra i due sessi all'interno delle strutture detentive. Infatti, nonostante in quasi tutte le carceri preventive fossero previsti ambienti separati per uomini e donne, la negligenza della sorveglianza e l'esistenza di spazi comuni erano spesso causa di «atti di scostumatezza troppo facili ad immaginarsi»[4]. Allo stesso modo, non era raro che nelle carceri e nei luoghi di pena riservati alle donne, queste spesso intrattenessero relazioni sentimentali con custodi e guardiani dell'altro sesso[5].

[2] CTh.9.3.3: "*Quoniam unum carceris conclave permixtos secum criminosos includit, hac lege sancimus, ut, etiamsi poenae qualitas permixtione iungenda est, sexum tamen disparem diversa claustrorum habere tutamina iubeantur*". La *ratio* della norma viene esplicitata dalla *interpretatio visigotica* che la segue nel testo del Codex Theodosianus: "*Viri ac mulieres, etiamsi criminis aequalitate iungantur, non tamen in unius carceris custodia teneantur*". Si veda sul punto A. Trisciuoglio, *La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana*, in F. Zuccotti, M.A. Fenocchio, *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Milano, 2018, 313-319.

[3] Per la vita e le opere di Petitti di Roreto è sufficiente rimandare a M. Alberti, *Petitti, Carlo Ilarione, conte di Roreto*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXXII, Roma, 2015, 659-662, e alla bibliografia ivi citata.

[4] C.I. Petitti di Roreto, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla*, Torino, 1840, 36.

[5] Cfr. Ivi, 36-37.

Inoltre, grande allarme sociale era destato dai rapporti omosessuali, i c.d. "turpi affetti"[6]. Federico Bellazzi, autore del primo rapporto sullo stato delle carceri nel neonato Regno d'Italia, affermava: «Riguardo alla pederastia, una delle più schifose piaghe che deturpano uno stabilimento penale, si può dire che basterebbe da sé sola a fare sopprimere immediatamente i Bagni Marittimi, avendo questo turpissimo dei vizi, la sua origine nella agglomerazione notturna dei condannati in cameroni che talvolta ne contengono a centinaia. Quanto sfogo di brutale carnalità possa accadere in quelle sentine di depravate nature, ognuno può da sé immaginare»[7].

Spesso i detenuti, con l'accondiscendenza del personale di sorveglianza, ricorrevano autonomamente a degli espedienti per eludere gli effetti nefasti della rigida separazione dei sessi, come ci testimoniano numerose fonti d'archivio. Ad esempio, con una lettera datata 10 agosto 1820 e destinata al Tesoriere Generale dello Stato pontificio, il Vescovo di Pesaro descriveva con queste parole la condizione dei detenuti reclusi nelle carceri della propria città: «Giacché poi mi si presenta così opportuna occasione non lascio di rendere informata V.E., come l'ho fatto con Monsignor Governatore, che essendo io dovuto andare poche mattine sono ad amministrare il Santo Sagramento della Cresima al figlio di uno di que' relegati di Frosinone, che appunto restano detenuti in questa Fortezza ho dovuto con mio dispiacere conoscere, che in una sola camera vengono custoditi la notte tutti quelli, che sono ammogliati, e che insieme con gli uomini abitano nella medesima anche le loro donne; ed avendone su di ciò interrogato il Comandante, ho avuto in risposta di essersi ciò pure praticato sotto gli altri Comandanti.

Accade altrettanto dei soldati ammogliati non solamente in Pesaro, ma forse anche peggio in Ancona, e la cagione n'è la mancanza dei locali.

[6] L. Pianciani, *Saggio sulla riforma delle prigioni nello Stato Pontificio*, Bologna, 1847, 19.

[7] F. Bellazzi, *Prigioni e prigionieri nel Regno d'Italia*, Firenze, 1866, 56. La citazione è anche riportata in G. Tessitore, *Carcere e fascistizzazione. Analisi di un modello totalizzante*, Milano, 2005, 47.

Lo deduco per tanto a notizia anche dell'E.V. con desiderio di vedervi (se è possibile di apporvelo) qualche riparo»[8].

In ogni caso, i problemi legati all'astinenza sessuale forzata erano fra le principali cause di disordine all'interno dei luoghi di pena ordinati secondo il sistema della vita in comune. L'introduzione del nuovo sistema dell'isolamento individuale aveva appunto lo scopo di far fronte (anche) a questo tipo di inconvenienti. Il Regno d'Italia, sull'esempio di altri Paesi europei, quali Francia, Inghilterra e Prussia, decise di adottare il nuovo modello all'interno del proprio ordinamento penale[9]. Già con la legge n. 1653 del 28 gennaio 1864 lo Stato italiano si impegnava a costruire un carcere giudiziario a struttura cellulare in ogni circondario, ma la definitiva adozione del nuovo modello detentivo avvenne tramite il combinato disposto del Codice penale unitario del 1889 (il c.d. Codice Zanardelli) e del Regolamento penitenziario del 1891[10], opera dell'allora Direttore generale delle carceri del Regno, Martino Beltrani Scalia. Nonostante il formale recepimento a livello legislativo delle nuove teorie, nella prassi la riforma penitenziaria si rivelò un fallimento a causa soprattutto della vetustà delle strutture detentive che il Regno d'Italia aveva

[8] Il documento è conservato in Archivio di Stato di Roma, Camerale II, Carceri, busta 7, fasc. 10.

[9] Cfr. M. Gibson, *Italian Prisons*, cit., 67 e ss.

[10] In particolare, le modalità di esecuzione delle condanne erano disciplinate dal Titolo II del Libro I del Codice penale, in cui veniva stabilito che: il condannato all'ergastolo doveva rimanere per i primi sette anni in segregazione cellulare continua, mentre negli anni successivi era ammesso al lavoro insieme agli altri detenuti (art. 12); la pena della reclusione inferiore a sei mesi andava scontata integralmente in regime di segregazione cellulare continua (art. 13, comma 1); per le condanne alla reclusione superiori a sei mesi, invece, dopo un primo periodo di segregazione cellulare continua, i detenuti venivano ammessi al lavoro in comune durante il giorno, con l'obbligo del silenzio (art. 13, comma 2); la pena della detenzione (prevista da un minimo di tre mesi fino a un massimo di 24 anni) doveva essere scontata in appositi stabilimenti con l'obbligo del lavoro e con isolamento notturno (art. 15) e lo stesso era previsto anche per la pena dell'arresto (art. 21). Il Regolamento penitenziario del 1891 completava il quadro, imponendo il regime della segregazione cellulare continua anche nelle carceri giudiziarie, oltre a disciplinare nel dettaglio le modalità concrete di esecuzione della pena detentiva, nelle varie forme declinate dal Codice penale.

ereditato dagli antichi Stati preunitari[11]. Rendere tali strutture idonee a soddisfare le modalità di esecuzione della pena previste dal Codice penale e dal Regolamento penitenziario avrebbe comportato una spesa insostenibile per le casse dello Stato[12]. Nei fatti, dunque, la maggior parte dei luoghi di pena attivi sul territorio italiano continuavano ad essere regolati secondo il sistema della vita in comune, mantenendo invariati tutti i problemi di tale metodo di esecuzione penale, tra cui anche quello relativo alla sessualità dei detenuti[13].

[11] Rimase lettera morta anche la legge sull'edilizia penitenziaria (n. 6165 del 14 luglio 1889), emanata proprio con lo scopo di dare esecuzione alle norme contenute nel Codice Zanardelli, disponeva la ripartizione fra lo Stato e le amministrazioni locali degli oneri per la costruzione delle nuove strutture detentive o il riadattamento di quelle già esistenti.

[12] L'impossibilità di dare attuazione all'impianto normativo del codice e del regolamento era emersa fin da subito. Già nel dicembre 1892 Luigi Lucchini, in un intervento alla Camera dei Deputati, sollevava il problema: "Noi ci troviamo in questo stato di cose: che degli stabilimenti quali sarebbero necessari per far scontare le pene secondo il nuovo Codice, pochissimi sono quelli che oggi esistono; la maggior parte mancano in modo assoluto. Non vi sono case di detenzione, neppure una; non vi sono case d'arresto, neppure una. Mancano quasi tutti gli stabilimenti speciali: quelli di custodia, le case di lavoro, le case di correzione, le case speciali per gli ubbriachi abituali. Mancano, e questa è la cosa più dolorosa che debbo lamentare, tutte le istituzioni speciali stabilite dal Codice per i minorenni; mancano gli istituti d'educazione e di correzione, gli istituti correzionali, gli istituti di correzione paterna" (*Atti parlamentari*, Camera, 12 dicembre 1892, 407).

[13] Alcuni autori (G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, cit., 1911 ss.) hanno evidenziato come lo strutturale disinteresse delle istituzioni per le condizioni di vita dei detenuti rientrasse appieno nei meccanismi di funzionamento di uno Stato monoclasse come quello dell'Italia liberale. Il codice Zanardelli del 1889 e, prima di questo, molti dei codici penali degli Stati preunitari, avevano come punto di riferimento, come strato sociale da tutelare, la piccola e media borghesia proprietaria che costituiva il fulcro produttivo della Nazione. Non a caso, infatti, in questi corpi normativi sono contenute discipline marcatamente repressive nei confronti delle condotte criminose contro il patrimonio e rigide misure di contrasto al fenomeno del vagabondaggio, reati il cui autore-tipo era un soggetto appartenente ai ceti infimi della popolazione. La diretta conseguenza di questa impostazione era che la popolazione carceraria risultava composta per la stragrande maggioranza di poveri o nullatenenti per i quali, anche alla luce di una legge elettorale che conferiva l'elettorato attivo ad una porzione minima della popolazione individuata su base censitaria, la classe dirigente del Paese non mostrava alcun interesse.

2. *Le prime (timide) proposte e i primi (eclatanti) fallimenti*

In Italia, il primo a menzionare il problematico rapporto fra sessualità e privazione della libertà personale fu Luigi Lucchini, uno dei principali esponenti della c.d. "Scuola classica" del diritto penale[14]. La sua era una proposta molto abbozzata, quasi una provocazione, peraltro non contenuta in una delle opere principali del giurista padovano, ma nel testo delle sue lezioni di diritto penale all'Università di Siena, edite dagli studenti del corso[15].

Fra i quattro elementi che dovevano coesistere all'interno di un sistema penitenziario «conforme ai principi della scienza e agli scopi della pena afflittiva e correzionale»[16], Lucchini inseriva la cura fisica del detenuto, che doveva rivestire un ruolo fondamentale nel trattamento penitenziario, alla luce del «vincolo indissolubile che intercede fra l'organismo, gli istinti e l'intelligenza dell'uomo»[17]. Proprio a tale proposito, Lucchini rifletteva in questi termini sugli eventuali benefici dell'attività sessuale per la popolazione carceraria: «Non occorre dire che tanto per questa come per ogni altra specie di detenzione, la separazione dei sessi debba essere prescritta, salvo eccezioni che attendono ancora un maturo studio, in considerazione anche dei funesti effetti conseguenti alla soppressione delle soddisfazioni sessuali nelle pene di maggior durata»[18].

La proposta di Lucchini non ebbe grande seguito fra i contemporanei e si perse nel vuoto. Al suo affossamento contribuì significativamente l'autorevole opinione di Enrico Ferri[19] che,

[14] Fra la corposa bibliografia sulla figura e l'opera di Luigi Lucchini, si vedano in particolare: M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI (1987), 105-183; G. Focardi, *Lucchini, Luigi*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXVI, 2006, 299-301; F. Venturini, *Luigi Lucchini, magistrato e politico*, in "Studi Storici", LI, 2010, n. 4, 881-934.

[15] L. Lucchini, *Corso di diritto penale. Appunti delle lezioni del Professore Cav. Luigi Lucchini stampati per cura degli studenti (1878-79)*, Siena, 1879.

[16] Ivi, 182.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*.

[19] Su Enrico Ferri la bibliografia è decisamente ampia. Fra i contributi più recenti si segnalano: F.L. Sigismondi, *La "funzione pratica della giustizia punitiva". Le prolusio-*

in polemica con la Scuola classica e i suoi esponenti, non risparmiò parole di assoluto scherno nei confronti di Lucchini e della sua proposta: «E quando lei fa questa mirifica osservazione sui sistemi carcerari […], allora, vede, una lagrima furtiva mi viene veramente al ciglio, pensando a tanta sua così delicata sollecitudine per gli assassini, o grassatori, o stupratori, ai quali, poveretti! […] mentre ai tanti milioni di poveri *onesti* la nostra società non provvede nemmeno la sicurezza del pane quotidiano e dell'amore legittimo; da una parte il Congresso Penitenziario di Roma, all'unanimità, propose di accordare nei giorni festivi, le conferenze e la musica […] e dall'altra parte lei, che volle non esser tocco dal contagio accademico del Congresso Penitenziario, preoccupato dei funesti effetti dell'onanismo fra gli assassini e gli stupratori, vorrebbe loro provveduto, nei bagni penali, anche il coito a cura dello Stato!»[20].

Al di là della posizione di Ferri, che appare dettata più dal fervore dello scontro fra scuole opposte che da una sincera convinzione dottrinaria, è fuori di dubbio che le principali battaglie per il miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti e l'addolcimento del regime penitenziario si devono agli esponenti della Scuola positiva.

A tale proposito, un cambio di passo si iniziò ad avvertire a partire dal primo dopoguerra, proprio quando la Scuola positiva conobbe il suo periodo di massima influenza nel panorama dottri-

ni romane di Enrico Ferri, in "Historia et Ius", IV (2013), paper 11; L. Mazza, *Enrico Ferri e la Civiltà Cattolica: un naufragio sugli scogli del libero arbitrio*, in "Giustizia penale", CXXI (2016), n. 1, 249-256; C. Latini, *Storia di un giurista 'eretico'. Il diritto e il processo penale nel pensiero di Enrico Ferri*, Napoli, 2018.

[20] E. Ferri, *Uno spiritista del diritto penale*, Torino, 1887, 22. Ciò non significa tuttavia che Ferri non fosse conscio dei gravi problemi conseguenti all'astinenza forzata imposta ai detenuti, ma solo che non riteneva vi fossero soluzioni conciliabili con l'inevitabile compressione della libertà personale discendente dallo *status* di detenuto. Scriveva a tale proposito il Ferri: "La privazione dei rapporti sessuali è certamente la coercizione che più sentono i condannati alla segregazione carceraria e che determina purtroppo gravi fenomeni di corruzione o di esaurimento nervoso. Essa, tuttavia, è inevitabile per i delinquenti pericolosi che devono essere segregati e soltanto se ne possono attenuare le conseguenze colle discipline igieniche e col lavoro all'aria libera" (E. Ferri, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente*, Torino, 1928, 700).

nario italiano, come testimoniato dal fatto che nel 1919 il Ministro della Giustizia Lodovico Mortara affidò ad una Commissione di giuristi presieduta da Enrico Ferri l'incarico di redigere il progetto del nuovo Codice penale[21]. In ambito penitenziario ciò comportò una maggiore diffusione del concetto di difesa sociale quale funzione primaria della pena e della conseguente avversione per ogni eccesso retribuzionistico ancora presente nell'ordinamento italiano, a cominciare proprio dalle disposizioni del Regolamento penitenziario del 1891. Oltre che nell'ambiente accademico, le "moderne teorie" trovarono terreno fertile anche in seno alla Pubblica Amministrazione e, in particolare, fra i dirigenti del Ministero dell'Interno che fino al 1922 era l'organo competente in via esclusiva in materia penitenziaria. Il prodotto normativo più rappresentativo di questo contesto culturale è la circolare ministeriale del 15 febbraio 1921 con cui, in attesa di una riforma organica dell'ordinamento penitenziario, vennero disposte alcune modifiche "sperimentali" al vigente Regolamento. In generale, la circolare prevedeva un'attenuazione del rigore della disciplina carceraria relativamente alla corrispondenza dei detenuti, alle visite e ai colloqui con i familiari. Fra le altre cose: veniva incrementata la frequenza periodica con cui i condannati potevano inviare lettere e ricevere le visite dei propri cari, la durata dei colloqui veniva estesa da trenta minuti ad un'ora, venne concesso lo scambio di corrispondenza, previa autorizzazione del direttore dello stabilimento, anche a persone non legate da un vincolo parentale con il recluso, venne ampliata la lunghezza massima di ciascuna lettera, che il vigente regolamento limitava ad un solo foglio, e così via. La disposizione che destò più scalpore, però, fu quella contenuta nel punto 5 del capo B) della circolare, secondo la quale "al termine di ogni colloquio, e con le debite cautele, è consentito al condannato di baciare i parenti sino al secondo grado, previo permesso del direttore", riconoscendo per la prima volta una timidissima tutela dell'affettività dei detenuti. Dalle pagine della "Rivista penale"[22]

[21] Sul progetto Ferri si veda G. RUGGIERO, *L'importanza del Progetto Ferri per il "Codice Rocco"*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LXXXIV (2011), 290-310.

[22] *Scienza e sapienza carceraria*, in "Rivista penale", XCIII (1921), n. 5, 488-492, in

tuonarono le critiche degli esponenti della Scuola classica che definirono la circolare nel suo complesso un "capolavoro di disinvoltura e di vacuità amministrativa" e, con riferimento alla facoltizzazione del bacio a chiusura dei colloqui, parlarono addirittura di una disposizione dal "sapore persino pornografico".

In sintesi, divergenze dottrinarie e mero bigottismo erano le due principali ragioni che ostavano alla formazione di un serio dibattito sulla questione sessuale nelle carceri italiane. Bisognerà aspettare gli anni '30, in pieno regime fascista, affinché la dottrina italiana, sull'esempio di alcuni ordinamenti stranieri che già da anni avevano varato misure legislative in merito, iniziasse a discutere del problema e a presentare delle concrete proposte per risolverlo.

3. *Il dibattito degli anni '30 in Italia*

La questione tornò ad accendere il dibattito italiano all'inizio degli anni '30, in occasione dell'avvio dei lavori per la riforma del regolamento penitenziario, che sarebbe entrato in vigore con Regio Decreto del 18 giugno 1931[23]. Lo stimolo alla discussione provenne soprattutto dall'estero e, in particolare, da quelli ordinamenti che già dal decennio precedente avevano avviato le prime sperimentazioni per ovviare al problema sessuale nelle carceri. Il riferimento è in particolare al Messico[24], dove nel 1924, grazie ad un accordo fra il *Departamento de Prevención Social* della *Secre-*

cui è stato anche riportato il testo integrale della circolare del 15 febbraio 1921.

[23] A tale dibattito si accenna anche in L. BENADUSI, *Il nemico dell'uomo nuovo: l'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Milano, 2005, in cui la questione viene inquadrata nell'ambito delle politiche di contrasto al fenomeno dell'omosessualità attuate dal regime fascista.

[24] Per la storia dell'ordinamento penitenziario in Messico, si veda C. CASTAÑEDA GARCÍA, *Prévencion y readaptación social en Mexico*, Ciudad del Mexico, 1979; S. GARCÍA RAMÍREZ, *El sistema peniteciario. Siglos XIX y XX*, in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XCV (1999), 357-395; I. CASTILLO CANCHÉ, *Génesis de la reclusión penal moderna: el liberalismo gaditano en las prácticas carcelarias Yucatán (1812-1827)*, in P. ZABALA AGUIRRE, P. MIRANDA OJEDA, J.E. SERRANO CATZIM (curr.), *Poder politico y control social en Yucatán, siglos XVI-XIX*, Mérida, 2007, 83-114.

taría de Gobernación (il Ministero dell'Interno) e il governo del *Distrito Federal* (l'odierna Città del Messico), venne istituita nelle carceri della Capitale la c.d. "*Visita intima*", ossia la concessione ai detenuti della possibilità di trascorrere un periodo predeterminato di tempo insieme al proprio coniuge all'interno di appositi locali dell'istituto penitenziario[25]. Sull'esempio messicano, l'Ispettore generale delle carceri del Perù, Bernardino Leon y Leon, elaborò una proposta legislativa per introdurre la visita coniugale nelle carceri del proprio Paese, che ebbe una notevole eco anche in Italia[26]. Il suo progetto di legge, mai entrato in vigore a causa della strenua opposizione del governo peruviano, si divideva in due parti. La prima conteneva norme che, attraverso l'imposizione di un particolare regime di alimentazione e di attività fisica, erano finalizzate a trattenere gli istinti sessuali dei detenuti e che servivano a vigilare e reprimere i comportamenti "antinaturali" provocati dall'astinenza forzata. La seconda parte, invece, istituiva e disciplinava la visita intima nelle carceri. Nel progetto di Leon y Leon, l'accesso alla visita doveva essere autorizzato dal "Tribunale di condotta", previo parere positivo dell'Ispettore Generale ed aveva funzione premiale, in quanto poteva essere concesso solo ai detenuti che avessero mantenuto continuativamente una buona condotta per almeno un anno. Le visite non potevano avvenire più di una volta al mese e venivano concesse esclusivamente in favore delle mogli dei detenuti.

3.1. *Gli argomenti a favore*

Persuaso dai promettenti risultati delle sperimentazioni della visita coniugale nelle carceri sudamericane, Salvatore Cicala, il primo giurista italiano ad occuparsi della questione[27], avanzò una

[25] La notizia è riportata in C. Castañeda García, *Prévencion y readaptación social*, cit., 56.

[26] Il testo del progetto di legge, infatti, venne tradotto in italiano e pubblicato in *Il problema della funzione sessuale negli istituti penitenziari. Progetto preparato dal Dott. Bernardino Leon y Leon già Direttore Ispettore Generale delle carceri del Perù*, in *Rivista di Diritto penitenziario*, I (1930), n. 2, 1160-1162.

[27] In realtà, la scienza medica già da qualche anno aveva iniziato a ragionare in-

proposta legislativa che per molti aspetti ricalcava il progetto peruviano di Leon y Leon[28]. Secondo Cicala, i benefici che l'introduzione delle visite coniugali avrebbe apportato all'ordinamento penitenziario italiano erano essenzialmente di tre tipologie. Vi era, innanzitutto, una preminente ragione di politica penitenziaria. Gli studi scientifici e i risultati ottenuti all'estero avevano dimostrato che la concessione sessuale nelle carceri rappresentava un «efficace mezzo di rieducazione e riadattamento alla vita civile»[29] e, pertanto si inseriva perfettamente nell'ideologia correzionalistica che dominava il pensiero penitenziario dell'epoca. Lo ribadiva con maggior enfasi Costantino Di Maria-Gomez, altro sostenitore della proposta: «Il carcere, oggi, non ha più la paleozoica funzione d'infliggere inutili sofferenze a coloro che si sono resi responsabili di un qualsivoglia delitto, bensì di ricondurre sulla buona strada coloro che si manifestano suscettibili di miglioramenti, e di eliminare dall'aggregato sociale coloro, la cui presenza riuscirebbe funesta»[30]. La regolamentazione dell'attività sessuale dei reclusi trovava così la propria ragion d'essere esclusivamente all'interno di questo percorso correzionale e, per questo motivo, veniva configurata come una concessione che l'amministrazione penitenziaria poteva accordare, in funzione premiale, solo a chi dimostrava di reagire positivamente al trattamento penitenziario[31]. Dalla natura concessoria del beneficio e dal suo intento correzionale discendevano due importanti conseguenze in merito ai profili applicativi

torno agli effetti fisiologici della forzata astinenza dei detenuti. In un articolo del 1925, il medico carcerario Benigno di Tullio, riportando l'esito di uno studio effettuato su quattro casi da lui analizzati, ammoniva circa "le gravi conseguenze dannose dovute alla repressione protratta della *libido*, che provoca alle volte nevrosi di angoscia e stati ansiosi lievi che male si curano nelle carceri e sono spesso la causa di atti di indisciplina". Si veda B. Di Tullio, *Spunti sulla vita e sulla patologia sessuale nelle carceri*, in *Rassegna di studi sessuali e di eugenica*, V (1925), n. 5, 176-188.

[28] S. Cicala, *Sesso e pena*, in *Rivista di Diritto penitenziario*, II (1931), n. 1, 53-59.

[29] Ivi, 55.

[30] C. Di Maria-Gomez, *Sui rapporti coniugali in carcere*, in *Rivista di Diritto penitenziario*, II (1931), n. 2, 1378-1387.

[31] Cicala, rifacendosi chiaramente al progetto di legge di Leon y Leon, suggeriva che per poter accedere al beneficio, i reclusi avrebbero dovuto tenere una buona condotta per un periodo continuativo di almeno un anno (cfr. S. Cicala, *Sesso e pena*, cit., 57).

della disciplina proposta da Cicala. Da un lato, le norme sull'attività sessuale in carcere non potevano in alcun caso "porsi in contrasto con i principi morali e con gli istituti giuridici e sociali, prevalenti nello Stato"[32]. La preoccupazione di Cicala era rivolta soprattutto alla poligamia e alla prostituzione, che dovevano essere scongiurate tramite la previsione, quale presupposto per accedere al beneficio, dell'esistenza di un vincolo matrimoniale fra visitato e visitante. Dall'altro lato, la fondamentale bipartizione fra soggetti recuperabili e delinquenti incorreggibili giustificava un folto elenco di cause di esclusione a danno delle categorie di detenuti per le quali le visite coniugali non avrebbero apportato alcun beneficio nell'ottica trattamentale[33].

[32] Ivi, 55.

[33] Nello specifico, per Cicala dovevano essere esclusi dalla concessione del beneficio: "a) i condannati o sottoposti a misure di sicurezza detentiva, di ambo i sessi, che, pur essendo coniugati e di ottima condotta, ultra annuale, abbiano raggiunta l'età di cinquantacinque anni; b) gli infermi di mente, gli intossicati cronici da alcool o da sostanze stupefacenti e i delinquenti per tendenza; c) gli affetti da infermità fisica, in genere, per il tempo in cui duri la infermità o vi sia pericolo di contagio (reclusi o ricoverati luetici, tubercolotici, blenorragici); d) i condannati alla pena dell'ergastolo o della reclusione per un tempo superiore agli anni ventuno; e) i condannati o sottoposti a misure di sicurezza detentive, per il tempo in cui anche l'altro coniuge trovisi in istato di reclusione o di sottoposizione a misure di sicurezza detentive; f) i condannati o sottoposti a misure di sicurezza detentive, che, pur provvisti dei requisiti necessari, non presentino regolare domanda al direttore dello stabilimento, o non abbiano ottenuto il consenso alla visita intima da parte del coniuge, ovvero non dimostrino, con relativo certificato medico, nelle debite forme, lo stato di perfetta sanità di questi, al tempo in cui viene ammesso alla visita intima; g) i condannati o sottoposti a misure di sicurezza detentive per alcuno od a seguito di alcuno dei seguenti delitti: violenza carnale (art. 519 nuovo Codice penale), congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520), atti di libidine violenti (art. 521), seduzione, con promessa di matrimonio, commessa da persona coniugata (art. 526), corruzione di minorenni (art. 530), costrizione alla prostituzione (art. 533), sfruttamento di prostitute (art. 534), procurata impotenza alla procreazione (art. 552), incesto (art. 564), e gli affetti da psicopatie sessuali". Inoltre, per alcune categorie di soggetti, per le quali il percorso riabilitativo non era impossibile, ma comunque più arduo del comune (delinquenti abituali e professionali, ubriachi abituali e semiinfermi di mente), non era prevista l'esclusione *tout court*, ma la mera applicazione di un regime concessorio più severo. Ancora più restrittivo e marcatamente improntato alla funzione correzionalistica era l'elenco delle cause di esclusione elaborato da Di Maria-Gomez. Quest'ultimo, infatti, aggiunse al catalogo di Cicala i delinquenti abituali e professionali (che per Cicala dovevano semplicemente rispondere a dei requisiti più rigidi per l'accesso al beneficio) e i recidivi

In secondo luogo, la regolamentazione dell'attività sessuale dei detenuti avrebbe contribuito a prevenire episodi di violenza carceraria, nonché l'emersione di tendenze "antinaturali". È la, ormai classica, argomentazione, supportata dalla scienza medica del tempo, in merito agli effetti dell'astinenza forzata sull'organismo umano, ossia l'onanismo, la pederastia e i "numerosi corollari psicopatici che si annettono, così ad una obbligata astinenza, come alle forme antinaturali di soddisfazione"[34]. Forme antinaturali di soddisfazione che, come affermava Di Maria-Gomez, nella maggior parte dei casi non erano «determinate da un istinto di preesistente pervertimento sessuale, ma di adattabilità, riscontrantesi solo in quei luoghi ove appunto persiste una impossibilità di poter soddisfare i propri bisogni»[35] e, proprio per questo, la loro insorgenza poteva generalmente essere prevenuta o, qualora già manifestatasi, estirpata.

Infine, ed è questo un argomento che si ritrova esclusivamente nella dottrina italiana, chiaramente influenzata dall'ideologia del fascismo, la concessione sessuale nelle carceri poteva servire, all'occorrenza, anche come incentivo alla natalità, nell'ambito di determinate politiche demografiche che lo Stato si prefiggesse di attuare. Alla base di questa affermazione vi era una concezione marcatamente collettivista della società, che estendeva a tal punto la dimensione pubblica da far ricomprendere all'interno del patrimonio dello Stato addirittura la sfera sessuale e la capacità riproduttiva di ciascun individuo. Diceva, a tale proposito, Cicala[36]: «il

specifici condannati ad una pena restrittiva della libertà personale superiore agli anni quindici. Inoltre, per gli autori di determinate fattispecie di reato (violenza carnale, atti di libidine violenta e incesto), Di Maria-Gomez, al posto dell'esclusione, suggeriva di costringerli ad "una maggior frequenza di accoppiamenti in carcere, per rimetterli sulla retta via, mediante una persistente, sagace opera di cura, per far sì che con una rigorosa sorveglianza, evitando accoppiamenti omosessuali fra reclusi, possano effettivamente sentire il solo stimolo di sesso opposto e dar luogo così alla conseguente attesa guarigione della deviazione sessuale" (cfr. C. DI MARIA-GOMEZ, *Sui rapporti coniugali*, cit., 1384).

[34] S. CICALA, *Sesso e pena*, cit., 56.

[35] C. DI MARIA-GOMEZ, *Sui rapporti coniugali*, cit., 1380.

[36] Il tema delle politiche demografiche era caro al Cicala, il quale l'anno successivo pubblicò un articolo dal titolo *La politica fascista della popolazione*, in *Bibliografia*

sesso non essendo niente di più e di meno che vita, non è dell'uomo, come singolo ed individualità, quanto è dell'uomo, in senso naturalistico, come specie, ed in senso politico come membro e frazione unitaria di una collettività nazionale»[37]. La proposta, pertanto, era perfettamente coerente con il pensiero mussoliniano del "numero come forza"[38] e si sarebbe potuta ascrivere fra le misure di sostegno alla natalità che il regime stava intraprendendo in quegli anni[39].

Questa, in sintesi, era la proposta della dottrina italiana, frutto di una commistione fra lo studio comparatistico delle esperienze straniere, in particolare sudamericane, e le influenze culturali del regime fascista.

3.2. *Gli argomenti contrari*

Prevedibilmente, non mancarono le opinioni contrarie che alla fine riuscirono a prevalere. Fra queste, è da segnalare quella di Ladislao Thot, eminente penalista di origini ungheresi, che, in replica alla proposta di Cicala, avanzò delle critiche sul piano medico, su quello giuridico, su quello pratico-applicativo e, infine, su

fascista, VI (1931), nn. 11-12, 698-700, in cui esaltava l'impegno del regime nell'adozione di misure di sostegno alla natalità.

[37] S. CICALA, *Sesso e pena*, cit., 55.

[38] Si veda sul punto B. MUSSOLINI, *Il numero come forza*, in *Gerarchia*, VIII (1928), n. 9, 675-684, in cui il dittatore affermava la necessità di avviare politiche intese a incentivare la crescita demografica al fine di perpetrare la "razza" italiana e di contrastare il fenomeno della sostituzione etnica.

[39] È interessante notare come con questa argomentazione, frutto del mutato contesto politico, la proposta assumeva dei connotati totalmente diversi rispetto alla sua formulazione originaria da parte di Luigi Lucchini. Quest'ultimo, infatti, da buon liberale, non avrebbe mai potuto concepire una simile espansione delle prerogative statali a scapito dell'autodeterminazione individuale. Anzi, interrogandosi su quali fossero la natura e la funzione dello Stato, Lucchini si esprimeva così: "Ma cos'è lo Stato se non un mezzo pel governo e per l'esplicamento del Diritto, siccome sede naturale ed esclusiva della Forza giuridica? Ed è mezzo, perché a posteriori è mezzo la stessa Forza. E poiché il fine ultimo e supremo del Diritto è lo sviluppo morale dell'individuo; a più stretta ragione la Forza, e per essa lo Stato, trova nell'individuo il suo vero scopo finale" (L. LUCCHINI, *La filosofia del diritto e della politica sulle basi della evoluzione cosmica*, Verona, 1874, 273).

quello della politica criminale[40]. Dal primo punto di vista, Thot rappresentava come la comunità scientifica non fosse unanime circa gli effetti dell'astinenza sessuale sull'organismo umano. Secondo alcuni studi, infatti, non era possibile stabilire una relazione eziologica inequivoca fra la cessazione dell'attività sessuale e l'insorgenza di fenomeni patologici. Questa lettura tendeva a privare la funzione sessuale di quel carattere di "necessità fisiologica", che invece le veniva attribuito da Cicala. Del resto argomentava Thot, se si fosse veramente trattato di una necessità fisiologica, non avrebbe avuto senso escludere determinate categorie di soggetti dall'applicazione del beneficio. Ciò posto, così come il regime detentivo comportava la privazione in capo ai reclusi di numerosi godimenti (ad esempio in riferimento al cibo, alle comodità, alla capacità di movimento ecc.), allo stesso modo anche la limitazione della libertà sessuale era del tutto razionale e coerente con tale sistema di esecuzione penale. In sintesi, secondo Thot: «la base del nuovo movimento in embrione sembra più un erroneo sentimentalismo che una realtà positiva»[41]. Per prevenire l'insorgenza di devianze comportamentali fra la popolazione necessaria sarebbe stato sufficiente imporre una più rigida osservanza della disciplina penitenziaria vigente all'interno di ciascun luogo di pena.

In secondo luogo, la proposta di Cicala veniva accusata di gravi incoerenze sul piano giuridico. Porre come requisito necessario per accedere alla visita l'esistenza di un vincolo coniugale fra i beneficiari avrebbe comportato l'iniqua esclusione di un vasto numero di soggetti la cui condizione di celibato non era dovuta a cause loro direttamente imputabili (ad esempio perché troppo giovani, vedovi o abbandonati dal proprio coniuge). Il problema, peraltro, era di difficile soluzione, in quanto estendendo la concessione all'intera popolazione carceraria, indipendentemente dallo stato civile, lo Stato avrebbe dovuto assumere le vesti di «lenone e promotore della prostituzione e del concubinato»[42] e, secondo

[40] L. THOT, *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Rivista di Diritto penitenziario*, I (1930), n. 2, 1421-1427.

[41] Ivi, 1424.

[42] Ivi, 1425.

il magistrato Roberto Vozzi, un altro oppositore della proposta, si sarebbe corso il rischio di trasformare il carcere in una scuola di "abitudini postribolari"[43].

Le critiche sul piano pratico-applicativo riguardavano principalmente i costi necessari a rendere effettiva la proposta di Cicala. Considerando, infatti, che il beneficio avrebbe riguardato esclusivamente i condannati a pene di lunga durata e che gli istituti detentivi adibiti all'esecuzione di questo tipo di pene non erano molti, il coniuge del detenuto avrebbe dovuto sostenere dei costi di trasporto considerevoli per poter effettuare la visita a cadenza mensile e ciò avrebbe reso il beneficio troppo oneroso nella prassi[44].

Infine, Thot sollevava un problema di politica criminale relativo alla questione degli eventuali figli nati dai rapporti sessuali avuti nel corso delle visite. Era, infatti, probabile che questi ultimi crescessero in condizioni di disagio sociale e di abbandono familiare e che, per questo motivo, si avviassero a loro volta alla criminalità[45]. Ciò allora avrebbe contribuito ad aumentare il numero di delinquenti, invece che diminuirlo come nelle intenzioni dei sostenitori della proposta, favorendo la «creazione di elementi pericolosi sotto la protezione dello Stato»[46].

In buona sostanza, c'era chi faceva notare come il regolare esercizio della funzione sessuale fosse ontologicamente incompatibile con la condizione di privazione della libertà personale all'interno delle strutture penitenziarie e, pertanto, inconciliabile con

[43] R. Vozzi, *Contro la concessione sessuale nelle carceri*, in *Rivista di diritto penitenziario*, III (1932), n. 2, 1392.

[44] Replicava sul punto Di Maria-Gomez: «La irrealizzabilità, a tal proposito, prospettata dal Thot, ci sembra di non difficile soluzione, poiché: *a)* alla lontananza del detenuto si provvederebbe col trasferimento dello stesso allo stabilimento viciniore alla residenza della famiglia, non tralasciata la probabilità che la moglie possa anche trasferirsi – dato che vive di lavoro – nella medesima residenza in cui il marito sconta la pena; *b)* le spese di viaggio necessarie per la visita potrebbero esser ridotte con la concessione di scontrini speciali personali» (cfr. C. Di Maria-Gomez, *Sui rapporti coniugali*, cit., 1386).

[45] Peraltro, come affermava Vozzi, questa argomentazione serviva anche a dimostrare la pericolosità di avvalersi delle visite coniugali come strumento da utilizzare per favorire la crescita demografica. Cfr. R. Vozzi, *Contro la concessione sessuale*, cit., 1395.

[46] L. Thot, *Il problema sessuale nelle carceri*, cit., 1427.

«il carattere stesso della nostra esecuzione penale»[47]. Ciò in quanto «l'obbligo dell'astinenza sessuale (sia o non sia un elemento essenziale della pena) risponde a una necessità imprescindibile della vita di detenzione, quale presso di noi oggi è intesa, in quanto l'esercizio dei rapporti sessuali sarebbe in contrasto con la natura della esecuzione, perché torrebbe a questa quel carattere di moralità e di austerità, che ne è la base, e pregiudicherebbe inoltre l'ordine e la disciplina negli stabilimenti»[48]. In particolare, questa incompatibilità ontologica era dovuta al fatto che l'introduzione delle visite coniugali avrebbe comportato per le autorità penitenziarie un'intollerabile rinuncia, seppur limitata nel tempo, della loro funzione di sorveglianza costante sui detenuti, poiché, altrimenti, ciò avrebbe leso la necessaria riservatezza che deve «avvolgere la vita sessuale e che sembra necessaria per la moralità di essa»[49]. Si poneva, infine, un tema riguardante l'onorabilità della donna che avesse accettato di partecipare a queste visite all'interno degli stabilimenti penitenziari: «si immagini quanto è avvilente per essa, se onesta e pudica, il doversi presentare in carcere per offrirsi all'abbraccio del coniuge nel giorno e nell'ora stabilita, nel luogo preordinato, sotto una determinata sorveglianza! E se la donna è insensibile e senza pudore quale opera di corruzione essa svolgerà, quali lezioni di immoralità ne riceveranno tutti coloro con cui essa verrà a contatto!»[50].

4. *La politica penitenziaria fascista e il regolamento del 1931: affossamento della proposta*

Per comprendere le ragioni della bocciatura della proposta, bisogna necessariamente soffermarsi ad analizzare il Regolamento penitenziario del 1931 nel suo complesso, alla luce dell'ideologia penale del regime fascista e delle sue politiche penitenziarie[51].

[47] R. Vozzi, *Contro la concessione sessuale*, cit., 1389.

[48] Ivi, 1389-1390.

[49] Ivi, 1390.

[50] *Ibidem*.

[51] Sulla storia del diritto e delle istituzioni nel periodo della dittatura fascista in Italia, la bibliografia è piuttosto ampia. Si veda, in particolare: A. Aquarone, *L'organiz-*

Tale Regolamento, entrato in vigore solo un anno dopo il Codice penale con il quale era intrinsecamente connesso, venne infatti definito «la fedele traduzione dell'ideologia fascista nel settore penitenziario»[52]. Nonostante le originarie intenzioni degli esordi, riassunte nel punto 5 del programma del PNF per le elezioni del 1921[53], il regime fascista, pur senza mai rinunciare a concetti quali la correzione del reo[54] o l'individualizzazione della pena, mirava a rendere il penitenziario un'istituzione totalizzante con cui affermare la propria visione autoritaria del mondo e reprimere le devianze. A tale proposito, nonostante il Ministro della Giustizia Alfredo Rocco[55], nella sua relazione illustrativa al Regolamento, avesse affermato con soddisfazione che il Governo aveva risolto «tutte

zazione dello Stato totalitario, Torino, 1965; G. Quazza, V. Castronovo, G. Rochat, G. Neppi Modona, G. Miccoli, N. Bobbio, *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973; C. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, 1977; L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, 2015; G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, 2018; L.P. D'Alessandro, *Giustizia fascista. Storia del Tribunale speciale (1926-1943)*, Bologna, 2020. Nello specifico, sul tema delle riforme penitenziarie nel Ventennio fascista si veda G. Tessitore, *Carcere e fascistizzazione. Analisi di un modello totalizzante*, Milano, 2005.

[52] G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, cit., 1966.

[53] «Vanno intensamente promossi i mezzi preventivi e terapeutici della delinquenza (riformatori, scuole per i traviati, manicomi criminali, ecc.). La pena, mezzo di difesa della Società nazionale lesa nel diritto, deve adempiere normalmente la funzione intimidatrice ed emendatrice: i sistemi penitenziari vanno, in considerazione della seconda funzione, igienicamente migliorati e socialmente perfezionati (sviluppo del lavoro carcerario)». La scarsa attendibilità di questo documento, o, quantomeno, il parziale abbandono dei propositi ivi affermati da parte del PNF, una volta salito al governo del Paese, è testimoniato dal successivo capoverso del programma, secondo il quale «vanno abolite le magistrature speciali».

[54] Va notato, peraltro, come il concetto di correzione accolto dal fascismo non fosse pienamente sovrapponibile con quello della scuola positiva, rispetto al quale aveva assunto un carattere religioso e moralizzante, che lo distanziava dal laicismo positivista. Erano evidenti gli influssi della c.d. "Scuola Umanista", rappresentata da giuristi quali Vincenzo Lanza e Antonio Falchi, che, insistendo sulla forza morale della pena e sulla coincidenza di quest'ultima con la nozione cristiana di castigo, diedero al fascismo un ottimo appiglio culturale nella costruzione dello Stato etico. Sul punto si veda E. Fassone, *La pena detentiva in Italia*, cit., 54 ss.

[55] Su Alfredo Rocco e il suo decisivo contributo alla costruzione giuridica del fascismo si veda: P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963; R. D'Alfonso, *Costruire lo Stato forte. Politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano, 2004; M. Sbriccoli, *Rocco, Alfredo*, in V. De Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario*

le questioni, che da decenni formavano obietto di dibattito nella dottrina, nei congressi, nei parlamenti»[56], riuscendo nell'obiettivo che si era prefissato di «stabilire norme di vita carceraria, che siano bensì idonee ad emendare il condannato, ma non tolgano alla pena il carattere afflittivo e intimidativo»[57], nei fatti, il Regolamento propendeva nettamente verso quest'ultima direzione.

Innanzitutto, l'intero regime penitenziario era volto alla spersonalizzazione dell'individuo sottoposto a privazione della libertà personale. Costui veniva considerato il mero oggetto dell'esecuzione penale, privato oltre che della libertà personale anche di quasi tutte le posizioni giuridicamente rilevanti di cui era titolare prima della condanna. I pochi "diritti" che il regolamento gli riconosceva erano esclusivamente di natura patrimoniale e, peraltro, di portata molto esigua. Si trattava, in particolare, del diritto alla esatta determinazione della remunerazione per il lavoro svolto durante l'espiazione della pena e del diritto al mantenimento del liberando infermo. Due situazioni che il regolamento tutelava riconoscendo al detenuto, in caso di loro violazione da parte dell'amministrazione penitenziaria, la facoltà di ricorrere dinanzi al giudice di sorveglianza.

Per quanto riguarda il trattamento, il regolamento del 1931 si poneva in evidente linea di continuità con il suo predecessore del 1891, pur superando, almeno nelle intenzioni[58], il principio della separazione cellulare, in quanto «anzi che essere fonte di quasi mistico raccoglimento, come un tempo si pensò, serve a rafforzare ed eccitare le tendenze antisociali del condannato, rendendone più

del fascismo, II, Torino, 2005, 533-538; G. SIMONE, *Il Guardasigilli del regime. L'itinerario politico e culturale di Alfredo Rocco*, Milano, 2012.

[56] *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale del regno d'Italia n. 147 del 27 giugno 1931 – Anno IX,* 2.

[57] *Ibidem*.

[58] In realtà, l'utilizzo delle celle individuali venne mantenuto, seppur solo in casi residuali, come ad esempio per l'isolamento notturno dei condannati all'ergastolo o come strumento di punizione per i detenuti indisciplinati. Inoltre, era anche prevista la possibilità per il condannato refrattario alla vita comune, purché avesse mantenuto una buona condotta per un periodo sufficiente, di chiedere il trasferimento in una cella individuale.

difficile il riadattamento alla vita libera»[59]. Al contrario, veniva mantenuta la suddivisione dei detenuti in stabilimenti penali distinti a seconda della categoria criminale di appartenenza (delinquenti abituali, professionali o per tendenza, minori di 18 anni, condannati per delitti colposi, minorati fisici o psichici ecc.), dalla quale dipendeva anche l'applicazione di un regime penitenziario *ad hoc*, secondo il principio dell'individualizzazione della pena[60]. Allo stesso scopo era finalizzato il periodo di osservazione cui era sottoposto ciascun detenuto al momento dell'ingresso in carcere. All'esito di questo esame, volto ad indagare sulla personalità, le condizioni fisiche e l'attitudine alla vita in comune del nuovo ingresso, il Direttore dello stabilimento determinava il miglior trattamento cui sottoporre il detenuto in esame.

Al di là della specializzazione dell'istituto penitenziario e della personalizzazione del trattamento, il regime detentivo si fondava su alcuni elementi comuni. Salvo alcune eccezioni, i condannati continuavano ad essere chiamati con il numero di matricola ed erano tenuti a rispettare l'obbligo del silenzio o, comunque, a parlare a bassa voce. La quotidianità all'interno delle strutture detentive veniva scandita in maniera molto rigida dal momento della sveglia fino a quello del riposo notturno. Le occasioni di svago erano poche, a causa di una disciplina molto restrittiva in materia di visite, colloqui e corrispondenza con l'esterno. Il fulcro dell'esecuzione penale era il lavoro che poteva svolgersi all'interno o, previo permesso del giudice di sorveglianza, all'esterno della struttura detentiva. L'organizzazione del lavoro carcerario rientrava fra le competenze del Direttore, che assegnava i detenuti, in base alle loro caratteristiche e attitudini, alle diverse mansioni disponibili[61].

[59] *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale del regno d'Italia n. 147 del 27 giugno 1931 – Anno IX*, 2.

[60] Sul significato e sull'evoluzione di questo concetto nella storia del diritto penale, si veda M. Pifferi, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013.

[61] Insieme al lavoro, gli altri due pilastri su cui si reggeva il trattamento erano l'istruzione civile e la pratica religiosa. Per quanto riguarda la prima, il Regolamento prevedeva l'istituzione di scuole elementari, destinate ai detenuti analfabeti, nonché di biblioteche e sale studio per coloro che, invece, fossero già in grado di leggere e scrivere. L'esercizio della pratica religiosa (ossia del culto cattolico, anche se ai detenuti

Ampio spazio all'interno del Regolamento era dedicato ai provvedimenti disciplinari. A tal fine, veniva disposta la creazione in ciascun penitenziario di un Consiglio di Disciplina, composto dal Direttore, dal medico, dal cappellano e da un altro funzionario dell'amministrazione carceraria. L'organo aveva il compito di soprintendere alla disciplina dell'istituto, elargendo premi o infliggendo punizioni ai detenuti, nelle forme e nei casi tassativamente elencati dallo stesso Regolamento. In particolare, le punizioni erano classificate secondo un ordine crescente di afflittività, che partiva dalle semplici ammonizioni per arrivare all'isolamento cellulare a pane e acqua fino a un massimo di due mesi. Infine, le garanzie per i detenuti vennero ulteriormente affievolite a causa dell'abolizione di due importanti organismi di controllo, quali il Consiglio di sorveglianza e la Commissione Visitatrice; ciò in quanto si riteneva che tali funzioni di controllo sarebbero state svolte dai neo-istituiti giudici di sorveglianza. Nella prassi tuttavia, questi ultimi, poiché parallelamente continuavano a svolgere il loro primario ruolo di giudici ordinari, tendevano a trascurare le nuove attribuzioni in materia carceraria e ciò generò un *vulnus* nella tutela astrattamente prevista per i detenuti.

Tirando le somme, l'ordinamento penitenziario del 1931 appariva nettamente sbilanciato verso la repressione e l'afflizione del reo, con buona pace della finalità emendativa che pur doveva essere in principio uno degli obiettivi del legislatore fascista. Non è, infatti, chiaro come «la rigida e severa pena dell'ordinamento penitenziario edificato da Rocco, possa educare i consociati, se non instillando in loro un salutare timore per il carcere»[62]. Il carattere repressivo del Regolamento, peraltro, risalta con ancor più nitore se considerato alla luce del più vasto progetto di politica criminale di Alfredo Rocco, che ricomprendeva anche il Codice penale del 1930 (che, fra le altre cose reintroduceva la pena di morte ed aboliva le attenuanti generiche) e il Testo Unico delle Leggi di Pubblica

acattolici era riconosciuta la facoltà di ricevere la visita di un ministro del proprio culto) era garantito dalla presenza, obbligatoria in ciascuno stabilimento penitenziario, di un cappellano.

[62] E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., 98.

Sicurezza (TULPS), approvato con regio decreto n. 1848 del 6 novembre 1926 e poi confluito nel Testo Unico n. 773 del 18 giugno 1831, che attribuiva ampia discrezionalità alle autorità di Polizia nell'esercizio delle loro funzioni.

In questo quadro, non c'era evidentemente spazio per alcun tentativo di risoluzione dell'annoso problema sessuale nelle carceri. Alfredo Rocco non ne fece neppure menzione nella sua relazione illustrativa. Le conseguenze che la scienza medica attribuiva all'astinenza forzata dei detenuti venivano fatte rientrare nella categoria degli "atti osceni o contrari al buon costume" e contrastate facendo ricorso a sanzioni disciplinari. Anche in questo caso, il fascismo scelse la soluzione della repressione, evitando di affrontare la questione in maniera più strutturale.

5. *Considerazioni conclusive*

In conclusione, il dibattito sulla sessualità dei detenuti, che ancora oggi infiamma la dottrina penitenziaristica italiana ed estera[63], ha origini ben più risalenti di quanto si possa credere. Tuttavia, non si può fare a meno di mettere in guardia il lettore dall'avanzare ipotetici parallelismi fra il modo con cui venne affrontato il problema negli anni '30 e quello con cui viene affrontato ai giorni nostri, nonostante l'apparente somiglianza delle soluzioni prospettate. La storia del diritto penale è piena di esempi di analogia fra istituti temporalmente distanti l'uno dall'altro, che celano in realtà funzioni e motivi diametralmente divergenti e rendono impossibile inquadrare il più risalente come anticipatore del più recente. Si commetterebbe, infatti, un errore a ritenere che nel Ventennio fascista si stesse già pensando di riconoscere il diritto alla sessua-

[63] In generale, sulle principali questioni relative al problema della sessualità/affettività in carcere nel dibattito dottrinario odierno, si veda J. Matthews, *Forgotten Victims. How prison affect the family*, Londra, 2013. Per una ricostruzione della situazione in Italia si veda S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Studium Iuris*, 10/2013, 1089-1096 e, più di recente Ead., *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, in *Sistema penale*, 3/2023, 33-45.

lità dei detenuti, negli stessi termini con cui si tende a fare oggi. Ad essere diverso era il rapporto fra l'ordinamento giuridico e la persona privata della libertà personale. Non esisteva un regolamento penitenziario che, come l'attuale (l. 354/1975), sanciva che il trattamento penitenziario doveva essere conforme ad umanità e assicurare il rispetto della dignità della persona. Non esisteva una Carta costituzionale per la quale le pene non potevano consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e dovevano tendere alla rieducazione del condannato. Non esisteva, da ultimo, neppure un quadro normativo e giurisprudenziale che, a livello sovranazionale, fissava principi e criteri direttivi in materia di esecuzione penale e umanità del trattamento dei detenuti. Negli anni '30 (ma in realtà anche per molto tempo dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana), il detenuto veniva inteso in senso passivo, come mero oggetto dell'esecuzione penale, un paziente da sottoporre ad un percorso terapeutico. In quest'ottica, la visita coniugale diveniva parte integrante del trattamento. L'interesse che si voleva tutelare non era quello del detenuto alla conservazione dei suoi diritti, già notevolmente compressi dalla condizione di privazione della libertà personale, ma quello dello Stato a contrastare la delinquenza, correggendo ove possibile, neutralizzando ove impossibile. Di conseguenza, il miglioramento delle condizioni materiali di vita dei detenuti non veniva inquadrato nell'ottica del riconoscimento di un diritto individuale, bensì in quella, per certi versi antitetica, della concessione di un beneficio finalizzato a rendere più efficace il trattamento penitenziario[64].

Questa impostazione risentiva della concezione del diritto penitenziario come branca del diritto amministrativo, diretta conseguenza della consistente influenza esercitata nel dibattito dottrinario dal c.d. indirizzo tecnico-giuridico, avviato dal penalista Arturo Rocco, fratello del menzionato Guardasigilli del regime[65]. A con-

[64] Si veda, ad esempio, sull'uso del tabacco F. SAPORITO, *Nuovi orientamenti di tecnica carceraria a proposito dell'uso del tabacco da fumo nelle prigioni*, in *Dizionario penale*, XII (1924), n. 2, 65-92, e sui giornali da ammettere all'interno delle carceri F. CIAMPITTI, *Può la letteratura sportiva agire beneficamente sui detenuti?*, in *Rivista di Diritto penitenziario*, V (1934), n. 2, 1035-1038.

[65] Si veda sul punto E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., 52 ss.

fermarlo è lo stesso Salvatore Cicala che in merito alla natura giuridica dell'istituto della visita coniugale da lui proposto affermava: «Il carattere dei provvedimenti relativi dovrebbe essere improntato a natura amministrativa, come mera facoltà discrezionale del direttore dell'istituto penitenziario, previa opportuna consultazione e parere favorevole del medico, sembrando eccessiva l'affermazione, in materia, di un diritto subiettivo del condannato, invece che di un semplice interesse, protetto dalla facoltà di reclamare la concessione presso l'accennato organo»[66].

Ciò detto, pur divergendo dall'istituto oggi praticato in numerosi Paesi in tutto il mondo, possiamo senz'altro affermare che la visita coniugale di cui si discuteva negli anni '30 rappresentò un passo importante all'interno di quel percorso di lento abbandono della vendetta che connota tutta la storia del diritto penale e che, in ambito penitenziario, si tradusse nella graduale affermazione dei diritti e nel riconoscimento della dignità umana all'interno degli istituti detentivi. Un percorso lungo e complesso, ma che proprio in quegli anni si stava iniziando a percorrere, come testimonia questa citazione, tratta da un articolo apparso nel 1924 sulla rivista italiana *Dizionario penale*: «La legge ha parlato di restrizione della libertà; e quando si pensi alle tante rinunzie, che questo semplice fatto trascina seco; quando si pensi a quella che ne è la risultante immediata, più dura, della soppressione, colle necessarie deviazioni, dell'istinto sessuale, fondamento della vita, non meno di quello della nutrizione, c'è da ritenere che, colla perdita della libertà, il fine della giustizia, in quanto è punizione, sia raggiunto; e che ogni soprastruttura di regime, la quale esorbiti da quel limite aggravando il senso della pena, precluda ogni via di riconciliazione fra offeso ed offensore e prepari il clima più sfavorevole a quella fiducia, che deve intercedere tra educando ed educatore, tra l'ammalato e il medico. Il pensare ancora che la pena possa condurre, automaticamente, alla emenda, solo in quanto è sofferenza, e che dalle sole sofferenze il prigioniero possa trarre motivo, per riconciliarsi colla società, è chimera che dovrebbe, ormai, essere abbandonata, specialmente dai biologi, che ne conoscono tutta la inconsistenza.

[66] S. Cicala, *Sesso e pena*, cit., 57.

Secoli di regime di rigore, seguito presso tutte le nazioni, pei prigionieri, non hanno punto influito favorevolmente sulla statistica della delinquenza; onde parrebbe che, invece di ostinarsi a perseguire l'inutile escogitazione di mezzi che aggravino la pena, sia più logico orientare la mente degli esecutori della legge penale, verso la escogitazione dei mezzi che valgano a renderne sopportabile il peso, condensato nei due supremi sacrifici della libertà e delle funzioni sessuali»[67].

[67] F. SAPORITO, *Nuovi orientamenti di tecnica carceraria*, cit., 66-67.

Parte Seconda
L'EVOLUZIONE DELLE MISURE *EXTRA MOENIA* E DELLE FORME DI TUTELA

Silvia Talini

Le misure extra moenia *e le forme di tutela tra evoluzioni ed involuzioni normative e giurisprudenziali*

SOMMARIO: 1. Da "oggetto" a "soggetto": persona ristretta e fisionomia penitenziaria nel contesto di un'esecuzione umana e tendente alla risocializzazione. – 2. Le misure alternative alla detenzione quali irrinunciabili strumenti del principio di flessibilità delle pene. – 3. Il diritto all'effettività dei diritti: una conquista da difendere. – 4. Una riflessione d'insieme.

1. *Da "oggetto" a "soggetto": persona ristretta e fisionomia penitenziaria nel contesto di un'esecuzione umana e tendente alla risocializzazione*

È noto come con la legge n. 354 del 1975[1] il legislatore abbia voluto offrire attuazione alla complessa architettura costituzionale posta a tutela della persona privata della libertà personale, con particolare riferimento ai principi di umanità delle pene e reinserimento sociale del condannato (art. 27, terzo comma, Cost.), diretta espressione del primato della persona e della sua dignità discendente dagli articoli 2 e 3 della Carta fondamentale[2].

L'intento traspare nitidamente dalla lettura dell'articolo di apertura della legge il quale, parafrasando il dettato costituzionale,

[1] Rubricata "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

[2] Sulla complessa "architettura costituzionale" posta a tutela della persona privata della libertà personale, v. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, nonché, del medesimo Autore, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014; sia altresì consentito un rinvio, anche in riferimento all'ampia bibliografia in argomento, a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, applicazioni giurisprudenziali e apporti amministrativi*, Napoli, 2018, 28 ss.

prescrive che il trattamento penitenziario debba «essere conforme a umanità e […] assicurare il rispetto della dignità della persona. 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'integrazione» (primo comma)[3].

Si tratta di un cambiamento, rispetto al sistema previgente[4], avente portata dirompente. A partire dalla Costituzione – e dalla legge n. 354 del 1975 – il volto del sistema penitenziario cambia radicalmente e, con esso, la posizione della persona ristretta, non più "oggetto" ma "soggetto" di un'esecuzione penale che cessa di ruotare attorno alla detenzione in carcere come unica risposta agli illeciti, per divenire un sistema estremamente complesso in cui devono essere predisposti interventi in grado di promuovere e sostenere un cammino – sempre in evoluzione – della persona condannata verso il reinserimento sociale.

Si pone così fine al "livellamento" della popolazione detenuta: ogni persona condannata deve essere destinataria di un'esecuzione individualizzata, in grado di offrire concreta attuazione al finalismo rieducativo imposto dalla Costituzione, attraverso una serie di azioni e misure modellate sulle caratteristiche e le attitudini del

[3] Disposizione riformata ad opera del d.lgs. n. 123 del 2 ottobre 2018.

[4] Come noto, il sistema vigente durante il regime fascista era disciplinato dal "Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena", approvato con il R.D. n. 787 del 1931.

Sul Regolamento penitenziario del 1931, v. G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, 5, Torino, 1973, 1903 ss. e, dello stesso Autore, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Pol. dir.*, 1974, 183 ss. In entrambi gli scritti vengono individuate le caratteristiche inumane assunte dal sistema carcerario durante l'epoca fascista tra cui: l'isolamento dalla società libera, il costante clima di violenza, l'uso della forza, l'organizzazione verticistica e centralizzata dell'Amministrazione penitenziaria, l'assenza di qualsiasi forma di svago e di opportunità trattamentale.

V. altresì la nota n. 8.

Un'ampia analisi storica sull'evoluzione dell'istituzione carceraria in Italia è altresì contenuta in C.G. De Vito, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009.

singolo "condannato" (al singolare) nonché sul suo percorso durante l'esecuzione[5].

Seguendo tale direzione, la legge sull'ordinamento penitenziario impone che il trattamento sia attuato «secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» (art. 1, comma 2) e debba «rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale» (art. 13, comma 1)[6] della persona condannata che contribuisce, attivamente, all'evoluzione di tale cammino secondo modelli che favoriscono la sua autonomia, responsabilità, socializzazione e integrazione[7].

Si tratta di una metamorfosi profonda a cui fa eco un dirompente cambiamento anche nell'organizzazione della vita all'interno degli istituti penitenziari[8]: a partire dal 1975, fanno per la prima volta ingresso all'interno delle mura detentive tutte quelle figure professioni che, attuando l'osservazione scientifica della personalità, sostengono il detenuto nel suo percorso di reinserimento sociale (educatori, assistenti sociali, psicologi, criminologi etc.)[9].

[5] Emblematico, in proposito, l'utilizzo nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione del termine "condannato" al singolare.

In argomento v. M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 5; la centralità della declinazione al singolare del termine "condannato" è stata posta in luce da R. Balduzzi in occasione della presentazione del volume M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017 svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi «Roma Tre», il 13 dicembre 2017.

[6] Disposizione espressamente dedicata all'individualizzazione del trattamento su cui v., per un'analisi inerente i principali profili a rilevanza costituzionale della disciplina, S. Talini, *La privazione della libertà personale*, cit., 86 ss.

[7] È quanto prescritto dall'ultimo periodo del già richiamato art. 1, comma 1, o.p. a cui si affianca la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 13 o.p. che impone di favorire «la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento».

[8] In proposito, autorevole dottrina ricorda come, durante il periodo fascista, il carcere fosse un «luogo impermeabile e isolato dalla società libera, sì da porre i reclusi in un contesto di totale emarginazione e separazione, ben oltre le ovvie esigenze di sicurezza necessariamente destinate ad accompagnare la pena privativa della libertà» (G. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen*., IX, Torino, 1995, 4).

[9] In questo senso, il secondo comma dell'art. 13 o.p. prescrive che «Nei confronti

Vi è di più.

La riforma del '75, in ossequio agli ambiziosi fini imposti dalla Costituzione al sistema di esecuzione, non si limita a consentire ai soli operatori penitenziari la partecipazione al cammino rieducativo del condannato, estendendo tale ambizioso compito all'intera società.

In questo senso, l'innovativo art. 17 o.p., espressamente rubricato "Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa", sancisce che la «finalità del reinserimento sociale dei condannati […] deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa»; sono dunque ammessi a frequentare gli istituti penitenziari «tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera».

Emergere così uno dei tratti maggiormente innovativi della legge n. 354 anche in rapporto ad altre legislazioni straniere dell'epoca: la consapevolezza che il finalismo rieducativo non possa – e non debba – esaurirsi nel "circuito interno" dell'esecuzione penale, dovendosi, al contrario, necessariamente fondare su una profonda e continua osmosi con la società, sia all'esterno sia all'interno degli istituti penitenziari.

2. *Le misure alternative alla detenzione quali irrinunciabili strumenti del principio di flessibilità delle pene*

Dalle riflessioni che precedono, emerge chiaramente come strumento centrale per un'esecuzione penale che tenda, in concreto, al reinserimento del condannato nel consesso sociale sia l'individualizzazione del trattamento anche attraverso un constante rapporto tra interno ed esterno.

dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento».

Si tratta di un presupposto indefettibile del sistema di esecuzione nel più ampio contesto costituzionale come di recente ribadito anche dal Giudice delle leggi: «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 cambiamento. 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»[10].

Dalle parole della Corte, dunque, emerge un'ulteriore osmosi, necessaria ai fini costituzionali, tra l'evoluzione del percorso riedu-

[10] Corte cost., sent. n. 149 del 2018.

Nel dettaglio i giudici costituzionali hanno censurato l'art. 58-*quater*, quarto comma o.p., nella parte in cui prevede, per i condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione che abbiano cagionato la morte del sequestrato, una soglia temporale dei due terzi di pena o dei ventisei anni nel caso di ergastolo, non riducibile per effetto della liberazione anticipata. La fissità della soglia, sostiene la Corte, delinea un'irragionevole differenziazione non solo in riferimento alla generalità dei detenuti, ma anche riguardo ai condannati per uno dei delitti inseriti nella prima fascia dell'art. 4-*bis* o.p., per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata alla collaborazione con la giustizia. La previsione di una soglia indifferenziata si pone inoltre in contrasto con il finalismo rieducativo, impedendo la necessaria «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (su cui v. anche le precedenti sentt. nn. 255 e 257 del 2006; 445 del 1997 e 504 del 1995).

Sulla pronuncia cfr. E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. giust.*, 16 luglio 2018; S. Talini, *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 *Giur. cost.*, 3, 2018.

cativo e la concessione di misure *extra moenia*, quali irrinunciabili strumenti in cui si interseca la responsabilità individuale del condannato e quella della società esterna secondo diverse gradazioni e intensità.

Vi è, in altri termini, una relazione di assoluta interdipendenza che lega le misure esterne al carcere alla realizzazione dei principi costituzionali in materia di esecuzione penale come dimostrano anche le numerosissime sentenze della giurisprudenza costituzionale volte, per un verso, ad esaltarne la portata[11], per altro ad ampliarne i confini applicativi[12], per altro ancora ad eliminare pericolosi automatismi legislativi in riferimento alla loro concessione[13].

A fondamento di tali pronunce, accanto all'umanità delle pene e al finalismo rieducativo, l'inderogabile principio del minor sacrificio necessario della libertà personale, discendente dall'art. 13 della Costituzione, il quale impone – quantomeno – di invertire la tradizionale equazione pena/carcere, al fine di realizzare un sistema penale in cui la reclusione si ponga quale *extrema ratio*, applicabile solo nelle ipotesi in cui ogni altra sanzione, meno incisiva sul grado di privazione della libertà personale, risulti inadeguata ad apprestare tutela alle contrapposte esigenza di sicurezza[14].

[11] V., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 282 del 1989, 532 del 2002 e, più recentemente, nn. 3 e 66 del 2023.

[12] V. Corte cost., sentt. nn. 99 del 2019, riguardante l'estensione della misura alternativa della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* o.p.) anche in favore di detenuti affetti da grave infermità psichica sopravvenuta; n. 215 del 1990 con riguardo alla concessione, anche al padre detenuto, della detenzione domiciliare quando la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

[13] V., tra le più recenti, Corte cost., sentt. nn. 253 del 2019, in materia di permessi premio *ex* art. 30-*ter* o.p. e n. 18 del 2020 con riguardo alla possibilità di concedere la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.) anche alla madre detenuta con un figlio disabile.

Si vedano altresì, in questo Volume, i recenti casi esposti nel contributo D. Di Cecca, A. Maratea, F. Severa, *Genitore detenuto e interesse del figlio minore: la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies della legge 26 luglio 1975, n. 354 tra dovere di cura e risocializzazione. Laboratorio.*

[14] Sul punto v. M Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit. e, del medesimo Autore anche in riferimento ai limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 117 ss.

In argomento è stato altresì osservato come ogni limitazione al contenuto del diritto di libertà eccedente il rispetto dei limiti costituzionali acquista, un illegittimo valore

In effetti, nonostante gli apprezzabili sforzi compiuti dal legislatore del '75 per trasformare gli spazi della detenzione in luoghi "tendenti alla rieducazione", è evidente come il carcere non possa non determinare, a causa della sua fisiologica conformazione, un drastico allontanamento della persona condannata proprio da quella società in cui la Costituzione impone di reinserirla. In questo senso, il Giudice delle leggi ha recentemente affermato che «L'ingresso in carcere per condannati che si trovano nelle condizioni di poter chiedere una misura alternativa è problematico tanto dal punto di vista del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., quanto dal punto di vista della necessaria finalità rieducativa della pena […]. […] l'ingresso in carcere determina sempre una brusca frattura dei legami del condannato con il proprio contesto familiare, sociale e – soprattutto – lavorativo, ostacolandone un percorso di risocializzazione che potrebbe essere già iniziato durante il processo, quando il condannato stesso si trovava in stato di libertà o era comunque sottoposto a misura cautelare non carceraria»[15].

Occorre tuttavia rilevare come, anche a fronte di questa ampia valorizzazione da parte della giurisprudenza costituzionale, il cammino delle misure *extra moenia* sia stato tutt'altro che lineare

afflittivo supplementare, «inammissibile in un ordinamento basato sulla centralità della persona, che trova nella privazione della libertà personale il limite massimo di punizione non oltrepassabile» (G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in RUOTOLO M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 179).

È un criterio che deve improntare non solo l'esecuzione di una condanna definitiva ma, ancor più, il momento cautelare presidiato dal principio della presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.). In questo senso v., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. sentt. 265 del 2010, 331 del 2011 e 110 del 2012; e, nella fase esecutiva, sentt. nn. 419 del 1994 e 135 del 2013.

Si tratta di principi in larga parte disattesi: i dati forniti dal Ministero della Giustizia, costanti negli anni, mostrano come circa un terzo della popolazione presente negli istituti penitenziari non sia destinataria di una sentenza definitiva di condanna (*www.giustizia.it*, sezione "statistiche").

[15] Corte cost., sent. n. 3 del 2023.

In analoga direzione si muove l'ancora più recente sentenza n. 66 del 2023 su cui v., in questo Volume, F. GIANFILIPPI, *L'evoluzione delle misure extra moenia: un ritmo sincopato in direzione costituzionalmente orientata*, par. 5.

avendo subito, dal '75 ad oggi, un vero e proprio processo di evoluzione e involuzione anche a seconda dei contesti storici, politici e sociali in cui le riforme sono state approvate; basti pensare, in proposito, alle annose vicende riguardanti gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* o.p. a partire dal periodo dello stragismo mafioso sino alle recenti novità in materia di ergastolo ostativo[16].

Più in generale, volgendo lo sguardo anche al recente passato, è evidente come la storia della normativa penitenziaria sia costellata da una serie di occasioni perse, da parte del legislatore, nell'attribuire alle pene e alle misure alternative quella posizione di assoluta centralità imposta dai principi costituzionali e dalle richiamate sentenze del Giudice delle leggi. Basti pensare alla mancata attuazione della delega, contenuta nella legge n. 67 del 2014, volta ad una modifica delle sanzioni sostitutive[17]; o, ancora, alla successiva – e parimenti inattuata – legge delega n. 103 del 2017 che prescriveva al delegato di intervenire sul perimetro applicativo delle misure alternative[18]; e, ancora più di recente, agli interventi approvati durante l'emergenza pandemica Covid-19 rivolti, come i provvedimenti adottati a seguito della nota sentenza *Torreggiani e altri c.*

[16] Ampiamente in argomento v. i recenti volumi di A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019; E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41*-bis, Torino, 2020.

Sul punto, in questo Volume, v. F. Gianfilippi, *L'evoluzione delle misure extra moenia*, cit.

[17] Secondo autorevole dottrina la non attuazione della delega del 2014 costituisce «la vera occasione mancata […], essendo sin troppo evidente che una cosa è ragionare di pene alternative al carcere, altra di misure alternative alla detenzione in sede di esecuzione. La scelta per la seconda via finisce per lasciare in piedi un sistema carcerocentrico, portando spesso con sé l'opzione […] per l'inasprimento delle pene edittali […], al fine di rispondere, nella ricerca di un equilibrio impossibile, alle pulsioni securitarie dell'opinione pubblica» (M. Ruotolo, *Introduzione* a M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit., 9-10).

[18] La legge delega n. 103 del 2017, a differenza di quella del 2014, non consentiva al delegato di intervenire anche sul sistema del diritto penale sostanziale risultando, in questo modo, "depotenziata in partenza" e lontana dalla volontà di offrire compiuta attuazione alle diverse proposte elaborate dagli Stati generali sull'esecuzione penale (2015-2016).

In argomento si rinvia alle ampie riflessioni compiute in S. Talini, *La privazione della libertà personale,* cit., 153.

Italia della Corte EDU (8 gennaio 2013)[19], esclusivamente ad ottenere una celere riduzione numerica della popolazione detenuta – a fronte dell'endemico sovraffollamento – e non ad una strutturale e duratura riforma delle misure alternative alla detenzione[20].

Sotto questo profilo, alcuni passi avanti sono stati compiuti nel 2021 con l'approvazione della riforma in materia di sanzioni sostitutive[21] e, in un diverso ma connesso ambito, con la prima organica regolamentazione in materia di giustizia riparativa[22]; si tratta, purtuttavia, di interventi non ancora sufficienti ad attribuire alle sanzioni e alle misure diverse dal cercare quella centralità imposta dal dettato costituzionale e, purtroppo, non sostenuti da una solida cultura costituzionale di un'esecuzione penale rivolta verso l'esterno.

Ben lo dimostrano le recentissime misure introdotte in materia di detenzione minorile[23], guidate – nuovamente – da una pericolosa logica carcerocentrica proprio in uno di quei settori storicamente connotati, al contrario, da una forte apertura verso l'esterno; nonché le assai preoccupanti novità, guidate dalla medesima logica, introdotte con l'approvazione del "pacchetto sicurezza" nel novembre 2023[24].

[19] Si pensi, su tutte, all'introduzione, ad opera del decreto-legge n. 146 del 2013, della liberazione anticipata speciale avente una validità di soli due anni dall'entrata in vigore del decreto.

[20] In riferimento alle misure adottate nel corso dell'emergenza pandemica v., in questa Collana, M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020 nonché P. Buffa, *Carcere e Covid-19. Diario di una pandemia*, Napoli, 2022.

[21] Il riferimento è alla legge n. 134 del 2021.

[22] V., in questo Volume, i contributi di M. Bortolato, *La giustizia restaurativa*; M.P. Giuffrida, *La giustizia riparativa tra passato e futuro* nonché le riflessioni espresse, nella medesima sede, in M. Caredda, S. Piergiovanni, *Un "laboratorio" sulla giustizia restaurativa: indagini su alcuni profili della nuova disciplina legislativa.*

[23] Il riferimento è al decreto-legge n. 123 del 2023 (c.d. Caivano), convertito dalla legge n. 159 del 13 novembre, che, tra le altre misure, introduce il criterio del pericolo di fuga anche in riferimento ai minori e riduce da nove a sei anni la pena massima per procedere con il fermo, l'arresto in flagranza e la custodia cautelare dei maggiori di quattordici anni in riferimento ai delitti non colposi.

[24] Il nuovo pacchetto sicurezza, approvato il 16 novembre 2023, contiene misure fortemente carcerocentriche e, dunque, destinate ad avere un impatto significativo anche sull'aumento della popolazione in istituti penitenziari già fortemente sovraffollati.

3. *Il diritto all'effettività dei diritti: una conquista da difendere*

Accanto alla previsione delle misure *extra moenia*, ai fini di una realizzazione, in concreto, dell'ideale rieducativo, si pone la necessaria garanzia dei diritti inviolabili della persona ristretta.

In effetti, con la riforma del '75, la posizione dei diritti cambia radicalmente elevandosi a elementi positivi del trattamento, il quale deve svolgersi «avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia» (art. 15, comma 1, o.p.). Dunque, il percorso tendente al reinserimento della persona condannata, oltre ad essere individualizzato e flessibile, deve attuarsi attraverso la garanzia dei diritti fondamentali, i quali possono subire delle limitazioni esclusivamente in ragione di concrete e specifiche esigenze di sicurezza connaturate allo *status detentionis*. Se così non fosse la compressione assumerebbe una connotazione puramente retributiva e, come tale, confliggente con i richiamati principi di cui agli articoli 2, 3 13 e 27, terzo comma della Costituzione.

È questo il criterio che guida l'assai complesso bilanciamento, in concreto, tra diritti e sicurezza nel contesto dell'esecuzione penale, derivante da una decennale giurisprudenza costituzionale in materia[25] ed oggi espressamente ribadito anche all'interno del-

Tra le diverse misure adottate si segnalano: la trasformazione, da obbligatorio a facoltativo, del rinvio dell'esecuzione penale nei confronti delle donne condannate in stato di gravidanza o madri di prole fino all'età di tre anni; l'introduzione di un reato che punisce chi organizza o partecipa a una rivolta in carcere (o in un c.d. centro di detenzione amministrativa); la previsione di un nuovo reato nei confronti di chi occupa o detiene senza titolo un immobile altrui; l'aumento della pena alla reclusione, da due a sei anni, in riferimento alle truffe nei confronti degli anziani; l'introduzione di un reato, in luogo ad una sanzione amministrativa, per contrastare i blocchi stradali.

[25] Si vedano, *ex plurimis*, anche in riferimento ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* o.p., le sentt. nn. 114 del 1979, 349 del 1993, 26 del 1999, 158 del 2001, 341 del 2006, 186 del 2018 e 97 del 2020.

Più ampiamente, in ordine all'esigenza che il bilanciamento costituzionale avvenga sempre tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, v. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 39 ss.

la nuova formulazione dell'articolo di apertura della legge n. 354 il quale, dopo aver solennemente affermato, che «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» (primo comma)[26], chiarisce che «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno» (terzo comma); «Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma) e, soprattutto, pone l'espresso divieto di adottare «restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina […]» (quinto comma).

Non sono, tuttavia, solo gli artt. 1 e 15 o.p. a elevare la garanzia dei diritti in funzione del finalismo rieducativo; la loro centralità, nella realizzazione degli scopi costituzionali, è ben espressa anche nell'art. 4 o.p., il quale prescrive che le persone detenute «esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale».

È, tuttavia, proprio prendendo le mosse da tale formulazione, in cui il legislatore del '75 utilizza l'espressione "esercitare personalmente i diritti", che traspare una delle principali criticità dell'esecuzione penale nel periodo repubblicano.

In effetti, nonostante l'approvazione della legge n. 354 del 1975 e gli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela giurisdizionale[27], il "diritto all'effettività dei diritti" delle persone detenute, direttamente discendente dai principi costituzionali (artt. 13, 24, 111 e 113 Cost.) è rimasto, per lungo tempo, ampiamente frustrato nel suo grado di effettività a fronte della

[26] La disposizione conferma chiaramente la volontà del legislatore del '75 di voler offrire concreta attuazione ai più volti richiamati principi costituzionali posti a protezione della persona privata della libertà personale.

[27] La Corte costituzionale, già a metà degli anni '70, aveva individuato l'essenza del combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. nella duplice veste di metodo di formazione della decisione e garanzia individuale: «il diritto di difesa […] è in primo luogo garanzia di contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale» (sent. n. 99 del 1975), rappresentando il contraddittorio, «la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale» (sent. n. 125 del 1979).

mancata esecuzione, da parte delle autorità amministrative, dei provvedimenti adottati dalla Magistratura di Sorveglianza.

In tale contesto, al pari di quanto accaduto con riguardo alle misure *extra moenia*, un ruolo decisivo nel cammino evolutivo verso l'effettività delle forme di tutela, è stato assunto dalla giurisprudenza – nazionale e sovranazionale – che ha agito, a fronte di una pluriennale inerzia legislativa, su diversi profili.

Per un verso la Corte costituzionale, già a partire dalla fine degli anni '90, ha chiaramente affermato la natura giurisdizionale del procedimento che si instaura dinnanzi al giudice della sorveglianza[28]; per l'altro, i giudici hanno ribadito con forza, nelle sentenze n. 135/2013[29] del Giudice delle leggi e *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte EDU[30], la vincolatività delle decisioni adottate dalla magistratura di sorveglianza nei confronti di tutte le autorità amministrative che operano nel contesto dell'esecuzione.

[28] Il riferimento è alla nota sentenza additiva di principio n. 26 del 1999, nella quale la Corte afferma espressamente che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale […], l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dalla Costituzione e caratterizzante lo stato democratico di diritto: un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, ma che deve possedere le garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per Cassazione».

[29] Si tratta della pronuncia con cui il Giudice delle leggi ha risolto un conflitto di attribuzioni sollevato dal Tribunale di Sorveglianza di Roma nei confronti del Ministero della Giustizia: l'autorità amministrativa, adottando la via della non applicazione, ha «vanificato un provvedimento di un giudice, adottato nei limiti e con le forme previsti dall'ordinamento […] così menomando le attribuzioni di un organo appartenente al potere giudiziario rendendo ineffettiva una tutela giurisdizionale esplicitamente prevista dalle leggi vigenti e costituzionalmente necessaria».

V., in argomento, anche le precedenti pronunce nn. 26 del 1999 e 526 del 2000 nonché, per i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, n. 190 del 2010.

[30] Il riferimento è alla già richiamata sentenza pilota della Corte EDU adottata l'8 gennaio del 2013.

Per un'ampia riflessione sull'emersione, per via giurisprudenziale, del diritto all'effettività dei diritti nel contesto penitenziario, si rinvia a S. Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, 479 ss.

È proprio a seguito della richiamata pronuncia del Giudice sovranazionale che il legislatore italiano, nel biennio 2013-2014, è intervenuto, dopo anni di inerzia, sulla normativa penitenziaria introducendo il nuovo reclamo giurisdizionale (art. 35-*bis* o.p.)[31], nonché i rimedi risarcitori di cui all'art. 35-*ter* o.p. contenente un rinvio – non privo di problematiche applicative – all'articolo 3 della Convenzione EDU (e alla sua interpretazione ad opera dei giudici di Strasburgo)[32].

Si è trattato, senza dubbio, di tasselli decisivi nel cammino evolutivo delle forme di tutela che hanno condotto, seppur con alcune criticità[33], alla progressiva emersione di un'effettiva giustiziabilità dei diritti nel corso dell'esecuzione penale.

Tuttavia, come già rilevato in altre sedi[34], a preoccupare è la forte instabilità di tale "cambio di direzione".

Il riferimento è, *in primis*, alla disposizione contenuta nella già citata legge delega n. 103 del 2017, la quale – a distanza di soli tre anni dall'introduzione dei citati rimedi – prescriveva al delegato la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione» (art. 1, comma 85, *lett. a*).

Dunque, a fronte di una delega connotata da estrema generalità e vaghezza, il Parlamento ha inserito una specifica prescrizione proprio in riferimento alla necessità di contrarre le garanzie del

[31] Sul nuovo rimedio che, salvo alcune peculiarità, si svolge nelle forme del procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.) v., in questo Volume, A. Calcaterra, *I diritti delle persone detenute in Italia. Tra garanzie normative e mancata attuazione delle tutele*.

[32] Sul rimedio risarcitorio, soprattutto in relazione al problematico rinvio alla CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo, v., in questo Volume, A. Massaro, *Esecuzione penale ed europeizzazione delle garanzie*, par. 3.1.

Sulla sempre maggiore incidenza della normativa sovranazionale nell'ambito del diritto penale e dell'esecuzione v., della medesima Autrice, il recente volume *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023 nonché A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015.

[33] V. S. Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti"*, cit., 498 ss.

[34] *Idem*, 509-511.

contraddittorio, prevedendone il differimento o – addirittura – l'eventualità; criteri fortunatamente non esercitati in questa direzione nei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario dell'ottobre 2018[35].

Analoghe "tendenze involutive" in riferimento alle forme di tutela, si sono manifestate anche nel corso della già richiamata emergenza pandemica dovuta alla diffusione del Covid-19.

In particolare, gli articoli 2 e 3 del decreto-legge n. 29 del 2020 disponevano l'introduzione di una rivalutazione permanente delle ordinanze di concessione delle misure *extra moenia* per motivi connessi all'emergenza sanitaria nei confronti dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, secondo un meccanismo valutativo privo di ogni formalità processuale (*de plano*)[36].

Tale assenza di garanzie giurisdizionali non è stata, fortunatamente, riproposta nella legge di conversione del decreto, anche a seguito della tempestiva presentazione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio la presunta violazione, ad opera della disciplina emergenziale, degli articoli 3, 24, secondo comma e 111, secondo comma, Cost.[37].

[35] Il riferimento è, in particolare, al d.lgs. n. 123 del 2018.

[36] È stato al riguardo affermato come le misure contenute nel decreto fossero, in larga misura, mosse dalla necessità di mostrare la capacità della maggioranza al governo di porre un argine alle "aperture giurisprudenziali" tese a ridurre la popolazione detenuta, anche sottoposta al regime detentivo speciale, tramite la concessione di misure esterne. In argomento, cfr. A. Della Bella, *Emergenza Covid e 41* bis*: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistemapenale.it*, 1° maggio 2020 nonché, nella stessa sede, M. Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, 1° maggio 2020; G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistemapenale.it*, 19 maggio 2020.

Lo stesso Garante Nazionale delle persone private della libertà personale ha affermato che le misure introdotte con il decreto, se poco aggiungono sul piano normativo, molto comunicano sotto il profilo culturale «soprattutto perché l'adozione del provvedimento è stata accompagnata da campagne di stampa al grido del "ricontrolliamo tutto" con l'implicito messaggio di, se non altro, frettolose decisioni assunte» (Bollettino n. 32 del 15 maggio 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*).

[37] Mag. sorveglianza Spoleto, ord. n. 1380 del 26 maggio 2020, in cui si legge che il nuovo procedimento di rivalutazione permanente si svolge «senza adeguato coinvolgimento della difesa e senza il necessario contraddittorio delle parti in condizioni di

4. *Una riflessione d'insieme*

Nonostante le richiamate vicende del 2017 e del 2020 in materia di tutela giurisdizionale non abbiano prodotto nuovi disequilibri a rilevanza costituzionale all'interno della normativa penitenziaria, tali tentativi – unitamente ai richiamati recenti provvedimenti che ampliano l'"area della detenzione" – consentono una riflessione di insieme: le conquiste raggiunte attraverso lunghi processi evolutivi della normativa penitenziaria non possono mai dirsi al riparo da pericolosi e repentini *dietrofront* operati, anche a distanza di pochissimi anni, da parte delle maggioranze al governo.

Si tratta di oscillazioni assai pericolose, che possono trovare un solido argine solo in una capillare diffusione di una cultura costituzionale dell'esecuzione penale la quale, è certamente aperta alle differenti visioni del c.d. "sistema giustizia" di cui sono espressione le diverse maggioranze al Governo, ma mai sino al punto di avallare involuzioni normative che riportano la legislazione penitenziaria – e quella penale e processuale – in una posizione di aperto contrasto con principi costituzionali posti a tutela della dignità e dei diritti della persona ristretta inserita in un'esecuzione penale rivolta verso l'esterno.

parità. […], emerge all'evidenza l'assenza, che in tal senso non appare ragionevole, di qualsiasi formale coinvolgimento della difesa dell'interessato, nonostante dalla decisione […] derivi l'eventuale ripristino della massima privazione della libertà rappresentata dal rientro in carcere […]».

I medesimi dubbi sono stati sollevati anche dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Unione delle Camere Penali Italiane (C.S.M., *Parere sul Decreto legge 10 maggio 2020 n. 29, in materia penitenziaria*, delibera del 17 giugno 2020, pubblicato in *csm.it*; nota della Giunta dell'U.C.P.I., *I penalisti sul DL scarcerazioni: una vergogna, 10 maggio 2020*, in *camerepenali.it*, nonché il documento Memoria per l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, *Le considerazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, del 13 maggio 2020, in *senato.it*).

Occorre altresì ricordare come lo stesso Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con l'ordinanza n. 1899 del 18 agosto 2020, abbia riproposto la questione di legittimità anche a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione, successivamente dichiarata non fondata da parte della Corte costituzionale.

Per una ricostruzione della vicenda v. S. TALINI, I *giorni dell'emergenza sanitaria. Ad un anno dalla diffusione del Covid-19*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Il carcere alla prova*, cit., 25 ss.

Antonella Calcaterra

I diritti delle persone detenute in Italia. Tra garanzie normative e mancata attuazione delle tutele

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il tortuoso cammino verso la normazione degli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute. – 2.1. L'evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale. – 3. Il rimedio preventivo di cui all'art. 35-*bis* o.p. – 4. Il rimedio compensatorio di cui all'art. 35-*ter* o.p.

1. *Premessa*

Nonostante i progressi registrati in tema di tutela dei diritti dei detenuti, persistono rilevanti problematiche in ordine alla loro concreta attuazione.

Pur in presenza di strumenti di tutela e di riconoscimento ad ampio raggio dei diritti in esame, la mia percezione della realtà da avvocato e da osservatore dell'associazione Antigone si conferma come piuttosto disarmante.

Del resto, a ben vedere e ad essere onesti, le carenze di tutela e le criticità di gestione dei "bisogni di cura e di assistenza" (e quindi la garanzia dei diritti) caratterizzano anche la condizione di chi è fuori dal sistema carcerario; quantomeno ciò è vero per coloro che vivono in condizioni economiche non agiate. Quindi, in realtà, "dentro" il sistema carcerario si ripropone la medesima "compressione dei diritti"; che colpisce gran parte della popolazione esterna, con limitazioni ancora più marcate.

La conseguenza di questa "carenza sistemica" è il numero rilevante di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo[1] che

[1] Tra le più importanti si segnalano: Corte Edu, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03; Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37810/10; Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ricorso n. 7334/13.

negli ultimi anni, anche con riguardo alle sole violazioni dell'art. 3 CEDU[2], ha stigmatizzato le frequenti violazioni dei parametri di legge posti a tutela della "vita detentiva".

A questo proposito basterebbe leggere il *report* del Comitato anti-tortura del Consiglio d'Europa sullo stato delle carceri pubblicato il 24 marzo 2023[3] per rendersi conto delle attuali carenze del sistema carcerario e di quanto occorra ancora operare.

Se da un lato, dunque, si può affermare che è maturata un'attenzione nuova e rinnovata verso la tutela dei diritti delle persone detenute, dall'altro, occorre dare conto che tale tutela è però vistosamente compromessa dal crescente fenomeno del sovraffollamento delle strutture carcerarie e dall'incresciosa 'compressione' della protezione sociale realizzata dal *welfare*, che oramai non è più in grado di garantire i diritti sociali a tutti gli individui che ne hanno diritto: sia fuori sia dentro il sistema carcerario.

A maggior ragione in tale situazione di esteso disagio, è importante esaminare il contenuto e l'estensione dei diritti delle persone detenute. È utile anche ricostruire il percorso non semplice che ha condotto il nostro Ordinamento a munirsi di uno strumento di piena ed effettiva tutela delle persone "ristrette". Percorso che però, a nostro giudizio, quanto all'effettività delle tutele non ha conseguito la "garanzia di risultato".

2. *Il tortuoso cammino verso la normazione degli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute*

Il detenuto è titolare di diritti che trovano fondamento nell'ordinamento penitenziario[4] e nel suo regolamento di esecu-

[2] La rubrica dell'art. 3 CEDU si intitola "*Proibizione della tortura*" e stabilisce che «*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*».

[3] Il testo del *report* (in lingua inglese) del Comitato anti-tortura del Consiglio d'Europa sul carcere, pubblicato il 24 marzo 2023 e il relativo *executive summary* (in lingua italiana) sono consultabili su *Sistema Penale* al seguente indirizzo: *https://www.sistemapenale.it/it/documenti/condizioni-di-privazione-della-liberta-personale-il-report-del-cpt-a-seguito-della-visita-in-italia*.

[4] Legge 26 luglio 1975, n. 354, recante "*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale*".

zione[5]. La restrizione della libertà non può comportare il sacrificio di posizioni soggettive e l'assoggettamento *tout court* all'organizzazione penitenziaria perché una simile condizione si porrebbe in contrasto col vigente ordinamento costituzionale.

Questi principi sono stati sanciti dalla fondamentale pronuncia della Corte costituzionale n. 26 del 1999[6]. In particolare, con tale statuizione il Giudice delle Leggi ha stabilito che:

1. Il nostro ordinamento costituzionale si basa sul primato della persona e dei suoi diritti. Pertanto la restrizione della libertà personale non può comportare il disconoscimento dei diritti e l'assoggettamento generalizzato all'organizzazione penitenziaria;
2. L'art. 2 della Costituzione sancisce il primato della persona umana e il riconoscimento dei diritti inviolabili; conseguentemente, è necessario assicurare il loro rispetto e la loro garanzia;
3. L'art. 27 della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Tali statuizioni di principio si traducono in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione penitenziaria. Inoltre esse costituiscono la struttura portante dei diritti delle persone "ristrette", in tutte le loro esplicazioni. Principi che, non a caso, sono riportati a chiare lettere dall'art. 1 co. 3[7] e dall'art. 4[8] dell'ordinamento penitenziario (successivamente o.p.).

Il progressivo riconoscimento dei diritti che fanno capo alle persone private della libertà personale e la cristallizzazione dei principi fondamentali sopra richiamati hanno reso necessaria l'introduzione

[5] Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, avente a oggetto il "*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misura privative e limitative della libertà*".

[6] Corte cost., 8 febbraio 1999, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*.

[7] L'art. 1 co. 3 o.p. afferma che «*Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno*».

[8] L'art. 4 o.p. è rubricato "*Esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati*" e stabilisce che «*I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale*».

nel tessuto normativo di uno specifico procedimento per sollecitare la verifica del Magistrato di sorveglianza; figura che si conferma e si rafforza nella sua funzione di "giudice di prossimità", preposto a conoscere e a vigilare sulla legalità delle condizioni detentive in carcere. È evidente, infatti, che il riconoscimento della titolarità di diritti in capo ai destinatari delle norme sarebbe affermazione vuota di contenuto se non fosse assistita dalla possibilità di far valere quei diritti innanzi a un giudice terzo nell'ambito di un procedimento avente natura giurisdizionale. Tale risultato è stato conseguito grazie alle sollecitazioni formulate in primo luogo dalla Corte costituzionale[9], successivamente ribadite dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo[10].

Sempre a proposito dei diritti in esame e della loro concreta attuazione, assume primaria importanza il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146[11], convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, che ha introdotto il reclamo giurisdizionale *ex* art. 35-*bis* o.p. Questa norma rappresenta un passaggio fondamentale nella tutela delle situazioni soggettive in argomento. Va menzionato anche il successivo e non meno importante decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92[12], convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 117 che, in caso di violazione dell'art. 3 CEDU, ha introdotto con l'art. 35-*ter* o.p. il rimedio risarcitorio della riduzione della pena ancora da espiare o, in caso di impossibilità di applicazione della suddetta riduzione, la liquidazione di una somma di danaro.

2.1. *L'evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale*

La sentenza n. 26 del 1999 della Corte costituzionale richiamata più sopra, oltre a porre i fondamentali principi già riporta-

[9] Corte cost., 8 febbraio 1999, n. 26, cit.

[10] Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37810/10, cit.

[11] Recante "*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*".

[12] Recante "*Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subìto un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento, anche minorile*".

ti, ha anche il merito di avere evidenziato la grave carenza della mancata previsione di un efficace strumento processuale a tutela di quei medesimi principi. Infatti, con quella pronuncia i Giudici costituzionali hanno rilevato che al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi la possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Di conseguenza, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui tali disposizioni non prevedono il controllo giurisdizionale degli atti dell'amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti delle persone sottoposte a restrizioni della libertà personale.

La Corte costituzionale ha argomentato che il reclamo disciplinato dall'art. 35 o.p. non costituiva un rimedio in grado di assicurare la tutela dei diritti soggettivi dei detenuti secondo i parametri costituzionali. E ciò per plurime ragioni: perché la decisione era adottata *de plano,* fuori cioè dalla regola del contraddittorio; perché l'accoglimento del reclamo comportava la mera sollecitazione all'amministrazione penitenziaria, priva però di forza giuridica; perché avverso la decisione del magistrato non era possibile esperire ulteriori reclami. Spettava ovviamente al Legislatore l'esercizio della funzione normativa che ad esso compete, e dunque la predisposizione del rimedio da porre a disposizione del soggetto titolare del diritto ritenuto violato e rispettoso delle indicazioni poste dai Giudici del Palazzo della Consulta. L'intervento del Legislatore si è però realizzato soltanto nel 2014, a circa 15 anni di distanza dalla decisione della Corte costituzionale e dopo che si era pronunciata più volte anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In attesa dell'innovazione legislativa nel 2003 le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza n. 25079[13] sono intervenute per sanare un contrasto giurisprudenziale maturato in proposito e hanno affermato che i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti sui diritti soggettivi dei detenuti vanno sottoposti al vaglio giurisdizionale mediante reclamo al Magistrato, tenuto a decidere secondo la procedura dell'art. 14-*ter* o.p. Non sfuggì, però, alla dottrina che il rimedio indicato dalla Corte di

[13] Cass. pen., sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, G.G., in *DeJure*.

cassazione a Sezioni unite offriva minori garanzie rispetto al procedimento disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p., unico rimedio in sede esecutiva realmente conforme ai precetti costituzionali, anche perché a forma semplificata e senza la previsione della necessaria presenza dell'interessato.

Un'altra tappa importante della progressiva giurisdizionalizzazione dei rimedi è segnata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 266 del 2009[14] che ha esaminato i profili di dubbia costituzionalità del suddetto procedimento; profili rappresentati dalla mancanza di effettivo contraddittorio e dal carattere non vincolante della decisione. I Giudici costituzionali, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 35, 14-*ter* e 71 della legge 26 luglio 1975, n. 354 alla luce dei i parametri costituzionali proposti, hanno invitato il giudice rimettente a considerare «un'interpretazione costituzionalmente corretta della norma» dell'art. 69 co. 5 ultima parte . In particolare, ove la norma prevede che il magistrato di sorveglianza «impartisce disposizioni […] atte ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati" la parola "disposizioni", nel contesto in cui è inserita, non significa segnalazioni, […] ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue»[15].

Frattanto, con riguardo agli aspetti concreti della "vita detentiva" dei condannati e degli internati s'era messa in movimento anche la Corte europea dei diritti dell'uomo. Un cittadino originario della Bosnia Erzegovina, Izet Sulejmanovic, dal novembre del 2002 in poi aveva espiato la pena di un anno, nove mesi e cinque giorni di reclusione per furto, ricettazione e falso presso la Casa circondariale di Roma-Rebibbia in una cella di circa sedici metri quadri che condivideva con altri cinque detenuti. E così, ognuno di essi aveva a disposizione una superficie inferiore a tre metri quadri. Costoro potevano uscire dalla cella per non più di quattro ore e mezza al giorno. Il 16 luglio 2009 la Corte europea ha condannato l'Italia

[14] Corte cost., 8 ottobre 2009, n. 266, in *www.cortecostituzionale.it*.

[15] Corte cost., 8 ottobre 2009, n. 266, cit., punto 6.3, terzo capoverso, del "considerato in diritto".

per violazione dell'art. 3 CEDU[16]. Con quella pronuncia i Giudici di Strasburgo hanno rilevato l'illegittimità della condizione carceraria del detenuto in conseguenza della dimensione della cella e della condizione di sovraffollamento. Hanno inoltre stigmatizzato la negligenza dell'Italia che non aveva adottato alcuna misura per ovviare al momentaneo sovraffollamento del carcere.

A distanza di quasi quattro anni da quella condanna, l'8 gennaio 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Torreggiani[17] è intervenuta nuovamente sulla situazione penitenziaria italiana. Con la suddetta pronuncia pilota i giudici di Strasburgo hanno accertato la scarsa efficacia degli strumenti di tutela dei diritti dei detenuti previsti dal sistema penitenziario italiano e constatato il carattere strutturale del problema del sovraffollamento degli Istituti di pena italiani. In quel procedimento la Corte europea ha concentrato il vaglio di sua competenza su due aspetti esiziali: le misure da adottare in caso di violazione dell'art. 3 CEDU e i 'rimedi interni' sia di natura preventiva che compensatoria avverso le suddette accertate violazioni. I Giudici di Strasburgo hanno affermato che il detenuto che versa in condizioni di violazione dell'art. 3 CEDU ha diritto alla rapida cessazione della suddetta violazione e ad ottenere la riparazione per la violazione subìta. Inoltre, i Giudici europei hanno dichiarato che la procedura del reclamo previsto dall'art. 35 o.p. non garantisce il conseguimento dei suddetti obiettivi. Pertanto, conclude la pronunzia, l'Italia è tenuta a munirsi di uno strumento processuale in grado di raggiungere gli scopi menzionati.

Finalmente, a seguito dei richiamati ammonimenti della Corte costituzionale e della Corte europea, il Legislatore del 2014 ha introdotto nell'ordinamento penitenziario gli artt. 35-*bis* e 35-*ter* che disciplinano rispettivamente i rimedi preventivi e compensatori avverso le violazioni in argomento.

L'art. 35-*bis* o.p. è stato introdotto con il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n.

[16] Corte Edu, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03, cit.

[17] Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37810/10, cit.

10. L'art. 35-*ter* o.p. è inserito nel decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 117.

Il rimedio preventivo previsto dall'art. 35-*bis* o.p. mira ad intervenire in maniera effettiva, interrompendo immediatamente la violazione in atto. Il rimedio compensatorio disciplinato dall'art. 35-*ter* o.p. consente al detenuto che versi in condizioni di detenzione che violano l'art. 3 CEDU «[…] come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo" di ottenere dal Magistrato di sorveglianza "una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio».

I due rimedi non sono alternativi tra loro. Pertanto, il detenuto che assume di patire un pregiudizio ha titolo per rivolgersi al Magistrato di sorveglianza per ottenere l'immediato ripristino della legalità e anche la riduzione della pena residua da espiare.

3. *Il rimedio preventivo di cui all'art. 35-*bis *o.p.*

L'art. 35-*bis* o.p.[18] disciplina un istituto finalizzato ad assicurare la tutela dei diritti soggettivi delle persone detenute che la-

[18] L'art. 35-*bis* o.p. è rubricato "*Reclamo giurisdizionale*" e stabilisce: «1. Il procedimento relativo al reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2, del codice di procedura penale, 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 comunicato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste. 2. Il reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, lettera 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'articolo 69, comma 6, lettera a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera 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

mentano la violazione da parte dell'amministrazione penitenziaria delle norme previste dall'ordinamento penitenziario o dal regolamento di attuazione.

Con l'introduzione del suddetto reclamo, il Legislatore ha rafforzato i poteri di controllo, di verifica e di intervento del Magistrato di sorveglianza, che può ordinare all'amministrazione di porre rimedio nel termine indicato. In caso di mancata esecuzione del provvedimento del giudice non più impugnabile, il Magistrato di sorveglianza ordina l'ottemperanza e "*conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza*".

L'art. 69 co. 6 o.p.[19] attribuisce al Magistrato di sorveglianza la competenza a decidere sui reclami giurisdizionali proposti dai detenuti e dagli internati. L'art. 35-*bis* o.p. disciplina il relativo procedimento.

Le ipotesi di reclamo sono due:

1. il primo attiene alla materia disciplinare ed è previsto dall'art. 69 co. 6 lettera a);

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 articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. 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; 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».

[19] L'art. 69 co. 6 o.p. (articolo rubricato "*Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza*") stabilisce che il Magistrato di sorveglianza «provvede a norma dell'articolo 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 discolpa; nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 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 del relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

2. il secondo, disciplinato dall'art. 69 co. 6 lett. b), attiene all'inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal regolamento di attuazione da cui derivi un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto.

L'art. 69 co. 6 lett. b) trova applicazione nei casi di violazione dei diritti fondamentali indicati dall'art. 1 o.p.[20]; diritti che vanno garantiti assieme agli ulteriori aspetti della vita del detenuto, come disciplinati dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento di attuazione.

È necessario che l'inosservanza delle disposizioni in argomento procuri al detenuto un pregiudizio grave e attuale.

All'interno dell'ordinamento penitenziario meritano ovvia tutela le categorie di diritti corrispondenti ai valori costituzionali, quali:

- il diritto alla salute: si fa riferimento agli artt. 7, 8, 9 e 11 o.p., che disciplinano rispettivamente il vestiario e il corredo, l'igiene personale e l'alimentazione;
- i diritti concernenti i rapporti familiari: si fa riferimento agli artt. 18, 28, 42 e 45 o.p., che regolano i colloqui, la corrispondenza e l'informazione, i rapporti con la famiglia, i trasferimenti, l'assistenza alle famiglie e gli aiuti economico-sociali;

[20] L'art. 1 o.p. è rubricato "*Trattamento e rieducazione*" e stabilisce: «1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. 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 religioso, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione. 2. 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. 3. Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno. 4. Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà. 5. 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. 6. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome. 7. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva».

- i diritti che riguardano la libertà morale e culturale: si fa riferimento agli artt. 18 co.; 7, 8, 9, 19, 26 e 27 o.p., in tema di diritto all'informazione, al vestiario e al corredo, all'igiene personale, all'alimentazione, all'istruzione, alla religione, alle pratiche di culto e alle attività culturali, ricreative e sportive.

L'ordinamento penitenziario e il regolamento di attuazione contengono enunciazioni quali "*ha diritto*", "*ha facoltà*", "*è assicurato*", "*è consentito*", "*deve*" e "*viene*"; espressioni a cui, pacificamente, conseguono posizioni giuridiche soggettive tutelabili in sede giudiziale.

A seguito delle lacune evidenziatesi nel corso delle prime applicazioni giurisprudenziali, la Commissione per l'innovazione penitenziaria, presieduta dal Professor Ruotolo, ha proposto alcuni interventi miranti a innalzare gli standard di tutela e l'omogeneità tra i vari procedimenti previsti dall'ordinamento penitenziario. Gli esiti di tale lavoro non hanno prodotto, però, alcun seguito.

Torna utile riportare alcuni provvedimenti, ambiti e temi interessanti in materia:

a. La violazione del diritto all'osservazione penitenziaria, finalizzata all'individuazione dellospecifico trattamento rieducativo, ha costituito l'oggetto del reclamo accolto dal Magistrato di sorveglianza di Bologna con Ordinanza del 23 marzo del 2016. Il detenuto lamentava la «*carenza di funzionari pedagogici tale da impedire l'espletamento dell'osservazione penitenziaria e il non regolare svolgimento delle attività trattamentali necessario per la progressione rieducativa*». Il Magistrato di sorveglianza ha accolto il reclamo e, a seguito di ampia e articolata motivazione, ha riconosciuto la violazione del diritto al trattamento penitenziario, all'osservazione funzionale alla concessione delle misure alternative e all'attuazione dei principi costituzionali della pena, volta alla rieducazione del condannato. La ragione dell'accoglimento è stata individuata nell'assoluta carenza di funzionari giuridico-pedagocici per la valutazione dei detenuti. È stato posto in evidenza che la finalità di una pena umana – e non disumana – è quella di tendere alla restituzione della persona al mondo esterno e quindi alla sua c.d. "risocializzazione". Però, per conferire concretezza al suddetto trattamen-

to – espressamente e significativamente delineato dall'art. 1 dell'ordinamento penitenziario, funzionale all'attuazione di una pena umana e che tenda, dunque, all'effettiva rieducazione del reo – occorrono le necessarie risorse.

b. Molte decisioni dei Magistrati di Sorveglianza hanno accertato la violazione del diritto dei detenuti psichiatrici ad essere trasferiti nei circuiti di cura ad essi dedicati, da individuarsi, dopo il 31 marzo 2015, nelle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza ("REMS") e nelle articolazioni per la salute mentale, costituite da sezioni speciali del carcere alle quali vengono assegnati i detenuti affetti da patologie psichiatriche. Tali decisioni hanno accolto i reclami dei detenuti, presentati dopo l'entrata in vigore della legge di chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari ("OPG") del 31 marzo 2015. Nonostante l'entrata in vigore della suddetta innovazione legislativa, costoro erano ancora rinchiusi negli Ospedali psichiatrici giudiziari in violazione dell'art. 13 della Costituzione che garantisce l'inviolabilità della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalla legge. Lo strumento più rapido ed efficace per quanti tuttora versano in siffatte situazioni di pregiudizio è rappresentato dal ricorso *ex* art. 39 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo[21]. Si tratta infatti di una procedura che favorisce in tempi rapidi il trasferimento dell'internato in una REMS. Il collocamento dei

[21] L'art. 39 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo è rubricato "*Misure provvisorie*" e stabilisce: «1. La Camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di permanenza designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo possono, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura. 2. All'occorrenza il Comitato dei Ministri viene immediatamente informato delle misure adottate nell'ambito di una causa. 3. La Camera o se del caso il presidente della sezione o un giudice di permanenza designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo possono invitare a fornire informazioni su eventuali questioni relative all'attuazione delle misure provvisorie indicate. 4. Il presidente della Corte può designare dei vicepresidenti di sezione in qualità di giudizi di permanenza per decidere sulle richieste di misure provvisorie».

malati psichiatrici nelle articolazioni per la salute mentale ha costituito l'oggetto di un'interessante decisione del Magistrato di sorveglianza di Bologna del 6 luglio 2016.

c. Un altro 'tema caldo' è rappresentato dal diritto del detenuto all'assistenza sanitaria regolata dagli artt. 11 o.p. e 17 d.P.R. n. 230 del 2000 che si esplica attraverso il compimento delle prestazioni sanitarie per la prevenzione, la diagnosi, la cura e la riabilitazione. La tutela del diritto alla salute del detenuto ha applicazione sempre più frequente sia a causa delle più precarie condizioni di salute dei detenuti, per molti delle quali il carcere rappresenta la prima occasione di cura e di presa in carico, sia per il costante affanno nel quale versa l'assistenza sanitaria prestata all'interno delle carceri. L'art. 1 del decreto-legislativo 22 giugno 1999, n. 230[22] è rubricato "*Diritto alla salute dei detenuti e degli internati*", e stabilisce che «I detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali ed in quelli locali». Tali fondamentali principi restano però molto spesso disapplicati. I frequenti reclami relativi alle violazioni della suddetta disposizione possono suddivisi in vari gruppi: quelli proposti in caso di malattia già conclamata, per garantire l'espletamento delle cure necessarie e non rinviabili; quelli che mirano a ottenere i controlli e gli esami per prevenire le patologie recidivanti; quelli finalizzati allo svolgimento delle cure dentarie, spesso attese per mesi; quelli per garantire alle persone che affrontano la transizione di genere (il passaggio dal sesso biologico al genere nel quale la persona si identifica pienamente); quelli per garantire la presa in carico del Servizio pubblico per le dipendenze ("SerD") per avviare e compiere un percorso di cura all'interno del carcere, percorso che presuppone il passaggio attraverso il servizio

[22] Recante le norme per il "*Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell'articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419*".

competente, ecc. Il livello critico dell'assistenza sanitaria ha dato origine, nel corso degli anni, a numerosi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia per violazione all'art. 3 CEDU; e ciò a causa dell'assenza o dell'inadeguatezza delle cure che si svolgono all'interno delle carceri italiane. Il diritto alla salute del detenuto non è sancito espressamente dalle disposizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; ma l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza della Corte di Strasburgo[23] l'ha ricondotto nell'alveo

[23] Corte Edu, sez. II, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*, ricorso n. 50550/06, § 42: «l'articolo 3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un logorio o ad un afflizione di tali intensità da eccedere il livello inevitabile di sofferenze inerente alla detenzione e che, con riguardo alle esigenze pratiche della detenzione, la salute ed il benessere del detenuto siano assicurati in modo adeguato anche attraverso la somministrazione delle terapie mediche richieste (Kudla c. Polonia […] e Riviere c. Francia […]). Pertanto, anche la mancanza di cure mediche appropriate, e più generalmente la detenzione di una persona malata in condizioni inadeguate, può in linea di principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3 […]. Il che equivale a dire che, oltre la salute del detenuto, ciò che deve essere protetto in maniera adeguata è il suo benessere».

Corte Edu, sez. II, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, ricorso n. 2447/05, § 66: «l'articolo 3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un pericolo o ad una prova di una intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, siano assicurati in maniera adeguata la salute e il benessere del prigioniero, in particolare tramite la somministrazione delle cure mediche richieste […]. Queste cure dispensate in ambiente carcerario devono essere appropriate, ossia di un livello paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione. […] La mancanza di cure mediche appropriate e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni inadeguate, può per principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3».

Corte Edu, sez. II, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 7509/08, §§ 77-78: «Con particolare riferimento alle persone private della libertà, l'articolo 3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che esse siano detenute in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non facciano piombare l'interessato in uno stato di sconforto né lo espongano ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente, in modo particolare attraverso

di tutela dell'art. 3 CEDU: ad esempio quando ha qualificato come "trattamento disumano e degradante" la detenzione che non garantisce l'apprestamento delle cure mediche adeguate e necessitate, o in caso di accertata incompatibilità dello stato di detenzione rispetto alle condizioni di salute del detenuto.

d. Un ulteriore ambito riguarda la violazione del diritto del detenuto al trattamento penitenziario indifferenziato e l'assegnazione a Istituti di pena in violazione del principio di territorialità della pena previsto dell'art. 42 o.p.[24], in base al quale il detenuto va assegnato a un Istituto che sia il più vicino possibile alla propria famiglia. Molto spesso però, in violazione della suddetta disposizione normativa si verificano casi di inserimento di detenuti in circuiti di alta sicurezza in edifici penitenziari talvolta lontani, o anche in sezioni *ex* art. 32 d.p.r. n. 230 del 2000[25], decisi e gestiti dall'amministrazione penitenziaria con ingiustificata ed ampia discrezionalità.

la somministrazione delle necessarie cure mediche […]. Così, la mancanza di cure mediche adeguate, e più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni non adeguate, può in linea di principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3 […]. La Corte deve tener conto, in particolare, di tre elementi al fine di esaminare la compatibilità di uno stato di salute preoccupante con il mantenimento in stato detentivo del ricorrente, vale a dire: a) la condizione del detenuto, b) la qualità delle cure dispensate e c) l'opportunità di mantenere lo stato detentivo alla luce delle condizioni di salute del ricorrente […]».

[24] L'art. 42 o.p. è rubricato "*Trasferimenti*" e, nei suoi primi due commi, stabilisce: «1. 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. 2. Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro e di salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga».

[25] L'art. 32 del d.p.r. n. 230 del 2000 è rubricato "*Assegnazione e raggruppamento per motivi cautelari*" e stabilisce: «1. 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. 2. La permanenza dei motivi cautelari viene verificata semestralmente. 3. Si cura, inoltre, la collocazione più idonea di quei detenuti ed internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni. Sono anche utilizzate apposite sezioni a tal fine, ma la assegnazione presso le stesse deve essere frequentemente riesaminata nei confronti delle singole persone per verificare il permanere delle ragioni della separazione delle stesse dalla comunità».

4. *Il rimedio compensativo di cui all'art. 35-*ter *o.p.*

L'art. 35-*ter* o.p., rubricato "*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*", stabilisce che: «1. Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 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 espiare 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 espiare 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 espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. […] L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere […]».

L'Ordinamento vigente ha dunque previsto la compensazione dei periodi di tempo di trattamento inumano e degradante mediante la riduzione della durata della pena nella misura di un giorno per ogni dieci di violazione patita. Ove la riduzione non sia possibile, l'indennizzo è fissato in otto euro per ogni giorno di pregiudizio.

La competenza spetta al Magistrato di sorveglianza anche per le persone detenute in forza di custodia cautelare. Se è cessato lo

stato di detenzione la competenza è del giudice civile; ma l'azione va proposta a pena di decadenza entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere.

Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione[26] hanno accertato che il diritto all'indennizzo si prescrive in dieci anni a far tempo dal compimento di ciascun giorno di detenzione patito nelle condizioni contrarie alla legge. Non trova quindi applicazione il più breve termine quinquennale. In accordo con la dottrina, si è dunque concluso che mancando gli elementi tipici del risarcimento del danno, si versi in ipotesi di indennizzo di natura solidaristica. Il Magistrato di sorveglianza decide in caso di detenzione inumana, e dunque contraria all'art. 3 CEDU, protrattasi per non meno di quindici giorni, anche se non più sussistente al momento della proposizione del ricorso e della decisione, purché riconducibile alla pena in esecuzione. Per consolidato orientamento di merito e di legittimità, la contestualità temporale tra lesione e richiesta risarcitoria non costituisce una condizione necessaria[27]: pertanto, non è

[26] Cass. civ., sez. Un., 8 maggio 2018, n. 11018, in *archivio dpc*, punto 60: «In conclusione, deve affermarsi il seguente principio: "Il diritto ad una somma di denaro pari a otto euro per ciascuna giornata di detenzione in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, previsto dall'art. 35-ter, terzo comma, ord. pen., si prescrive in dieci anni, che decorrono dal compimento di ciascun giorno di detenzione nelle su indicate condizioni. Coloro che abbiano cessato di espiare la pena detentiva prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, se non sono incorsi nelle decadenze previste dall'art. 2 d.l. 92/2014 convertito in l. 117/2014, hanno anch'essi diritto all'indennizzo ex art. 35-*ter*, terzo comma, ord. pen., il cui termine di prescrizione in questo caso non opera prima del 28 giugno 2014, data di entrata in vigore del decreto-legge"».

[27] Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 giugno 2015, n. 43722, S.P., in *DeJure* (massima: «A fronte di un reclamo proposto dal detenuto per le condizioni inumane di detenzione, il magistrato di sorveglianza deve procedere anche nel caso in cui non vi è attualità del pregiudizio, atteso che nell'ipotesi di lesione già subita o comunque prospettata come tale, ma insussistente (nella sua causa) all'attualità, il soggetto detenuto resta titolare della tutela speciale di tipo risarcitorio compensativo), accordatagli dal legislatore all'art. 35-*ter* ord. penit. da realizzarsi, in costanza di esecuzione della pena, innanzi al Magistrato di sorveglianza»); Cass. pen., sez. I, 16 luglio 2015, n. 46966, K.A., in *DeJure* (massima: «In materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati, l'attualità del pregiudizio non è condizione necessaria ai fini dell'accoglimento della domanda riparatoria rivolta al Magistrato di sorveglianza, in quanto il richiamo contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen. al pregiudizio di

indispensabile che il trattamento inumano lamentato dal soggetto *in vinculis* permanga al momento della proposizione della domanda, risultando sufficiente, ai fini dell'ammissibilità della stessa, che l'interessato sia in espiazione della pena.

La tutela e il rimedio risarcitorio spettano a chi è stato tenuto in una condizione detentiva grave, e quindi tale da violare l'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Tale rinvio mobile e mutevole alle pronunzie della Corte EDU ha creato non poche difficoltà perché impegna il giudice italiano a 'interpretare' a sua volta l'interpretazione che la Corte europea fornisce dell'art. 3 CEDU caso per caso. L'effetto di tale meccanismo è che il giudice italiano è tenuto a seguire le evoluzioni; ma pure le involuzioni delle pronunzie della Corte di Strasburgo.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6551 del 2020[28], hanno stabilito i criteri per la determinazione dello spazio minimo individuale a disposizione del detenuto. In conformità alle statuizioni della giurisprudenza convenzionale, le S.U. hanno affermato che «nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo»[29].

Pertanto, nel computo della superficie personale del singolo detenuto va detratta sia la superficie destinata ai servizi igienici, sia quella occupata dagli arredi considerati "tendenzialmente fissi". Sono tendenzialmente fissi non soltanto quelli fissati al suolo, ma anche qualsiasi mobilio che, a causa della sua pesantezza o del suo ancoraggio al suolo o alle pareti, costituisca un ingombro e limiti, di fatto, la possibilità di movimento del detenuto, in quanto difficile da riporre diversamente o da trasportare al di fuori della cella ogni qualvolta il detenuto necessiti di spostarsi all'interno della stessa. La medesima pronuncia delle Sezioni Unite ha chiarito inoltre che va detratta la superficie occupata dai letti a castello; mentre con

cui all'art. 69, comma sesto, lett. b), ord. pen., ai fini della riduzione della pena, non si riferisce al presupposto della necessaria attualità del pregiudizio medesimo»).

[28] Cass. pen., sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551, ric. Commisso, in *Sist. Pen.*

[29] Cass. pen., sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., punto 18 del "considerato in diritto".

riferimento ai letti singoli si è ritenuto che non va detratta la relativa superficie quando i letti singoli possono «essere spostati da un punto all'altro della camera (sono, quindi, "mobili")»[30] .

La recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 18760 depositata il 4 maggio 2023[31] ha invece qualificato il letto singolo come elemento fisso e non spostabile la cui superficie va dunque detratta dal computo dello spazio che va assicurato al normale movimento all'interno della cella. Questa pronuncia richiama la definizione adottata dalle Sezioni Unite n. 6551 del 2020 in ordine al "normale" movimento nella cella e chiarisce che non rileva in proposito il fatto che il letto singolo possa essere utilizzato per altri scopi. Tanto che, il fatto che tra gli arredi «tendenzialmente fissi al suolo, non computabili nella superficie utile, rientrino i letti a castello costituisce una esemplificazione del principio corollario, dal quale – in questo contesto – non può trarsi la regola di segno reciproco, della computabilità dei letti singoli»[32].

In caso di spazio a disposizione inferiore ai tre metri quadri, le Sezioni Unite hanno individuato i fattori compensativi idonei a vincere la presunzione di disumanità del trattamento (e quindi di violazione dell'art. 3 CEDU). Tali criteri, che devono ricorrere cumulativamente, sono rappresentati dalla breve durata della detenzione, dal gradiente di dignità delle specifiche condizioni carcerarie e dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori dalla camera di pernottamento. Quando, invece, lo spazio individuale nella cella collettiva si attesta tra i tre e i quattro metri quadri sussiste la violazione dell'art. 3 CEDU se tale condizione risulta combinata ad altri aspetti di inadeguatezza della detenzione. Dunque, i fattori compensativi concorrono nella valutazione unitaria unitamente agli altri di carattere negativo.

Ancora in caso di superficie disponibile compresa tra i tre e i quattro metri, la giurisprudenza di legittimità e convenzionale hanno chiarito che al fine di affermare o meno la violazione dell'art. 3

[30] Cass. pen., sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., punto 16 e ss. del "considerato in diritto".

[31] Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2022 (dep. 4 maggio 2023), n. 18760.

[32] Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2022 (dep. 4 maggio 2023), n. 18760, cit., punto 9, ultimo capoverso, del "considerato in diritto".

CEDU, devono essere valutati anche «altri aspetti delle condizioni detentive. Tra questi elementi figurano la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base»[33].

La Grande Camera della Corte EDU, con pronuncia del 20 ottobre 2016 nel caso Muršić c. Croazia[34], ha poi ulteriormente chiarito la necessità di tenere conto della possibilità di svolgere attività fisica all'aria aperta, della presenza di luce naturale e di aria nella cella, dell'adeguatezza della ventilazione e della temperatura, della possibilità di usare la toilette in privato e del rispetto dei generali requisiti igienico-sanitari[35].

In caso di accoglimento del ricorso, il detenuto si vedrà ridotta la pena da espiare di un giorno per ogni dieci di detenzione degradante subita. La decisione può essere impugnata e può essere proposto ricorso alla Corte di Cassazione.

***

[33] Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37810/10, cit., § 67. In senso analogo, Corte Edu, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03, cit., § 42 ("è necessario tenere conto di altri aspetti relativi alle condizioni detentive. Tra di essi viene elencata la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento ed il rispetto delle primarie esigenze sanitarie").

[34] Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ricorso n. 7334/13.

[35] Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ricorso n. 7334/13, cit., § 106.

In quest'ottica, la giurisprudenza convenzionale ha, ad esempio, ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU quando la mancanza di spazio sia accompagnata dalla mancanza di ventilazione e di luce (Corte Edu, Sez. I, 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*, ricorso n. 62936/00; Corte Edu, Sez. I, 12 giugno 2008, *Vlassov c. Russia*, n. 78146/01; Corte Edu, Sez. III, 18 ottobre 2007, *Babouchkine c. Russia*, n. 67253/01), da un accesso limitato alle passeggiate all'aria aperta (Corte Edu, Sez. II, 17 gennaio 2012, *István Gábor Kovács c. Ungheria*, n. 15707/10) o da una mancanza totale d'intimità nelle celle (Corte Edu, Sez. V, 1° marzo 2017, *Belevitskiy c. Russia*, n. 72967/01; Corte Edu, Sez. IV, 8 novembre 2005, *Khudoyorov c. Russia*, n. 6847/02; Corte Edu, Sez. I, 2 giugno 2005, *Novoselov c. Russia*, n. 66460/01).

Va infine tenuto presente che la violazione dell'art. 3 CEDU può riguardare anche situazioni diverse dal sovraffollamento o delle condizioni materiali delle celle nelle quali il detenuto è ristretto.

Il ristoro previsto dall'art. 35-*ter* o.p. trova applicazione anche in caso di inadeguatezza delle prestazioni sanitarie o se le condizioni di salute del detenuto sono incompatibili con il regime carcerario. Infatti, tale ristoro ha funzione indennitaria in senso lato e può essere invocato in tutti i casi di detenzione inumana e degradante dovuta a contesti di sovraffollamento, ma anche se conseguente alle precarie condizioni di salute e, a maggior ragione, se aggravate dall'assenza di cure mediche.

Fabio Gianfilippi

L'evoluzione delle misure extra moenia*: ritmo sincopato in direzione costituzionalmente orientata*

SOMMARIO: 1. Per una introduzione. – 2. L'affidamento in prova al servizio sociale: evoluzione nella platea dei destinatari e nel *quantum* di pena *espianda*. – 3. *Segue.* Chiarimenti sull'universalità della misura rispetto alle condizioni personali: il problema degli stranieri e dell'esecuzione all'estero. – 4. L'evoluzione delle prescrizioni sul versante riparatorio. – 5. La liberazione condizionale, garanzia di costituzionalità dell'ergastolo. – 6. Contrazioni e riespansioni della platea dei destinatari delle misure alternative alla detenzione: la tentazione di intervenire sulle emergenze criminali mediante una riduzione delle aperture alle alternative al carcere. – 7. Il nuovo 4-*bis*: soluzione o problema. – 8. Prospettive.

1. *Per una introduzione*

Una riflessione sulle alternative al carcere, compiuta a Ventotene, in vista di quell'ergastolo di Santo Stefano in cui si consumarono tante esperienze di vita senza una adeguata prospettiva di ritorno in società, ha un significato particolare. Alcuni di noi calcheranno già oggi la ripida strada che conduce al penitenziario borbonico, leggeranno le tracce che tanta umanità vi ha lasciato, si soffermeranno su quegli scenari che a lungo ispirarono Eugenio Perucatti, visionario Direttore che tentò di accompagnare quel carcere verso una lungimirante prospettiva trattamentale, in un'epoca che ancora non aveva visto tradursi in normativa adeguata l'alto significato dell'art. 27 Cost.

In un certo senso, mentre ci sarà modo di affrontare criticamente più di un passaggio della più recente normativa, questo sguardo di lungo periodo è in grado di consegnarci un messaggio

di maggiore ottimismo. Proprio come mi capitò, alcuni anni fa, di ascoltare in una riflessione del Prof. Francesco Palazzo, si vede bene qui come l'evoluzione del senso delle pene, da almeno duecento anni sino ad oggi, volga macroscopicamente verso una sempre più piena tutela della dignità della persona condannata. Non mancano momenti di fibrillazione, arretramenti, inciampi ma, nel suo complesso, l'orizzonte è segnato, e volge al bello. Scriveva Montale, e sembra ben applicarsi a questa prospettiva: "Tendono alla chiarità le cose oscure"[1].

Per il magistrato di sorveglianza il terreno delle misure alternative alla detenzione è percepito come connaturato alla sua funzione. Se infatti la sua figura preesiste alla legge penitenziaria del '75, è con l'ordinamento penitenziario che allora fu varato che la stessa acquista la fisionomia con cui oggi la conosciamo: una magistratura dedicata in modo esclusivo, garante dell'attuazione dell'art. 27 Cost. e dunque della funzione rieducativa delle pene, che vede nella costruzione di percorsi risocializzanti il suo spazio elettivo.

Già dal '75 a questa magistratura sono offerti strumenti in grado di orientare l'esecuzione penale verso la risocializzazione, ed un significativo apparato di misure alternative al carcere, che possono restituire le persone condannate, ad un certo punto del loro cammino, al territorio, vera e propria meta dell'esecuzione (anche per questo si parla oggi di "misure di comunità"). La tensione verso il reinserimento sociale, infatti, come vedremo sempre più chiaramente nella giurisprudenza costituzionale, è l'obiettivo costituzionale indefettibile delle pene, che mai può essere pretermesso a vantaggio di altre loro funzioni.

La scelta del legislatore nel 1975 fu di intervenire su un sistema fortemente carcerocentrico appunto attraverso la costruzione di un sistema di alternative al carcere. Uno schema che lasciava immutato il catalogo delle pene principali[2] e che, in effetti, è stato replicato in seguito più volte, senza che sia mai intervenuta una

[1] E. Montale, *Portami il girasole ch'io lo trapianti*, in *Ossi di Seppia,* 1935.

[2] Vd. su tale immutabilità le considerazioni di E. Dolcini, in *Prolegomeni a una proposta di riforma delle misure sospensivo-probatorie* in E. Dolcini, A. Della Bella, *Le misure sospensivo-probatorie*, Milano, 2020, 1-13.

vera e propria inversione di tendenza. Certo, più di recente si è sperimentata l'introduzione di nuove cause di non punibilità e poi, da ultimo con il d.lgs. 150/2022, la Riforma Cartabia, attraverso l'introduzione di nuove pene sostitutive, per le quali si auspica un successo maggiore di quello tributato a suo tempo a quelle introdotte con l'originaria legge 689/1981. Al di là dei limiti intrinseci anche a queste ultime (si pensi all'assenza di una pena sostitutiva assimilabile all'affidamento in prova, come invece auspicato dalla Commissione Lattanzi[3]), di fatto ciò accade ancora una volta senza incidere sulla centralità della pena carceraria, rispetto alla quale si elaborano strategie di sostituzione oggi, come ieri meccanismi alternativi.

Le decisioni sono assunte, secondo lo schema poi progressivamente evolutosi fino all'attuale complessità, dal Tribunale di sorveglianza, la cui competenza si radica, per le persone detenute in relazione al luogo in cui le stesse sono ristrette e per chi, dalla libertà, attende la decisione, in relazione all'ufficio del Pubblico Ministero che procede alla messa in esecuzione della pena. Si tratta di un giudice collegiale, composto di due componenti togati, e di due componenti esperti, che apportano al Tribunale competenze di diverse professionalità (medici, psicologi, assistenti sociali…). La legge prevede, con l'art. 70 co. 6 ord. penit., che in ogni caso del collegio faccia parte anche il magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il condannato.

Si vuole che il Tribunale di sorveglianza abbia la massima conoscenza possibile della persona cui si debbono concedere o negare misure alternative alla detenzione, ed una conoscenza non soltanto giuridica, ma diretta e anche ricca di punti di vista in grado di porne in evidenza le caratteristiche personologiche più rilevanti.

[3] Ci si riferisce alla Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, che ha depositato la propria Relazione Finale il 24 maggio 2021, leggibile in *www.giustizia.it* nella parte relativa ai lavori sulle Commissioni di studio.

Nel corso dei decenni, il problema del sovraffollamento e il notevole arretrato maturato dai Tribunali di sorveglianza, poveri di risorse umane e materiali, hanno più volte indotto il legislatore ad affiancare alle misure alternative pensate già dal '75 (oltre l'affidamento in prova, la semilibertà, ad esempio) altre, dal minor valore risocializzante, più restrittive, e però affidate alla competenza del magistrato di sorveglianza monocratico. Uno scambio che conduceva, per ottenere decisioni più rapide, a fornirne di meno informate e senza il prudente apprezzamento del collegio.

Si possono citare, caratterizzati da meri obbiettivi di deflazione del sistema, il c.d. "indultino" nel 2003 e la legge 199 nel 2010, poi resa stabile e doppiata nel 2020 da misure analoghe, ma pensate per l'emergenza del Covid. Anche sotto il profilo del rito si sono tentate strade di semplificazione, come con l'introduzione nel 2018 del meccanismo di cui all'art. 678 co. 1-*ter* c.p.p. per le pene sospese non superiori a 18 mesi, in cui interviene, ma soltanto ove sia concedibile un provvedimento favorevole, un magistrato monocratico delegato del Presidente, con successiva ratifica, fuori udienza, da parte del Tribunale di sorveglianza.

L'ambito di questo contributo non può abbracciare i molti rivoli in cui una disamina davvero esaustiva non potrebbe che perdersi. Per questo mi pare utile focalizzare la nostra attenzione sulle due misure: l'affidamento in prova al servizio sociale e la liberazione condizionale che, per motivi diversi, mi appaiono consentire un ragionamento che, a larghe campiture, provi a riflettere sull'evoluzione delle misure *extra moenia* nell'esecuzione penale.

Altri percorsi si sarebbero potuti tentare. Cito ad esempio quelli dell'evoluzione delle misure caratterizzate da finalità principalmente umanitarie, tra le quali uno spazio peculiare meritano quelle in favore delle detenute madri, assai avanzate e, nel corso del tempo, sulla spinta del principio del superiore interesse del minore (art. 3 Convenzione sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), liberate anche da ostatività incompatibili con l'alta finalità perseguita[4].

[4] Si pensi tra le altre alla sent. Corte cost. 8 marzo 2017, n. 76.

Pure si potrebbe riflettere sulle molte modifiche che hanno riguardato nel tempo le misure alternative specificamente dedicate alla cura delle dipendenze. Sotto questo profilo diverrebbe importante notare come la progressiva centralità che le dipendenze patologiche hanno assunto, nel quadro di problematiche che affliggono le persone detenute, abbia sospinto il legislatore ad elaborare una disciplina normativa di favore, per chi voglia emanciparsene. Si è poi intervenuti, condivisibilmente, a limitare i vincoli alla concessione, che erano stati inizialmente previsti, eliminando il divieto di ulteriori concessioni dopo la seconda[5] e, per via giurisprudenziale, ad escludere che la revoca di queste misure potesse incorrere nell'ostatività triennale di cui all'art. 58-*quater* ord. penit.[6]. Il percorso di superamento dalla dipendenza da sostanze e da alcool (purtroppo ancora non contemplata la ludopatia, pur dilagante) è irto di difficoltà ed è quindi un vero e proprio bagno di realtà quello che si è fatto, potenziando al massimo le opportunità di accedere a questo tipo di misure.

Si potrebbe, ancora, ragionare sull'evoluzione delle misure in materia di salute, contrassegnate da spinte propulsive, in particolare a seguito della fondamentale pronuncia della Corte costituzionale in materia di accesso alla detenzione domiciliare ex art. 47-*ter* co. 1-*ter* per chi abbia gravi patologie psichiatriche[7] e controspinte registratesi nella stagione del Covid19 (d.l. 28 e 29/2020, poi convertiti in l. 70/2020), quando pure le misure per motivi di salute hanno consentito di restituire ad un contesto esterno prudentemente individuato, e con prescrizioni stringenti, persone in gravi condizioni, che avrebbero rischiato molto nel permanere in carcere, dove non si rivelavano possibili le misure di distanziamento sociale imposte dalla pandemia.

Tuttavia, lo sguardo di lungo periodo, suggeritoci dal contesto in cui parliamo, può spingere però verso la strada che tentiamo di imboccare di seguito.

[5] Si tratta di un intervento previsto dal d.l. 146/2013, poi convertito in legge 10/2014.

[6] Cfr, da ultimo, sent. Cass. 26 aprile 2023, n. 24425.

[7] Corte cost. sent. 6 febbraio 2019, n. 99.

2. *L'affidamento in prova al servizio sociale: evoluzione nella platea dei destinatari e nel* quantum *di pena* espianda

Nell'ampio strumentario consegnato dal legislatore alla magistratura di sorveglianza fu subito riconosciuto, con la felice, ormai classica, espressione di Franco Bricola che lo definiva il "fiore all'occhiello della riforma"[8], un ruolo centrale alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale[9].

L'obbiettivo di questa misura alternativa è quello di accompagnare il condannato, mediante il sostegno dell'Ufficio oggi denominato dell'esecuzione penale esterna (già CSSA: centri di servizio sociale, fino al 2005), al rientro in società, con un percorso verso il fine pena che ve lo riconduca, all'esito di un giudizio prognostico che prevede di poter ragionevolmente escludere un pericolo di recidiva nel reato, guidandolo e supportandolo in una vera e propria "convalescenza sociale"[10]. La concessione della libertà è quindi indirizzata, attraverso un elenco di prescrizioni che è tanto più efficace quanto più non si limiti a divieti standard (non consumare stupefacenti o non frequentare pregiudicati) ma sia arricchisca di obblighi positivi in grado di riempire di contenuti risocializzanti individualizzati il tempo dell'esecuzione penale esterna al carcere.

Per la sua centralità nel sistema, rispetto alle formulazioni iniziali, la disciplina è mutata molte volte, già a partire dalla legge Gozzini nell' '86, poi con la Simeone del 1998. Progressivamente la platea dei destinatari si espande dai soli condannati detenuti, ad alcune ipotesi di persone che, condannate a pene non superiori a tre anni, attendono dalla libertà una valutazione circa la meritevolezza

[8] F. Bricola, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello della riforma penitenziaria»,* in *Quest. Crim.* 1976, 373.

[9] Sulla misura, si vedano l'ampia disamina in F. Siracusano, *Art. 47*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 599 ss. e, in una prospettiva di possibile riforma, ma anche per considerazioni sull'evoluzione normativa e della prassi dell'istituto, riprese anche nel presente scritto, E. Dolcini, A. Della Bella, *Per un riordino delle misure sospensivo – probatorie nell'ordinamento* penitenziario, in Le *misure sospensivo-probatorie,* op. cit., 325 ss.

[10] L'espressione è adoperata da G. Giostra, tra l'altro, in *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015.

della misura alternativa da parte dei Tribunali di sorveglianza (grazie al meccanismo introdotto nel 1998 di cui all'art. 656 co. 5 cod. proc. pen.). Si parla, per queste ipotesi, di un affidamento in prova *ab initio*, che ha pregio e giustificazione nell'evitare un assaggio di carcere sovraffollato ad una platea di condannati per fatti di minore gravità, ma che sconta da un lato una conoscenza meno ricca della persona cui la misura può essere concessa, se non per il prezioso ruolo che in tal senso svolgono i servizi sociali, e dall'altra interroga l'opinione pubblica su ciò che alcuni percepiscono come un aggiramento della pena della reclusione. Il *quantum* di pena, poi, viene in seguito portato da tre a quattro anni, prima per i condannati liberi in attesa di esecuzione, e poi per tutti, mediante un importante intervento di riequilibrio compiuto dalla Corte costituzionale[11].

È piuttosto evidente come la problematica del sovraffollamento abbia quindi inciso in modo assai significativo sull'evoluzione della misura dell'affidamento in prova, di fatto finendo per mutarne la *ratio* e per piegarne inevitabilmente anche i contenuti.

3. Segue. *Chiarimenti sull'universalità della misura rispetto alle condizioni personali: il problema degli stranieri e dell'esecuzione all'estero*

Certamente le misure alternative, e massimamente l'affidamento in prova al servizio sociale, si confrontano con la realtà dei nostri istituti penitenziari, e più in generale, della società in cui cercano di traghettare chi ha commesso reati.

In questo senso le diverse stagioni di crisi, che il nostro paese ha vissuto, hanno fortemente inciso sulla possibilità di costruire percorsi alternativi, ad esempio, fondati su opportunità lavorative, che a più riprese si sono significativamente rarefatte.

Un tema sul quale sono negli anni pervenute fondamentali aperture della giurisprudenza di legittimità ha riguardato ad esempio la condizione del condannato straniero privo di permesso di soggiorno.

[11] Corte cost. sent. 6 febbraio 2018, n. 41.

Tanto la cassazione[12] quanto la Corte costituzionale[13] hanno chiarito come non sia tollerabile nel nostro ordinamento l'esclusione di queste persone, ove condannate, dalla possibilità di accedere alla misura alternativa. La stessa sentenza di condanna costituisce la ragione della permanenza nel nostro territorio nazionale e perciò la concessione di un affidamento in prova al servizio sociale costituisce valido presupposto per la stipula di contratti di lavoro in regola (la circ. min. 27/1993 e il TU 286/1998 prevedono che il provvedimento giurisdizionale che obbliga la permanenza sul territorio costituisca il titolo di soggiorno che legittima la regolarizzazione del lavoro). Si tratta di un chiarimento importante che, però, ancora oggi si confronta con una diffidenza nei confronti dello straniero privo di permesso di soggiorno che rende sensibilmente più difficile che questi riesca nell'intento di costruire percorsi esterni poggianti sul lavoro.

D'altra parte, il problema si ripropone a volte anche per le misure c.d. terapeutiche, come l'affidamento in prova *ex* art. 94 d.P.R. 309/90, in questo caso per le difficoltà che in alcune regioni gli stranieri irregolari incontrano ad ottenere che la sanità li prenda in carico ed elabori in loro favore un progetto terapeutico, che la impegni a sostenere i costi dell'inserimento della persona in una comunità terapeutica.

Negli ultimi anni si può parallelamente riscontrare una forte spinta evolutiva rispetto alla possibilità che le misure alternative siano eseguite anche all'estero, almeno entro i confini dell'Unione Europea.

La Corte di cassazione ha, sotto questo profilo, riconosciuto che, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 38, di recepimento della decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio d'Europa, è consentita l'ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale la cui esecuzione debba svolgersi in uno Stato estero membro dell'Unione Europea dove il condannato abbia residenza legale ed abituale, in conformità a quanto disposto dal menzionato decreto legislativo. Vi si legge: «Permane

[12] S.U. sent. 28 marzo 2006, n. 14500 in Rv. 233420.

[13] Corte cost. sent. 5 marzo 2007, n. 78.

l'obbligo, a pena di inammissibilità della istanza, per il condannato libero di elezione di domicilio sul territorio nazionale (art. 677, comma 2-bis, cod. proc. pen.), ed è evidente che l'eventuale mancata collaborazione, anche conseguente alla assenza dal territorio nazionale, da parte del condannato istante all'indagine dell'Ufficio esecuzione penale esterna potrà concorrere a giustificare il rigetto, nel merito, della richiesta. […] il controllo sull'osservanza del contenuto prescrittivo della misura attiene all'esecuzione della stessa e costituisce, dunque, l'oggetto della attribuzione allo Stato di esecuzione»[14].

Sull'argomento il Dipartimento di Giustizia Minorile e di Comunità ha emesso una circolare in data 15.04.2021 con cui, all'esito del d.lgs. 38/2016, si considera la necessità di elaborare un protocollo per le richieste di misura in uno dei paesi dell'Unione Europea che abbiano recepito la decisione quadro. Si suggerisce di privilegiare tra gli strumenti di contatto il video-colloquio attraverso piattaforma on line e di acquisire la documentazione comprovante le informazioni rese. Spetta invece all'autorità giudiziaria la trasmissione al PM per l'attivazione delle procedure di trasmissione della sentenza alla magistratura estera competente.

Un problema che si sta ora ponendo è relativo alla compatibilità delle prescrizioni per noi abituali dell'affidamento in prova in relazione ad alcuni ordinamenti esteri. Ad esempio, la Spagna, che rinvia indietro, quando vi sono prescrizioni su obblighi di permanenza notturna, o di non frequentare pregiudicati che non siano nominativamente individuati[15].

4. *L'evoluzione delle prescrizioni sul versante riparatorio*

Si è già accennato all'importanza che riveste, in particolare in una misura come l'affidamento in prova al servizio sociale, l'elenco di prescrizioni che si impone al condannato di seguire nel corso della stessa. Occorre infatti che si tratti di un cappotto ben

[14] Cass. sent. 15 giugno 2020, n. 20977 in Rv. 279338.

[15] Cfr. Trib. Sorv. Perugia ord. 25 maggio 2023, D.I., *inedita*.

confezionato sulle spalle dell'interessato ed è necessario che, anche in questo, il Tribunale di sorveglianza mantenga uno sguardo attento alla dignità della persona, imponendogli comportamenti che siano funzionali al percorso che si vuole elaborare in favore dell'istante, e non si risolvano in richieste inutilmente vessatorie e perciò stesso controproducenti rispetto all'obbiettivo che si persegue.

In questo senso, la svolta della Legge Gozzini, con l'apertura ad un affidamento in prova *ab initio,* consegna alla sorveglianza un nuovo contenuto prescrizionale obbligatorio, leggibile nell'art. 47 co. 7 ord. penit., secondo il quale è sempre prescritto che: "l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato e adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare". Si legge in dottrina come questa soluzione miri a "riempire di contenuti risocializzanti quella che altrimenti finisce per essere una mera scatola vuota"[16].

Se la prescrizione può certamente riempire di un ulteriore contenuto il percorso trattamentale della persona, è però anche necessario che la stessa sia letta come una opportunità per l'interessato di tentare di ricucire la ferita che il reato ha aperto.

La giurisprudenza della cassazione in questi anni si è molto adoperata per mantenere la prescrizione riparatoria entro binari che non la rendano una sorta di rinforzo retributivo in una misura dall'intenso carattere risocializzante ed ha quindi sostenuto che: "Ai fini del diniego della concessione del beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale, il tribunale può legittimamente valutare l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima, non ostando a ciò la mancata previsione del risarcimento dei danni quale condizione per la concessione del beneficio suddetto"[17]. Ciò, tuttavia, deve avvenire avendo a mente le concrete condizioni economiche del reo. Risulta perciò: "illegittima l'ordinanza con la quale il tribunale di sorveglianza, nel concedere l'affidamento in prova al servizio sociale,

[16] L. Monteverde, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza,* in *Minori e giust*. 1999, f. 2, 87.

[17] Cass. sent. 15 giugno 2017, n. 39266, in Riv. 271226.

prescriva al condannato l'obbligo di provvedere al risarcimento del danno in favore della vittima del reato, senza commisurarlo alle concrete condizioni economiche del reo, subordinando a tale adempimento l'esito positivo della decisione da assumere al termine dell'esperimento della misura"[18]. Per questa ragione si è pure scritto che"(i)l tribunale di sorveglianza, nel concedere l'affidamento in prova al servizio sociale, può prescrivere al condannato il versamento, a titolo risarcitorio, di una somma di denaro in favore della persona offesa, e valutare, considerate le condizioni economiche, l'osservanza della prescrizione nell'ambito della condotta tenuta dal condannato, ma non può subordinare a tale adempimento l'affidamento in prova o il suo esito, non prevedendo l'art. 47 della legge n. 354 del 1975 tale possibilità"[19].

Ontologica, direi, la differenza con gli strumenti di giustizia riparativa introdotti con il recente d.lgs. 150/2022, ed in particolare con i contenuti dell'art. 15-*bis* ord. penit., a mente del quale il giudice valuta, e cioè tiene conto, ma solo in positivo, della disponibilità al percorso riparativo o del suo esito.

Anche la recente riforma dei contenuti dell'art. 4-*bis* ord. penit., seguita al d.l. 162/2022, poi convertito in L. 199/2022, sul quale vd. *infra* sub 7, ha in questo senso mostrato, espandendo la pervasività del profilo risarcitorio (al fianco di un richiamo alla giustizia riparativa), al punto da farne un presupposto per accedere ad ogni beneficio penitenziario, persino quelli minimi, come il permesso premio, se si è commesso un reato compreso nel suo primo comma, piuttosto che una prescrizione da adempiere una volta che li si è ottenuti, una tendenza progressiva, per certi versi dilagante, rispetto alla quale occorrerà tenere a mente i limiti già individuati dalla Cassazione, leggendo le nuove previsioni alla luce dei contenuti dell'art. 27 Cost.

[18] Cass. sent. 21 novembre 2018, n. 11923 in Riv. 275171 e sent. 21 gennaio 2014, n. 7476, in Riv. 258884.

[19] Cass. sent. 27 maggio 2004, n. 37049, in Riv. 230361.

5. *La liberazione condizionale, garanzia di costituzionalità dell'ergastolo*

La liberazione condizionale, come noto, è istituto di antico conio, preesistente alla stessa Costituzione e collocato nel tessuto del codice penale. Nonostante il tentativo di riforma formulato dalla Commissione Giostra[20], che intendeva prendere atto dei cambiamenti che nel tempo l'istituto aveva subito, riconducendolo nell'alveo della legge penitenziaria, e sensibilmente innovandolo, è ancora invariato.

La sua funzione, tuttavia, è certamente mutata nel tempo, risultando sempre più circoscritta la platea di persone in esecuzione penale che, tenuto conto dei rigidissimi requisiti per accedervi (si pensi soprattutto alla prova del sicuro ravvedimento, ma anche all'integrale adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato), scelgono di tentare una istanza volta ad ottenerla, quando possono giovarsi delle misure alternative previste dalla legge penitenziaria.

Ciò accade, sostanzialmente, per tutte le pene temporanee, mentre la liberazione condizionale resta l'unica strada percorribile per il condannato alla pena dell'ergastolo. Anzi, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale, proprio la sussistenza di un istituto che, dopo ventisei anni di pena, consente al condannato all'ergastolo di vedere la sua posizione riesaminata dinanzi all'autorità giudiziaria, al fine di verificare se la pretesa punitiva dello Stato sia stata soddisfatta, all'esito di un avvenuto ravvedimento, consente di ritenere l'ergastolo compatibile con l'art. 27 Cost.

Di recente la Corte costituzionale[21] ha chiarito che, nonostante la sua collocazione nel codice penale, la sua natura è quella di misura alternativa alla detenzione, in inscindibile binomio con la libertà vigilata che, in caso di concessione, ne consegue. In tal senso, si afferma, la libertà vigilata non costituisce una afflizione aggiuntiva, ultronea se è integrato il difficile risultato dell'accertamento

[20] Ci si riferisce alla Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso istituita con d.m. Giustizia 19 luglio 2017, i cui lavori finali si possono leggere in Commissione Giostra, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, 2019.

[21] Corte cost. sent. 21 febbraio 2023, n. 66.

di un sicuro ravvedimento, ma una componente essenziale della sostituzione della pena detentiva con una modalità extramuraria, che è quindi comunque attenuata nell'afflittività. Il ravvedimento, infatti, per come letto dalla giurisprudenza di Cassazione nel tempo succedutasi, non può essere inteso come una sorta di palingenesi morale, ma deve essere riscontrato attraverso l'esame di una serie di elementi concreti desumibili dal percorso del condannato, che perciò meritano una verifica di attendibilità mediante il tempo della libertà vigilata.

Si apprezza, rispetto a questo istituto, una evoluzione che da un lato ne ha determinato l'omogeneizzazione alle misure alternative, e dall'altro l'ha indirizzato sempre più ad essere essenzialmente via d'uscita definitiva dall'ergastolo. È perciò questa la misura sulla quale negli anni si è appuntata l'attenzione delle Corti superiori, nella difficile risoluzione del problema del c.d. "ergastolo ostativo", sul quale avremo modo di tornare a breve.

6. *Contrazioni e riespansioni della platea dei destinatari delle misure alternative alla detenzione: la tentazione di intervenire sulle emergenze criminali mediante una riduzione delle aperture alle alternative al carcere*

Più volte, nel corso dei decenni, l'universalismo della disposizione contenuta nella legge penitenziaria è stato limitato per finalità di politica criminale. È ai primi anni '90, ed in particolare al 1992, durante la drammatica stagione delle più efferate stragi di mafia, che il meccanismo ostativo dell'art. 4-*bis* ord. penit., si incista nell'ordinamento penitenziario, definendo elenchi di reati per i quali la condanna diventa impeditiva alla concessione di benefici penitenziari, a meno che la persona non collabori con la giustizia. Quest'ultima è infatti ritenuta l'unica, vera e propria, prova legale della rescissione dei collegamenti del condannato con la criminalità organizzata. Di qui, con la preclusione all'accesso alla liberazione condizionale, l'ergastolo ostativo.

Gli elenchi, poi, nel corso degli anni si sono via via arricchiti, comprendendo "categorie di detenuti o internati, che si presumo-

no socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato […] in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti"[22].

Ancora un corredo di preclusioni per tipo d'autore accompagnò poi la stretta sui condannati recidivi, varata con la Legge 251/2005 (c.d. ex Cirielli), che rendeva più difficoltoso, o addirittura del tutto impedito, l'accesso di chi si fosse vista applicata l'aggravante della recidiva (soprattutto qualificata) alle misure *extra moenia*.

Questa abitudine del legislatore si è dovuta confrontare con una messe significativa di questioni di costituzionalità che, negli anni, ha mostrato un ruolo centrale nell'alto insegnamento della Corte costituzionale.

La giurisprudenza della Consulta ha così conosciuto un percorso, senza arretramenti, di progressiva erosione degli automatismi preclusivi via via introdotti. È ricco il filone di accoglimenti di questioni di costituzionalità che ha inesorabilmente interessato le ostatività connesse alla condizione di recidivo. Ultima in tal senso la pronuncia relativa alla detenzione domiciliare in favore dei condannati ultrasettantenni recidivi ex art. 47-*ter* co. 1 ord. penit.[23]

Ancor più variegato l'elenco di interventi relativi alla disciplina contenuta nell'art. 4-*bis* o alle preclusioni introdotte nell'art. 58-*quater* ord. penit. Se i passaggi sono stati molti, coinvolgenti all'inizio fattispecie in cui venivano in particolare rilievo finalità umanitarie e la tutela di diritti di terzi, come ad esempio il superiore interesse del minore, che sorregge pronunce come quelle di cui alle sent. 76/2017 (relativamente alla detenzione domiciliare) e 174/2018[24] (per l'assistenza all'esterno dei figli minori), si è poi giunti alla sentenza 149/2018[25], relativa ad una particolare preclusione contenuta nell'art. 58-*quater* ord. penit. In quel contesto si

[22] Corte cost. sent. 5 giugno 2019, n. 188.
[23] Corte cost. sent. 9 marzo 2021, n. 56.
[24] Corte cost. sent. 4 luglio 2018, n. 174.
[25] Corte cost. sent. 20 giguno 2018, n. 149.

legge, con formula giustamente nota, che "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 cambiamento. 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".

In definitiva sembra emergere con chiarezza che la peculiarità della fase dell'esecuzione penale è nel suo svilupparsi in un tempo che progressivamente si allontana dal reato e, mediante gli effetti del trattamento penitenziario (di cui la fase cautelare non dispone), consente di verificare l'evoluzione personologica del condannato a partire dai pur gravissimi fatti commessi. Tale fase appare per questo profilo radicalmente incompatibile con una preclusione assoluta, che si limita a fotografare il legame dell'autore del reato con quanto commesso impedendo un vaglio concreto del suo percorso.

La Corte costituzionale ha nel tempo continuato ad adoperarsi nel disvelamento del "volto costituzionale della pena" ed in particolare, circa la finalità rieducativa della pena, si è passati da una lettura che la collocava tra le altre, di prevenzione generale e difesa sociale, senza che potesse "stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione" (cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 282/1989 e n. 306/1993), sino alla considerazione che la particolare gravità del reato commesso, ovvero l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati non

possano, nella fase di esecuzione della pena, «operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società (sentenza della Corte costituzionale n. 450/1998), e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena»[26].

Centrale, a mio avviso, e certamente storica, resta, in questo ambito, la pronuncia[27], con la quale nel 2020 la Corte costituzionale eleva un vero e proprio argine alla selezione dei destinatari delle misure alternative al carcere per finalità di immediato contrasto alle emergenze di politica criminale.

Succintamente può dirsi che la Consulta, intervenuta a valutare la compatibilità costituzionale dell'inserimento nel disposto ostativo dell'art. 4-*bis* dell'ennesima serie di reati, con la l. 3/2019 c.d. spazzacorrotti, a discapito di chi avesse commesso quei reati in data precedente, ha affermato che le disposizioni normative in materia di accesso alle misure alternative contengono norme penali sostanziali e costituiscono quindi un sottoinsieme delle disposizioni penitenziarie, che ordinariamente vivono secondo il principio del *tempus regit actum*, per il quale si applica il principio della successione delle leggi penali del tempo. Ciò significa sostanzialmente sterilizzare, nel breve periodo, un eventuale ampliamento dei cataloghi dei reati ostativi, perché lo stesso potrebbe determinare l'ingresso in carcere e i divieti conseguenti soltanto per chi commetta il reato in data successiva all'inserimento dell'ulteriore reato nel testo.

In questa temperie si inscrivono, ancora, le pronunce della Consulta che, muovendo dagli arresti giurisprudenziali sin qui citati, e dalla condanna dell'Italia emessa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Viola c. Italia, rimuovono l'ostatività assoluta, almeno per quanto concerne le istanze di permesso pre-

[26] Corte cost. sent.20 giugno 2018, n. 149, cit.

[27] Corte cost. sent. 11 febbraio 2020, n. 32.

mio[28], sostituendo la presunzione legale di pericolosità legata alla mancata collaborazione, con una presunzione relativa, vincibile mediante l'onerosa prova dell'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata o di pericolo di ripristinarne, e richiedono al legislatore di trarre da questo insegnamento il contenuto per una riforma globale dei meccanismi del 4-*bis*, che si fa attendere e che, infine, si concretizza con il d.l. 162/2022 convertito in l. 199/2022[29].

7. *Il nuovo 4*-bis*: soluzione o problema*

Con il d.l. 162/2022, si interviene, d'urgenza, poiché la Corte costituzionale, con l'ordinanza 97/2021, aveva posto termini stringenti, poi prorogati, per un intervento organico rimesso al legislatore. La novella non è, in realtà, a tutto tondo, come pure sarebbe stato auspicabile. Il catalogo dei reati compresi nel 4-*bis* viene ridotto, solo in sede di legge di conversione, espungendo i reati contro la p.a. che vi erano stati inclusi con la legge c.d. spazzacorrotti (legge n. 3/2019). D'altra parte, però, un complesso meccanismo inserito nell'ultima parte del primo comma finisce per estendere la portata della disposizione ai reati che, pur non compresi nell'elenco, sono connessi teleologicamente a fattispecie che vi sono incluse. Una soluzione non esente da criticità ma che, tenuto conto dell'insegnamento della sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale, ha destinatari solo in chi abbia commesso reati in data successiva all'entra in vigore della legge.

Il cuore dell'innovazione sta nella sostituzione della già evocata preclusione assoluta in difetto di collaborazione con la giustizia con una presunzione relativa, che richiede però uno speciale onere di allegazione.

All'istanza di permesso premio, o di altra misura alternativa, ove si espiino reati compresi nel disposto dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit. è previsto che si alleghino: 1) elementi dimostrativi dell'a-

[28] Corte cost. sent. 22 ottobre 2019, n. 253.

[29] Corte cost. ord. 23 marzo 2021, n. 97.

dempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento, nonché 2) elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile ed ancora 3) elementi circa la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie, che in quelle della giustizia riparativa.

Se l'istanza è argomentata rispetto a tutti questi complessi profili, allora la magistratura di sorveglianza deve far partire una istruttoria rafforzata, che si avvale anche di motivati pareri della Direzione Nazionale Antimafia e della Direzione Distrettuale Antimafia, circa i collegamenti e il contesto di riferimento, nonché in ordine al nucleo familiare dell'interessato e al suo tenore di vita.

Al di là delle molteplici difficoltà terminologiche nel testo consegnatoci, nonché dei tuziorismi che lasciano perplessità nei primi interpreti, mi pare qui di dover sottolineare come sia specialmente critica la costruzione di una griglia di allegazioni necessarie, che è identica pur al variare del beneficio richiesto. Non vi è dunque differenza sia che si chieda un permesso premio di poche ore, sia che si discuta della liberazione condizionale di un condannato all'ergastolo. Questo appiattimento dei requisiti corre il rischio di non stimolare una progressione trattamentale conforme al disegno costituzionale sulla pena, rendendo subito particolarmente difficile l'accesso ai primi e più limitati benefici. In un contesto diverso una mancata gradazione nei requisiti di accesso alle misure era stata stigmatizzata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 149/2018.

In questo contesto, un altro elemento di criticità concerne l'introduzione di una esclusione dalla possibilità di accedere ai benefici

per i condannati che siano sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis*, co. 2 ord. penit (art. 4-*bis*, co. 2, ultima parte). Si tratta di un divieto che forse non era necessario, perché in una valutazione di merito, compiuta dalla magistratura di sorveglianza, appare del tutto improbabile che possa concedersi un beneficio penitenziario a chi si presuma in collegamento attuale con un gruppo criminale all'esterno (e quest'ultima è la premessa per la sottoposizione al regime). Tuttavia, farne una questione di ammissibilità dell'istanza lascia perplessi, perché il regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* viene disposto con un decreto del Ministro della Giustizia, e non con un provvedimento giurisdizionale. Dunque, di fatto, si determina una conseguenza in termini di qualità della pena al di fuori del vincolo costituzionale di cui all'art. 13, secondo comma, Cost.

Anche in materia di liberazione condizionale, misura, come ricordato sopra, non disciplinata nell'ordinamento penitenziario, ma ancora nel codice penale, il d.l. n. 162/2022 prevede l'applicazione di tutte le novità individuate per la concessione dei benefici previsti nell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., incidendo sulle disposizioni contenute nel d.l. 152/1991 poi conv. in L. 203/1991.

Sono però presenti ulteriori peculiari novità, che sembrano da collegarsi ai timori di certa opinione pubblica, seguiti alle pronunce della Corte che di fatto scardinavano il meccanismo dell'ostatività assoluta in assenza di collaborazione con la giustizia, anche per i condannati all'ergastolo.

Soltanto nei confronti di tale tipologia di condannato, per delitti compresi nel disposto dell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit., il *quantum* di pena che consente l'accesso alla liberazione condizionale, passa da ventisei anni a trenta. Un incremento di rilievo, in controtendenza rispetto alla spinta inversa che, con la legge Gozzini, aveva portato all'abbassamento di due anni della soglia di ammissibilità dai ventotto ai ventisei attuali.

È inoltre previsto che si allunghi sino a dieci anni il termine durante il quale, a concessione avvenuta, la pena resta solo sospesa, prima dell'estinzione, con conseguente prolungamento per il medesimo tempo della libertà vigilata.

Questa libertà vigilata, infine, dovrà prevedere sempre, secondo la nuova disposizione, un divieto di incontrare o mantenere

contatti con soggetti condannati per delitti di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* o sottoposti a misura di prevenzione in casi tassativamente indicati: opzione che segue la richiesta, contenuta nell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale, di diversificare gli effetti della concessione della liberazione condizionale per i condannati per delitti di criminalità organizzata.

La previsione di un *quantum* di pena più elevato per accedere alla liberazione condizionale, che operi retroattivamente, interpella circa la congruità all'insegnamento di cui alla sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale. Se da un lato è vero che, rispetto alla assoluta ostatività prevista per i condannati all'ergastolo per delitti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit., (ad eccezione dei collaboratori e di chi si veda riconosciuta l'impossibilità/inesigibilità della condotta collaborativa), l'attuale meccanismo, di speciale difficoltà all'accesso alla liberazione condizionale, è comunque un miglioramento, dall'altro la soluzione qui offerta appare particolarmente severa e critica, incidendo in termini certamente negativi proprio sul requisito basico, di immediata percettibilità per il condannato, della quantità di pena espianda per poter accedere ad una valutazione di merito.

Il d.l. 162/2022, neppure dopo la conversione in legge 199/2022, ha previsto su questo tema una disposizione intertemporale (opportunamente invece prevista per altri rilevanti profili su cui qui non ci si può qui diffondere: ad esempio in materia di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante) e ciò significa che un condannato all'ergastolo, non collaboratore con la giustizia, da lunghi anni detenuto e da anni spettatore di questo lungo filone evolutivo della giurisprudenza, ha visto sensibilmente spostata in avanti la data per ottenere una valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.

La Cassazione, tornando di recente a pronunciarsi proprio con riferimento al caso che aveva determinato la questione di legittimità costituzionale che ha spinto il legislatore alle modifiche normative che qui si sono tratteggiate per sommi capi[30], ha significativamente preso posizione sulla novella, riconoscendo come l'e-

[30] Cass. sent. 8 marzo 2023, n. 15197*, inedita*.

lemento essenziale della stessa sia nella trasformazione da assoluta a relativa della presunzione di pericolosità ostativa alla concessione della misura, in assenza di collaborazione, e come dunque il quadro normativo sia significativamente mutato rispetto a quello che l'aveva indotta a sollevare la questione di costituzionalità.

Tuttavia, la Suprema Corte non può giungere sino ad una verifica di sussistenza delle condizioni in concreto di concedibilità della misura, ad eccezione del dato, tutt'altro che irrilevante, del *quantum* di pena espiato che, nel caso concreto, è superiore ai trenta anni, e che dunque non incontra limiti di ammissibilità imposti dall'innalzato tetto di pena che è necessario che il condannato all'ergastolo abbia già espiato per poter chiedere la liberazione condizionale. Ciò consente alla cassazione di non prendere in considerazione i profili di eventuale rilevanza costituzionale "di un normativa che, nulla prevedendo in relazione alla sua applicazione nel tempo, restringe, con possibile frizione con il principio costituzionale del divieto di retroattività della norma penale di sfavore, l'accesso alla liberazione condizionale", che è una vera e propria pena alternativa (oggi, a fortiori può dirsi anche sulla scorta del già citato insegnamento della sentenza Corte cost. n. 66/2023).

8. *Prospettive*

La materia penitenziaria mostra, come si è cercato di evidenziare, un fermento mai quietatosi, tra opposte esigenze e, spesso, incorporando istanze non riducibili ad unità e coerenza. Non può non sottolinearsi però, nel corso degli anni, ed in particolare degli ultimi, per via giurisprudenziale e, soltanto di rimessa, per via normativa, una progressiva nuova centratura della funzione della magistratura di sorveglianza che, per adempiere il proprio compito di garanzia giurisdizionale della piena attuazione dell'art. 27 Cost., le impone una peculiare attenzione alla persona sottoposta all'esecuzione penale, alla sua quotidianità detentiva e al suo percorso di reinserimento sociale necessariamente individualizzato.

Le alternative al carcere: misure di comunità, come con felice formula sono indicate ormai nell'ordinamento penitenziario mi-

norile e nella stessa denominazione adottata dal Dipartimento del Ministero della Giustizia che se ne occupa, restano i suoi strumenti di lavoro più efficaci, purché riempiti di contenuti effettivi e di progettualità concrete.

Si dimostra massimamente importante, per questo scopo, la conoscenza della persona umana, delle strutture penitenziarie, degli operatori che vi lavorano, dei territori nei quali i condannati sono ristretti e di quelli nei quali torneranno. Il magistrato di sorveglianza quale giudice di prossimità appare posto, a livello costituzionale e convenzionale, come significativa chiave di volta, cui è chiesto di reggere la complessa impalcatura di una esecuzione penale che sia sempre più extramuraria. Un compito arduo, che è possibile svolgere mediante un sistema di informazioni e di risorse umane e materiali adeguate, e mediante una evoluzione culturale della società, in grado di farsi carico del senso delle pene anche in funzione della sicurezza della collettività. Si tratta di obbiettivi cui tendere e che nuove disposizioni normative non sono in grado di raggiungere da sole.

Antonella Massaro

Esecuzione penale ed europeizzazione delle garanzie

SOMMARIO: 1. L'esecuzione penale "europeizzata". – 2. L'esecuzione penale di fronte alla nozione autonoma di materia penale. – 2.1. *Tempus regit actum o tempus commissi delicti*? Questo è il problema! – 3. La CEDU nel sistema delle fonti: lo schema delle norme interposte nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3.1. Il rinvio mobile dell'art. 35-*ter* ord. penit. all'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. *L'esecuzione penale "europeizzata"*

L'europeizzazione del diritto penale, intesa come l'impatto tanto del diritto eurounitario quanto del sistema CEDU sull'ordinamento penale nazionale, rappresenta una possibile chiave di lettura per individuare (anche) alcune delle linee evolutive che hanno caratterizzato il diritto penitenziario e/o l'esecuzione penale negli ultimi decenni. Le interazioni tra il diritto penale europeo e il diritto nazionale, in effetti, hanno prodotto effetti evidenti sul versante dei diritti fondamentali della persona detenuta, ponendo l'interprete di fronte a interrogativi articolati e complessi, relativi, tra l'altro, al sistema delle fonti, alla teoria dell'interpretazione e ai principi fondamentali che regolano la materia penale.

Sono due le questioni che, più delle altre, restituiscono il senso di un'esecuzione penale sempre meno impermeabile alle interferenze "europee", le quali si collocano, in particolare, sul versante della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La prima questione riguarda una possibile applicazione retroattiva di modifiche sfavorevoli della disciplina in materia di misure alternative alla detenzione ("risolta"

dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2020), mentre la seconda ruota attorno al rinvio mobile all'art. 3 CEDU contenuto nell'art. 35-*ter* ord. penit. (sulla quale si sono pronunciate le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 6551 del 2021).

2. *L'esecuzione penale di fronte alla nozione autonoma di materia penale*

La Corte EDU, come ampiamente noto, ha da tempo elaborato una nozione autonoma di "materia penale", la quale, a sua volta, rappresenta il presupposto per l'operatività dello statuto di garanzie previsto dalla Convenzione, tanto sul versante sostanziale (art. 7 CEDU) quanto su quello processuale (art. 6 CEDU). L'esigenza è quella di non limitare l'applicazione delle garanzie convenzionali alle sanzioni definite come "formalmente penali" dai singoli ordinamenti, anche perché, in questo modo, sarebbe sufficiente rifugiarsi dietro "il paravento" della sanzione amministrativa per evitare l'applicazione delle garanzie di matrice penalistica. L'obiettivo, quindi, diviene quello di individuare una nozione sostanzialistico-funzionale di "materia penale", capace di comprendere anche quelle sanzioni che, pur non formalmente penali, si rivelino sostanzialmente tali.

La Corte EDU, nel *leading case Engel* (1976), ha stabilito che la natura penale di una certa sanzione debba essere ricavata da tre parametri fondamentali (i c.d. *criteri Engel*): a) la qualificazione giuridico-formale fornita dal diritto nazionale; b) la natura dell'infrazione (*very nature of the offence*); c) la severità della sanzione (*the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*). I c.d. criteri *Engel*, nella loro scarna formulazione originaria, si mostrano a dir poco laconici[1], rendendo quindi necessaria una progressiva opera di affinamento definitorio da parte dei giudici di Strasburgo. Nella giurisprudenza successiva il criterio

[1] Valga per tutti il riferimento a F. VIGANÒ, *Il* nullum crimen *conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, 18.

che finisce per accentrare su di sé la verifica del carattere penale è quello relativo alla natura dell'infrazione, il più delle volte specificato dagli aggettivi *deterrent* and *punitive* riferiti allo scopo della stessa (*the purpose of the penalty*) e a volte affiancato dalla portata generale della sanzione[2]. In altri casi, poi, si esplicita il riferimento al carattere "punitivo" (della sanzione o del procedimento)[3].

La nozione autonoma di materia penale, pur nella sua consistenza a tratti inafferrabile, ha reso necessario un regolamento di confini "all'esterno" del diritto penale, imponendo la necessità di tornare a riflettere sui rapporti tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa entro la più ampia cornice del diritto punitivo: il riferimento è all'ampia e complessa *querelle* relativa alla legittimità convenzionale dei c.d. doppi binari sanzionatori, caratterizzati, cioè, dalla possibilità di un'applicazione congiunta della sanzione penale e di quella amministrativa[4]. Dalla curvatura sostanzialistico-funzionale attribuita all'illecito penale e alla relativa sanzione, poi, è derivata anche l'esigenza di un regolamento di confini "all'interno" del diritto penale: si tratta di un aspetto che attiene, anzitutto, alla distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, visto che solo alle prime si applica lo statuto "forte" di garanzie ricavabili dal sistema costituzionale, eventualmente integrato dalle indicazioni offerte dal diritto europeo. Proprio la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, in effetti, rappresenta l'autentica partita aperta sulla scacchiera delle garanzie che dovrebbero assistere la materia penale, specie se proiettata su un orizzonte anche "europeo".

A mezza via tra i due "regolamenti di confine", si pone l'inquadramento del diritto penitenziario e/o dell'esecuzione penale, perennemente alla ricerca di una sicura dimora scientifico-sistematica. Il diritto penitenziario, storicamente, è stato attratto per molto tempo nell'orbita del diritto amministrativo, e in questo

[2] Si segnalano, in particolare, Corte EDU, 23 novembre 2006, n. 73053/01, *Jussila v. Finland*, § 38; Corte EDU, 13 novembre 1982, n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, § 53; Corte EDU, *Grande Stevens v. Italy*, cit., § 96.

[3] Corte EDU, 2 settembre 1998, n. 27061/95, *Kadubec v. Slovakia*, § 52; Corte EDU, 29 agosto 1997, n. 19958/92, *A.P., M.P., T.P. v. Switzerland*, § 41.

[4] *Amplius*, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, 2023, 194 ss.

modo sottratto, "a monte" alle garanzie tipiche del diritto penale, a partire dal principio di legalità e dal controllo giurisdizionale. Anche quando si è affermata l'idea che il diritto penitenziario debba essere considerato "affar proprio" del diritto penale, è divenuto prevalente l'orientamento per cui si tratterebbe pur sempre di norme processuali, per le quali, anzitutto, non opererebbe il principio di irretroattività: una eventuale modifica sfavorevole, quindi, ben potrebbe applicarsi anche a fatti pregressi, secondo quanto previsto dal principio *tempus regit actum*[5].

La nozione autonoma di materia penale ha però dimostrato una *vis expansiva* capace di proiettarsi anche nella "zona franca" del diritto penitenziario e dell'esecuzione penale.

Una pronuncia fondamentale, in generale, per meglio perimetrare (entrambe) le nozioni autonome elaborate dalla Corte EDU in riferimento all'art. 7 CEDU, e, in particolare, per descrivere il processo di progressiva estensione delle garanzie convenzionali ancorate alla "materia penale", è certamente rappresentata dalla sentenza Del Rio Prada c. Spagna.

La separatista basca Ines Del Rio Prada, arrestata nel 1987, veniva condannata, all'esito di diversi procedimenti, per ventitré omicidi e una serie di tentati omicidi: le pene complessive, nella loro somma aritmetica, erano pari a oltre tremila anni di reclusione. Secondo le regole contenute nel codice penale spagnole, che prevedono dei limiti massimi per il cumulo di pene detentive, la pena complessiva veniva individuata in trent'anni di reclusione.

Nel 2008, Del Rio Prada presentava richiesta di liberazione anticipata, invocando l'applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo*: si tratta di un beneficio abrogato con la riforma del codice penale del 1995, ma applicabile a fatti commessi in precedenza, che consentiva uno sconto di pena di un giorno per ogni due giorni di lavoro svolto in carcere.

La richiesta si fondava su un orientamento giurisprudenziale secondo il quale lo sconto di pena dovesse calcolarsi sulla sanzione effettivamente applicata, come risultante dalle regole

[5] Per tutti, A. PAGLIARO, voce *Legge penale. c) Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, 1973, 1067 ss.

sul cumulo giuridico (e, quindi, nel caso di specie, trent'anni di reclusione). I giudici spagnoli, però, rigettavano l'istanza. Il Tribunal Supremo, infatti, il 28 febbraio 2006, aveva mutato il proprio orientamento, ritenendo che lo sconto di pena dovesse calcolarsi su ciascuna delle pene inflitte: siccome si trattava di un orientamento inaugurato nei confronti del terrorista Henri Parot, lo stesso è divenuto famoso con il nome di *doctrina Parot*. Per effetto della nuova interpretazione e, quindi, assumendo come base di calcolo i tremila anni di reclusione, Ines Del Rio Prada avrebbe potuto accedere alla liberazione condizionale solo nel 2017.

Viene proposto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione dell'art. 7 CEDU: l'applicazione della *doctrina Parot* e, quindi, di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole, avrebbe determinato un prolungamento della pena detentiva non ragionevolmente prevedibile da parte della ricorrente, con conseguente violazione del principio di legalità in materia penale.

Si trattava di una questione evidentemente problematica, per almeno due ragioni. Anzitutto, a venire in considerazione era l'applicazione retroattiva (non di una legge, ma) di un orientamento giurisprudenziale sfavorevole. In secondo luogo, si invocava l'art. 7 CEDU in riferimento a norme relative all'esecuzione penale, che, in quanto tali, avrebbe dovuto considerarsi estranee alle garanzie applicabili alla "materia penale".

La Corte EDU, tuttavia, ha ritenuto che il beneficio della *redención de penas por trabajo* rientrasse nella nozione autonoma di materia penale. Lungi dal trattarsi di una disciplina relativa alla mera esecuzione della pena, le norme in questione, infatti, erano destinate a incidere sulla stessa determinazione del *quantum* di pena da espiare, che, in quanto tale, deve risultare ragionevolmente prevedibile, secondo quanto previsto dall'art. 7 CEDU. La Corte riconosce che la distinzione tra la "pena" e la sua "esecuzione", pur apparentemente chiara in teoria, possa non risultare altrettanto evidente nella prassi applicativa: qualora, tuttavia, il legislatore, le autorità amministrative o i giudici, dopo l'applicazione della pena definitiva o durante la sua esecuzione, intervengano per ridefinire o modificare la portata della pena inflitta, alle modifiche

in questione, se sfavorevoli, deve applicarsi la garanzie del divieto di irretroattività[6].

Superato lo scoglio preliminare della riconducibilità alla nozione autonoma di materia penale, la Corte conclude, poi, che la c.d. *doctrina Parot* comportasse un mutamento imprevedibile e, visto che nella nozione autonoma di "legge", ad avviso della Corte EDU, rientra tanto il diritto scritto quanto quello di derivazione giurisprudenziale, non sussisteva una base legale sufficientemente riconoscibile, che consentisse di ritenere rispettata le esigenze della legalità in materia penale.

Ravvisata una violazione del principio di legalità (art. 7 CEDU) e, di conseguenza, della libertà personale (art. 5 CEDU), la Corte di Strasburgo ha condannato la Spagna non solo al pagamento di una somma di denaro, ma altresì all'immediata liberazione della ricorrente[7].

Anche sul versante dell'ordinamento italiano, dopo qualche anno rispetto al caso *Del Rio Prada*, si è registrata una significativa applicazione dello statuto di garanzie proprio della "materia penale" al settore dell'esecuzione penale, sia pur attraverso un intervento non della Corte EDU, ma della Corte costituzionale, con la sentenza n. 32 del 2020, cui, fin dai primi commenti, non si è esitato ad attribuire una portata "storica"[8].

La questione di legittimità costituzionale traeva origine dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge Spazzacorrotti), che ha incluso nel catalogo dell'art. 4-*bis* ord. penit. (l. n. 345 del 1975). L'art. 4-*bis* ord. pen. stabilisce una serie di preclusioni per detenuti condannati per reati ritenuti particolarmente gravi, che, originariamente circoscritti al versante della criminalità organizzata, sono stati progressivamente estesi per via legislativa. A seguito della riforma del 2019, anche per i delitti contro la pubblica ammini-

[6] Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750/09, §§ 85 ss.

[7] *Amplius*, sul caso *Del Rio Prada*, F. Mazzacuva, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

[8] V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020, 6 ss.

strazione la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione era subordinata alla collaborazione del condannato con la giustizia (art. 58-*ter* ordin. penit. e art. 323-*bis* cod. pen.) oppure alla impossibilità o irrilevanza della collaborazione medesima (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ordin. penit.)[9].

La legge n. 3 del 2019 non prevedeva alcuna disposizione transitoria che ne escludesse l'applicabilità ai fatti pregressi e, di conseguenza, il giudice *a quo* riteneva che le modifiche in questione dovessero applicarsi anche ai delitti contro la pubblica amministrazione commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge stessa. Secondo il diritto vivente, infatti, alle norme relative all'esecuzione della pena sarebbe stato applicabile non il divieto di retroattività imposto dall'art. 25, secondo comma Cost., ma il principio del *tempus regit actum*. Per effetto dell'entrata in vigore della nuova legge, in particolare, non sarebbe stato più possibile, per l'imputato nel giudizio *a quo*, richiedere e ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale, visto che non avrebbe realizzato le condizioni richieste dal nuovo assetto normativo. Viene quindi sollevata questione di legittimità costituzionale, valorizzando, in particolare, il riferimento all'art. 7 CEDU e alla nozione autonoma di materia penale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 32 del 2020, ha ritenuto fondata la questione, dichiarando incostituzionale la norma censurata, così come risultante dal diritto vivente: si tratta quindi, più esattamente, di una sentenza interpretativa di accoglimento, che si rende necessaria, tra l'altro, quando l'interpretazione contraria a Costituzione abbia assunto la consistenza di "diritto vivente"[10].

In generale, osservano i giudici costituzionali, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento

[9] I delitti contro la pubblica amministrazione sono stati poi eliminati dal catalogo dei reati ostativi con il d.l. n. 162 del 2002, convertito, con modifiche, dalla l. n. 199 del 2022.

[10] Per un inquadramento generale delle sentenze interpretative di accoglimento, per tutti, M. Ruotolo, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *www.gruppodipisa*, 2023, 7 ss. Sulle ragioni che, nel caso di specie, hanno portato la Corte costituzionale a optare per questa tecnica decisoria, 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.*, 1/2020, 269 ss.

della loro esecuzione. La regola in questione, però, subisce un'eccezione nel caso in cui «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»[11]. In questo caso, infatti, la successione normativa determina l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto, con la conseguente applicazione del divieto di retroattività sfavorevole.

Nel caso di specie, a venire in considerazione era la possibilità di accedere all'affidamento in prova al servizio sociale e, quindi, a una misura alternativa alla detenzione che comporta la possibilità di espiare la pena fuori dal carcere. Ad avviso della Corte costituzionale, se al momento del fatto è prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale, per effetto di una modifica normativa sopravvenuta, diviene una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita di norma "dentro" il carcere, si verifica quella trasformazione della natura della pena assistita dalla garanzia dell'irretroattività: «tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost.»[12].

[11] Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, punto 4.3.3. del *Considerato in diritto*. Muovendo da queste premesse, la Corte costituzionale conclude che possono applicarsi retroattivamente le modifiche sfavorevoli che riguardino i meri benefici penitenziari e, quindi, i permessi premio e lavoro all'esterno: in questo caso, il condannato sconta una pena che mantiene una chiara dimensione intramuraria, restando in linea di principio "dentro" il carcere. La retroattività sfavorevole va invece esclusa per le misure alternative alla detenzione, tra cui rientrano la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova, la semilibertà, ma anche la liberazione condizionale: si tratta, infatti, di misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena, finendo per costituire delle vere e proprie "pene" alternative alla detenzione disposte dal tribunale di sorveglianza. Per considerazioni critiche sulla distinzione tra "meri benefici penitenziari" e "misure alternative alla detenzione", A. Gargani, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività*, cit., 272.

[12] Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, punto 4.3.3. del *Considerato in diritto*.

La Corte costituzionale, nelle ampie e articolate motivazioni della sentenza n. 32 del 2020, per la verità, non sembra attribuire rilievo decisivo o, comunque, predominante, all'art. 7 CEDU, valorizzando, piuttosto, le indicazioni ricavabili dalla comparazione con l'ordinamento nordamericano e, soprattutto, individuando come parametro costituzionale "direttamente" l'art. 25, secondo comma Cost.

È tuttavia innegabile che proprio il dibattito alimentato dall'europeizzazione del diritto penale abbia fatto tornare attuale l'annosa distinzione tra norme sostanziali e norme processuali o, il che è lo stesso, sull'effettiva estensione dello "statuto forte" di garanzie riservato alla materia penale.

2.1. Tempus regit actum *o* tempus commissi delicti*? Questo è il problema!*

La necessità di estendere la garanzia dell'irretroattività anche alle norme processuali e/o a quelle che regolano l'esecuzione penale, in effetti, è stata ipotizzata dalla dottrina penalistica ben prima che irrompesse sulla scena del diritto penale il "dilemma" dell'europeizzazione[13].

La regola del *tempus regit actum*, pare opportuno precisarlo, si ritiene tradizionalmente ricavabile dall'art. 11 disp. legge in generale, secondo il quale «la legge non dispone che l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo»: l'esigenza è, essenzialmente, quella di assicurare la certezza del diritto, precisando che la nuova norma processuale si applichi dal momento della sua entrata in vigore e che, quindi, restino validi gli atti compiuti nel vigore della legge previgente.

Nel caso in cui a venire in considerazione siano atti processuali istantanei, l'applicazione della legge in vigore al momento

[13] V., in particolare, 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, 215 ss.; F. Bricola, *Art. 25*, comma 2 e comma 3, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, 1981, 293. La questione è stata affrontata di recente, in maniera efficace ed esaustiva, da A. Menghini, *Carcere e Costituzione: garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, 2022, 29 ss.

dell'atto coincide, in effetti, con l'irretroattività della legge stessa; qualora, invece, la modifica sopravvenuta abbia ad oggetto atti in corso di adempimento o i cui effetti non siano ancora esauriti, l'applicazione dello *ius superveniens* determina, sostanzialmente, un mutamento di disciplina che si applica anche a fatti pregressi[14]. Quest'ultima condizione è proprio quella che si verifica in materia penale, posto che eventuali modifiche processuali si riferiscono all'accertamento di un reato (o all'esecuzione della relativa pena) commesso prima dell'entrata in vigore della nuova legge: il *tempus commissi delicti*, quindi, è antecedente rispetto al compimento dell'atto, con conseguente applicazione retroattiva della modifica sopravvenuta, anche se sfavorevole.

Da un punto di vista teorico-sistematico, è possibile individuare basi sufficientemente solide e convincenti per ritenere applicabile la regola dell'irretroattività anche alle norme sull'esecuzione penale e, più in generali, alle norme processuali.

Potrebbe muoversi, per esempio, dal concetto, proposto da Marcello Gallo, di "norma penale reale", secondo il quale, posto che la distinzione tra nome processuali e norme sostanziali risponderebbe a mere esigenze descrittivo-classificatorie, la "norma penale" andrebbe intesa come comprensiva di tutte quelle norme dalle quali, in vario modo, dipende l'applicazione della sanzione penale: «non esiste una norma penale sostanziale o una norma processual-penalistica. C'è la norma penale reale composta da regole sostanziali e da regole processuali: le une e le altre si compongono in un tutt'uno»[15].

Potrebbe quindi ritenersi, come necessaria conseguenza delle premesse insite nella "norma penale reale", che il concetto di "legge", cui fa riferimento l'art. 25, secondo comma Cost., vada inteso in senso ampio, comprensivo anche delle leggi processuali[16].

È innegabile che la distinzione tra nome sostanziali e norme processuali risulti artificiosa o, comunque, particolarmente dif-

[14] A. Menghini, *Carcere e Costituzione*, cit., 30-31.

[15] M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2019, 14 ss.

[16] M. Gallo, *Interpretazione della Corte costituzionale*, cit., 215.

ficile da definire secondo criteri generali e astratti. È altrettanto innegabile, tuttavia, che la completa equiparazione della disciplina prevista per le norme sostanziali e per quelle processuali, con un sostanziale superamento del *tempus regit actum*, determinerebbe delle conseguenze poco auspicabili sul piano della certezza del diritto e/o dell'efficienza del sistema processuale.

Si sono registrate, allora, posizioni intermedie, che, pur senza rinunciare del tutto all'"efficienza" del *tempus regit actum*, lo rendessero costituzionalmente conforme, valorizzando anche le esigenze di garanzia dell'imputato o del condannato. Tra le norme processuali, in particolare, andrebbero isolate le "norme processuali ad effetto sostanziale", che, in quanto tali, resterebbero sottoposte al regime ricavabile dall'art. 2 c.p.

Resta da chiarire, in ogni caso, a quali condizioni possa ritenersi che la norma processuale produca effetti sostanziali. Secondo alcuni, occorrerebbe verificare l'incidenza sulla libertà personale o, comunque, sulle garanzie del singolo[17], mentre, secondo altri, dovrebbe distinguersi tra norme di garanzia e norme di pura tecnica, intendendosi con quest'ultima categoria le norme che, disciplinando situazioni giuridiche estranee rispetto alla situazione generale e globale derivata dal reato commesso, attengono ad atti di pura tecnica procedurale[18].

Può certamente condividersi, in via preliminare, l'affermazione per cui una troppo netta contrapposizione tra il tempo in cui il reato è stato commesso e il tempo in cui è entrata in vigore la nuova norma rischi di risultare asfittica e fuorviante, nella misura in cui non consenta di valorizzare vicende temporali intermedie che potrebbero valere a scandire il tempo del processo[19] (ma anche dell'esecuzione della pena). La *ratio* sottostante alla garanzia

[17] V., per esempio, M. NOBILI, *Art. 25, I comma Cost*., in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 24-26*, a cura di G. BRANCA, 1981, 186.

[18] M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir*., XXVII, Milano, 1978, § 20, riprendendo sul punto G. LEVASSEUR, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, Liège, 1971.

[19] Il riferimento è soprattutto al pensiero di M. CHIAVARIO, recentemente riproposto in *Frammenti di pensiero eterodosso sulla prescrizione*, in *Leg. pen*., 4 febbraio 2019, 3.

della "irretroattività", si è precisato, «si fonda su un principio di tutela dell'affidamento del singolo, che non può essere sempre riportato ad un unico punto di riferimento temporale», ma che si va precisando in relazione a più momenti differenti, normalmente successivi a quello del "fatto"[20]: dovrebbe quindi valorizzarsi, di volta in volta, il momento in cui il singolo atto processuale è stato compiuto o, comunque, risultino integrate le diverse situazioni processuali "di durata", ferma restando l'esigenza di applicare una norma anteriore se l'individuo abbia, ragionevolmente, potuto fare affidamento su di essa, pur non essendosi ancora verificati i presupposti per il compimento di quell'atto specifico o per l'integrarsi di quella specifica situazione.

La cartina di tornasole più significativa per verificare se l'affidamento del singolo abbia o meno subito un *vulnus* è rappresentata dal diritto di difesa[21]: se il diritto di difesa resta effettivo, perché la modifica legislativa, pur successiva al fatto commesso, incide su aspetti "contingenti", che attengono al mero funzionamento della macchina processuale e che, contestualmente, attribuiscono al difensore gli strumenti per "reagire" alla modifica, allora la nuova norma produce un "effetto processuale puro", come tale sottratto al regime dell'art. 25, secondo comma Cost. In caso contrario, dovrebbe applicarsi (almeno) il principio di irretroattività sfavorevole[22].

Si tratta di una possibile soluzione che, detto altrimenti, valorizza non tanto la natura (sostanziale o processuale) del singolo istituto oggetto della modifica, quanto piuttosto gli effetti prodotti dalla norma che, di volta in volta, interviene a modificare quell'istituto, assumendo come parametro l'affidamento del singolo e il suo diritto di difesa.

Quando, però, a venire in considerazione sono norme che attengono all'esecuzione penale, il "quadro delle garanzie", a ben

[20] M. Chiavario, voce *Norma giuridica*, cit., § 20.

[21] Cfr. M. Chiavario, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *La legislazione penale*, 31 luglio 2017, 6.

[22] Resta in effetti da chiarire se la deroga al *tempus regit actum* riguardi il solo principio di irreotrattività o anche quello di retroattività favorevole: per tutte le necessarie indicazioni, A. Menghini, *Carcere e Costituzione*, cit., 33, nota 91.

vedere, risulta più agevole da delineare: ogni modifica che incida sulla "pena carceraria", aumentandone il *quantum* rispetto a quello ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del reato, dovrebbe risultare assistita dalla garanzia dell'irretroattività: si tratta di conclusioni che valgono nel caso in cui si precluda alla persona detenuta l'accesso alle misure alternative alla detenzione o ai benefici penitenziari, senza che, sembrerebbe, siano ragionevoli delle distinzioni tra le due categorie.

Il discorso diviene più complesso per quelle modifiche che, pur senza incidere direttamente sul *quantum* della pena (solo) carceraria, rendono più gravose le sue modalità esecutive. L'art. 13, primo comma Cost., in effetti, prevede che le forme di detenzione o, comunque, di restrizioni della libertà personale, siano ammissibili «nei soli casi e modi previsti dalla legge», introducendo una riserva di legge che, almeno sul piano linguistico-terminologico, parrebbe addirittura più perentoria di quella affermata dall'art. 25, secondo comma Cost. Il rischio sempre attuale, tuttavia, è che le esigenze di sicurezza strutturalmente connesse all'universo penitenziario determino una, più o meno surrettizia, "fuga dalla legalità", affidando la disciplina di aspetti estremamente complessi a circolari amministrative o, comunque, ad atti sublegislativi. La criticità, allora, non riguarda, a valle, il regime intertemporale applicabile in caso di modifiche peggiorative, ma, a monte, lo stesso rispetto del principio di riserva di legge.

3. *La CEDU nel sistema delle fonti: lo schema delle norme interposte nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Il nodo della collocazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sciolto dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale (c.d. "prime sentenze gemelle"), ha aperto scenari indubbiamente complessi sul versante della vincolatività delle norme convenzionali. La soluzione proposta dal Giudice delle Leggi si fonda sull'art. 117, primo comma Cost., così come riformato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Se un'eventuale antinomia tra la norma inter-

na e quella eurounitaria si risolve mediante il meccanismo della disapplicazione (o, meglio, della non applicabilità), con il limite dei controlimiti, qualora l'antinomia si registri tra il diritto interno e le norme CEDU, sarebbe inesatto invocare il meccanismo della non applicazione[23]. La riforma costituzionale del 2001, ad ogni modo, consente di superare l'orientamento in precedenza maggioritario, secondo il quale la Convenzione assumeva nel sistema delle fonti lo stesso rango della legge ordinaria. Il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost., in particolare, rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi successive e a questo risultato si perviene applicando il collaudato (ma discusso) schema delle *norme interposte*: le norme CEDU, per il tramite dell'art. 117 Cost., integrano il parametro di legittimità costituzionale, concretizzando il generale riferimento agli obblighi internazionali dello Stato cui proprio l'art. 117 Cost. fa riferimento[24].

Questa premessa viene arricchita da una considerazione ulteriore, nella quale è racchiusa buona parte della potenziale carica rivoluzionaria delle pronunce del 2007. La Corte costituzionale evidenzia come la CEDU presenti, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa (art. 32 CEDU): «poiché le norme giuridiche

[23] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

[24] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, punto 4.5. del *Considerato in diritto*. Per "norme interposte", in via di prima approssimazione, si intendono quelle norme che, pur non avendo rango costituzionale, concorrono a integrare il parametro di legittimità, in ragione del rinvio alle stesse da parte di disposizioni costituzionali: l'esempio più evidente sarebbe offerto dalla legge delega (art. 76 Cost.) La paternità dell'espressione "norma interposta" viene comunemente attribuita a C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, 1957 (or. 1955), il quale la usava per indicare «un gruppo di casi in cui la norma o il principio, pur essendo tratti da testi costituzionali, sono invocabili solo indirettamente, inserendosi fra essi e le norme legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi norme interposte». Per un più ampio approfondimento della questione, M. Siclari, *Le «norme interposte» nel giudizio di legittimità costituzionale*, 1992; P. Carnevale, A. Celotto, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, 1998.

vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»[25].

L'ordinamento nazionale, quindi, è vincolato ad applicare non tanto le *disposizioni* della Convenzione, ma le *norme* ricavate dalla stessa dall'interpretazione della Corte di Strasburgo: la giurisprudenza della Corte EDU assumerebbe valore vincolante, ergendosi al rango di vera e propria giurisprudenza-fonte[26].

L'*iter* argomentativo delle prime sentenze gemelle si chiude con la seguente precisazione: la "nuova" collocazione delle norme CEDU nel sistema delle fonti non significa che le stesse acquistino la forza delle norme costituzionali e siano perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale: «proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione»[27]. Trattandosi di norme diverse da quelle comunitarie (e concordatarie), lo scrutinio di costituzionalità non si limita alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali, estendendosi invece ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali[28]. La Corte costituzionale, coerentemente con il ruolo attribuito alla Corte di Strasburgo, non dovrà sindacare l'interpretazione della norma CEDU

[25] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, punto 4.6. del *Considerato in diritto*.

[26] M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, 2011, spec. 95. Per considerazioni critiche sulla vincolatività attribuita alle sentenze della Corte EDU, v. M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur*., 2008, spec. 203 ss.

[27] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, punto 4.5. del *Considerato in diritto*. Sulla necessità di tenere distinte le questioni relative alla *funzione* delle norme interposte da quelle che attengono al *grado gerarchico* delle stesse, efficacemente, S.M. Cicconetti, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Rivista AIC*, 19 maggio 2008; Id.; *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, ivi, 4/2011.

[28] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, punto 4.7. del *Considerato in diritto*.

operata dalla Corte di Strasburgo, ma "solo" «verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione»[29]. Il giudice comune che ravvisi un potenziale contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, quindi, dopo aver esperito senza esito positivo un preliminare tentativo di interpretazione conforme, deve investire della questione la Corte costituzionale, la quale, a sua volta, verificherà se sussistono o meno i presupposti per pervenire a una dichiarazione di illegittimità della norma interna[30].

Le possibili implicazioni in ambito penalistico delle prime sentenze gemelle, come efficacemente osservato[31], non sono state percepite con immediata nitidezza, specie in ragione della sostanziale comunanza di valori alla quale indubbiamente si ispirano tanto la CEDU quanto la nostra Carta costituzionale: non è passato molto tempo, tuttavia, prima che la portata potenzialmente dirompente della matrice marcatamente giurisprudenziale del sistema CEDU facesse irruzione nel diritto penale nazionale, mettendo a dura prova le basi della legalità formale su cui si fonda l'ordinamento penale interno.

La giurisprudenza costituzionale successiva alle "gemelle del 2007" ne ha sostanzialmente confermato l'impianto argomentativo. In una prima fase, anzi, le premesse del 2007 sono state ribadite con una perentorietà linguistico-terminologica per certi aspetti eccessiva o, comunque, non del tutto necessaria. Nella sentenza n. 39 del 2008 si legge, in una sorta di "sunto" delle prime gemelle, che «con riguardo all'art. 117, primo comma, Cost., le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella *soggezione* all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono

[29] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

[30] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

[31] O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 160 e V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., spec. 22 ss.

vincolati ad uniformarsi»[32]: la "soggezione" alle pronunce della Corte EDU, a ben vedere, sembrava delineare una gerarchia tra interpretazioni non del tutto chiara nei suoi presupposti e nei suoi limiti, se non altro perché lasciava irrisolto il nodo dei meccanismi che consentissero di individuare, nell'ambito della "poliedrica" giurisprudenza di Strasburgo, le norme vincolanti per l'interprete nazionale.

Qualche anno più tardi, tuttavia, si scorgono i segnali di un "temperamento" dell'impianto, pur ribadito nelle sue linee di fondo, delineato dalle prime sentenze gemelle. La sentenza n. 319 del 2009, per esempio, valorizza la possibile operatività di un c.d. *margine di apprezzamento* nazionale. Il confronto tra la tutela convenzionale e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, a sua volta riferito al sistema dei diritti fondamentali complessivamente inteso: l'esito in questione potrebbe richiedere un «necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali». L'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana, quindi, deve essere tale da comportare un *plus* di tutela per l'intero sistema dei diritti fondamentali[33]. La valorizzazione del margine di apprezzamento ha poi trovato ravvicinate e significative conferme che, progressivamente, hanno reso più sfumata anche la premessa della "non interpretabilità" della giurisprudenza della Corte EDU. Nella sentenza n. 236 del 2011, per esempio, si legge che alla Corte costituzionale compete «di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità

[32] Corte cost., 25 febbraio 2008, n. 39, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[33] Corte cost., 30 novembre 2009, n. 319, punto 7 del *Considerato in diritto*.

dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»[34].

La tappa più rappresentativa della maggiore cautela mostrata dalla Corte costituzionale italiana nei confronti della Corte EDU può individuarsi nella sentenza n. 49 del 2015, relativa alla complessa vicenda snodatasi attorno alla confisca urbanistica. La Corte, in particolare, precisa che non tutte le pronunce della Corte EDU possano considerarsi vincolanti per il giudice interno: il meccanismo indicato nelle prime sentenze gemelle può produrre i suoi effetti *solo* in presenza di una *sentenza pilota* o di un *diritto consolidato*.

Se la procedura della sentenza pilota è stata formalizzata, nel 2011, dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU, più problematico risulta il riferimento della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale al diritto consolidato: il giudice interno, osserva la Consulta, è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo «solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea», mentre non sussiste alcun obbligo di questo tipo a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento che possa considerarsi «definitivo»[35].

Il concetto di "giurisprudenza consolidata" troverebbe fondamento nella stessa Convenzione e, più precisamente nell'art. 28, come modificato, nel 2004, dall'art. 8 del Protocollo n. 14[36], e non sussisterebbero particolari dubbi sul fatto che un "*well-established case-law*" si identifichi normalmente in un "*case-law which has been consistently applied by a Chamber*". Il carattere consolidato di un certo orientamento della giurisprudenza di Strasburgo,

[34] Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236, punto 9 del *Considerato in diritto*. V. anche Corte cost., 9 novembre 2011, n. 303, punto 4.2. del *Considerato in diritto*; Corte cost., 19 novembre 2012, n. 264, punto 4.1. del *Considerato in diritto*.

[35] Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[36] Art. 28 CEDU. Competenza dei comitati: «1. Un comitato investito da un ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 può, con un voto unanime, a dichiararlo irricevibile o radiarlo dal ruolo quando una siffatta decisione può essere adottata senza esame preliminare; oppure a dichiararlo ricevibile e pronunziare contestualmente una decisione in merito quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli che è all'origine del caso, è oggetto della giurisprudenza consolidata della Corte».

ovviamente, non emergerebbe sempre in maniera evidente, ma la sentenza n. 49 del 2015 indica, in via esemplificativa, alcuni indici in grado di orientare il giudice nazionale nella ricerca di un diritto consolidato: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano»[37].

Si tratta di indicazioni che molti hanno ritenuto insufficienti[38] e, più in generale, alcuni hanno rinvenuto nella sentenza n. 49 del 2015 una sorta di "paura" nei confronti dei diritti umani[39] o, addirittura, un nazionalismo o un patriottismo ingenuo e infecondo[40].

Le cadenze della pronuncia in questione, in realtà, non risultano così eccentriche, se collocate nel più contesto della giurisprudenza costituzionale. Il riferimento è soprattutto alla c.d. *dottrina del diritto vivente*, alla quale è stato affidato negli ultimi decenni il gravoso compito di meglio definire il rapporto tra la Corte costituzionale e i giudici comuni: la Consulta "si impegna" a tener conto della giurisprudenza consolidatasi in riferimento alla norma oggetto della questione di legittimità costituzionale e, quindi,

[37] Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[38] Per tutti, F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2/2015, 339.

[39] F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope,* cit., 334.

[40] A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2/2015, 330 e 331.

a valorizzare il diritto che "vive" nella interpretazione dei giudici comuni, abbandonando la pretesa di reinterpretarlo in funzione adeguatrice e considerandolo, anzi, un limite all'ampiezza del proprio scrutinio[41].

Così come il diritto consolidato, anche la categoria del diritto vivente presenta una serie di criticità evidenti, dovute anzitutto alla flessibilità di una formula pronta a trasformarsi in malleabile argilla a seconda delle esigenze che di volta in volta vengono in considerazione. Si tratta però, questo è il punto, di approdi affatto rivoluzionari che, lungi dal rappresentare lo strumento di difesa messo in campo dalla Corte costituzionale per resistere all'avanzata dell'europeizzazione del diritto (penale), individuano piuttosto l'esito fisiologico di una teoria dell'interpretazione sempre più focalizzata non sulle *disposizioni* ma sulle *norme*, intendendo queste ultime come il significato attribuito al segno linguistico attraverso l'attività di quell'interprete "qualificato" che è il giudice.

La sentenza n. 49 del 2015, ad ogni modo, si "assume la responsabilità" di ridefinire i rapporti di forza tra la CEDU-Corte di Strasburgo e la Costituzione-Corte costituzionale. In uno dei passaggi più evocativi della pronuncia, i giudici costituzionali, pur confermando nella sostanza le premesse da cui muovevano le prime sentenze gemelle, precisano che «sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si "esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto" (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso

[41] Per le necessarie indicazioni, A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, 2020, 231 ss.

nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento»[42].

3.1 *Il rinvio mobile dell'art. 35-*ter *ord. penit. all'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*

I giudici, quindi, come ribadito dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, sono soggetti soltanto alla legge, come stabilisce l'art. 101 Cost.

La questione diviene più complessa se è proprio la legge a rendere vincolante, per il giudice nazionale, alcune indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte EDU. Questa situazione si è registrata a seguito di una recente riforma della legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 345 del 1975), che, utilizzando un'inedita tecnica legislativa, ha effettuato un rinvio mobile (o formale) all'art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti»), precisando che lo stesso debba essere inteso secondo l'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo.

Il riferimento, più esattamente, è all'art. 35-*ter* ord. penit., introdotto nel 2014 nell'ambito di un più ampio intervento legislativo con il quale l'Italia si adeguava a quanto richiesto dalla sentenza Torreggiani, per risolvere il problema strutturale del sovraffollamento nelle strutture penitenziarie.

Il primo comma dell'art. 35-*ter* ord. penit. stabilisce la possibilità di ottenere un risarcimento del danno, nel caso in cui, dall'inosservanza delle disposizioni contenute nella legislazione penitenziaria, derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti: il pregiudizio in questione, questo è il punto, deve consistere in condizioni di detenzione, protrattesi per almeno quindici giorni, tali da violare l'art. 3 CEDU, «come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

[42] Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 del *Considerato in diritto*. Per una efficace sintesi dei "nuovi" equilibri tra la Corte costituzionale e la Corte EDU, v. G. Pistorio, voce *Corte costituzionale e CEDU*, in *www.treccani.it*, 2019.

La Corte EDU, con una giurisprudenza complessa ed eterogenea, ha da tempo chiarito che dal sovraffollamento carcerario possa certamente derivare una violazione dell'art. 3 CEDU e, in particolare, del divieto di prevede e di pene o trattamenti inumani o degradanti. La formulazione generale (o, forse, generica) dell'art. 3 CEDU, che si limita a stabilire un divieto di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti, impone necessariamente un confronto con la preziosa opera di "concretizzazione interpretativa" svolta dalla Corte di Strasburgo. La scelta di esplicitare che l'art. 3 CEDU debba essere inteso secondo l'interpretazione offertane dai giudici di Strasburgo, tuttavia, pone diversi ordini di criticità.

Anzitutto, la giurisprudenza europea in materia di sovraffollamento carcerario non risulta sempre univoca, mostrando altresì significative evoluzioni nel corso degli anni: una delle questioni più controverse, per esempio, attiene ai criteri di calcolo dello spazio minimo vitale da assicurare a ciascun detenuto affinché possa escludersi una condizione di sovraffollamento.

Con la sentenza *Muršić c. Croazia*, in particolare, la Corte EDU ha precisato (e, in parte, mutato) il proprio orientamento, stabilendo che una violazione dell'art. 3 della Convenzione possa derivare solo da una valutazione "complessa", che tenga in considerazione fatto quantitativi (ma anche) qualitativi.

Ciascuna cella, chiariscono i giudici di Strasburgo, deve rispondere a tre requisiti minimi: a) una superficie di almeno tre metri quadri per detenuto; b) uno spazio individuale per dormire; c) la possibilità di muoversi liberamente all'interno della cella stessa. Se una o più tra queste condizioni non sono soddisfatte, ne deriva una *forte presunzione* (*strong presumption*) *di violazione* dell'art. 3 CEDU, che però non è assoluta. Potrebbero valorizzarsi, infatti, altri fattori, capaci di "compensare" la gravità della condizione: i *fattori compensativi* in questione sono costituiti, per esempio, dalla breve durata della detenzione, dalle possibilità di svolgere delle attività all'esterno della cella, dalle adeguate condizioni di detenzione della struttura carceraria (illuminazione, l'areazione, lo stato dei servizi igienici). Qualora, poi, lo spazio a disposizione del singolo detenuto risulti compreso tra tre e quattro metri quadri, una

violazione dell'art. 3 CEDU può ritenersi sussistente solo quando siano ravvisabili altre inadeguate condizioni detentive. Se, infine, lo spazio è superiore ai quattro metri quadri, l'eventuale violazione dei diritti del detenuto derivare solo da altri fattori, diversi dal sovraffollamento[43].

La sentenza *Muršić c. Croazia*, però, non ha chiarito, in maniera univoca, la questione relativa ai criteri di computo dello spazio disponibile. Si rendeva necessario precisare, tra l'altro, se il limite dei tre metri quadri dovesse calcolarsi detraendo (o meno) lo spazio occupato dagli arredi fissi al suolo, come i letti a castello: i giudici di Strasburgo, in effetti, avevano ritenuto che il calcolo della superficie disponibile nella cella dovesse includere lo spazio occupato dai mobili. Chiamate a risolvere un contrasto interpretativo registratosi al riguardo, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno ritenuto che la Corte EDU, affermando che il calcolo della superficie disponibile nella cella debba includere lo spazio occupato dai "mobili", intenda riferirsi soltanto agli "arredi che possono essere facilmente spostati da un punto all'altro della cella": dovrebbe quindi escludersi dal calcolo lo spazio occupato dagli arredi fissi, tra cui rientra anche il letto a castello. Con la stessa pronuncia, poi, i giudici di legittimità precisano che i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono alla valutazione unitaria delle condizioni di detenzione

[43] Corte EDU, 12 marzo 2015, *Muršić c. Croazia*, n. 7334/13, su cui F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora scoperchiato: 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, Muršič c. Croazia*, in *Arch. Pen*, n. 3/2015; A. Della Bella, *Il divieto relativamente assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, 783 ss.

richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen.[44].

L'introduzione dei fattori compensativi, come strumento che consente di temperare l'automatismo derivante dalla mera operatività della soglia quantitativa dei tre metri quadri consente, indubbiamente, di effettuare una valutazione complessa, capace di adattarsi alle specificità del singolo caso. Il criterio in questione, però, rende più complesso l'operato del giudice, ponendo, quindi, il rischio di esiti differenziati pur a fronte di situazioni analoghe[45].

Con particolare riguardo al rinvio mobile all'art. 3 CEDU contenuto nell'art. 35-*ter* ord. penit., il giudice nazionale è chiamato anche a un'opera di (sempre agevole) "interpretazione sistematica" della giurisprudenza europea. Il giudice nazionale, detto altrimenti, in conseguenza del rinvio mobile contenuto nell'art. 35-*ter* ord. penit., sarebbe costretto a un aggiornamento continuo e per nulla scontato, confrontandosi con pronunce alluvionali, riferite a Paesi anche diversi dall'Italia e spesso di difficile lettura. Si tratta, a ben vedere, di un aspetto cruciale: come efficacemente evidenziato, «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»[46].

A monte, poi, restando sul versante della "mera" tecnica legislativa, si tratta di chiarire se il rinvio in questione risultasse necessario o, almeno, utile, al fine di rafforzare gli strumenti di tutela a disposizione delle persone detenute.

La precisazione contenuta nell'art. 35-*ter* ord. penit., in effetti, risulta, per un verso, inutile e, per altro verso, potenzialmente fuorviante.

[44] Cass., Sez. un. pen., 24 settembre 2020, n. 6551. Per un commento della pronuncia, 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.; 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.

[45] A. Menghini, *Carcere e Costituzione*, op. cit., 271 ss.

[46] A. Menghini, *Carcere e Costituzione*, op. cit., 273.

L'esplicito riferimento alla giurisprudenza europea è inutile nella misura in cui si ritenga, come in effetti sembra preferibile, che una disposizione, specie se "di principio" come quelle contenute nella CEDU, necessiti, in maniera fisiologica, di essere concretizzata per il tramite di un'interpretazione "qualificata": si tratta di una premessa ovvia, che non necessita di essere esplicitata, almeno per chi muove da certe premesse in materia di interpretazione giuridica. È come se, *mutatis mutandis*, l'art. 25, secondo comma, Cost. precisasse che nessuno può essere punito se non in forza di una legge, come interpretata da coloro che sono chiamati ad applicarla.

Si tratta, inoltre, di un riferimento potenzialmente fuorviante, perché l'individuazione, per via legislativa, del solo interprete "autorizzato"' e/o "gerarchicamente sovraordinato" rischia di svalutare il ruolo dell'interprete nazionale e di condurre a una vera e propria eterogenesi dei fini. Potrebbe accadere, infatti, che dalla giurisprudenza domestica si ricavi una lettura dell'art. 3 CEDU più favorevole di quella offerta dalla Corte di Strasburgo. Le Sezioni unite della Corte di cassazione, proprio confrontandosi con questa possibile criticità derivante dall'art. 35-*ter* ord. penit., hanno ritenuto che, in questo caso, il giudice nazionale non potrebbe adottare un'interpretazione dell'art. 3 della CEDU differente da quella consolidata fornita dalla Corte EDU, restando aperta la sola via della questione di legittimità costituzionale[47]. Queste conclusioni, a ben vedere, risultano per certi aspetti paradossali, anche perché confliggenti con canone del *maximum standard* di garanzia, secondo il quale, come del resto si ricava dall'art. 53 CEDU, le garanzie convenzionali sono applicabili se in quanto comportino un innalzamento rispetto al livello già ricavabile dal diritto nazionale[48].

[47] Cass., Sez. un. pen., 19 febbraio 2021, n. 6551, punto 10 del *Considerato in diritto*.

[48] Art. 53 CEDU. Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte». Nella giurisprudenza costituzionale, per tutte, Corte cost.,

La questione potrebbe apparire ridimensionata posto che, come osservato dalla stessa Corte di cassazione, si è registrata, fino a questo momento, una sostanziale coincidenza di contenuto tra la norma costituzionale e quella convenzionale[49]. Trattandosi di diritti fondamentali, però, non sembra del tutto soddisfacente accontentarsi del semplicistico induttivismo riassunto nella logica del "fino a questo momento le cose sono andate bene": resta più rassicurante, cercare rifugio nei principi generali, capaci di restare intatti anche (e soprattutto) a fronte della strutturale e ineliminabile mutevolezza del "diritto giurisprudenziale".

16 novembre 2009, n. 311, punto 6 del *Considerato in diritto*: «sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53».

[49] Cass., Sez. un. pen., 19 febbraio 2021, n. 6551, punto 10 del *Considerato in diritto*.

Dario Di Cecca – Anna Maratea – Francesco Severa

*Genitore detenuto e interesse del figlio minore: la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinquies *o.p., tra dovere di cura e risocializzazione. Laboratorio*

Sommario: 1. Il caso del laboratorio sulle misure *extra moenia.* – 2. La disciplina delle misure alternative alla detenzione per i genitori di prole in tenera età. – 3. La genitorialità nella prospettiva della detenzione domiciliare: spunti di riflessione. – 4. Paternità e maternità: la prospettiva risocializzante del dovere dei genitori alla cura del figlio minore.

1. *Il caso del laboratorio sulle misure* extra moenia

Tizio è detenuto presso la locale Casa circondariale per espiare la pena definitiva di anni due e mesi sette di reclusione per i delitti di furto aggravato (art. 625 c.p.), furto in appartamento e furto con strappo (art. 624-*bis* c.p.), attività di gestione di rifiuti non autorizzata (art. 256 del d.lgs. n. 152/2006). Lo stesso detenuto, prima della carcerazione, conviveva *more uxorio* con Caia e con la figlia Sempronia, di sei anni, nata nell'ambito della detta convivenza. La bambina è, attualmente, impegnata nell'ordinaria attività scolastica dalle ore 08.20 alle ore 13.20, tutti i giorni della settimana. Fin dalla nascita della figlia era stato il padre ad occuparsi del sostentamento familiare. Con il trasferimento del padre in carcere, Caia e Sempronia vivono da sole, ma nel medesimo stabile del padre di Tizio, nonno della bambina, di anni sessantadue, non in buone condizioni di salute. Caia ha ricevuto, di recente, una proposta di lavoro da parte della società GKG s.r.l., con sede nella sua città di residenza, la quale gestisce un supermercato. La proposta di lavoro riguarda la sottoscrizione di un contratto a tempo determinato, con decorrenza dal 1° novembre

2022 al 1° novembre 2025, con assunzione a titolo di «commessa» e per un orario di lavoro di quaranta ore settimanali, dalle ore 12.00 alle ore 20.00, dal lunedì al sabato. Non vi sono altre persone, tra i familiari conviventi, che potrebbero occuparsi, in maniera continuativa e puntuale, di accudire la bambina ove la madre dovesse accettare la detta proposta di lavoro. Tizio vorrebbe allora verificare la possibilità di accedere a forme alternative di detenzione che gli permettano di accudire la figlia quando Caia sarà impegnata a lavoro.

Quesito: Si chiede ai corsisti di rilevare i profili problematici del caso, con particolare riguardo: (a) alla compatibilità dello stato di detenzione con il pieno esercizio della responsabilità genitoriale; (b) all'individuazione di quelle forme alternative di esecuzione della pena specificatamente previste per far fronte alle esigenze familiari dei detenuti, soprattutto con riferimento ai presupposti e alle condizioni di concessione da parte del magistrato; (c) alle differenze di trattamento tra padre detenuto e madre detenuta, sempre riguardo alle dette forme di esecuzione alternativa. All'esito, indicare le possibili soluzioni del caso.

2. *La disciplina delle misure alternative alla detenzione per i genitori di prole in tenera età*[1]

La detenzione domiciliare è una delle misure alternative alla detenzione, ovvero di quelle forme alternative di esecuzione della pena detentiva, previste dal nostro ordinamento. Tale misura è disciplinata dall'art. 47-*ter*, inserito nella legge 26 luglio 1975, n. 354 dall'art. 13, comma 1 della legge 10 ottobre 1986, n. 663. La c.d. "legge Gozzini", infatti, in un'ottica di decarcerarizzazione e umanizzazione della pena, aveva previsto l'ampliamento dell'ambito applicativo delle misure alternative alla detenzione e l'introduzione di nuovi istituti rispetto a quelli originariamente contemplati dalla legge del 1975. In seguito, la norma è stata modificata dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. Legge Simeone - Saraceni), che

[1] Ad opera dell'Avv. Dario Di Cecca.

ha ampliato la possibilità di fruire di questa modalità alternativa di espiazione della pena detentiva.

L'art. 47-*ter* prevede che, qualora sussistano determinati requisiti, la persona condannata possa chiedere l'esecuzione della pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, o in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza, o presso case famiglia protette. Si tratta di una norma imperniata non tanto sul fine rieducativo della pena sancito dall'art. 27 comma 3 della Costituzione – poiché, per la sua natura, al beneficiario non possono presentarsi le stesse occasioni di risocializzazione e interventi di sostegno disponibili in abito intramurario – ma concepita piuttosto come misura a valenza umanitaria, diretta a tutelare quelle categorie di soggetti che possono trovarsi in condizioni personali di vulnerabilità, per i quali l'esecuzione della pena in carcere costituirebbe una sofferenza non tollerabile, come nel caso di genitori con prole in tenera età.

In particolare, il comma 1, così come modificato dall'art. 7 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, stabilisce che «La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di:

a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente;
b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; […]».

Tra le varie ipotesi contemplate dalla norma, dunque, vi sono delle previsioni che riguardano persone detenute che abbiano prole in tenera età e volte a garantire al bambino una assistenza genitoriale continuativa in ambiente familiare o comunque extramurario, seppure con una disciplina di maggior favore nei confronti della madre.

La detenuta, infatti, potrà accedere a tale misura se incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente,

a condizione di avere una condanna da scontare non superiore a quattro anni (anche residua) e con l'unica preclusione di non dovere essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza, né di essere mai stata destinataria dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 99 del codice penale (recidiva).

L'art. 3 comma 1 della legge 21 aprile 2011, n. 62, recante norme sulla "Tutela del rapporto fra detenute madri e figli minori", ha modificato il comma 1 dell'art. 47-*ter* o.p., aggiungendo, tra i luoghi alternativi di espiazione della pena, anche le case famiglia protette[2].

Originariamente, l'art. 47-*ter* non conteneva riferimenti al detenuto padre di prole in tenera età. Sul punto, era intervenuta la Corte costituzionale, con sentenza n. 215 del 13 aprile 1990, rilevando come il riconoscimento della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinato il matrimonio, rendeva discriminatoria tale norma laddove veniva riconosciuto soltanto alla madre, mediante la concessione della detenzione domiciliare, il diritto-dovere di assistere la prole, negando implicitamente all'altro genitore l'esercizio dello stesso diritto e l'adempimento dell'identico dovere, quanto meno nel caso in cui la madre venisse a mancare o fosse assolutamente impossibilitata ad espletare quel compito. Pertanto, recependo le indicazioni della Consulta, l'art. 4 della legge 27 maggio 1998, n. 165 ha modificato l'art. 47-*ter* o.p. estendendo anche al padre l'accesso a tale misura alternativa.

Tuttavia, appare evidente come le due figure genitoriali non siano poste sullo stesso piano. Innanzitutto, la norma prevede che il padre abbia l'esercizio della potestà genitoriale, escludendone, nei fatti, l'applicazione nei casi non infrequenti in cui egli abbia riportato delle condanne che ne comportino la cessazione. Inoltre il padre può accedere alla misura alternativa solo qualora

[2] Nel tempo, l'Amministrazione penitenziaria ha stipulato due convenzioni relative all'attivazione di case famiglia ai sensi dell'art. 4 della l. 62 del 2011: una struttura con sede a Milano, nata dalla collaborazione tra il Provveditorato regionale della Lombardia e l'Associazione "Ciao", già funzionante sul territorio dal 1995 e successivamente aperta alle donne detenute e ai loro figli, e la "Casa di Leda", con sede a Roma, frutto dalla collaborazione tra l'Amministrazione penitenziaria, il Comune di Roma e la Regione Lazio, inaugurata nel 2017, presso una struttura confiscata alla mafia.

dimostri l'assoluta impossibilità per la madre di occuparsi dei figli.

D'altra parte, il fatto che la vigente disciplina, dettata sia dal codice di procedura penale (art. 275, comma 4) che dalla legge n. 354 del 1975, sia orientata nel senso di assicurare in via primaria il rapporto del minore con la madre è stato evidenziato dalla stessa Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 17 del 2017), mediante il richiamo ad una consolidata giurisprudenza di legittimità[3]. Infatti anche il codice di procedura penale, nella materia delle misure cautelari, valorizza il rapporto genitoriale del minore sino all'età di sei anni con particolare riguardo alla madre. La protezione, originariamente limitata alla fase di allattamento, in un primo momento era stata estesa, con la legge 8 agosto 1995, n. 332, fino all'età di tre anni della prole e successivamente, in forza della legge n. 62 del 2011, all'età di sei anni.

Questo approccio di maggiore garanzia nei confronti della madre detenuta, d'altra parte, può essere riscontrato anche nell'istituto del differimento dell'esecuzione della pena detentiva, sia nelle ipotesi previste dall'art. 146 (rinvio obbligatorio) che dall'147 (rinvio facoltativo) del codice penale. Nelle ipotesi tassativamente elencate in questi due articoli lo Stato rinuncia, anche se temporaneamente, alla propria pretesa punitiva, ritenendo prevalente la tutela di beni giuridici di rango costituzionale come la salute e la famiglia, in modo da evitare che l'inizio o la continuazione dell'espiazione della pena possano comportare un danno nei confronti del condannato.

[3] Nella sentenza n. 17 del 2017 la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale sull'art. 275, comma 4 del codice di procedura penale, avente ad oggetto i criteri di scelta della misura cautelare, rileva come, secondo la giurisprudenza di legittimità, la *ratio* del divieto legislativo di applicazione della misura cautelare carceraria, in presenza di minori di età inferiore ai sei anni, risiede nella necessità di salvaguardare la loro integrità psicofisica, dando prevalenza alle esigenze genitoriali ed educative su quelle cautelari, garantendo così ai figli l'assistenza della madre, in un momento particolarmente significativo e qualificante della loro crescita e formazione (cfr. Corte cass., VI sez. penale, sent. n. 35806 del 2015; Corte cass., VI sez. penale, n. 29355 del 2014; Corte cass., I sez. penale, n. 4748 del 2013; Corte cass., V sez. penale, n. 8636 del 2008).

L'art. 146 c.p. è stato modificato dalla legge n. 40 dell'8 marzo 2001, la quale, con l'obiettivo di garantire una maggiore tutela dell'infanzia anche assicurando alla prole delle condannate l'assistenza materna in modo continuativo e in un ambiente familiare e l'abolizione della carcerazione degli infanti, ha apportato delle correzioni alle prime due ipotesi del differimento obbligatorio, prolungando l'età dell'infante da sei mesi ad un anno per la concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena e inserendo fra i motivi che portano alla non operatività del differimento o alla sua revoca anche l'ipotesi in cui la madre fosse stata dichiarata decaduta dalla potestà del figlio. Recentemente, tale disciplina è stata oggetto di proposte di modifica da parte del Governo, volte a rendere, in determinati casi, tale rinvio facoltativo anziché obbligatorio[4].

L'art. 147 comma 1 n. 3 c.p. si pone in rapporto subordinato e sussidiario rispetto al rinvio obbligatorio disciplinato dall'art. 146 c.p. Modificando la previgente normativa, la legge n. 40 del 2001 ha esteso il periodo del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena da parte della madre (aumentandolo a tre anni) e, nell'ipotesi di cui al comma 1 n. 3 dell'art. 147 c.p., ha eliminato l'ipotesi della «possibilità di poter affidare il bambino ad altra persona» come motivo di non concessione del rinvio. Nell'attuale formulazione della norma, infatti, l'affidamento del minore è specificamente in-

[4] Il Consiglio dei Ministri il 16 novembre 2023 ha approvato tre disegni di legge che introducono nuove norme in materia di sicurezza pubblica, tutela delle forze di polizia e delle vittime dell'usura e dei reati di tipo mafioso, valorizzazione della specificità del Comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico e di funzionalità dell'amministrazione civile dell'interno, riordino delle funzioni e dell'ordinamento della polizia locale. Le modifiche interessano anche le norme relative al rinvio della pena per donne incinte e madri di bambini fino a un anno di età, in modo da rendere tale rinvio facoltativo anziché obbligatorio. In tal modo, si vorrebbe allineare la norma a quella che già prevedeva il rinvio facoltativo per le madri di bambini tra uno e tre anni di età. Si prevede, comunque, che la madre con figlio tra uno e tre anni possa scontare la pena, in alternativa rispetto all'istituto penitenziario "ordinario" (come è attualmente previsto), anche presso l'istituto a custodia attenuata per detenute madri (ICAM). Nell'ipotesi di donne incinte e madri di prole fino a un anno, ove si escluda il differimento della pena per grave pericolo, si prevede sempre e comunque l'esecuzione della pena presso gli istituti a custodia attenuata (cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 59 del 16/11/2023: *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/CDM_59.pdf*.

dicato nel comma 3 come uno dei motivi di revoca del beneficio, oltre alla morte del figlio, il suo abbandono e la decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale.

L'art. 3 della legge n. 40 del 2001 ha, inoltre, previsto una ulteriore e ancora più incisiva modifica dell'ordinamento penitenziario, inserendo la misura alternativa della detenzione domiciliare speciale, disciplinata dall'art. 47-*quinquies* della legge n. 354 del 1975[5].

Con tale beneficio si è voluto consentire alle condannate, madri di bambini di età inferiore agli anni dieci e, in alcuni specifici casi, ai padri, di espiare 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 all'assistenza dei figli.

La detenzione domiciliare speciale può essere concessa, infatti, quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-*ter* (ovvero qualora la pena da espiare sia superiore ai quattro anni), solo se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. Vi può essere ammessa, se ha espiato almeno un terzo della pena, o almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo, la madre di bambini di età inferiore ad anni dieci, con lei conviventi.

L'art. 3 della legge n. 62 del 2011 ne ha esteso l'efficacia aggiungendo il comma 1-*bis* all'art. 47-*quinquies* che consente l'espiazione dei minimi di pena richiesti per accedere al beneficio (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) 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 ad espiare la

[5] F. Martin, *Profili di illegittimità costituzionale della detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies O.P.*, in "Giurisprudenza Penale Web", 2/2022; M.G. Pavarin, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012; L. Degli Innocenti, F. Faldi, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010; L. Cesaris, *Commento all'art. 47-quinquies*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *L'ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011.

pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite. Tale possibilità resta comunque preclusa alle madri condannate per taluno dei delitti previsti dall'articolo 4-*bis* o.p.

Il comma 7 dell'art. 47-*quiquies* estende anche al padre detenuto la possibilità di ottenere la detenzione domiciliare speciale, alle stesse condizioni previste per la madre. Tuttavia, sono stabiliti degli ulteriori e più stringenti requisiti: il detenuto vi potrà accedere solo se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre.

Anche la formulazione di quest'ultima norma dimostra come, nonostante nel corso del tempo il legislatore abbia cercato di potenziare la tutela del rapporto genitoriale in favore di soggetti minori di tenera età, tuttavia, sia nei codici di diritto penale e procedura penale che nella legge sull'ordinamento penitenziario, abbia ritenuto "residuale" la tutela del lato paterno della genitorialità.

3. *La genitorialità nella prospettiva della detenzione domiciliare: spunti di riflessione*[6]

La lettura degli articoli 47-*ter*, co. 1 lett. a) e b) e 47-*quinquies* della legge n. 354/1975 – che disciplinano rispettivamente la detenzione domiciliare per la madre e il padre *in vinculis* e la detenzione domiciliare speciale destinata alla sola madre detenuta – evidenzia una serie di criticità che consentono di allargare la riflessione oltre i confini strettamente giuridici. Il *fil rouge* che traccerà il solco del presente paragrafo è rappresentato dal diverso modo di considerare la genitorialità nel corso dell'esecuzione penale, a partire da queste due disposizioni, a seconda che si tratti di madre, padre o coppie omogenitoriali; a tal fine, verranno brevemente esaminate tre questioni rappresentative di altrettanti elementi problematici della legislazione penitenziaria: in primo luogo, l'attenzione riservata alla specificità dell'identità di donna (detenuta) principalmente nello *status* di madre; in secondo luogo,

[6] Ad opera della Dott.ssa Anna Maratea.

la differenza di trattamento tra padre e madre *in vinculis*; infine, la totale assenza di previsioni destinate ai genitori facenti parti di un nucleo familiare omosessuale.

Del contenuto specifico delle norme è stato detto nel paragrafo precedente; di seguito, invece, lo scopo è quello di porre l'accento sulle criticità già accennate in apertura, al fine di incoraggiare una riflessione più ampia sui temi che si proporranno, senza alcuna pretesa di esaustività.

Il contesto spaziale entro cui collocare il discorso non può che travalicare i confini del carcere con la necessità di estendere lo sguardo non soltanto alla dimensione dell'esecuzione penale esterna, ma a quella del mondo libero. Ciò in quanto, l'esecuzione penale – tanto *intra moenia*, quanto, a maggior ragione, *extra moenia* – non costituisce un luogo impermeabile ai mutamenti sociali che interessano la realtà al di fuori delle mura penitenziarie. Tra l'altro, il futuro reinserimento dei soggetti destinatari di una condanna penale costituisce fondamento e finalità della pena stessa; pertanto, la sua esecuzione dovrebbe riflettere quanto più possibili i tratti – verosimilmente quelli più virtuosi – della vita della società esterna, così come previsto all'articolo 5 delle Regole penitenziarie europee del 2006: «la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera»[7].

La genitorialità in carcere non costituisce certo una vicenda marginale: al 30 giugno 2023, su un totale di 57.525 detenuti ristretti in quel momento, erano 26.607 quelli con almeno un figlio all'esterno[8]; a conti fatti, i figli di genitori ristretti sono oltre 60.200[9].

Tale questione, da un lato, evoca il più ampio tema della famiglia e delle sue diverse definizioni alla luce dei mutamenti sociali;

[7] Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee adottata dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006.

[8] Si veda: Ministero della Giustizia - Sezione Statistiche - Detenuti per numero di figlio: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST436579*.

[9] Dato di nostra elaborazione sulla base dei dati forniti dal Ministero della Giustizia - Sezione Statistiche - Detenuti per numero di figlio: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST436579*.

dall'altra, rimanda ai diversi ruoli che vengono socialmente attribuiti alle identità che vivono l'esperienza genitoriale.

La nostra Costituzione definisce la famiglia come «società naturale»[10]; tuttavia, a seconda delle diverse epoche cui si fa riferimento, il suo modo di essere è fortemente condizionato dall'organizzazione sociale propria della società di cui fa parte[11]. Di conseguenza, rappresentando l'istituzione che nel corso del tempo ha subito maggiori trasformazioni a seconda del tempo e dello spazio in cui viene, di volta in volta, inquadrata, non è possibile individuare «un nucleo immutabile, riscontrabile in qualsiasi entità definita come famiglia»[12].

In tempi più recenti, le trasformazioni che hanno interessato l'esperienza familiare riguardano, in primo luogo, il ruolo paritario che uomo e donna hanno assunto nella coppia; soprattutto queste ultime, «hanno incominciato a ritenere l'esperienza familiare un momento importante ma non esclusivo della propria realizzazione personale e della propria esperienza di vita cosicché entrambi i coniugi (ma soprattutto la donna) non si annullano più nella coppia ma continuano a mantenere la propria individualità e ad assumere un ruolo paritario nelle decisioni e nel *ménage* familiare»[13]. In secondo luogo, il vincolo matrimoniale non costituisce più l'unica modalità attraverso cui costituire una famiglia[14]; ad esempio, con specifico riferimento all'Italia, la legge 20 maggio 2016, n. 76 (cosiddetta "Legge Cirinnà") ha istituito, da un lato, l'unione civile

[10] Cfr. Art. 29, Cost.

[11] Per un'esaustiva disamina dell'evoluzione del concetto di famiglia, si veda L. Pannarale, *La Famiglia*, in G. Campesi, L. Pannarale, I. Pupolizio, *Sociologia del diritto*, Firenze, 2017, 105-123.

[12] L. Pannarale, *op. cit.*, 106-107.

[13] *Idem.*

[14] «L'esercizio della funzione genitoriale prescinde dal vincolo matrimoniale considerato come unico istituto che consente il riconoscimento legale/sociale della relazione coniugale. Il rimando è al caso delle coppie di fatto con figli nati all'interno di tale tipologia coniugale, oppure alle situazioni di separazione/divorzio in cui la rottura dell'asse matrimoniale non determina di per sé l'interruzione della capacità genitoriale»: così, A. Taurino, *Famiglie e genitorialità omosessuali. Costrutti e riflessioni per la disconferma del pregiudizio omofobico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia e Psicologia*, Vol. III, n. 1, 2012, 68.

tra persone dello stesso sesso e, dall'altro, la cosiddetta convivenza di fatto[15].

Sotto il primo profilo, la parità tra coniugi e nei confronti della prole[16] è divenuta regola giuridica con la riforma del diritto di famiglia del 1975[17]. Tuttavia, nell'ordinamento penitenziario del 1975, nonostante il formale riconoscimento dell'uguaglianza «senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere»[18], questa pare essere nient'altro che una vuota enunciazione di principio priva di un adeguato apparato normativo finalizzato all'effettiva riduzione delle disuguaglianze materiali per sesso e genere.

Per comprendere ciò, in prima battuta, è necessario soffermarsi brevemente sul modo in cui l'identità di donna (non) viene trattata dalla legge n. 354 del 1975.

Come si diceva in apertura, la donna come oggetto e soggetto del diritto penitenziario è tale per lo più (o soltanto) in relazione ad una sua condizione specifica: quella di madre. Sono «i soli articoli 14, in materia di ubicazione delle donne e loro netta separazione dagli uomini, e 42-*bis* in materia di traduzioni […] a occuparsi della donna in quanto donna e non del solo caso della donna-madre»[19]. L'esiguità della presenza di donne ristrette nelle carceri italiane[20], inevitabilmente si traduce in una minore atten-

[15] Cfr. art. 1 e 36, l. 76/2016.

[16] Oltre a garantire la tutela giuridica dei cd. "figli illegittimi", nati cioè al di fuori del matrimonio.

[17] Cfr. l. 151/1975. E ancor prima principio enunciato all'art. 29 della Costituzione «Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare […]».

[18] Cfr. art. 1, l. 354/1975.

[19] P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in M. Ruotolo-S.Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. II, Napoli, 2019, 212-213

[20] «La presenza delle donne detenute nelle carceri italiane si attesta da molti anni poco sopra il 4% del totale della popolazione detenuta. Se all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, quando il numero complessivo delle persone detenute era poco più della metà di quello odierno, la percentuale femminile superava di poco il 5% del totale dei reclusi, essa è ormai ferma da molti anni attorno all'attuale 4,2%»: così, S. Marietti, *I numeri della detenzione femminile*, in *Antigone. Primo rapporto sulle donne detenute in Italia*, 2023, *https://www.rapportoantigone.it/primo-rapporto-sulle-donne-detenute-in-italia/i-numeri-della-detenzione femminile/*.

zione legislativa alla specificità dei bisogni delle stesse. Volgendo lo sguardo oltre i confini del mondo penitenziario evidentemente pensato e declinato al maschile, anche il diritto positivo – aldilà del mero riconoscimento formale dei "diritti delle donne" – «si è sempre basato su un'idea di universalismo direttamente emanata da un "Uno" neutro e maschio, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo»[21]. E un diritto incapace di assumere una prospettiva di genere non può che determinare la produzione e riproduzione di stereotipi che nel contesto penitenziario si manifesta nell'equiparazione di "essere donna" a "essere madre", per di più, come unica insignita del ruolo di cura della prole.

Infatti – passando alla seconda componente problematica – l'articolo 47-*ter*, co. 1, lett. b), o.p., come si è avuto modo di illustrare in precedenza, affinché un padre detenuto possa accedere alla misura alternativa in oggetto, pone come condizione necessaria il decesso o l'assoluta impossibilità della madre di dare assistenza alla prole[22].

In applicazione del diritto internazionale[23], l'obiettivo della normativa in oggetto è quello di tutelare il "superiore interesse del minore" «a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione»[24]. Quindi la donna-madre-detenuta, in quanto mezzo attraverso cui realizzare il fine – seppur irreprensibile – di prote-

[21] A. Simone, *L'approccio del "femminismo giuridico" come limite ed esperienza del diritto. Un'interpretazione*, in R. De Giorgi (a cura di), *I limiti del diritto. Prospettive di riflessioni e analisi,* 2018, 274.

[22] Cfr. Art. 47-*ter*, co. 1 lett. b), o.p.: «[…] quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

[23] Cfr. Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

[24] Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31 con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, comma 2 c.p., consegua di diritto la perdita della responsabilità genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto; nello stesso senso v. anche Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 239.

zione del minore, continua a rimanere «in secondo piano, sullo sfondo»[25]. Inoltre, non è chiaro perché secondo l'ordinamento penitenziario l'unico modo attraverso cui realizzare tale scopo coincida quasi (se non) esclusivamente con la tutela del rapporto madre-figlio e non venga esteso a quello padre-figlio, tenuto conto che la prole protetta dalla normativa in oggetto è quella di età non superiore a 10 anni; ciò escludendo tutte quelle situazioni parimenti – e opportunamente – tutelate che riguardano la specifica e differente condizione delle donne gestanti e le puerpere. Tra l'altro, la normativa internazionale a protezione del "superiore interesse del minore" in nessun caso specifica che lo stesso corrisponda all'attribuzione di una rilevanza maggiore al rapporto con la madre; anzi, il riferimento è sempre ai "genitori" o comunque sempre "al padre e alla madre". Inoltre, proprio nell'ottica del principio in parola, seppur in una materia differente, il legislatore nazionale ha stabilito che, finanche in caso di separazione dei genitori, deve essere preferito l'affidamento condiviso dei figli minori[26]. Appare evidente che, invece, l'unica conseguenza di tali previsioni sia quella di «irrigidire la differenza in una naturale diversità»[27] rafforzando l'idea che «l'utero non è semplicemente un organo, ma quella cosa che ha il potere di definire la donna»[28]. Inoltre, «ragionare per categorie nel modulare la privazione della libertà, garantendo più o meno accesso alle alternative alla detenzione, andrebbe incontro a inaccettabili violazioni del principio di uguaglianza»[29].

Coerentemente con le previsioni sovranazionali, invece, una soluzione adeguata all'effettiva tutela del figlio minore potrebbe riscontrarsi nell'estensione della concessione al padre-detenuto, sganciandola dalla posizione di subalternità riservata alla madre. Pertanto, ci si chiede se sia ancora ragionevole e razionale operare una distinzione di ruoli all'interno di una coppia rispetto alla cura

[25] P. Gonnella, *op. cit*, 215

[26] Cfr. L. n. 54 del 2006.

[27] G. Zuffa, *Prendere la parola anche in carcere*, in N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, 2019, 26.

[28] F. Bubba, *Preparati a spingere*, Milano, 2023, 21.

[29] S. Marietti, *Non è un carcere per donne: ed è bene che non lo sia*, in Antigone, XVII, n. 2, 2022, 16-17.

dei figli – nel caso di specie, con riferimento all'accesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare – anziché partire dall'apertura destinata alla donna-madre «per sperimentare modelli di decarcerizzazione e de-istituzionalizzazione che possano poi imporsi come generali e ai quali possano accedere anche gli uomini»[30].

Come già osservato, le recenti trasformazioni che hanno interessato il modello familiare impongono di considerare nuovi contesti in cui la funzione genitoriale può realizzarsi: «le funzioni genitoriali possono essere esercitate anche in contesti familiari in cui i ruoli coniugali non sono necessariamente legati alla differenza di genere dei partner»[31]; il riferimento, nel caso di specie, è chiaramente alle famiglie tra persone dello stesso sesso le quali, come si diceva in precedenza, hanno trovato uno specifico riconoscimento nella legislazione nazionale. Tra l'altro, nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo le unioni omosessuali rientrano a pieno titolo nel novero dei modelli familiari. In particolare, a partire dalla sentenza del 24 giugno 2010[32], la Corte ha affermato che la relazione di una coppia omosessuale rientra nella nozione di "vita privata", nonché di quella di "vita familiare". L'ordinamento penitenziario, però, pare non tenere assolutamente conto della multiforme e variegata realtà che la circonda. Infatti, pur non essendo prevista dal diritto vigente la possibilità per le coppie omosessuali di adottare o di ricorrere alla maternità surrogata, si tratta di una realtà che esiste[33]. Inoltre, una spinta di apertura ha visto protagonista la Corte di Cassazione nel 2016 sulla possibilità di

[30] S. Marietti, *op. cit.*, 13.

[31] Cfr. A. Taurino, *Famiglie e genitorialità omosessuali. Costrutti e riflessioni per la disconferma del pregiudizio omofobico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia e Psicologia*, Vol. III, n. 1, 2012, 68.

[32] Caso Schalk e kopf c. Austria, ricorso n. 30141/04

[33] «È possibile rilevare che, stando ai dati relativi al 2010, fanno parte di *Famiglie Arcobaleno-Associazione Genitori Omosessuali,* 449 soci (318 lesbiche e 131 gay), di cui 219 con figli e 215 aspiranti genitori. Nello specifico sono presenti 189 coppie omosessuali, di cui 85 nuclei con figli; i bambini che vivono in nuclei omogenitoriali (relativamente agli iscritti a tale associazione) sono 169, mentre secondo la ricerca *Modi-di* condotta da Arcigay nel 2005 e finanziata dall'Istituto Superiore della Sanità, in Italia sono più di 100.000 i bambini che vivono in famiglie con genitori omosessuali», così A. Taurino, *op. cit.*, 70.

adottare il minore figlio del partner, genitore biologico del minore, nelle coppie omosessuali (cosiddetta *stepchild adoption)*[34]. E dunque, cosa accadrebbe se a proporre istanza di concessione della misura fosse un genitore di una coppia omogenitoriale?

Chiaramente il tema è molto complesso e meriterebbe una disamina ben più approfondita rispetto allo spazio riservato a questa breve riflessione. Ma quel che qui rileva è mettere in luce come dalla lettura delle due previsioni in oggetto, risulti evidente l'inadeguatezza dell'ordinamento penitenziario di dare effettiva tutela perfino ai soggetti cui la stessa è dichiaratamente destinata; oltreché, evidentemente, alle diverse identità coinvolte nel rapporto genitoriale senza determinare una qualche forma di discriminazione fondata sul genere e sulla sessualità di ciascuna e ciascuno.

A partire da queste riflessioni, potrebbe (ri)configurarsi un sistema strutturato su interventi che mirino a destrutturare stereotipi e concezioni stigmatizzanti, anziché reiterarli. E ciò proprio a partire dalla realtà dell'esecuzione penale attraverso la promozione di nuove mentalità e la creazione di buone prassi con l'auspicio di incidere positivamente, una volta tanto, sul mondo esterno anziché assorbirne solo i tratti meno virtuosi.

4. *Paternità e maternità: la prospettiva risocializzante del dovere dei genitori alla cura del figlio minore*[35]

Anche per i motivi suesposti, le norme che disciplinano la detenzione domiciliare, ordinaria o speciale, per la detenuta incinta o madre di prole con età inferiore di dieci anni (e, in caso di sua morte o impossibilità, per il padre esercente la responsabilità genitoriale) sono state oggetto, nel corso del tempo, di numerose pronunce della Corte costituzionale, il cui orientamento interpretativo sembra evidenziare che le *rationes* sottese a tali disposizioni dell'ordinamento penitenziario sono da ricercare nella necessità di tutelare l'interesse del minore a godere dell'affetto e delle cure del genitore.

[34] Cfr. Cassazione civile, sez. I, sentenza 22/06/2016 n. 12962.

[35] Ad opera del Dott. Francesco Severa.

Ciò emerge con chiarezza nella già citata sentenza n. 215 del 1990, che, per prima, ha riconosciuto meritevole di tutela costituzionale la necessità per il figlio minore di godere della possibile assistenza e cura del padre ristretto, quando vi sia un'impossibilità assoluta per la madre. Il dovere di assistenza ai figli minori, infatti, si sostanzia in una obbligazione che ricade parimenti su entrambi i genitori, rispondendo ad un'esigenza di garanzia che è essenzialmente orientata ai bisogni del minore: «se fino a questo punto la tutela dei diritti e dei doveri dei genitori in condizioni di parità, nel generale contesto dei diritti della famiglia, lascia intravedere anche l'interesse tutt'altro che secondario dei figli minori, con il secondo comma dell'art. 31 la protezione dell'infanzia emerge in primo piano come valore centrale, e con essa gli istituti necessari a quella protezione»[36]. Il tema, allora, non è tanto declinare il principio di parità tra i genitori sul versante dei doveri, che non vengono meno quando essi varcano la porta del carcere, ma far emergere un diritto ad una rafforzata protezione del minore che abbia uno o entrambi i genitori sottoposti alla pena detentiva in carcere.

Ecco, soprattutto a partire dalla lettera degli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione, la Consulta ha potuto rilevare come, pur partecipando tale istituto al basilare obiettivo del reinserimento del condannato, in esso «assum[e] un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo»[37].

La speciale garanzia e tutela del detto interesse, che la Corte, come detto, rinviene e invera a partire da plurime disposizioni della Carta del 1948, come anche da alcune specifiche previsioni del diritto internazionale pattizio (rilevano l'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 24, comma 2,

[36] Corte costituzionale, sentenza n. 215 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*

[37] Corte costituzionale, sentenza n. 239 del 2014, punto 8 del *Considerato in diritto*

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), si scontra però con il più generale interesse ordinamentale all'esecuzione della pena detentiva a cui sottoporre la persona che abbia compiuto l'azione criminosa: «l'elevato rango dell'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, tuttavia, non lo sottrae in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono quelli di difesa sociale, sottesi alla necessaria esecuzione della pena. [Tale bilanciamento] in via di principio, è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore (sentenza n. 17 del 2017) e può realizzarsi attraverso regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare contemperata tutela. […] Questa Corte, tuttavia, ha già chiarito che, affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni (ancora, sentenza n. 239 del 2014)»[38]. Con molta efficacia, la Consulta individua una tensione problematica tra contrapposti interessi, entrambi costituzionalmente rilevanti, e sottolinea la necessità di stabilirne un equilibrio, che trova due punti di caduta: (1) in quanto alla cornice procedurale e agli strumenti, nella discrezionalità legislativa (e quindi politica) del Parlamento e (2) in quanto al dato sostanziale, nella valutazione libera del giudice. Il differenziato trattamento detentivo, lo strumento processuale per farne richiesta, la tipologia di condanna che permette di fruirne, il limite di età entro cui al minore può riconoscersi la necessità della presenza materna (genitoriale), sono tutti elementi che spetterà al legislatore dettagliare e al giudice singolarmente vagliare, al fine di inverare quel giusto bilanciamento che la Costituzione richiede.

Un modello aperto e su cui la Corte costituzionale continua ad esercitare un controllo, proprio in ragione del dinamismo della legalità costituzionale, contrapposto al determinismo della legalità

[38] Corte costituzionale, sentenza n. 76 del 2017, punto 2.2 del *Considerato in diritto*. Vedi anche Corte costituzionale, sentenza n. 187 del 2019.

legale. E allora è stato proprio il giudice delle leggi ad eliminare il vincolo dell'età del figlio per la concessione della detenzione domiciliare alla madre detenuta quando questo sia affetto da handicap, poiché «delimitare il beneficio penitenziario in questione in ragione di un parametro meramente anagrafico è costituzionalmente illegittimo quando si tratta di persona gravemente disabile»[39]. Ancora, si deve alla Corte costituzionale l'estensione alla fattispecie speciale della detenzione domiciliare la possibilità di applicazione provvisoria della misura «ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore»[40]. In sostanza, la disciplina della detenzione domiciliare, che – giova ricordarlo – «costituisce non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa, alternativa alla detenzione, o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena»[41], si atteggia, in questo senso, a vera e propria formula di flessibilità del modello punitivo in funzione dell'emersione di un diritto terzo da tutelare, in parziale contrasto con le esigenze di esecuzione della pena.

Non è questa una considerazione da poco. Ad emergere non è qui solo il dato inflesso di un ordinamento carcerario che continuamente si interroga sulla idoneità delle norme che lo regolano al rispetto di quei principi di umanità e rieducazione che la nostra Costituzione oppone all'esigenza della punizione pubblica dei reati e alla sicurezza sociale. Al contrario, l'attenzione è posta sulle conseguenze che la detenzione può imporre al nucleo familiare del recluso: non tanto quindi sui diritti di cui lo stesso deve continuare a beneficiare anche in cella, ma sui diritti di terzi, lesi dal mancato esercizio dei doveri che egli non è più nella possibilità di assicurare in ragione della detenzione.

Il detenuto non finisce di essere cittadino, non termina cioè di essere investito di quel complesso di diritti e doveri a cui la Costituzione e la legge ci richiamano e obbligano. Il carcere è sì il luo-

[39] Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2020, punto 5 del *Considerato in diritto* - vedi anche del medesimo giudice la sentenza n. 350 del 2003

[40] Corte costituzionale, sentenza n. 30 del 2022, punto 6 del *Considerato in diritto*

[41] Corte costituzionale, ordinanza n. 327 del 1989 - vedi anche del medesimo giudice la sentenza n. 343 del 1987, la sentenza n. 185 del 1985 e la sentenza n. 312 del 1985

go della costrizione, come pare il termine vada etimologicamente interpretato, ma non il luogo della segregazione. E restando, dunque, il carcerato soggetto sociale, restano intatti anche i suoi doveri verso gli altri soggetti che l'ordinamento affida alla sua cura. Nell'interesse di questi ultimi, ovviamente, e mai contro di esso. Come sempre esiste una persona offesa dal reato, essendo di per sé leso dall'azione criminale un bene della vita, allo stesso modo può esistere una "persona offesa dalla pena": un soggetto debole verso cui il detenuto rimane legalmente obbligato, ma la cui detenzione rende impossibile il pieno esercizio dell'azione doverosa. Ecco perché gli strumenti che l'ordinamento riconduce a questa forma specifica di tutela, tra i quali la Corte costituzionale inserisce anche la detenzione domiciliare del genitore, non sono costituzionalmente rinunciabili, a meno di voler immaginare come accettabile l'assoluta prevalenza delle esigenze securitarie sul complesso dei rapporti sociali che costituiscono al fondo la nostra *Gemeinschaft*.

Potremmo leggere allora la detenzione domiciliare quale strumento utile ad assicurare la sopravvivenza di quei vincoli di solidarietà sociale che proprio il carcere, se considerato in maniera distorta (in maniera incostituzionale!) mero luogo di punizione, potrebbe vulnerare se non definitivamente recidere. Infatti, l'ordinamento costituzionale «nel richiedere il rispetto dei doveri inderogabili di solidarietà, implica la conseguente messa a disposizione di misure che consentano l'adempimento dei medesimi»[42]. Un vincolo teleologico per il legislatore, ispirato, tra le altre cose, alla «valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale, di cui la famiglia costituisce esperienza primaria»[43].

Proprio con riguardo ai rapporti familiari, la questione proposta pone alcuni profili problematici rispetto alla differenza emergente nelle disposizioni dell'ordinamento penitenziario *de quibus* tra la figura della madre e quella del padre. Infatti, l'art. 47-*ter* o.p. (detenzione domiciliare ordinaria, quindi per pene fino a quattro

[42] Corte costituzionale, sentenza n. 203 del 2013, punto 1 del *Considerato in diritto*

[43] Corte costituzionale, sentenza n. 203 del 2013, punto 3.4 del *Considerato in diritto*

anni) riconosce il beneficio trattamentale innanzitutto alla donna incinta o alla madre di prole con età inferiore ad anni dieci con lei convivente; solo quando questa risulti deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole stessa, a beneficiare del trattamento differenziato può essere il padre, purché ancora in possesso della potestà genitoriale. Allo stesso modo, l'art. 47-*quinquies* o.p. (detenzione domiciliare speciale, quindi per pene superiori ai quattro anni di cui si sia scontato almeno un terzo e quando non vi sia il rischio che il soggetto possa compiere ulteriori reati) accorda la tutela in prima battuta alla madre detenuta, mentre il beneficio spetterà al padre solo se la stessa è deceduta o è impossibilitata e non vi sia altro soggetto idoneo alla cura della prole. In sostanza, esiste una vera e propria preferenza legale nell'accordare la tutela innanzitutto al rapporto madre-figlio e solo in via residuale e alternativa al rapporto padre-figlio.

Elemento che emerge in maniera chiara dal caso di cui si discute, nel quale è il padre a richiedere di beneficiare del trattamento differenziato al fine di sostenere la madre lavoratrice nella cura dei figli. Nel caso di specie, il detenuto richiede la possibilità di adempiere in concreto al dovere paterno di cura e assistenza della prole attraverso la detenzione domiciliare, ma non in alternativa alla madre quanto piuttosto per affiancarla e permetterle di sostenere l'impiego lavorativo. Stando alla lettera delle disposizioni su citate, però, l'unica tutela al mantenimento del rapporto padre-figlio è accordata nel caso si riscontrasse un'impossibilità del mantenimento di quello madre-figlio: i due legami non sono parificati nell'ordinamento, ma, quasi rispondendo a logiche differenti, sono posti in rapporto gerarchico, con una preferenza di tutela al secondo sul primo. Preferenza che in realtà ben emerge da una lettura "originalista" del testo costituzionale.

Infatti, l'art. 31 della Costituzione specifica il dovere per le istituzioni repubblicane di proteggere «la maternità, l'infanzia e la gioventù». In sostanza, la Carta del 1948 riconosce a questi momenti della vita dell'individuo un valore non solo singolare, ma sociale, tale da dover essere garantiti e tutelati, protetti appunto. La connessione temporale tra essi dà bene il senso di una progressione sì individuale, ma radicata in un elemento materno che pri-

mariamente assicura il collegamento con una società esistente, con un'istanza generativa, solida e ineliminabile. A ciò si accompagna, però, il dettato dell'art. 29 della Costituzione che stabilisce l'uguaglianza giuridica e morale tra i coniugi e il successivo art. 30, che stabilisce per entrambi i genitori un diritto-dovere di mantenere, istruire ed educare i figli. Con riguardo alla detenzione domiciliare, il legislatore ha ritenuto che il bilanciamento tra interesse del minore alla cura genitoriale e esigenze di difesa sociale dovesse essere diverso per madre e padre: nel primo caso l'interesse del minore prevale sempre e dà dunque il diritto alla madre di beneficiare in via primaria del trattamento differenziato; nel caso del padre, l'interesse del minore prevale sulla difesa sociale solo in via alternativa rispetto al medesimo diritto materno. Una palese disarmonia, che risponde però ad una precisa scelta che non sembra trovare, come abbiamo visto, una specifica opposizione all'interno del testo della Carta. La maternità detiene uno stato particolare di protezione, anche nell'interesse della prole, mentre il rapporto di paternità rispecchia solo un diritto-dovere di assistenza in compartecipazione. In questo senso, ove tale dovere possa essere totalmente coperto dalla madre, non vi sono motivi per far prevalere l'interesse del minore (fino ai dieci anni) ad avere un rapporto con il padre rispetto alle esigenze carcerarie e alla loro rispondenza all'interesse sociale alla sicurezza.

Guardando però alla giurisprudenza costituzionale, questa interpretazione strettamente testuale sembra in realtà contraddetta da alcune emergenze terminologiche. Mentre nelle sentenze più risalenti sul tema, la Corte sembrava giustificare la *ratio* della disciplina in commento enucleando uno specifico interesse del minore a mantenere uno stretto legame con la madre e solo "in via eventuale" con il padre (proprio in ossequio alla lettura che prima abbiamo dato), nelle pronunce più recenti il legame emergente come meritevole di tutela è quello del figlio con il "genitore"[44]. Ciò probabilmente non è tanto legato ad una implicita parificazione tra maternità e paternità (la nostra Costituzione continua a stabilire

[44] In particolare, è la sentenza n. 30 del 2022, al contrario dei precedenti, a parlare di "rapporto genitoriale" o anche di "cura genitoriale" e di "accudimento genitoriale".

una speciale protezione solo per la prima), quanto piuttosto ad una maggiore sensibilità nei giudici per il valore rieducativo che all'istituto della detenzione domiciliare va riconosciuto. La concessione del beneficio della forma alternativa di detenzione non è solo legata ad una sorta di premialità, ma alla riassunzione da parte del detenuto genitore del proprio dovere sociale alla cura e all'educazione nei confronti del proprio figlio. In questo senso, il trattamento penitenziario meno vincolante nel luogo di detenzione e finalizzato alla cura in prima persona dell'interesse del minore può davvero avere dei risvolti rieducativi e socializzanti per il detenuto, sempre che ciò non contrasti con l'interesse del minore.

La responsabilità genitoriale può essere intesa, ad ogni effetto, come un elemento a cui agganciare il trattamento di reinserimento individualizzato del detenuto e su cui in concreto valutarlo. Forse allora la paventata incostituzionalità si potrebbe riscontrare per gli articoli 47-*ter* e 47-*quinquies* o.p. nella parte in cui essi non permettono al giudice di valutare la concessione della detenzione domiciliare a entrambi i genitori, quale parte del loro percorso rieducativo, quando essa ha quale fine l'assistenza al figlio minore e purché ciò non contrasti con l'interesse di questo. Il *vulnus* costituzionalmente intollerabile si riscontrerebbe nell'assenza di una normativa che permetta di collegare, previa valutazione in concreto del giudice, la concessione del trattamento differenziato ai casi in cui il detenuto genitore intenda farsi nuovamente e pienamente carico del proprio dovere di mantenimento, educazione e cura verso i figli minori.

Il fatto che l'elemento costituzionalmente problematico della disciplina sia da ricercare non tanto in una specifica contrazione dell'interesse del minore al rapporto genitoriale, quanto piuttosto nella ricomposizione del complesso sociale di diritti-doveri a cui anche il detenuto è chiamato a far parte, emerge con chiarezza nelle argomentazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 219 del 2023. La decisione della Consulta è stata sollecitata dall'ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Cosenza che ha ispirato il caso riportato in apertura a questo testo e sottoposto agli allievi della *Spring School* del giugno 2023 a Ventotene. L'intera struttura argomentativa dell'ordinanza era composta intorno

alla necessità di riconoscere e tutelare un "diritto inviolabile alla bigenitorialità" in capo al minore; in questo senso, la normativa sulla detenzione domiciliare della madre con prole fino a dieci anni e, in alternativa al padre, violerebbe il principio di ragionevolezza iscritto all'art. 3 della Costituzione, privilegiando in maniera illogica il rapporto tra figlio e madre. Come nota la Corte, le questioni sottoposte al sindacato di costituzionalità «sono tutte costruite attorno alla prospettiva degli interessi, che fanno capo al minore, a una relazione continuativa con entrambe le figure genitoriali. […] Il remittente non censura, invece, la disciplina vigente in relazione alla diversa considerazione dei diritti-doveri che fanno capo al padre, rispetto a quelli che fanno capo alla madre; né solleva una questione di discriminazione in base al sesso tra le due figure genitoriali, rispetto all'accesso a misure alternative alla detenzione»[45]. Se questi sono i confini logici e giuridici della questione, la Corte costituzionale non può che ribadire la sua costante giurisprudenza sul tema, secondo cui «il principio [dell'interesse preminente] impone sì una considerazione particolarmente attenta degli interessi del minore in ogni decisione – giudiziaria, amministrativa e legislativa – che lo riguarda, ma non ne assicura l'automatica prevalenza su ogni altro interesse, individuale o collettivo»[46]. Ancora, «a meno di sostenere che l'esecuzione di una pena detentiva sia sempre costituzionalmente illegittima allorché la persona interessata abbia un figlio minorenne, è giocoforza ammettere che la compressione dell'interesse di quest'ultimo al rapporto con il genitore detenuto o internato costituisca, a certe condizioni, una conseguenza inevitabile, e costituzionalmente non censurabile, dell'esecuzione della pena»[47]. Ora, a parere della Corte, l'esigenza del minore a mantenere un rapporto stretto con almeno uno dei genitori nella prima infanzia è attualmente soddisfatto dalla disciplina sulla detenzione domiciliare ordinaria e speciale e la prevalenza, in questo senso,

[45] Corte costituzionale, sentenza n. 219 del 2023, punto 4.1 del *Considerato in diritto*

[46] Corte costituzionale, sentenza n. 219 del 2023, punto 4.3 del *Considerato in diritto*

[47] Corte costituzionale, sentenza n. 219 del 2023, punto 4.3 del *Considerato in diritto*

del legame materno è giustificabile con la "specialità" che non solo la Costituzione, ma anche un ampio complesso di norme internazionali gli riconoscono. Ecco perché, in conclusione, «l'estensione delle medesime regole vigenti oggi per le detenute madri anche ai detenuti padri potrebbe certamente essere valutata dal legislatore, nel quadro di un complessivo bilanciamento tra tutti gli interessi individuali e collettivi coinvolti; ma non può, a giudizio di questa Corte, essere allo stato ritenuta costituzionalmente necessaria dal punto di vista, che in questo giudizio unicamente rileva, della tutela degli interessi del bambino, la quale richiede soltanto che – di regola – sia assicurato al bambino stesso un rapporto continuativo con almeno uno dei due genitori. Ciò che la disciplina censurata indubitabilmente assicura»[48].

Un *explicit* questo che lascia aperto però il percorso argomentativo che prima abbiamo provato a sviluppare. La norma censurata sembra assicurare in forma adeguata il bilanciamento tra esigenze carcerarie e interesse del minore; diverso il caso se si parla della tutela del rapporto genitori-figlio, riguardato in ragione del reinserimento sociale dei primi, cioè della possibile funzione rieducativa che potrebbe avere la volontà del detenuto di esercitare nuovamente e pienamente il proprio diritto-dovere alla cura dei figli. Padre o madre che sia.

[48] Corte costituzionale, sentenza n. 219 del 2023, punto 4.6 del *Considerato in diritto*

Parte Terza
LA GIUSTIZIA RESTAURATIVA

Alice Riccardi

La giustizia riparativa nel diritto internazionale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto tra giustizia riparativa e diritto internazionale. – 3. Diritto internazionale, giustizia riparativa e *transitional justice.* – 4. L'incursione della giustizia riparativa nel diritto internazionale penale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Cosa hanno in comune la giustizia ristorativa o riparativa (*restorative* o *reparative justice*) e il diritto internazionale? Apparentemente nulla: la prima si occupa di ricostruire il rapporto tra individui compromesso dalla commissione di un illecito, mentre il secondo si interessa di regolare rapporti tra Stati. Eppure, un legame intenso tra i due esiste da almeno trent'anni, ossia sin da quando le teorie sulla *restorative justice* hanno cominciato ad affermarsi e diffondersi con maggiore forza[1]. Nello stesso periodo, invero, il diritto internazionale prendeva a interessarsi con convinzione delle vittime delle violazioni gravi dei diritti umani e serie del diritto internazionale umanitario (d'ora in avanti DIU). In tali contesti, si intuì presto che i meccanismi e gli strumenti tipici della giustizia riparativa potevano essere capaci di garantire alle vittime accesso alla giustizia e offrire loro una riparazione. Il presente contributo è teso a ripercorrere, in modo sommario, la

[1] Il primo utilizzo dell'espressione *restorative justice* si ascrive a A. EGLASH, *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in J. HUDSON, B. GALAWAY (a cura di), *Restitution in Criminal Justice*, Lexington, 1977, 91, ma è dalla metà degli anni '90 del secolo scorso che la teoria ha raggiunto una piena maturazione. V.K. DALY, G. PROIETTI-SCIFONI, *Reparation and Restoration*, in M. TONRY (a cura di), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford, 2011, 207 ss.

relazione virtuosa che lega giustizia riparativa e ordinamento internazionale. Per farlo, si vedrà anzitutto come questa teoria si sia intersecata con l'evoluzione che ha subìto il diritto internazionale quanto alla tutela della persona umana in caso di violazione grave dei suoi diritti umani, serie del diritto internazionale umanitario e in caso di commissione di c.d. crimini di diritto internazionale. Si noterà come gli strumenti tipici della giustizia riparativa subiscono un rimaneggiamento o adattamento ai contesti di criminalità di massa appena citati. In particolare, ci si soffermerà sugli strumenti della giustizia di transizione e sulla incursione nel procedimento internazionale penale dei fondamenti della giustizia riparativa. In conclusione, si noterà come la nozione di giustizia riparativa fatta propria dal diritto internazionale sia particolarmente ampia e composita, e ruoti intorno a due assi fondamentali, quello del *truth seeking* e della riparazione.

2. *Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto tra giustizia riparativa e diritto internazionale*

Il diritto internazionale consuetudinario prevede che uno Stato responsabile della violazione di una norma internazionale è obbligato a fornire una riparazione allo Stato vittima[2]. Due principi di base regolano la riparazione in diritto internazionale. Primo, la violazione di una norma primaria genera un obbligo di riparazione; tale obbligo, che risiede in una norma secondaria, è nuovo e distinto rispetto all'obbligo primario violato. Secondo, la riparazione deve essere tesa a rimuovere le conseguenze dell'atto illecito[3]. Dunque, essa deve anzitutto mirare a ristabilire la situazione *quo ante*, ossia assicurare che l'obbligo primario sia rispettato e offrire un rimedio al danno che è stato la conseguenza della violazione. In questo quadro, il diritto internazionale consuetudinario ammette

[2] Assemblea generale delle Nazioni unite, *Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, UN Doc. A/56/10, 2001, art. 31.

[3] Corte permanente di giustizia internazionale, Factory at Chorzów, Germania c. Polonia, sentenza di merito dell'8 febbraio 1927, 29.

diverse forme di riparazione. La riparazione offerta nella forma della restituzione deve essere preferita ogniqualvolta possibile[4]. Altre forme di riparazione consistono nella compensazione (o risarcimento del danno) e nella soddisfazione, ossia quella forma di riparazione tesa a ristorare i danni immateriali e che si concreta nell'espressione di scuse pubbliche, dichiarazioni di assunzione di responsabilità e altre forme simboliche. Lo Stato responsabile può anche offrire garanzie di non ripetizione se richiesto dalle circostanze. Secondo alcuni, le garanzie di non ripetizione sarebbero un tipo di soddisfazione[5]. Il diritto consuetudinario, così brevemente riassunto, si occupa di disciplinare la riparazione interstatale derivante dalla violazione di obblighi di natura reciproca. Ossia, non si interessa dell'ipotesi in cui la norma primaria violata non abbia natura sinallagmatica ma sia tesa a garantire *erga omnes* il godimento di diritti fondamentali da parte di individui o a proteggerli da violazioni gravi del principio di umanità. In altre parole, il Progetto non si occupa di disciplinare le conseguenze della violazione di quelle norme un po' "particolari" che sono le norme sui diritti umani e sulla responsabilità penale individuale di diritto internazionale. Tali norme sono "particolari" per due ragioni.

Primo, perché sono di recente emersione (si intenda: recente rispetto all'ampio arco temporale di sviluppo del diritto internazionale): prima del secondo conflitto mondiale, invero, il diritto internazionale si disinteressava di ciò che accadeva all'interno del dominio riservato degli Stati, ossia nell'ambito spaziale e personale della giurisdizione statale. È solo a partire dall'entrata in vigore dei primi trattati sui diritti umani degli anni '60 del secolo scorso che il rispetto dei diritti umani non fu più questione esclusivamente interna ma divenne finalmente rilevante per il diritto internazionale, le cui norme non solo presero a imporre agli Stati obblighi di tutela degli individui posti all'interno della loro giurisdizione, così "erodendone" il dominio riservato, ma cominciarono anche

[4] Corte internazionale di giustizia, Temple of Preah Vihear, Cambogia c. Tailandia, sentenza di merito del 1962, 6.

[5] C. Hoss, *Satisfaction*, R. Wolfrum (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2011, par. 29 ss.

a riconoscere a quegli individui rimedi a livello internazionale, sia di tipo giurisdizionale che para-giurisdizionale, attivabili direttamente dalla vittima della violazione commessa dallo Stato o da un individuo su cui quello Stato doveva vigilare.

Secondo, poiché (di solito), le forme di riparazione previste nei rapporti bilaterali tra Stati, e le relative vie di accesso alla giustizia, non si adattano ai rapporti verticali Stato-individuo. In via generale, la giurisprudenza delle corti regionali sui diritti umani e dei comitati di monitoraggio istituiti dai trattati universali sui diritti umani ritiene che un rimedio sia effettivo quando gli Stati danno esecuzione efficacemente all'obbligo di indagare e procedere nei confronti dei presunti responsabili[6], garantiscono alle vittime accesso alla giustizia, offrono loro una riparazione, si assicurano che possano conoscere la verità su quanto accaduto e adottano le misure necessarie perché la violazione non si ripeta[7]. Quanto alla riparazione, gli strumenti internazionali indicano che essa, per essere piena ed efficace, deve includere la restituzione, la compensazione (ossia il risarcimento del danno), la riabilitazione (intesa come la cura medica, psicologica, legale e sociale opportuna nel caso concreto) e la soddisfazione. Quest'ultima si riferisce all'adozione di misure tese a far cessare la violazione, alla ricerca della verità, degli scomparsi, delle persone decedute, all'offerta pubbliche scuse, all'organizzazione di commemorazioni, memoriali e *training* sul diritto internazionale per gli organi di Stato (polizia, magistrati ecc.)[8]. A ciò si aggiunge, secondo alcuni, l'offerta di garanzie di non ripetizione[9].

[6] Corte EDU, Aksoy c. Turchia, sentenza del 18 dicembre 1996, 98; Corte interamericana dei diritti umani, Castillo Perez c. Perù, sentenza del 3 novembre 1997, 2019-229.

[7] Assemblea generale delle Nazioni unite, *Report of the independent expert to update the set of principles to combat impunity*, UN Doc E/CN.4/2005/102 e Add. 1, 2005.

[8] Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite, *General Comment No. 31, The nature of the general obligation imposed on States Parties to the Convenant*, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, par. 16; Assemblea generale delle Nazioni unite, *Basic Principles on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of human rights law and serious violations of humanitarian law, adopted by the UNGA 60/147*, UN Doc A/RES/60/147, 2005, principi da 18 a 23.

[9] C. Hoss, *op. cit.*

A fronte di questo quadro generale, il dibattito circa la relazione che si instaura tra le vittime delle violazioni gravi dei diritti umani e serie del DIU e lo Stato violatore e circa il fondamento e la forma che tale riparazione deve assumere è stato ed è tuttora particolarmente ricco[10]. In particolare, è stata avanzata a partire a partire dagli anni '90 del secolo scorso l'idea che il diritto internazionale potesse utilizzare gli strumenti propri della *restorative justice* per dare sostanza agli obblighi di garantire un rimedio effettivo e offrire una riparazione alle vittime.

In breve, la giustizia riparativa o ristorativa crede nel coinvolgimento di tutti gli attori interessati dalla commissione di un illecito in un processo di ricostruzione delle relazioni[11]. È una risposta all'illecito focalizzata sulla riconciliazione tra la vittima e l'autore, sulla reintegrazione di entrambi nella società e sulla riparazione del danno subìto dalla vittima. Volendo semplificare, se la giustizia retributiva si concentra sull'autore dell'illecito e sulla violazione della norma e dunque guarda al passato, la giustizia ristorativa guarda al danno causato alla vittima e più ampiamente alla collettività all'interno della quale l'illecito è stato commesso e dunque si interessa di ricostruire la relazione tra la vittima e l'autore, e guarda al futuro[12]. Questi principi di fondo si realizzano attraverso un sistema di pratiche che generalmente includono l'incontro tra la vittima e l'autore dell'illecito; l'assunzione da parte dell'autore delle proprie responsabilità e la formulazione di scuse; la collaborazione tra tutte le parti coinvolte per la risoluzione del conflitto; la riconciliazione; e la riparazione, anche simbolica[13].

[10] Su tutti resta fondamentale D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, III ed., 2015, Oxford.

[11] In dottrina non vi è una definizione univoca di giustizia ristorativa. Una delle definizioni maggiormente accolte è di T.F. Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal of Criminal Law and Policy*, 4, 1996, 37, secondo cui essa sarebbe «*a process whereby all parties with a stake in a specific offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*».

[12] V. V.K. Daly, G. Proietti-Scifoni, *op. cit.*

[13] D. Van Ness, K. Heetderks Strong, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, Waltham, 1997.

Muovendo da questa teoria di giustizia, una certa dottrina internazionalistica ha sostenuto che l'impatto sulle vittime delle violazioni gravi dei diritti umani e serie del DIU renderebbe impossibile raggiungere gli obiettivi propri della giustizia "compensatoria" o retributiva, per almeno tre ragioni. Primo, perché in questi casi la vittimizzazione è diffusissima e non sarebbe immaginabile per ciascuna vittima accedere alla giustizia. Ciò da una parte perché in queste situazioni è impossibile che si svolgano tanti procedimenti quante violazioni sono state commesse (si pensi ai crimini internazionali commessi nel corso del secondo conflitto mondiale ad opera dei nazisti e giudicati in Germania: solo alcune persone particolarmente responsabili sono state assicurate alla giustizia tramite il processo di Norimberga e poi attraverso i procedimenti svoltisi sulla base della *Council Law* no. 10). Dall'altra perché solo le vittime "dirette" delle violazioni avrebbero garantito il diritto di accesso alla giustizia, ad esempio attraverso la costituzione come parte civile nel procedimento penale; eppure, nei casi di violazioni estese e sistematiche, tantissime sono le vittime "indirette" (si pensi a un conflitto armato nel corso del quale venga bombardato un edificio scolastico nottetempo – condotta che costituisce un crimine di guerra – e a perire sia il custode: i bambini, che non potranno più frequentare la scuola, saranno vittime "indirette" di quel crimine e non potranno costituirsi come parti civili nel procedimento penale). Secondo, perché in questi casi non è spesso possibile ristabilire lo *status quo ante* (come ristorare *in integrum* una vittima del crimine contro l'umanità di persecuzione?). Terzo, perché non vi sarebbe una compensazione monetaria capace di riparare l'incommensurabilità del male subito[14].

In questi casi, si dice invece, il rimedio dovrebbe essere teso non solo a garantire l'accesso alla giustizia e una riparazione individuale, ma anche a ristabilire la dinamica di potere tra lo Stato e l'individuo. Lo Stato si assume sul piano internazionale l'obbligo di tutelare l'individuo dalla violazione delle norme poste a tutela

[14] N. Roht-Arriaza, *Reparations in the Aftermath of Repression and Mass Violence*, in E. Stover, H.M. Weinstein (a cura di.), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, 2004, 67 e 122.

dei diritti umani e del DIU; meglio: i diritti umani e il DIU sono complessi di norme tese a proteggere l'individuo dall'abuso di potere statale. Ciò significa che una violazione grave dei diritti umani o seria del DIU colpisce sì l'individuo direttamente leso ma anche il tessuto sociale nel quale la relazione tra quello e lo Stato che doveva tutelarlo si inserisce. In questo senso, la *restorative justice* abbraccia una nozione di danno ampia che ben si adatta a contesti in cui le violazioni del diritto internazionale hanno un impatto non solo sul godimento dei diritti di un singolo ma influiscono sul più ampio tessuto politico e sociale, tanto da rendersi necessaria la ricostruzione della società oltre che la riparazione del danno individuale. La *restorative justice* può, secondo questa prospettiva, essere utilizzata per offrire una giustizia "comunitaria", con l'obiettivo di identificare le origini del conflitto e cercare il modo di superare la commissione delle violazioni. A fronte di violazioni massive dei diritti umani e del DIU, insomma, la *restorative justice*, adattata al contesto internazionale, potrebbe aiutare nella ricostruzione del tessuto istituzionale, economico e sociale. Inoltre, essa permetterebbe di realizzare il diritto alla verità, che secondo alcuni assurgerebbe a diritto umano indipendente[15]. La Commissione interamericana sui diritti umani ha in particolare identificato come beneficiari del diritto umano alla verità sia gli individui sia la società nella sua interezza, a cui spetterebbe «the inalienable right to know the truth about past events, as well as the motives and circumstances in which aberrant crimes came to be committed»[16].

La giustizia riparativa rileva dunque in diritto internazionale in due modi. Primo, essa è declinata come meccanismo di *transitional justice*. Secondo, essa si inserisce nel procedimento internazionale penale e, tra le altre cose, influenza le forme di riparazione ammesse a fronte della commissione di crimini di diritto internazionale.

[15] Assemblea generale delle Nazioni unite, *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff*, UN Doc A/HRC/24/42, 2013, par. 18 ss.

[16] Commissione interamericana sui diritti umani, *Annual Report*, *1985-86,* AS Doc. No. OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 1986, 193; v. anche Commissione interamericana sui diritti umani, Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentenza del 25 novembre 2013, par. 274.

3. *Diritto internazionale, giustizia riparativa e* transitional justice

Le teorie sulla *restorative justice* trovano concreta attuazione negli ordinamenti giuridici interni attraverso meccanismi diversi, quali la mediazione tra la vittima e il reo, la mediazione familiare e comunitaria, i c.d. circoli della pace, o anche attraverso forme consuetudinarie di giustizia proprie di alcuni popoli indigeni e di certe comunità asiatiche, africane e sudamericane, come le corti *gacaca* ruandesi o le *mato oput* ugandesi[17]. La giustizia di transizione (*transitional justice*) trae ispirazione da queste esperienze e propone di utilizzare strumenti riparativi "adattati" ai contesti di gravi violazioni del diritto internazionale caratterizzati da vittimizzazione diffusa, ritenendo che tali strumenti possano permettere una transizione, appunto, da una situazione in cui sono stati violati su larga scala i diritti umani o il DIU a una situazione in cui può (cominciare a) dirsi ristabilita la pace e la sicurezza. Se in passato, come esemplificato dall'esperienza italiana rispetto ai crimini nazifascisti, la risposta tipica a queste gravi violazioni era quella di voltare rapidamente pagina[18], oggi è chiaro come comprendere e ricordare sia nobile e necessario. A tal proposito, il diritto internazionale consuetudinario impone specifici obblighi di indagare sulla commissione di crimini di guerra, genocidio e, si ritiene, anche di crimini contro l'umanità. In questo solco, le Nazioni unite definiscono la giustizia di transizione come «the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation»[19]. Così, i processi e meccanismi di *restorative justice* "adattati" alla giustizia di transizione includono una serie di misure tese a complementare e rafforzare i procedimenti penali. Gli strumenti così "adattati"

[17] P. Sullo, *Restorative Justice*, in R. Wolfrum (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2016, par. 2-4.

[18] V. P. Caroli, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Abingdon, 2022.

[19] Segretario generale delle Nazioni unite, *Report of the Secretary-General*, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflit societies*, UN Doc S/2004/616, 2004.

si pongono obiettivi trasformativi di *fact-finding* o *truth-seeking*, riparazione e non ripetizione.

In concreto, ciò può includere la creazione di commissioni verità e riconciliazione[20], ossia quelle istituzioni di natura temporanea che si pongono un obiettivo di *fact-finding* o *truth-seeking* rispetto a situazioni di violazione estesa dei diritti umani e del DIU, fatti di cui danno conto in un rapporto finale[21]. Pioniera fu la commissione argentina (la c.d. CONADEP), istituita nel 1983 dal Presidente Alfonsìn per indagare sulle sparizioni forzate commesse durante gli anni del regime militare instauratosi nel 1976 e che produsse il notissimo rapporto intitolato "Nunca más". Circa 40 commissioni sono state create dall'istituzione della CONADEP a oggi. Il mandato di queste commissioni può essere determinato dalla legislazione interna (come nel caso della commissione sudafricana post-apartheid) o attraverso accordi internazionali (di solito attraverso un accordo di pace, come nel caso delle commissioni istituite in Guatemala, Sierra Leone e Liberia) o infine con il supporto di organizzazioni internazionali (come nel caso di El Salvador, supportato dalle Nazioni unite). Il mandato può variare. Esso include sempre la ricostruzione dei fatti, che avviene attraverso l'organizzazione di missioni sul campo, l'ascolto di vittime, testimoni e responsabili nel corso di udienze pubbliche o tramite la raccolta di testimonianze scritte. La commissione liberiana, ad esempio, ha raccolto tra il 2007 e il 2008 24.000 testimonianze scritte[22]; quella sudafricana ha ascoltato più di 23.000 vittime nel corso di udienze pubbliche, trasmesse in diretta televisiva a reti unificate, o a porte chiuse; la commissione argentina ha accertato la sparizione forzata di 8.900 persone e ha identificato 365 luoghi di tortura di Stato[23]. Oltre alla funzione di *fact-finding* e *truth-se-*

[20] Per una carrellata delle ampie misure adottate v. Segretario generale delle Nazioni unite, *Transitional Justice. A Strategic Tool for People, Prevention and Peace*, giugno 2023.

[21] A.G. O'Shea, *Truth and Reconciliation Commissions*, in R. Wolfrum (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2008, par. 1.

[22] *Ibidem* par. 21.

[23] P.B. Hayner, *Unspeakable Truths. Confronting State terror and atrocity*, New York e Londra, 2001, 34.

eking, alle commissioni è talvolta assegnata una funzione di raccomandazione sulle misure da attuare per offrire una riparazione alle vittime e prevenire la commissione di atrocità in futuro. Quanto alla riparazione, le misure raccomandate (solo qualche commissione ha avuto il potere di ordinare direttamente la riparazione) hanno incluso ad esempio la distribuzione di beni sia simbolici (organizzazione di commemorazioni, rituali) sia materiali, che possono assumere la forma della compensazione monetaria o dell'offerta di servizi, sia a livello individuale sia collettivo (educazione, sanità, salute mentale ecc.). Le riparazioni collettive talvolta hanno assunto caratteristiche "strutturali": in altri termini, quando a contribuire a determinare la sistematica violazione del diritto internazionale sia un problema strutturale dello Stato, la riparazione può essere tesa a modificare le strutture e processi interni a quel dato Stato. In questi casi, la funzione riparatoria delle commissioni si interseca con quella preventiva. Le misure raccomandate hanno ad esempio incluso l'adozione di riforme legislative e amministrative, la pratica del c.d. *vetting*, lo stanziamento di investimenti per la costruzione di infrastrutture o l'organizzazione di *training* per le forze militari e di polizia[24]. Alcune commissioni hanno visto loro assegnata anche la funzione di contribuire alle indagini penali, collaborando con le autorità a ciò preposte, assumendo così un ruolo simile a quello delle commissioni di inchiesta.

In conclusione, la declinazione della giustizia riparativa come giustizia di transizione in quei contesti in cui siano state violate in modo sistematico e diffuso le norme del diritto internazionale dei diritti umani e del DIU, permetterebbe attraverso in particolare l'istituzione di commissioni verità e riconciliazione di ricostruire i fatti e contribuire alla guarigione collettiva attraverso la reintegrazione nella società delle vittime e degli autori delle violazioni. Inoltre, permetterebbe l'emersione della fitta rete di interazioni sociali e istituzionali responsabili della diffusione della violenza collettiva, che altrimenti, nel corso di procedimenti tesi all'individuazione delle responsabilità penali individuali, difficilmente potrebbero

[24] V. Fikfak, *Structural Remedies: Human Rights Law*, in A. Peters (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2022.

affiorare, così avvicinandosi il più possibile alla ricostruzione della verità storica.

Al contempo, come menzionato in apertura, le commissioni non possono lavorare il modo isolato; le loro attività devono, anzi, complementare quelle dei tribunali. La tendenza contemporanea, invero, è quella di ritenere che la lotta all'impunità per crimini di diritto internazionale comporterebbe un obbligo di procedere penalmente nei confronti di coloro che detengono le maggiori responsabilità[25]. La stessa definizione di giustizia di transizione generalmente accettata contempla una commistione tra strumenti retributivi ed extra-processuali (come sono appunto le commissioni verità e riconciliazione), quando siano commessi gravi crimini. Sebbene in passato certe commissioni abbiano avuto il potere di amnistiare coloro che avessero ammesso per intero le proprie condotte, rivelato il destino delle persone scomparse, contribuito al ritrovamento dei corpi dei deceduti e fatto ammenda[26] – un potere, dunque, condizionato alla volontà degli autori delle violazioni di partecipare allo sforzo comunitario verso la transizione – la tendenza predominante oggi è quella per cui il diritto internazionale non ammetterebbe l'utilizzo di amnistie generalizzate o incondizionate quando siano specificamente commessi crimini di diritto internazionale. In questi casi, l'obbligo gravante sugli Stati di indagare e procedere nei confronti dei presunti responsabili, discendente sia da strumenti convenzionali (come la Convenzione contro il genocidio del 1948 o le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949) sia dal diritto consuetudinario, imporrebbe l'esercizio della giurisdizione penale[27]. In questi casi, quando manchi la volontà o capacità di procedere da parte degli ordinamenti giuridici

[25] È il caso di notare per dovere di precisione che non tutte le violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del DIU costituiscono crimini di diritto internazionale. V. la definizione di suddetti crimini contenuta nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale agli artt. 5-9.

[26] V. in generale M. Freeman, M. Pensky, *The Amnesty Controversy in International Law*, in F. Lessa, L.A. Payne (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, Cambridge, 2012, 42 ss.

[27] N. Michel, K. Del Mar, *Transitional Justice*, in A. Clapham, P. Gaeta (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, 840 ss.

interni, sarà la giurisdizione internazionale penale a intervenire, di cui al prossimo paragrafo.

4. *L'incursione della giustizia riparativa nel diritto internazionale penale*

Il termine della Seconda guerra mondiale viene generalmente considerato il momento fondativo del diritto internazionale penale moderno, ossia quell'insieme di norme di diritto internazionale che pongono il divieto di commettere i c.d. crimini di diritto internazionale (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio e crimine di aggressione). Fu in questo momento, invero, che si cristallizzò il principio della responsabilità penale individuale per i suddetti crimini. Con i c.d. processi di Norimberga e Tokio, inoltre, cominciarono a svilupparsi delle norme di procedura internazionale penale. Esse sono quell'insieme di regole procedurali che trovano applicazione nei procedimenti dinnanzi alle corti e tribunali internazionali penali, ossia quelle organizzazioni internazionali che esercitano la giurisdizione internazionale penale punendo le autrici e gli autori dei crimini quando gli Stati sono inerti nel farlo[28].

Quando questi tribunali cominciarono a operare (ciò include sia i citati tribunali di Norimberga e Tokio sia i Tribunali penali internazionali delle Nazioni unite per la ex Jugoslavia e per il Ruanda), la procedura che li guidava considerava le vittime dei crimini solo come testimoni. Le vittime non avevano un ruolo come parti civili né come partecipanti nel procedimento e pertanto non potevano ottenere alcuna riparazione. Questi tribunali, dunque, offrivano solo giustizia retributiva strettamente intesa, nel senso che non coinvolgevano come attori del procedimento tutte le parti implicate nella commissione del crimine, ma si concentravano solo sugli autori. Diversi Presidenti del Tribunale per la ex Jugoslavia lamentarono più volte in seno al Consiglio di sicurezza

[28] Su tutti A. Cassese, P. Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2013.

delle Nazioni unite il mancato ruolo nel procedimento delle vittime, che apparivano come testimoni e poi … sparivano. Nel 2000, l'assemblea plenaria dei giudici dello stesso Tribunale approvò all'unanimità un rapporto, indirizzato al Consiglio di sicurezza e al Segretario generale delle Nazioni unite, secondo cui «victims of crimes within the Tribunal's jurisdiction have a legal right to seek compensation […] methods of compensating victims of crimes in the former Yugoslavia, be seriousky considered by the appropriate organs of the United Nation»[29]. A tale scopo, il Presidente del Tribunale propose e chiese più volte che fosse istituito un fondo fiduciario per offrire alle vittime una compensazione, anche se extra-processuale o simbolica[30].

Sebbene queste richieste rimasero inascoltate, esse ebbero l'effetto di influenzare positivamente la nascente Corte penale internazionale (d'ora in avanti CPI o la Corte), il cui Statuto, redatto a partire dal 1992 e approvato infine nel 1998, si ispirò all'interessante movimento in favore delle vittime (supportato da una serie di ONG tra cui, ad esempio, Amnesty International ma non solo, e da dottrina attenta), che sorgeva e si rafforzava proprio all'inizio degli anni '90. Tale movimento, che si poneva l'obiettivo di valorizzare il ruolo e i bisogni delle vittime coinvolte nel processo internazionale penale, ottenne la sua più importante vittoria quando a Roma, nel corso delle negoziazioni sullo Statuto, furono introdotti nel trattato istitutivo della Corte l'art. 68, la prima norma internazionale a riconoscere le vittime come partecipanti nel procedimento internazionale penale e l'art. 75, la prima norma internazionale a prevedere il diritto di tali vittime alla riparazione, sia individuale sia collettiva. Sinora le vittime hanno ottenuto riparazioni individuali nella forma della *restitutio in integrum* (ad esempio, restituzione di proprietà sottratte), compensazione, ma anche riabilitazione (ad

[29] ICTY, *The judges of the ICYT acknowledge the right of victims of crimes committed in the former Yugoslavia to seek compensation, press release*, 14 settembre 2000, disponibile online al sito *www.icty.org/en/press/judges-icty-acknowledge-right-victims-crimes-committed-former-yugoslavia-seek-compensation*.

[30] V. ad es. ICTY, *President Robinson's Address Before the Security Council, press release*, 18 giugno 2010, disponibile online al sito *www.icty.org/en/press/president-robinson's-address-security-council-1*.

esempio, supporto medico e psicologico) e soddisfazione (scuse pubbliche); e riparazioni collettive, come ad esempio la creazione di o il supporto per centri di riabilitazione per le vittime, servizi medici, psicologici o scolastici, o forme di riparazione di tipo simbolico quali la costruzione di memoriali.

A tal proposito, l'attuale Presidente della Corte, il giudice Eboe-Osuji, nella sua opinione dissenziente nel caso *Kenyatta*, ha affermato che la riparazione offerta dalla Corte, in particolare nella forma della soddisfazione, può svolgere funzioni tipiche della giustizia di transizione. Eboe-Osuji si riferisce per esempio alla funzione di *fact-finding* svolta dalle sentenze, o al fatto che le stesse sono capaci di ristorare la dignità, reputazione e diritti delle vittime[31]. A questa opinione fa eco una certa parte della dottrina, secondo cui lo Statuto sarebbe *victims-oriented* e pertanto si allineerebbe ai principi di base della giustizia riparativa[32]. Seppure sembri difficile concordare appieno con questa prospettiva[33], è pur vero che le citate disposizioni statutarie, assieme anche ad altre, abbracciano alcuni principi fondamentali della giustizia riparativa (o meglio, della giustizia di transizione) di permeare nel procedimento internazionale penale. Si pensi, oltre alla possibilità di offrire riparazioni collettive, alla Regola 145(2)(a)(ii) del Regolamento di procedura e prova, che permette di considerare in sede di determinazione della pena, come circostanza attenuante, la partecipazione della persona imputata a commissioni di verità e riconciliazione, il suo essersi arresa in forza di un accordo di pace[34], l'aver offerto il proprio supporto agli sforzi tesi al disarmo e alla smobilitazione, o l'aver contribuito al *peacebuilding*; circostanze che, altrove, chi scrive ha definito "ristorative", poiché connotate da una dimensione collet-

[31] CPI, Procuratore c. Uhuru Muigai Kenyatta, Case No. ICC-01/09-02/11, opinione dissenziente del giudice Judge Eboe-Osuji del 27 novembre 2013, par. 61-62.

[32] V. M.J. Findlay, R. Henham, *Transforming International Criminal Justice: Retributive and Restorative Justice in the Trial Process*, Cullompton, 2005, 275.

[33] V. la lucida analisi in tal senso di A. Cuppini, *A Restorative Response to Victims in Proceedings before the International Criminal Court: Reality or Chimaera*, in *International Criminal Law Review*, 21, 2021, 313 ss.

[34] A. Riccardi, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to the Hague*, l'Aja, Torino, 2016, 130.

tiva e riconciliatoria[35]. Si pensi poi alla prassi del *guilty plea*, per cui un importante sconto di pena è accordato a coloro che ammettono le proprie responsabilità e offrono le proprie scuse genuine alle vittime, con ciò dimostrando di voler contribuire a placare gli effetti collettivi dei crimini commessi, riconciliare le comunità colpite e affermare il *rule of law* internazionale[36].

5. *Conclusioni*

In questo breve scritto si è voluto dare conto di due modalità attraverso cui il diritto internazionale ha fatto propri i principi fondamentali della giustizia riparativa, riadattandoli al contesto internazionale. Questa incursione dimostra come la giustizia riparativa sia una pratica dinamica e adattabile a diverse situazioni, anche di criminalità di massa. Il diritto internazionale abbraccia una nozione di giustizia riparativa ampia e composita[37], in cui risultano fondamentali i momenti del *truth seeking* o *fact-finding* e della riparazione, anche attraverso forme simboliche o collettive. Attraverso la giustizia riparativa le società in transizione possono *fare i conti con il passato*, ricostruire i rapporti comunitari e istituzionali, e prevenire la futura commissione di ulteriori atrocità. Lo sviluppo attuale del diritto internazionale richiede che giustizia riparativa e retributiva si complementino quando ad essere commessi siano crimini di diritto internazionale. In questo senso, la giustizia riparativa non è alternativa al procedimento internazionale penale. I due, anzi, possono e devono, attraverso un rapporto virtuoso, intersecarsi e rafforzarsi vicendevolmente.

[35] A. Riccardi, *'Internationalised' Rehabilitation: A General Principle Emerging from the Practice of International Criminal Courts and Tribunals*, in R. Mulgrew, M.J. Christensen (a cura di), *Research Handbook on the Punishment of Atrocity Crimes*, Londra, 2023.

[36] A. Riccardi, *Applying the "international" rationales of sentencing into the domestic criminal system*, in F. Jessberger, C. Meloni, M. Crippa (a cura di), *Domesticating International Criminal Justice*, Abingdon, New York, 2023, 229.

[37] Per alcuni, questo sarebbe per la verità un segno dell'incoerenza delle teorie riparative. V. i termini del dibattito come riassunti in V.K. Daly, G. Proietti-Scifoni, *op. cit.*

Marcello Bortolato

La giustizia restaurativa

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'esito riparativo. – 3. L'attività del giudice.

1. *Introduzione*

La giustizia riparativa (o "restaurativa") rappresenta senza dubbio un paradigma di giustizia metodologicamente autonomo, volto ad ampliare la risposta al crimine.

Anche i sostenitori del paradigma culturalmente dominante della pena come retribuzione riconoscono la mancanza di giustificazioni razionali capaci di legittimarlo e le teorie sorte per superare il modello retributivo, e cioè la concezione general preventiva, il modello special preventivo e correzionalista o dell'emenda e, infine, la prospettiva rieducativa (le principali proposte formulate nel corso degli ultimi due secoli) ribadiscono la difficoltà di pervenire ad una concezione universalmente condivisa della pena.

Di fronte a questo quadro la giustizia riparativa rappresenta certamente un qualcosa di rivoluzionario perché, nella sua sostanziale contrapposizione alla giustizia punitiva che quasi mai risolve il conflitto, anzi lo alimenta col perverso meccanismo del "raddoppio del male", mette in crisi principi consolidati e molte delle nostre certezze. Del resto, una giustizia fondata sull'ascolto e sul riconoscimento dell'altro[1] si contrappone in primo luogo alla funzione intimidente del processo penale ("colpisce" cioè la prevenzione generale).

[1] Una giustizia "accogliente" (cfr. G. Mannozzi, R. Mancini, *La giustizia accogliente,* Milano, 2022).

Una giustizia basata sulla comunicazione emotiva, il non giudizio, l'esplorazione dei valori e delle domande esistenziali non può non essere vista come una turbativa alla funzione cognitiva del processo penale (si pensi che la giustizia riparativa non si occupa del reato e della personalità del suo autore, fatti in sé non rilevanti ai fini dei bisogni *restoratives*).

Inoltre, essa mette in crisi il principio di legalità perché introduce e assegna rilevanza nel processo a fatti extralegali: si tratta di fatti[2] che possono avere rilievo nella giustizia riparativa ma non necessariamente hanno rilevanza nel processo[3].

Infine, la giustizia riparativa rompe quella verticalità che da sempre assiste il processo: essa introduce una dialettica non più bipolare (Stato-reo) ma tripolare (Stato-reo-vittima) se non, con l'inserimento anche della Comunità, "quadripolare".

In questo panorama fa ingresso il giudice penale, con tutte le sue tradizionali e stratificate certezze e con tutti quegli aridi meccanismi processuali e sanzionatori del metodo dialettico (tipico del processo) che accentuano, a differenza del metodo dialogico (proprio dei percorsi riparativi), il conflitto, perché proprio di esso si nutre. Il giudice deve dunque confrontarsi con un nuovo paradigma che è oggetto, ormai, di una compiuta disciplina normativa.

2. *L'esito riparativo*

La prima domanda che dobbiamo porci è dunque: che tipo di risposta dà al reato la giustizia riparativa?

[2] Ad esempio, la rottura del patto di fiducia fra due persone nell'ipotesi di un furto tra due persone che da tempo hanno una relazione amicale.

[3] Si pensi anche al fatto che nella legge organica si riconosce alla nozione di «offesa» un ampio spettro di significati, più specificamente racchiusi nel lemma «questioni derivanti dal reato» (art. 42 lett. *a* d.lgs. 150/22), dizione questa che, utilizzando il linguaggio proprio del paradigma riparativo, dovrebbe includere, oltre ai danni patrimoniali e non patrimoniali, anche tutto quel complesso di danni emotivi, mentali, fisici e la rottura delle relazioni con la vittima e/o con la comunità che sono la conseguenza di qualunque reato.

Ed è la domanda che anche si è posto il legislatore laddove ha fornito una regolamentazione degli effetti dei programmi riparativi e dei suoi potenziali esiti sul sistema sanzionatorio.

Dal lato della persona imputata o condannata, infatti, la riparazione può far ripensare la pena, cioè la risposta punitiva, perché "sottrae" ad essa qualcosa: la pena tendenzialmente non può più essere quella che era originariamente se è intervenuta la riparazione, diventando una pena che promuove comportamenti attivi[4]. Nella giustizia tradizionale la pena subìta, come mezzo che sanziona senza aggiungere nulla, che infligge un male aggiuntivo raddoppiando il male commesso senza preoccuparsi di risanare la frattura prodotta dai comportamenti, resta a disposizione di chi non vuole avvalersi dei programmi di giustizia riparativa. Un meccanismo analogo a quello della fase esecutiva allorché il condannato rifiuti il trattamento rieducativo perseguendo unicamente il riconoscimento della propria innocenza ovvero decidendo di subire la pena come mera espiazione.

Il paradigma riparativo non può dunque non avere effetti anche sulla risposta repressiva al reato.

Se in linea di principio la giustizia riparativa è in grado di sostituirsi *tout court* alla giustizia punitiva, tuttavia essa vive nella storia e dunque oggi si atteggia solo come "complementare" secondo la scelta, tanto prudente quanto opportuna, del legislatore italiano.

Da tempi immemorabili, peraltro, si fa ricorso a forme più o meno riconducibili al paradigma riparativo[5].

[4] V. M. Donini, *Pena agìta e pena subìta. Il modello del delitto riparato*, in *Questione Giustizia*, 2020.

[5] Si pensi al "*rîb*" della Bibbia: accanto al procedimento penale che fa capo al giudice, e in antagonismo ad esso, vi era nell'Israele biblico un diverso modo di procedere, che aveva per oggetto il ristabilimento del diritto violato senza che si rischiasse la morte del reo. L'esito della controversia e l'attuazione della giustizia dipendevano però interamente dalle parti, senza l'intervento di un terzo arbitro e la storia di Giuseppe e dei suoi fratelli ne è l'esempio migliore e più noto. La Scrittura ebraica utilizza il termine 'rîb', che significa accusare o litigare, e che oggi possiamo forse rendere meglio con il concetto di lite. Il luogo classico di svolgimento del rîb era la famiglia, e l'esempio concreto è quello della storia di Giuseppe e dei suoi fratelli, come noi la conosciamo attraverso il libro della Genesi. Come sappiamo, i fratelli maggiori di Giuseppe tentarono di uccidere il loro fratello minore, e lo vendettero poi a degli stranieri come schiavo.

Orbene, lo sforzo del legislatore è stato quello di far coesistere e dialogare i due paradigmi, secondo un sistema fondato su una logica binaria.

Per i reati meno gravi (ossia quelli perseguibili a querela), la giustizia riparativa può configurarsi come vera e propria alternativa alla giustizia ordinaria: l'esito riparativo conduce infatti alla non proposizione della querela o alla sua remissione, espressa o tacita (secondo quanto previsto dal nuovo art. 152, comma 3, c.p.)[6].

Per i reati più seri, la giustizia riparativa si colloca invece in una posizione di complementarità rispetto a quella contenziosa.

Diciamo subito che gli effetti sulla pena previsti dall'innesto della *restorative justice* nel processo *ex* d.lgs. 150/22 sono molto limitati: le critiche dei più convinti difensori della tradizione libe-

Quando Giuseppe, divenuto viceré in Egitto, riconosce i suoi fratelli fra gli stranieri venuti in cerca di grano, non cerca immediatamente di farli condannare, né li perdona passando su tutto ciò che era successo. Non può imporre in maniera unilaterale e prematura il perdono, ma cerca di guidarli lungo un percorso di graduale maturazione della coscienza. Questo è il momento dell'accusa, della dimostrazione della propria collera e dell'inflizione del castigo. Quest'ultimo è proporzionato sia alla colpa commessa, sia alla condizione personale del colpevole. Giuseppe fa imprigionare i suoi fratelli, accusandoli di un fatto non commesso, per fargli comprendere cosa significhi essere puniti ingiustamente. La pena era quindi collocata all'inizio del procedimento, come strumento per parlare al colpevole e per suscitare in lui una risposta. Se di fronte al male la vittima non avesse reagito, il colpevole non avrebbe capito il suo sbaglio. Finché la propria colpa veniva negata l'accusa rimaneva. Se fosse intervenuta la confessione, questa sarebbe stata mediatrice di relazione nella misura in cui riconosceva che si era fatto torto ad una persona, e proprio alla persona che stava di fronte in veste di accusatore. I fratelli maggiori di Giuseppe, invece di confessare, a lungo si auto-giustificano, anche se in segreto si rendono conto che i loro guai derivano da quel misfatto contro il fratello minore. Nei gesti che accompagnano le loro parole, Giuseppe ravvisa infine i segni del pentimento. Giuda, uno dei fratelli di Giuseppe, chiede pietà offrendosi in schiavo al posto del piccolo. Infine, Giuseppe si rivela ai suoi fratelli. Per sottolineare la veridicità del pentimento, il colpevole compiva i gesti rituali che nella tradizione biblica vengono chiamati "atti penitenziali". Infine, l'offeso dimostrava la sua disponibilità a perdonare, e porgeva la possibilità di una riconciliazione. Sul punto v. L. COMINELLI, articolo tratto da "*Rendere Giustizia. Istituzioni e modelli giudiziari nell'Israele biblico*", di Pietro Bovati, 2009.

[6] È naturale, infatti, che il raggiungimento di un accordo riparativo determini il venir meno della volontà di punizione da parte della vittima, ossia della volontà di attivare la giustizia contenziosa: in tale ipotesi la giustizia riparativa può configurarsi come vera e propria alternativa alla giustizia ordinaria.

rale paiono francamente eccessive alla stregua della cautela con la quale si è mosso il legislatore sul piano degli effetti sostanziali sulla pena.

I percorsi di giustizia riparativa dal canto loro, lungi dall'essere strumenti di pura deflazione o di fuga dalla tradizionale giurisdizione punitiva e tantomeno configurarsi come "benefici" da concedere o meno, aprono piuttosto nel processo delle parentesi di durata non predeterminabile che comportano una deformalizzazione dello stesso piuttosto che un'attenuazione della risposta repressiva.

Tralasciando quello più rilevante (propiziare la remissione di querela, unico effetto deflativo della giustizia riparativa perché evita il processo), la modifica di alcune norme del Codice penale in tema di attenuanti comuni (art. 62 n. 6 c.p.) e di sospensione condizionale della pena (art. 163 ult. co. c.p.) è volta ad incidere sulla stessa sanzione. Pertanto, il giudice, svolto dall'imputato un programma di giustizia riparativa e ricevuta dal mediatore la relazione finale contenente la descrizione dell'esito "riparativo", verifica innanzitutto che detto esito possa qualificarsi tale ai sensi della legge e poi lo valuta unitamente agli atti e documenti acquisiti nel procedimento ai fini dell'applicazione dell'attenuante ovvero del beneficio della sospensione condizionale cd "breve".

È necessario a questo punto chiarire che cosa si deve intendere per «esito riparativo», nozione cruciale nell'economia della disciplina organica.

La nozione di esito riparativo, inserita tra le norme definitorie (art. 42 lett. *e*), si ispira alla nozione di *restorative outcome* fornita dalle Nazioni Unite (par. I.3 della Risoluzione 2002/12)[7] e si muove tra due opposte esigenze, non facilmente conciliabili: da un lato, l'esigenza di tassatività, determinatezza e precisione della "materia

[7] ECOSOC *Resolution* 2002/12 *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, par. I.3 («Restorative outcome means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender»).

penale"; dall'altro, l'esigenza di cogliere nel testo normativo la flessibilità, e financo la creatività, della giustizia riparativa.

La definizione ruota attorno alle parole «accordo», «riparazione dell'offesa», «riconoscimento reciproco» e «relazione», concetti mutuati dalla scienza della giustizia riparativa, i quali assumono qui la natura di "risultato" del metodo riparativo stesso. La nozione è da correlarsi strettamente con l'articolo 56 del d.lgs. 150/22, dove l'esito riparativo è tassativamente disciplinato come esito «simbolico» o «materiale» (o entrambi), nonché con le disposizioni di modifica del codice penale, dell'ordinamento penitenziario e del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121 (ordinamento minorile). Se, in particolare, la «riparazione dell'offesa» è nozione già nota alla dottrina e alla cultura penalistiche, nuova e più ricca è la specifica incurvatura data dal programma di giustizia riparativa alle condotte di riparazione, le quali possono essere, appunto, sia materiali che simboliche.

Nuovo è altresì il riferimento all'idoneità dell'accordo che scaturisce dall'incontro a significare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti: concetti indispensabili ad esprimere la tipica vocazione relazionale della giustizia riparativa, necessariamente aperta e flessibile e purtuttavia ricondotta nei confini della materialità, tassatività e determinatezza negli articoli 56-57-58 d. cit., dove la formulazione delle disposizioni è particolarmente attenta a tipizzare indicatori concreti, specialmente per le ipotesi in cui essi sono offerti all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria per gli effetti processuali e sostanziali previsti dalla disciplina. Anche gli obiettivi di cui all'articolo 43 comma 2[8], sono da leggersi nello specchio della nozione di esito riparativo.

Perché la necessità di prevedere una nozione legale di *esito riparativo*?

La risposta sta nel fatto che gli elementi "extralegali" che possono avere rilievo nella giustizia riparativa non necessariamente

[8] V. art. 43 comma 2 d.lgs. cit.: «promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità».

hanno rilevanza nel processo e dunque vi è la necessità di un "travaso" normativo, sicché l'eventuale mediazione fra due persone sulle conseguenze negative del reato potrebbe avere come esito delle mere scuse formali o una riparazione solamente simbolica che tuttavia, se è idonea a «rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (come recita la norma definitoria dell'art. 42), costituisce esito riparativo del tutto indipendente dalla tradizionale riparazione pecuniaria o in forma specifica[9]. Come si vede non ci può essere un ingresso automatico nel processo di fatti "extralegali" e da qui la necessità di un innesto formale.

La definizione di esito riparativo si incentra sul termine «accordo», che è un esito dialogico (corrisponde alla natura *orizzontale* della giustizia riparativa contrapposta alla natura *verticale* della giustizia punitiva), un accordo bensì volto alla riparazione ma soprattutto idoneo a rappresentare il *riconoscimento reciproco* (art. 42 cit.).

Quando l'esito può dirsi positivamente raggiunto?

L'art. 56 del decreto disciplina gli esiti riparativi definendo due categorie, entrambe non tassative: esito simbolico ed esito materiale.

L'esito *simbolico* «può» comprendere «dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi» (art. 56 comma 2). Si tratta di indicatori concreti, offerti all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria per gli effetti sostanziali previsti dalla disciplina. Anche l'esito simbolico, come qualunque esito riparativo, è il frutto di un accordo e dunque non si tratta di forme unilaterali di riconoscimento (in una parola: le scuse andranno "accettate" dalla vittima in sede di mediazione) ma una comune ed accettabile soddisfazione soprattutto se rapportata, di volta in volta, alle attese iniziali. La domanda è cioè sempre: che cosa si aspettano i partecipanti dal percorso riparativo? E in relazione a questo va valutato anche l'esito finale. Se sotto il profilo materiale l'esito simbolico costituisce una restituzione trascurabile (è, appunto, solo "simbolica") dal punto di vista riparativo è vi-

[9] Del resto, la scopo della giustizia riparativa è più la ricomposizione del conflitto che la riparazione in senso stretto.

ceversa molto significativa e il Giudice deve saper leggere questi istituti con delle nuove lenti.

Anche la definizione di esito *materiale* non è tassativa: esso comprende «il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori» (art. 56 comma 3). Si tratta di obblighi prestazionali propriamente detti, che rappresentano qualcosa di più di un esito dialogico. È una nozione aperta e proteiforme che può comprendere, ma non esaurire, le attività riparative in senso lato, le quali certamente non vanno confuse con le attività riparatorie ben note (e disseminate nell'ordinamento penale: risarcimento del danno, restituzioni, obblighi civili comunque nascenti dal reato, lavori di pubblica utilità, etc.) la cui natura è "neutra" nel senso che non implicano necessariamente un riconoscimento reciproco[10]. In altre parole, solo l'esito materiale che sia il frutto di un programma di giustizia riparativa ai sensi della nuova legge è realmente riparativo, in quanto "sana" molto di più e meglio perché è il punto terminale di un percorso di avvicinamento tra le parti[11].

L'art. 1 del d.lgs. 150/22 ha apportato una modifica significativa al numero 6) dell'art. 62, primo comma del codice penale, introducendo di fatto una nuova circostanza attenuante comune.

Accanto al risarcimento del danno ed alla elisione o attenuazione delle conseguenze del reato è infatti ora previsto che anche

[10] Si pensi al risarcimento integrale del danno che, seppur interamente satisfattivo, non è necessariamente frutto di un accordo né implica un reciproco riconoscimento né la base per una futura ricostruzione di una relazione.

[11] Queste distinzioni fanno comprendere ancora meglio le differenze tra gli istituti "riparativi" propri di questa disciplina e quelli "riparatori" che con essi rischiano di essere confusi: il risarcimento del danno e le restituzioni (obblighi prestazionali discendenti *ex lege* dal reato ai sensi dell'art. 185 c.p.); i lavori di pubblica utilità (sparsi qua e là in vari istituti processuali e sostanziali: art. 464-*bis* c.p.p., art. 20-*ter* ord. penit., art. 105 l. 689/81), tantomeno nelle ipotesi in cui essi costituiscono a tutti gli effetti una sanzione (art. 54 d.lgs. 274/00); le attività di volontariato sociale (di cui ad esempio ai programmi di trattamento ed al corredo prescrizionale di varie misure alternative alla detenzione comprendenti anche obblighi restitutori e riparatori in senso lato: artt. 21, 47 co. 7 e 48 ord. penit.); gli istituti di *probation* propriamente detta (quella processuale della messa alla prova e quella *in executivis* dell'affidamento in prova al servizio sociale).

«l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con esito riparativo» attenua il reato. Non è peraltro sufficiente il raggiungimento dell'esito riparativo qualora esso «comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali» poiché nella norma è espressamente previsto che, in tal caso, la circostanza si applichi solo a seguito della favorevole valutazione del giudice circa il rispetto di detti impegni. Si ritiene dunque l'imputato meritevole di una diminuzione di pena solo qualora gli impegni, oltre ad essere stati da lui assunti all'esito del programma, siano stati anche dallo stesso rispettati.

Il raggiungimento di un esito riparativo viene in sostanza parificato al risarcimento del danno ed alle restituzioni: si tratta di un cambiamento significativo di prospettiva.

V'è da notare innanzitutto come, a differenza delle prime due ipotesi contenute nel numero 6), non vi è alcuna limitazione temporale in relazione al momento processuale in cui deve realizzarsi il comportamento («prima del giudizio» nel caso del risarcimento e dell'attenuazione degli effetti sfavorevoli del reato) e dunque potrà essere preso in considerazione il comportamento dell'imputato a questi fini in qualunque momento del processo, anche dopo la conclusione del giudizio di primo grado.

Secondariamente, la particolare natura di tale terza ipotesi (che potremmo denominare "riparativa" per contraddistinguerla nettamente dalle altre due meramente "riparatorie") dovrebbe far propendere pacificamente per la natura soggettiva della circostanza in quanto, pur ispirata dal medesimo *favor reparandi* delle prime due, è interamente riferibile alla condotta dell'imputato che volontariamente accede ai percorsi riparativi. La nuova attenuante non può infatti leggersi in chiave oggettiva cioè come espressione della semplice esigenza di incentivare la reintegrazione del patrimonio del danneggiato[12] e, conseguentemente, concorre con le altre due ed è applicabile a qualunque ipotesi di reato.

Soccorre in proposito la norma definitoria dell'art. 42 d.lgs. 150/22 laddove si riconosce alla nozione di «offesa» un ampio spettro di significati, più specificamente racchiusi nel lemma «que-

[12] V. Corte cost., sent. n. 138 del 1998.

stioni derivanti dal reato», ampia dizione questa che, utilizzando il linguaggio proprio del paradigma riparativo, dovrebbe includere, oltre ai danni patrimoniali e non patrimoniali, anche tutto quel complesso di danni emotivi, mentali, fisici e la rottura delle relazioni con la vittima e/o con la comunità che sono la conseguenza di qualunque reato. E, del resto, i programmi di giustizia riparativa «sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità» (art. 44).

Il raggiungimento in definitiva di un esito riparativo, come qualificato dagli artt. 42 e 56 d.lgs. 150/22 (è implicito nell'art. 62 n. 6 il richiamo della disciplina generale – ivi comprese le disposizioni definitorie – sulla giustizia riparativa) consente al giudice di riconoscere l'attenuante comune in parola, con l'ulteriore specificazione di cui si è detto e cioè che qualora l'esito «comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali» in tal caso la circostanza si applica solo a seguito della favorevole valutazione del giudice circa il rispetto di detti impegni.

È bene precisare che l'applicazione della circostanza attenuante non permette al giudice una valutazione discrezionale a fronte del riscontrato realizzarsi della stessa circostanza. Questo significa da un lato che il raggiungimento di un esito (o il rispetto degli impegni futuri che ne siano la conseguenza) obbliga il giudice a valutare positivamente il fatto in sé (prescindendo dunque da quei criteri interpretativi finora adoperati per il riconoscimento dell'attenuante "riparatoria": integralità del risarcimento, spontaneità dell'adempimento, accettazione della persona offesa) e, dall'altro, che qualora l'esito non sia raggiunto il giudice non potrà ritenere realizzata la circostanza pur se ritenga congrua la partecipazione dell'imputato al programma di giustizia riparativa.

Ai fini dell'applicazione dell'attenuante "riparativa" si deve ritenere in definitiva che la valutazione della congruità dell'esito riparativo e degli eventuali impegni comportamentali futuri – nell'ambito dello schema legale definito dalla legge – è molto ristretta in capo al giudice che, una volta verificatisi entrambi, deve obbligatoriamente tenerne conto[13].

[13] Si consideri anche che nella definizione degli accordi "materiali" i partecipanti

Ulteriore effetto sostanziale è costituito da una nuova ipotesi di sospensione condizionale della pena.

L'art. 163 c.p. prevede, all'ultimo comma (nell'ambito della cd sospensione condizionale "breve"), un ulteriore caso di sospensione legato alla partecipazione ad un programma di giustizia riparativa «concluso con un esito riparativo».

Va subito detto che gli effetti sono per il vero molto limitati: si deve trattare di una pena inferiore ad un anno, l'esito deve essere raggiunto prima della pronuncia della sentenza di primo grado (a differenza dell'attenuante "riparativa" che, come si è visto, non prevede un limite temporale), il tutto accompagnato da una presunzione di non reiterazione del reato.

In questo caso, nell'ipotesi in cui l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, non è previsto (diversamente dal caso dell'attenuante comune) la verifica da parte del giudice che gli impegni siano stati rispettati. Pertanto, le condotte riparative come presupposto per la concessione del beneficio non coincidono, quanto al contenuto, con quelle previste dall'art. 62 n. 6 c.p.

Qualora le condotte riparative siano state poste in essere prima del giudizio, il giudice potrà operare una duplice valutazione delle stesse, sia ai fini della sospensione condizionale sia ai fini della commisurazione della pena *ex* art. 133 c.p. La duplice valutazione si concilia con la natura premiale della sospensione condizionale cd. "breve". Anche da questo si evincono le diverse finalità a cui attendono gli istituti della sospensione condizionale della pena e delle circostanze del reato.

3. *L'attività del giudice*

L'art. 129-*bis* c.p.p. e l'art. 58 del d.lgs. disciplinano, ciascuno in ambiti diversi, l'attività valutativa del giudice: da un lato circa lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa, dall'altro sull'esito del programma stesso. Allo stesso modo l'art. 15-*bis*

possono farsi assistere dai difensori *ex* art. 56 comma 5.

ord. penit. assegna un potere valutativo (qui solo sugli esiti) alla magistratura di sorveglianza senza che, peraltro, esista nella fase dell'esecuzione una norma analoga all'art. 129-*bis* cit. e dunque una procedimentalizzazione dell'atto di "invio" ai Centri di giustizia riparativa.

Sulle valutazioni che deve compiere l'Autorità giudiziaria all'atto dell'invio ai Centri, questione molto delicata ma decisiva ai fini della corretta operatività dell'intera disciplina, la norma di riferimento è unicamente l'art. 129-*bis* c.p.p. che va necessariamente letta alla luce della norma generale dell'art. 43 d.lgs. 150/22 sui "Principi generali e obiettivi" dei programmi di giustizia riparativa.

Nessuna norma prevede requisiti di ammissibilità per l'accesso ai programmi, anzi, è fissato il principio del libero accesso da parte di chiunque, per qualunque ipotesi di reato, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità (art. 44 comma 1) e in qualunque fase processuale (art. 44 comma 2), purché l'interessato lo chieda liberamente e il consenso alla partecipazione dovrebbe essere espresso e valutato unicamente in sede riparativa dai mediatori stessi (art. 48 comma 6), ancorché possa essere preceduto da una formale manifestazione di volontà davanti al Giudice.

Se questo è vero, come è vero, quali sono allora i criteri in base al quale il Giudice può, anche d'ufficio, disporre l'invio ai Centri?

Ritengo siano unicamente quelli indicati nell'art. 129-*bis* c.p.p. che vanno letti come una speciale deroga al principio generale della libertà di accesso sempre e comunque. Essi comprendono una condizione positiva e due negative. Partiamo da queste ultime: l'effettuazione del programma non deve costituire un pericolo concreto 1) per gli interessati o 2) per l'accertamento dei fatti. Pacifico ed intuitivo il pericolo per l'accertamento dei fatti (soprattutto in relazione alla specifica fase processuale in cui si situerebbe l'avvio di un programma riparativo), quanto al pericolo per i partecipanti la norma va letta alla stregua del principio generale contenuto nell'art. 43 comma 4 d.lgs. secondo cui l'accesso ai programmi può essere limitato, nel rispetto della dignità della persona, solo in caso di pericolo concreto per i partecipanti derivante dallo svolgimento stesso del programma (e il pensiero va immediatamente e soprattutto alle vittime dei reati di violenza). Si noti che la formula è

sufficientemente ampia (nonostante la specificazione del pericolo come "concreto") per consentire un largo spettro di valutazioni "di merito" da parte dell'Autorità giudiziaria. Analoga valutazione è rimessa ai mediatori pur dopo che l'autorità giudiziaria abbia disposto l'invio, posto che soltanto i mediatori possono aver modo, attraverso i colloqui preliminari, di apprezzare *in concreto* l'effettivo pericolo per i partecipanti al programma (è viceversa evidente che la valutazione del pericolo per l'accertamento dei fatti è di esclusiva competenza dell'Autorità giudiziaria).

Veniamo ora alla condizione positiva che è ovviamente quella più problematica, vale a dire la valutazione circa l'"utilità" del programma.

Lungi dall'attribuire alla categoria dell'utilità un significato legato all'"opportunità" dell'accesso o addirittura alla "fattibilità" del programma (il "si può fare", il cui accertamento è inequivocabilmente rimesso, anche quanto alla scelta del tipo di programma, ai mediatori), il termine "utilità" va letto unicamente con le lenti dei principi generali e degli obiettivi.

È noto che utile è ciò che reca un vantaggio, materiale o morale.

La legge parla di "utilità alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede" e il richiamo va dunque inevitabilmente al comma 2 dell'art. 43 e cioè agli "obiettivi": è dunque un'utilità vincolata a qualcosa di finalisticamente orientato. L'invio sarà utile nella misura in cui tenderà a promuovere «il riconoscimento della vittima, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità» (sono i tre obiettivi della giustizia riparativa espressi nella norma). Come si vede – benché la giustizia riparativa sia una giustizia "orientata alle vittime" – nessun riferimento è alla opportunità o utilità per la vittima *diretta* del reato la cui assoluta, sacrosanta e piena libertà di aderire al programma, nel rispetto della sua dignità e del suo libero consenso, è fatta salva. Si potrà certo dire che, preso atto di un dissenso espresso dalla vittima diretta, l'invio sarà forse destinato ad un probabile insuccesso per quanto attiene ai processi di mediazione, ma certamente non si potrà dire che, soprattutto quando è l'imputato a chiederlo dopo aver ricevuto in

ogni dove avvisi processuali sulla facoltà di accedere alla giustizia riparativa, sia da ritenersi non utile alla stregua degli obiettivi generali fissati dalla disciplina organica, laddove per giunta la comunità (e dunque lo Stato che la rappresenta nel processo) è la vittima di ogni violazione di rilevanza penale (non esistono, benché lo si affermi spesso, "reati senza vittima").

Il secondo tema è quello della valutazione degli esiti riparativi.

La valutazione degli esiti è viceversa sempre "in concreto" perché condotta ai fini delle determinazioni sulla pena *ex* art. 133 c.p. o in relazione agli istituti sostanziali da applicare ed è di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria[14], con l'importante precisazione che «la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa». L'intera disciplina organica della giustizia riparativa innestata nel procedimento penale risulta infatti pervasa dal divieto di valutazione *in malam partem.*

La relazione compilata dal mediatore deve contenere la descrizione essenziale delle attività svolte e dell'accordo riparativo raggiunto e non altre informazioni circa il dialogo avvenuto e quant'altro occorso nello svolgimento del programma, tranne che i partecipanti lo richiedano e/o vi prestino il consenso. In tal modo viene garantita quella confidenzialità che è tra i principi generali della giustizia riparativa (art. 43 comma 1 lett *e*) e si garantisce il rispetto della riservatezza delle dichiarazioni rese. L'autorità giudiziaria è così in grado di acquisire il risultato di un percorso di giustizia riparativa nei termini "essenziali" dell'accordo consensualmente raggiunto. Anche la mancata effettuazione del programma è doveroso che venga comunicata all'autorità giudiziaria pur senza specificarne le ragioni: vi osta infatti il divieto di utilizzo *in malam partem* di cui si è detto. In tal modo si mantiene nella totale disponibilità delle parti la partecipazione al programma di giustizia riparativa e si rende il consenso inizialmente prestato sempre re-

[14] È peraltro evidente che la valutazione di merito dell'autorità giudiziaria non potrà mai spingersi fino all'indicazione "preferenziale" di un esito riparativo diverso da quello frutto di accordo.

vocabile senza timore di eventuali effetti negativi o pregiudizievoli connessi alla mancata partecipazione o all'interruzione anticipata del percorso.

Per concludere, ritengo che se si fuoriesce dai limiti ben descritti dalla cornice normativa della disciplina organica, il rischio è che la giustizia riparativa ceda a logiche moralizzanti o peggio redentive (è il tema dell'"emenda morale"), rischio che si elimina tagliando i ponti con ogni forma di paternalismo giuridico, del Giudice e del Pubblico ministero. Il ruolo dell'Autorità giudiziaria nel complesso della legge è dunque un ruolo di impulso "attivo" nell'architettura delle scelte o, come si usa dire mutuando dal linguaggio della psicologia e dell'economia comportamentale, un "*nudge*"[15], il fenomeno per cui le decisioni umane sono influenzate dalla presentazione delle opzioni.

La natura "laica" della giustizia riparativa comporta inoltre che l'esito riparativo nel processo penale non implica mai il necessario pentimento del reo o il perdono da parte della vittima, perché nessun giudice è ammesso ad accertare un pentimento, quando invece dovrà prendere atto di una solidarietà o di una remissione oppure, appunto, di una "riparazione", la quale può anche dipendere da un senso di solidarietà senza ammissione di colpa, con buona pace dei paventati rischi di compromissione della presunzione di innocenza che deriverebbero dall'innesto della giustizia riparativa nella fase di cognizione . Tantomeno la riparazione si basa sul perdono della vittima, che lo Stato non è autorizzato a sindacare, essendo il perdono non un atto giuridico[16].

Lo Stato «promuove la riparazione senza pretendere verifiche interiori. In questo consiste il suo rispetto del reo e della vittima, la sua più credibile laicità»[17].

[15] Cfr. R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2014 in cui si descrive, sotto il concetto di "paternalismo libertario", il fenomeno per cui le decisioni umane sono influenzate dalla presentazione delle opzioni: è nello stabilire l'architettura delle scelte che le persone possono essere pungolate senza però perdere la loro libertà di scelta. È legittimo per gli architetti delle scelte cercare di influenzare il comportamento delle persone, al fine di rendere la loro vita migliore.

[16] Su questi punti cfr. M. Donini, *op. cit*.

[17] M. Donini, op. cit.

Maria Pia Giuffrida

La giustizia riparativa tra passato e futuro

SOMMARIO: 1. Alle origini della nuova disciplina sulla giustizia riparativa. – 2. Il diritto all'informazione e l'adesione volontaria ai programmi. – 3. Lo spazio della mediazione. – 4. La realizzazione della giustizia riparativa: dalle norme ai fatti.

1. *Alle origini della nuova disciplina sulla giustizia riparativa*

Intervenire oggi sulla Giustizia riparativa significa cercare di gettare un ponte tra le variegate esperienze condotte in Italia negli ultimi vent'anni e l'implementazione concreta della disciplina organica sulla Giustizia riparativa introdotta dal Decreto Lgs n. 150/22[1], prima norma organica sulla materia a livello europeo.

Si tratta di una vera e propria rivoluzione culturale che affianca al sistema retributivo e al modello trattamentale-rieducativo, in termini di complementarietà, un paradigma nuovo, autonomo, libero e volontario, che permette di uscire da un'ottica esclusivamente reo-centrica o vittimo-centrica postulando la possibilità di un incontro tra le parti, il riconoscimento reciproco e il superamento degli effetti prodotti dal reato.

Se negli ultimi vent'anni abbiamo assistito al sempre maggiore diffondersi di esperienze applicative del paradigma riparativo nell'ambito minorile, dell'esecuzione di pena detentiva o in misura di comunità di soggetti adulti e nella disciplina del Giudice

[1] Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari. La disciplina organica della giustizia riparativa è contenuta nel Titolo IV, dall'art. 42 all'art. 67.

di pace, ciò è avvenuto con riferimento alle indicazioni contenute nelle raccomandazioni e direttive europee e ad alcuni spazi presenti nella normativa italiana, con esperienze che hanno spesso avuto carattere episodico e hanno presentato modalità anche molto lontane tra loro, a seconda dei diversi ambiti e dei diversificati percorsi formativi degli operatori, chiamati a volte facilitatori, mediatori, o ancora operatori di giustizia riparativa.

La disciplina organica ci permette di delimitare il campo da un punto di vista semantico, definendo i significati, le garanzie, i partecipanti, i diritti e i doveri di ciascuno degli attori, e naturalmente le caratteristiche di quei programmi che possono essere ricompresi a pieno titolo nell'accezione di "programmi di giustizia riparativa in materia penale".

Se si parla di Giustizia riparativa oggi si fa dunque riferimento ad "[…] ogni programma che consente alla vittima, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore"[2].

Restano fuori dalle previsioni della nuova norma le diverse pratiche e i diversi istituti largamente sviluppatisi in molti contesti territoriali, con modalità spesso improprie o confusive. Ci riferiamo per esempio alle condotte riparatorie, al risarcimento, al lavoro socialmente utile, alle attività di volontariato che talvolta sono state definite riparatorie, alle attività eventualmente prescritte ai sensi dell'art. 47 co. 7 o.p. o previste tra le prescrizioni dell'istituto della messa alla prova, o ancora a tutte quelle iniziative, di indubbio valore sociale, variamente ricomprese nella locuzione di giustizia di comunità.

Il cuore dei programmi è costituito dall'incontro tra i partecipanti teso a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità.

Per richiamare – ai sensi del citato decreto legislativo 150/22 – le caratteristiche principali della giustizia riparativa dobbiamo

[2] Cfr. art 42 d.lgs. citato.

però citare innanzitutto la sua autonomia dal paradigma retributivo e dal paradigma trattamentale – rieducativo: i programmi di giustizia riparativa, che pur sempre vanno realizzati all'insegna della legge, non si occupano (principalmente) del fatto reato e della pena eventualmente già comminata e non possono essere considerati come contenuto di un programma/patto trattamentale individualizzato che viene (deve) essere avviato ad opera dell'istituzione ai sensi dell'ordinamento penitenziario[3].

Per chiarire quanto sopra val la pena ricordare le riflessioni condotte dalla Commissione a suo tempo istituita presso il DAP[4] (2002) che già allora richiamavano il fatto che la riparazione non può in alcun modo integrare una modalità sanzionatoria[5], segnalandone anzi alcuni aspetti distintivi, che si riportano brevemente. «Mentre la condanna ha il suo focus sul passato, la riparazione pone l'accento sul futuro (Zehr - Wright) e mentre nel primo caso è lo Stato (soggetto) che "impone una condanna" al delinquente (oggetto) e gli irroga una pena, la cui esecuzione tende a ripristinare in qualche modo lo squilibrio provocato dal fatto reato rispetto al sistema delle norme, nel secondo è il reo (soggetto) che, se ha maturato una consapevolezza rispetto al danno provocato a terzi, al valore della relazione infranta dal reato, e delle aspettative so-

[3] «La giustizia riparativa non può […] essere considerata uno degli strumenti della rieducazione, magari tentando di conseguenza di confinarla esclusivamente nella fase esecutiva, essendo essa qualcosa di profondamente diverso dalla rieducazione non fosse altro per il ruolo che vi gioca la vittima»; tuttavia, un «punto di contatto» tra i due versanti sarebbe rappresentato dall'esigenza che la rieducazione e la giustizia riparativa abbiano in comune lo stesso «ordine di valori condivisi». Così F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *Riflessioni sulla giustizia penale*, 434, 439.

[4] Commissione sulla Giustizia riparativa e la mediazione penale istituita presso il DAP con Decreto del 26 febbraio 2002.

[5] Claudia Mazzucato affermava, che mai, «l'incontro tra reo e offeso o un'attività riparativa possono integrare una prescrizione, un obbligo, una prestazione imposta e non spontaneamente scelti e determinati dal reo medesimo, o peggio una forma di limite alla libertà personale ad integrazione di una qualche misura di favore (magari ritenuta in sé troppo blanda); mai – ci si trova costretti a ribadirlo nonostante l'evidenza – mediazione e riparazione possono diventare una pena in senso tradizionale, cioè un'esperienza di inflizione di afflizione. Ne verrebbe compromesso, fra l'altro, anche il principio costituzionale di legalità» (I. MARCHETTI E C. MAZZUCATO, in *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, 2003, 64).

ciali simbolicamente condivise, fa sua una prospettiva "riparativa" che tende alla riconciliazione, al rinsaldamento di quella relazione, e di ciò che viene chiamato più in generale "patto di cittadinanza".

In altre parole, se con la condanna viene riconosciuta la responsabilità del reo rispetto al fatto commesso (*retrospective responsability*), e con la pena si tende alla sua risocializzazione tramite la definizione di un piano trattamentale – che spesso chiede solo un'assunzione di un comportamento e il rispetto delle regole penitenziarie in maniera passivizzante se non immediatamente strumentale all'ottenimento dei benefici – la prospettiva riparativa pone il reo in posizione attiva rispetto all'assunzione di un impegno, di una responsabilità verso un'altra persona/vittima e la collettività (*prospective responsability*)»[6].

Il concetto di responsabilità, come capacità di assumere un impegno, acquista così nella prospettiva riparativa un aspetto progettuale e relazionale che manca totalmente al riconoscimento di una responsabilità giuridica.

La direttiva europea del 2012 nel riportare alla ribalta la persona vittima e i suoi diritti minimi, ci viene in aiuto considerando che il reato non è soltanto la rottura di una norma (responsabilità giuridica) ma è anche la violazione dei diritti della persona che lo ha subito. Si tratta di un'affermazione di grande impatto che apre a una dimensione relazionale della responsabilità, per chiarire la quale – nella prospettiva della giustizia riparativa – possiamo chiamare in aiuto la definizione data da Salvatore Natoli che afferma: c'è responsabilità solo in quanto c'è relazione. «Per responsabilità, abitualmente, s'intende l'obbligo di rendere conto agli altri di quel che si è fatto e di come lo si è fatto ma la parola responsabilità significa molto di più: deriva, infatti dal latino respondeo, rispondo. Ora, rispondere non significa solo dar conto di quel che si è fatto, ma anche dare risposta alle domande dell'altro, alle sue richieste, ai suoi bisogni…Occorre assumere su di sé la responsabilità dell'altro il peso dell'altro consapevolmente. Il

[6] Cfr. M. P. Giuffrida, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, serie trentaseiesima n. 3/2013, 491 ss.

mio essere responsabile non dipende da una mia decisione ma *è una mia condizione*: è l'altro per il fatto stesso di esistere che mi impedisce di non esserlo»[7].

Ritornando alla materia penale, la persona che ha subito il fatto e i suoi effetti ha dunque diritto di avere risposte alle sue domande, ai suoi diritti e ai suoi bisogni, a trovare spazio di parola e di ascolto con riguardo alla ricaduta esistenziale ed emozionale del reato subito, alla difficoltà di riuscire ad andare oltre il fatto.

Senza attardarci ad altre e certamente importanti considerazioni sul sistema dell'esecuzione della pena e su come si concretizza il dover fare trattamento da parte dei suoi operatori[8], riprendiamo qui la parola responsabilità che ricorre nei tre sistemi e che nel sistema della giustizia riparativa acquisisce – abbiamo detto – una ben differente coloritura: responsabilità di chi ha commesso il fatto verso la norma infranta nel primo, responsabilità comportamentale verso un trattamento teso al reinserimento nel secondo, responsabilità oggi, nel terzo, quale consapevolezza della dimensione relazionale dell'offesa, responsabilità rispetto agli effetti del proprio agire sulla vita delle persone coinvolte, responsabilità che porta a prendere la libertà dell'altro a misura della propria azione e del proprio limite.

Se la comprensione del concetto di responsabilità relazionale da parte di chi ha commesso il fatto è il presupposto e il senso (punto di partenza o di arrivo) di ogni programma di giustizia riparativa, l'adesione volontaria ad un programma ne costituisce la pregiudiziale, la condizione imprescindibile per tutti i partecipanti.

[7] S. Natoli, *Parole della filosofia o l'arte di meditare*, 2004, 137-140.

[8] Secondo chi scrive non è in contraddizione con l'affermazione circa l'autonomia tra i diversi paradigmi il fatto che la scommessa della giustizia riparativa può aiutare il sistema dell'esecuzione a recuperare i significati, può rivitalizzare il saper essere degli operatori. In particolare sul piano individuale sottrae la persona indicata come autore dell'offesa, alla passivizzazione di un trattamento penitenziario denso di regole e prescrizioni, perché restituisce alla persona l'occasione di andare oltre il fatto, di assumere su di sé una responsabilità relazionale, di poter ri-costruire un'identità nuova che lo sottragga al mero e consueto adattamento a regole strumentali. Il cambiamento "drammatico" di sé che consegue all'incontro con lo sguardo dell'altro muta sostanzialmente l'esistenza dei partecipanti ai programmi di giustizia riparativa.

2. *Il diritto all'informazione e l'adesione volontaria ai programmi*

La giustizia riparativa – possiamo affermare – *è un paradigma* di libertà e l'avvio di un programma non può essere imposto o prescritto. Se il decreto legislativo 150/22 nell'art 129-*bis*[9], introdotto dal legislatore delegato, pone in capo all'Autorità giudiziaria il compito di inviare gli interessati ai Centri di giustizia riparativa, tale invio non può dunque sostanziarsi in alcun modo in una imposizione. Come sottolinea Gialuz «l'avvio del programma (da parte dell'Autorità Giudiziaria) ha il solo scopo di «precostituire la cornice giuridica per una prospettiva di incontro tra il potenziale autore del reato e la potenziale vittima. Nulla di più, nulla di meno»[10].

[9] Cfr. Art. 129-*bis*, d.lgs. 150/2022 (Accesso ai programmi di giustizia riparativa). - «1. In ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria può disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima del reato di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa. …L'invio degli interessati è disposto con ordinanza dal giudice che procede, sentite le parti, i difensori nominati e, se lo ritiene necessario, la vittima del reato di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, qualora reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato».

[10] Sul punto M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 novembre 22, 17; chiarisce inoltre «La chiave di volta della disposizione dell'art. 129-*bis* c.p.p. sta nel comma 3, che definisce i presupposti per l'invio e il sub-procedimento. Quanto ai primi, merita soffermarsi anzitutto sul presupposto positivo: si potrà invitare a iniziare un programma di giustizia riparativa solo laddove risulti che il suo svolgimento possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede. Si tratta dell'attuazione puntuale del criterio (di cui all'art. 1, comma 18, lett. c) che richiedeva la positiva valutazione dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso. Ebbene, il delegato ha richiesto al giudice di compiere semplicemente una prognosi che tenga conto in termini astratti dei connotati (non del reato, ma) del fatto per cui si procede e delle caratteristiche dei soggetti potenzialmente coinvolti. La scelta di fondo è stata di non richiedere alcun accertamento del fatto: il giudice non deve verificare la sussistenza di gravi indizi di reato, né tanto meno di gravi indizi di colpevolezza, né deve compiere un sindacato sulla non applicazione del 129 c.p.p.».

In linea con la relazione del Massimario si può affermare, ai sensi del citato art. 129-bis, comma 3, che l'invio degli interessati al programma di giustizia riparativa «va inteso come una sorta di autorizzazione indispensabile per l'avvio ai programmi, cui l'Autorità giudiziaria perviene (sempre che ciò non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti) qualora reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto, tenendo conto dei connotati non del reato, ma del fatto per cui si procede e delle caratteristiche dei soggetti potenzialmente coinvolti»[11].

La nuova norma ci dice che l'autorità giudiziaria, in sede di invio, esercita peraltro un vaglio circa "l'utilità" dell'invio stesso ai Centri di giustizia riparativa, secondo dei criteri valutativi che andranno ben chiariti anche in relazione alla successiva valutazione di fattibilità di esclusiva competenza dei mediatori. Tale vaglio[12] rischia, infatti, di ingenerare confusione e potrebbe nei fatti divenire un limite al diritto di accesso di "chiunque ne abbia interesse" alla giustizia riparativa.

Si tratta però di contro sempre di una scelta volontaria, di una decisione libera, attiva e personale che, pur potendo partire da una sollecitazione o un convincimento spesso inevitabilmente strumentale, pur potendo trovare l'impulso iniziale nell'invio da parte

[11] Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario Servizio Penale: Relazione su novità normativa – La riforma Cartabia. Rel. n. 2/2023 del 5 gennaio 2023.

[12] «Preliminarmente, vanno dipanati i possibili equivoci circa le eventuali sovrapposizioni fra il vaglio giudiziale di utilità del percorso riparativo da un lato e la valutazione di fattibilità e di scelta del programma rimessa ai mediatori, dall'altro lato. L'ampiezza dei parametri di utilità da un canto, e di fattibilità dall'altro, genera «disorientamenti», rischia di determinare iniziative giudiziarie prevaricatrici delle legittime strategie difensive dell'imputato oppure poco attente alle ragioni della vittima diretta. In realtà, andrebbe acquisita maggiore consapevolezza del fatto che il vaglio prognostico dell'autorità giudiziaria non coincide, né potrebbe, con quello *in limine* rimesso esclusivamente ai mediatori […] Se dovesse consolidarsi il criterio dell'utilità "in negativo", anche attraverso l'enfatizzazione dei fini pubblicistici della giustizia riparativa, finirebbe verosimilmente per affermarsi un'utilità *in re ipsa*, aprendo canali pressoché incondizionati all'invio» (P. Maggio, F. Parisi, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere* in *Sistema penale*, 19 ottobre 2023).

della magistratura competente ai Centri (futuri) per la giustizia riparativa, richiede un tempo e un luogo per esprimersi e presume la conoscenza compiuta ed esaustiva del paradigma stesso.

In termini molto semplici: io posso agire la mia scelta volontaria solo se comprendo quale sia la proposta e la prospettiva, soltanto se sono adeguatamente informato.

L'intero articolo 47 della nuova disciplina è dedicato al diritto all'informazione[13] e affida – come primo destinatario dell'obbligo che ne consegue – all'Autorità giudiziaria, in ogni stato e grado del procedimento, il dovere di informare senza ritardo la persona indicata come autore dell'offesa e la persona vittima, circa la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa dalle indagini preliminari sino alla fase dell'esecuzione. La competenza all'invio di cui all'art. 129-*bis* e il dovere di informazione da parte dell'autorità giudiziaria appaiono dunque strettamente interconnessi.

Proseguendo la lettura dell'art. 47 si può ben vedere che, di non minore importanza, è il comma 2 che affida il dovere di dare informazione a tutta una serie di soggetti diversi e in primis agli operatori di Istituti e servizi, anche minorili del Ministero della Giustizia e agli operatori dei servizi di assistenza alle vittime, soggetti che indubbiamente incontrano gli ipotetici partecipanti a motivo del loro impegno professionale, della loro mission. Ma è anche tutta la Comunità chiamata a diventare soggetto attivo della diffusione della cultura della giustizia riparativa, oltre che soggetto che a pieno titolo può partecipare ai diversi programmi, in quanto colpita dalla commissione di ogni reato e pertanto portatrice di un interesse teso alla ricostituzione del patto di cittadinanza.

Soffermandoci un momento sugli operatori del Ministero della Giustizia, è di immediata evidenza l'importanza di una formazione attenta di tutti i professionisti: così come al diritto al trattamento sancito dalla norma penitenziaria corrisponde l'obbligo[14] di tutti gli operatori a "fare trattamento", così al diritto di informazione sulla facoltà di accesso a programmi di giustizia riparativa non può non fare da riscontro un dovere di informazione

[13] Cfr. Art. 47, d.lgs. 150/2022.

[14] Cfr. Corte Cass., I Sez. penale, 9 ottobre 1982 (c.c. 1° luglio 1981, n. 1161).

e un saper fare rinnovato da parte di ciascun operatore. Nella fase esecutiva in particolare sono questi i soggetti che devono "favorire" l'accesso ai programmi sollecitando nelle persone in carcere o in misura alternativa, o in fase procedimentale ammessi alla messa alla prova, un cambiamento di prospettiva, accompagnando le persone loro affidate dalla legge in una riflessione sul reato in termini relazionali[15], e segnalando l'espressione volontaria di accedere ad un programma, da loro recepita nel corso delle attività istituzionali, al magistrato competente, così da definire la cornice giuridica di riferimento.

Al magistrato compete infatti in ogni caso il potere di impulso, con la possibilità di raccogliere il consenso delle parti non già relativamente alla partecipazione al programma, ma limitato al contatto con i centri territorialmente competenti, un consenso che riguarda il rendersi disponibili a comprendere appieno il paradigma e a valutare la fattibilità di un programma di giustizia riparativa con i mediatori penali.

3. *Lo spazio della mediazione*

L'Autorità giudiziaria – come dice la relazione del Massimario – apre la porta ma non entra nella stanza della mediazione, dove ai sensi del comma 3 sarà il mediatore, anzi due mediatori[16], ad assol-

[15] In tal senso è d'obbligo ricordare come nella riformulazione del regolamento di esecuzione dell'o.p. (d.P.R. 230 del 30 giugno 2000) già si rinveniva uno spazio e una prospettiva verso una lettura relazionale del reato laddove l'art. 27 recita «Sulla base dei dati giudiziari acquisiti, viene espletata, con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». È con riferimento a questo spazio normativo e a quello speculare di cui all'art 118 del medesimo DPR che la Commissione sulla Giustizia riparativa e la mediazione penale istituita presso il DAP con Decreto del 26 febbraio 2002 ha avviato le prime sperimentazioni di mediazione penale per i condannati adulti.

[16] La scelta della co-presenza di (almeno) due mediatori espresso nell'art. 53 comma 1 del decreto, è strettamente legato all'intento di garantire l'equiprossimità, la certezza cioè che venga data uguale attenzione alle parti, che venga assicurata un'uguale vicinanza: I mediatori, infatti, sono vicini a tutti i partecipanti, intervengono senza pre-

vere al dovere di dare ai partecipanti «…una informazione effettiva, completa e obiettiva sui programmi di giustizia riparativa disponibili, sulle modalità di accesso e di svolgimento, sui potenziali esiti e sugli eventuali accordi tra i partecipanti» che vengono altresì informati in merito alle garanzie e ai doveri previsti nel decreto.

Il cuore dell'incontro informativo con i mediatori è la valutazione della volontarietà dei partecipanti intesa come capacità di autodeterminazione, come scelta di esserci senza secondi fini, come decisione di accettare la sfida di uno sguardo nuovo, di poter dire una verità non legata alle tecniche processuali e difensive, di poter riconoscere l'umanità dell'altro e valutare la possibilità di elidere o attenuare le conseguenze prodotte dal reato.

Il mediatore, nel dare ogni compiuta informazione e con un ascolto competente, aiuta le parti a:

- individuare il significato dell'incontro, a prescindere da ogni aspetto, implicitamente o esplicitamente, strumentale;
- comprendere se i programmi disponibili e offerti possono rappresentare un'opportunità;
- poter esprimere liberamente il consenso o viceversa la scelta a non partecipare, comprendere che il consenso può essere revocato in ogni momento senza alcuna ricaduta in *malam partem*;
- comprendere le eventuali ricadute positive che la partecipazione a un programma può determinare nelle decisioni dell'autorità giudiziaria competente[17];

giudizio nei confronti delle azioni e delle narrazioni di entrambe le parti, rinunciando alle personali opinioni e alle proprie aspettative. Ricordiamo al proposito il paragrafo 15 della Raccomandazione sulla Giustizia Riparativa CM/REC (2018)8: «La giustizia riparativa non dovrebbe essere pensata o realizzata o utilizzata allo scopo di promuovere gli interessi della vittima o dell'autore dell'illecito a favore dell'uno e a dispetto dell'altro. Piuttosto, fornisce uno spazio neutro in cui tutte le parti sono incoraggiate e supportate nell'espressione dei loro bisogni al fine di vedere tali bisogni soddisfatti quanto più è possibile».

[17] Si auspica che la valutazione circa la partecipazione ad un programma e all'eventuale esito "positivo" del medesimo da parte dell'autorità giudiziaria competente, in fase esecutiva, pur sempre integrata ad altri elementi di valutazione, non determini un automatismo premiale, cosa che potrebbe inevitabilmente ingenerare un innalzamento degli atteggiamenti strumentali posti in essere dalla persona indicata come autore

- aderire ad un impegno di riservatezza per tutta la durata del programma.

I mediatori, se non ricorre la necessità di evitare la commissione di imminenti e gravi reati o in caso di dichiarazioni che integrano di per sé reato[18], dopo aver raccolto il consenso scritto, avviano le attività preliminari per la realizzazione di uno dei programmi di giustizia riparativa tra quelli elencati nell'art. 53 e precisamente:

a. La mediazione penale (lett. a) distinta in:
   - mediazione vis à vis tra persona indicata come autore dell'offesa e la persona vittima del reato, anche estesa ai gruppi parentali;
   - mediazione con una vittima di un reato diverso da quello per cui si procede[19].
b. Dialogo riparativo (lettera b) programmi che prevedono un dialogo allargato a gruppi familiari (in particolare i familiari dell'autore dell'offesa o soggetti appartenenti alla Comunità) e come viene specificato all'art. 45 a chiunque altro vi abbia interesse[20].
c. Ogni altro programma dialogico guidato da mediatori e svolto nell'interesse della vittima del reato e delle persone indicate come autore dell'offesa (lettera c).

I programmi hanno alcune caratteristiche comuni, che possono essere desunte dalla norma quali elementi necessari per qua-

dell'offesa in tutte le fasi del programma, e inficerebbe il significato di una loro adesione piena e consapevole al paradigma riparativo. La magistratura dovrà interrogarsi anche sugli indicatori e criteri da utilizzare per valutare la partecipazione di un soggetto ad un programma che potrebbe non concludersi con un accordo o interrompersi a motivo di una eventuale indisponibilità degli altri partecipanti.

[18] La valutazione circa la presenza di tale rischio e la sua conseguente necessaria rivelazione rappresentano le uniche deroghe al segreto d'ufficio di cui all'art. 52 co. 5 e, di fatto, danno materia per una valutazione di non fattibilità.

[19] Si tratta di uno dei programmi di giustizia riparativa citato dall'Handbook on Restorative Justice Programmes delle Nazioni Unite (2020) tra i "quasi-*restorative programmes*".

[20] Questa locuzione non si ritrova nell'elenco dei programmi di giustizia riparativa elaborato dall'International Scientific and Pro-fessional Advisory Council (ISPAC) delle Nazioni Unite, ma possiamo considerarli ricompresi nelle «restorative conferences» citate nell'Hand book 2020.

lificarli effettivamente come programmi di giustizia riparativa in materia penale: l'interesse dell'autore dell'offesa e della vittima del reato, la partecipazione all'incontro attivo e personale, la dimensione dialogica, la presenza dei mediatori.

Per dare un'idea ai non addetti ai lavori circa lo sviluppo dei programmi va detto che l'impegno più delicato dei mediatori penali è – a parere della scrivente – nelle attività preliminari (art. 54), nei colloqui che si fanno con i partecipanti dopo aver raccolto il consenso formale: *è lì* che i mediatori garantiscono il tempo e lo spazio per consentire a ciascuno di sperimentare sé stesso come soggetto della propria esistenza e di affrontare una narrazione di sé che comprenda l'altro.

"È successo un omicidio", affermazione di un detenuto al primo colloquio, può nel tempo e nello spazio, riservato e autonomo delle attività preliminari, portare ad una narrazione altra, a riconoscere la persona uccisa con il suo nome e la sua fisicità, a uscire dai facili nessi causa – effetto in cui spesso chi commette un reato si rifugia, incapace di affrontare la realtà[21]. Le persone in esecuzione di pena tendono infatti a costruire una narrazione utile ad affrontare la carcerazione o, più in generale la pena, ad essere approvato dagli operatori, ad ottenere i benefici di legge, in un contesto spesso altamente mistificatorio che gli stessi operatori incentivano – anche inconsapevolmente – nella corsa agli adempimenti e nell'attestarsi su valutazioni sommarie, su aspetti comportamentali che possono essere tanto insignificanti quanto meramente formali.

[21] In carcere spesso tutto concorre a incentivare una narrazione in cui la realtà viene largamente modificata poiché i detenuti ricorrono ad un'autocensura o ad una vera e propria fabulazione sul reato che ha determinato la condanna (soprattutto quando il reato rientra tra quelli che vengono di fatto pesantemente valutati anche dalla comunità carceraria) e sulla famiglia per sfuggire alla situazione di improvviso allontanamento dal loro contesto di appartenenza da un lato, e per trovare dall'altro un posizionamento all'interno del carcere, uno status rispetto ai compagni di pena, una credibilità davanti all'operatore. Essi riscoprono sentimenti paterni/materni verso figli magari trascurati nella realtà libera, ma che ora divengono motivo di proiezione verso la libertà. La famiglia tutta viene rivalutata o accusata ma comunque usata, sia per pervenire all'immagine che il detenuto vuol dare di sé, sia per raggiungere obiettivi pratici e immediati. cfr. M.P. GIUFFRIDA, *L'inchiesta sociale nell'ambito penitenziario,* in *Rivista di Servizio Sociale*, n. 1/89.

Per la persona indicata quale autore dell'offesa il tempo delle attività preliminari è dunque spesso la prima occasione per uscire fuori dalle fabulazioni strumentali e addentrarsi in una dimensione di riflessività che consente di rivolgersi a se stesso assumendo il punto di vista degli altri: è il tempo del colloquio con il proprio parlamento interiore[22]. Molte volte nei colloqui preliminari, i mediatori hanno "sentito" di aprire un varco nuovo attraverso cui la persona trova la possibilità di entrare in una dimensione altra, relazionale, di guardarsi in modo diverso per la prima volta, di far affiorare attraverso la narrazione le emozioni legate al fatto commesso e di riuscire a guardarsi dal punto di vista della persona vittima. "È la prima volta che dico queste cose, è la prima volta che penso all'altro e mi chiedo cosa abbia provato, è la prima volta che penso di avere una vittima […]" sono frasi ricorrenti nell'esperienza dei mediatori. Si apre un varco attraverso il quale si può andare "oltre" la presa d'atto della fattispecie del reato commesso, nel riconoscimento degli effetti che il reato ha provocato nelle esistenze delle vittime, e nell'assunzione di quella responsabilità relazionale di cui si diceva. "Io sono responsabile rispetto all'altro, e all'altro devo dare delle risposte". Nella prospettiva dell'incontro lo sguardo della persona indicata come autore dell'offesa cambia, lasciando indietro e ricomponendo eventuali dimensioni strumentali.

Non c'è incontro senza verità, e non c'è possibilità di nascondimento dinnanzi allo sguardo dell'altro, della persona vittima che ha subito gli effetti del reato.

In virtù della nuova disciplina organica, la giustizia riparativa si affianca, senza sostituirsi, al processo penale, nell'interesse delle vittime dei reati: nell'intento del legislatore la persona vittima sale alla ribalta, viene sottratta alla marginalizzazione finora patita, ha la possibilità di ricevere lo spazio di ascolto e le risposte che il processo non può garantire. La persona vittima può trovare, se acconsente volontariamente alla partecipazione ad un programma

[22] Sul significato di riflessività e sul concetto di parlamento interiore e cosmologie violente appare fondamentale l'approccio definito da A. Ceretti e L. Natali, *Cosmologie violente. Percorsi di vita criminali* e R. Cortina, *Io volevo ucciderla. Per una criminologia dell'incontro*, Milano, 2022.

nello spazio della giustizia riparativa, la possibilità di porre delle domande, di avere delle risposte, di affermare le proprie emozioni e i propri valori, di chiedere e ricevere un riconoscimento della propria "perdita" non solo e non tanto sul piano materiale bensì sul piano simbolico ed emozionale, di riuscire ad andare oltre il fatto, sfuggendo alla cristallizzazione dell'evento e delle ferite subite.

Spesso le persone che hanno avuto accesso a programmi di giustizia riparativa[23] hanno testimoniato di avere trovato nei mediatori, per la prima volta dopo l'accadimento che le ha colpite, un ascolto attivo e rispettoso, uno spazio e un tempo dedicato e garantito, il riconoscimento della "perdita del prima"[24].

Garantire il diritto di informazione della vittima è pregiudiziale rispetto alla possibilità di dar seguito a quanto stabilisce la nuova norma: la vittima ha "diritto" ad essere informata circa il paradigma riparativo e i programmi cui è possibile accedere o aderire, ha diritto – aggiungerei – di conoscere immediatamente l'eventuale avvio di programmi di giustizia riparativa su impulso dell'Autorità giudiziaria e su istanza della persona indicata come autore dell'offesa. Il decreto 150/22 interviene al proposito in maniera puntuale inserendo già tra le modifiche al Titolo IV del libro primo del c.p.p. l'art. 90-*bis*[25], la previsione relativa alla informazione circa la facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa.

[23] Talvolta le vittime accettano di accedere al primo colloquio informativo e poi decidono liberamente di non andare oltre ma già lo spazio di parola garantito dai mediatori dà loro la misura del riconoscimento del loro bisogno di parola, del loro diritto di essere ascoltate.

[24] Espressione coniata da Adolfo Ceretti, che afferma di «la "perdita del prima", è una perdita ontologica di un senso di fiducia nei confronti del mondo, che non ci sarà mai più, e su questo mai più, noi che ci occupiamo di giustizia riparativa cerchiamo invece di fare delle scommesse e di immaginare dei futuri credibili […].C'è una sottile linea rossa che unisce tutte le esperienze delle vittime, e che riguarda sia chi subisce un furto di un portafogli sia chi è sopravvissuto ad Auschwitz, e questa sottile linea rossa consiste, a mio avviso, in ciò che ho definito "la perdita del prima"» (in atti del convegno *Ho imparato a non odiare*, organizzato da Ristretti orizzonti nel 2008).

[25] Art. 90-*bis*. 1 (Informazioni alla vittima di cui all'art. 42, comma 1, lettera b del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021 n. 134).

L'articolo 47 della nuova disciplina – abbiamo visto – richiama poi tale diritto in maniera a nostro parere inequivocabile e, ai sensi del secondo comma, chiama in causa anche gli operatori dei servizi di assistenza alle vittime, siano essi generalisti siano essi dedicati a particolari tipologie di vittime.

Si tratta di un passaggio delicato che impone una riflessione sull'importanza di un impegno teso ad attenuare o superare le resistenze e le preoccupazioni di taluni servizi per le vittime in ordine alla giustizia riparativa, posizioni a volte dovute principalmente a pregiudizi o a scelte ideologiche, o ancora – in alcuni casi – all'utilizzo di metodologie di intervento che rischiano di produrre una cristallizzazione dello status di vittima.

4. *La realizzazione della giustizia riparativa: dalle norme ai fatti*

A parere di chi scrive, quanto previsto dal decreto 150/22 non può avere reale e diffusa realizzazione se in parallelo non si investe, in modo organico e significativo, sull'apertura di servizi generalisti per le vittime, servizi[26] che accolgano chi ha subito un reato e ha bisogno/diritto di uno spazio di parola e di un accompagnamento per affrontare le problematiche personali, psicologiche e materiali collegate all'evento subito. In altri termini l'apertura di una capillare rete di servizi di assistenza e sostegno per le persone vittime non può essere considerata di secondaria importanza rispetto alla prossima istituzione dei Centri per la giustizia riparativa: si tratta di investire su entrambi questi pilastri e di ingenerare un clima di reciproca fiducia tra queste due tipologie di servizi.

Un altro problema aperto che si ritiene di citare, più legato alla fase esecutiva della pena e alla distanza temporale tra la com-

[26] La Direttiva incoraggia l'istituzione di servizi di assistenza alle vittime (artt. 8 e 9) che devono assicurare informazioni, consigli e assistenza in materia di diritti delle vittime, informazioni su eventuali pertinenti servizi specialistici di assistenza in attività o il rinvio diretto a tali servizi; sostegno emotivo e, ove disponibile, psicologico; interventi tesi alla riduzione del rischio e alla prevenzione di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni; consigli relativi ad aspetti finanziari e pratici derivanti dal reato.

missione del reato e l'eventuale avvio di un programma, è quello relativo alla difficoltà diffusamente incontrata nel reperire le persone vittime, cosa che priva di fatto queste ultime dell'occasione di giovarsi del proprio diritto di informazione e quindi della conseguente possibilità di scegliere un percorso che ripari gli effetti provocati dal reato[27].

Dopo le attività preliminari si giunge alla realizzazione dell'incontro che deve essere fatto in spazi e luoghi adeguati allo svolgimento dei programmi nonché idonei ad assicurare riservatezza e indipendenza, alla presenza dei mediatori che assicurino il trattamento rispettoso, non discriminatorio ed equiprossimo dei partecipanti. In qualsiasi momento i partecipanti possono revocare il loro consenso. La norma fa anche riferimento ai tempi dei programmi, tempi spesso non preventivabili e che talvolta possono non coincidere con l'iter giudiziario o con il tempo della pena: ci vuole il tempo che ci vuole, il tempo necessario ai partecipanti per riprendere, con la narrazione, gli eventi che hanno determinato la "perdita del prima", per dire all'altro le parole altrimenti indicibili, per porre domande e ricevere risposte, per attraversare la crisi, per andare verso il riconoscimento reciproco al di là dei ruoli di reo e vittima, per definire eventuali accordi.

Il risultato appartiene ai partecipanti e solo essi potranno definirne il valore e valutare il livello di soddisfazione[28] derivante dal percorso e dagli eventuali esiti raggiunti.

Giunti alla fine del programma i mediatori inviano all'autorità giudiziaria competente una relazione conclusiva i cui contenuti saranno esclusivamente descrittivi dei passaggi salienti relativi agli aspetti oggettivi del programma, ma in alcun modo potranno

[27] Questo aspetto critico, la cui soluzione non ha trovato spazio nella nuova disciplina organica, potrebbe essere risolto definendo una modalità stabile di acquisizione dei dati relativi alla persona vittima da parte degli istituendi Centri, presso la Procura della Repubblica (Registro iscrizione notizie di reato), dati che la Procura dovrebbe detenere per dar seguito ai diritti di informazione della persona vittima di reato come definiti dall'art. 6 della Direttiva 2012/29/UE e dalle modifiche apportate alla disciplina processuale dal d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212.

[28] Gli accordi consensualmente raggiunti ci dice la norma all'art. 43 l. f) devono comunque essere ragionevoli e proporzionati.

violare il dovere di riservatezza, fatto salvo quanto i partecipanti all'incontro decidano consensualmente di rendere noto.

Concludendo, siamo soltanto ai blocchi di partenza e dobbiamo con prudenza e saggezza implementare questa norma, in linea con le indicazioni che la Conferenza nazionale per la giustizia riparativa emanerà[29], costruendo la rete dei Centri per la giustizia riparativa e garantendo la competenza dei mediatori penali esperti attraverso una formazione dei nuovi mediatori in linea con quanto previsto all'art. 69, e un aggiornamento attento di coloro già formati[30], che in questi anni di appassionate sperimentazioni hanno investito nella giustizia riparativa.

La figura del mediatore penale esperto è infatti il cardine della riforma ed essenziale appare dunque assicurarne l'attitudine, la competenza, la sensibilità, la capacità di essere non giudicante ed equiprossimo, la capacità di assumersi responsabilmente i compiti molteplici che la disciplina organica oggi gli affida.

[29] Artt. 61 ss.

[30] Vedi sul punto il decreto 9 giugno 2023 in ordine alla disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa" e il decreto 9 giugno 2023 sulla istituzione, presso il Ministero della Giustizia, dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa.

Marta Caredda – Silvia Piergiovanni

Un "laboratorio" sulla giustizia restaurativa: indagini su alcuni profili della nuova disciplina legislativa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Su quali profili specifici interrogarsi. – 4. La vittima del reato e la comunità: al centro del paradigma riparativo. – 5. La giustizia riparativa in ambito penitenziario ed il nuovo art. 15-*bis* o.p. – 6. L'applicazione del paradigma riparativo in fase esecutiva, tra nuove prerogative della magistratura di sorveglianza e finalità rieducativa della pena.

1. *Premessa*[1]

La giustizia "restaurativa" (di qui in seguito: giustizia riparativa, secondo la denominazione legislativa), come è stato già detto, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con l'adozione del decreto legislativo n. 150 del 2022, attuativo della legge delega n. 134 del 2021, in una fase in cui l'attenzione convergeva quasi esclusivamente sul tema delle modifiche che la "riforma Cartabia" avrebbe apportato alle regole sulla prescrizione del reato. E, però, la disciplina sulla giustizia riparativa – racchiusa negli artt. da 42 a 67 del suddetto decreto – è stata riconosciuta come segno di una «rivoluzione culturale», che merita un adeguato spazio di riflessione[2]: l'intervento di Maria Pia Giuffrida ne ha offerto un inquadramento generale; nelle pagine che seguono si darà conto dell'approfondimento laboratoriale dedicato al tema.

[1] Paragrafi 1-4 ad opera di Marta Caredda.

[2] I profili strutturali e le prospettive della riforma in parola sono oggetto dell'indagine a prima lettura di G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: brevi note su contesto, disciplina ed effetti trasformativi,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2-2023.

Immaginando un caso, lo abbiamo sottoposto a comune analisi, un'analisi guidata dalla formulazione di quesiti sui quali ragionare. È l'occasione per ricordare le regole fondamentali della disciplina sulla giustizia riparativa e per fare ulteriori brevi riflessioni.

2. *Il caso*

Nicola (anni 29) entrava nella tabaccheria della signora Luisa (anni 55), minacciandola con un coltello ed impossessandosi dell'incasso, per una somma pari ad euro 250. Commesso il fatto, Nicola veniva subito individuato ed arrestato.

Ai sensi dell'art. 628, commi 1 e 3, c.p., il reato di rapina, aggravato dalla violenza o dalla minaccia commessa con l'utilizzo di un'arma, è punito con la pena della reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 2.000 ad euro 4.000.

Nel caso di specie, dal momento che l'impossessamento aveva avuto ad oggetto una somma di ammontare esiguo (pari ad euro 250), per giunta integralmente recuperata, si procedeva all'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. "patteggiamento"), pari ad anni 2 e mesi 8 di reclusione ed euro 1.200 di multa.

Una volta passata in giudicato la sentenza, il condannato chiedeva di essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale, presentando apposita istanza al Tribunale di Sorveglianza competente, che la accoglieva.

Durante l'esecuzione della misura alternativa, Nicola veniva a conoscenza della possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa e, in particolare, di partecipare alla mediazione reo-vittima.

Determinatosi ad intraprendere tale percorso, Nicola, dapprima, presentava richiesta di incontrare i mediatori, e, successivamente, manifestava l'intenzione di mettersi in contatto con la signora Luisa, che, consultata dagli stessi mediatori, vi acconsentiva.

3. *Su quali profili specifici interrogarsi*

La vicenda descritta, nella sua semplicità, ha costituito lo spunto per analizzare taluni profili della disciplina della giustizia riparativa. Ci si è confrontati, in particolare, su: *(a)* le modalità di informazione circa i principi della giustizia riparativa e le garanzie dei partecipanti: quando si informa, chi si informa, come si informa? *(b)* il rapporto tra paradigma trattamentale e paradigma riparativo: come si intersecano? Come si evita la strumentalità? *(c)* la possibilità di riflettere, non tanto sulla norma infranta, quanto sulla "relazione violata", e cioè sugli effetti che il reato ha avuto sulla persona che ne è stata vittima.

4. *La vittima del reato e la comunità: al centro del paradigma riparativo*

Andando con ordine, la disciplina sul diritto all'informazione si rinviene, specificamente, nell'art. 47 del d.lgs. n. 150 del 2022, a mente del quale «la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato vengono informate senza ritardo da parte dell'autorità giudiziaria, in ogni stato e grado del procedimento penale o all'inizio dell'esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza, in merito alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa e ai servizi disponibili»; tali previsioni vanno integrate da quelle dell'art. 15-*bis* o.p. – rubricato "Giustizia riparativa" – in base al quale «in qualsiasi fase dell'esecuzione, l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dei condannati e degli internati, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa».

Secondo quanto stabilito all'art. 45 e all'art. 47, comma 3, del d.lgs. n. 150, inoltre, i percorsi di giustizia riparativa riguardano (*recte*: possono riguardare), oltre che la vittima del reato e la persona indicata come autore dell'offesa, «altri soggetti appartenenti alla comunità, quali familiari della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'of-

fesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali» e, infine, «chiunque altro vi abbia interesse». Le persone coinvolte nei percorsi hanno diritto di ricevere dai mediatori informazioni effettive, complete e obiettive sulle modalità di accesso e di svolgimento, sui potenziali esiti e accordi tra i partecipanti, nell'osservanza delle garanzie e dei doveri stabiliti nel nuovo decreto.

Le previsioni sul diritto all'informazione offrono elementi per cominciare a riflettere anche intorno al rapporto tra trattamento penitenziario e paradigma riparativo, nonché tra quest'ultimo e la tutela della persona vittima del reato.

Come notazione preliminare, vale la pena ricordare che il trattamento penitenziario e il percorso riparativo sono completamente autonomi e non sono concepiti per integrarsi; quando le cose funzionano nel miglior modo, essi sono complementari[3]. Bisogna fare attenzione, ecco, alle affermazioni secondo cui la giustizia riparativa può rappresentare una "alternativa alla giustizia" o una "giustizia alternativa": nessuna delle due espressioni – ci pare – può delineare correttamente l'innesto della giustizia riparativa nel contesto (penale e) dell'esecuzione penale[4].

L'esecuzione e il trattamento riguardano, infatti, la relazione tra la persona condannata e l'autorità pubblica; il paradigma, come si sa, è quello che vede il tempo dell'espiazione della pena come tempo utile al positivo ritorno della persona condannata nella società. La giustizia riparativa, diversamente, riguarda la possibilità di allacciare o ricostruire una relazione tra (l'imputato o) il condannato e la vittima del reato; ambisce a ricucire la lacerazione che, a seguito della commissione dell'illecito, ha causato sofferenze

[3] In tale prospettiva, F. Palazzo, Plaidoyer *per la giustizia riparativa*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò,* Torino, 2022, altresì disponibile alla pagina web *lalegislazionepenale*; L. Castellano, *La giustizia riparativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2-2023, nonché *amplius*, in questo *Volume*, M.P. Giuffrida, *La giustizia riparativa tra passato e futuro*.

[4] Offre un ampio approfondimento sul tema il lavoro monografico di A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018, spec. 144 ss.

nella comunità di provenienza. La giustizia riparativa, in effetti, non può sostituire in alcun senso l'esecuzione della pena, né i suoi esiti possono influire su di essa in modo determinante. Le norme che regolano i riflessi del percorso riparativo sull'esecuzione della pena, in effetti, neutralizzano le conseguenze di un mancato accordo riparativo e attribuiscono una valenza positiva di carattere generico al raggiungimento dello stesso (cfr. art. 58 del d.lgs. n. 150 del 2022)[5].

L'affiancamento e, come s'accennava, l'auspicabile complementarietà, dei "sistemi" penale ed esecutivo, da una parte, e riparativo, dall'altra parte, offrendo «la possibilità di allargare la prospettiva sul reato»[6], rappresentano l'opportunità di conoscere un nuovo modo di *fare giustizia*, sapendo, però, sempre distinguere gli strumenti e le funzioni.

D'altronde, l'esigenza di definire una disciplina della giustizia riparativa nasce e si sviluppa per valorizzare la figura della vittima, offrendole la possibilità di elaborare e di superare il trauma attraverso l'instaurazione di un rapporto con la persona accusata o condannata per il fatto illecito. Tale finalità è figlia del riconoscimento, da parte dello Stato, di un proprio dovere: il dovere di tutelare la vittima del reato e di salvaguardare gli equilibri affettivi e sociali della comunità nella quale la persona vive. La comunità può, infatti, partecipare al processo riparativo, tentando di connettere (o riconnettere) il reo e la vittima e di ripristinare la "relazione violata".

La disciplina in esame vede, insomma, quale obiettivo primario quello di offrire alla vittima l'opportunità di realizzare un percorso riparativo nel più largo lasso di tempo possibile e indipendentemente dall'inizio o dai risultati del trattamento penitenziario. L'art. 44 del d.lgs. n. 150 del 2022 ne è testimonianza, perché prevede che i programmi di giustizia riparativa «sono accessibili *senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità*»; che a tali programmi «*si può accedere in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva della pena* e della misura di

[5] Tale considerazione generale prescinde dalle più specifiche note critiche proposte *infra* § 5 sulla possibile inclusione del percorso riparativo in quello trattamentale.

[6] Le parole sono di L. CASTELLANO, *op. cit.*, § 4.

sicurezza, *dopo l'esecuzione* delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità o per intervenuta causa estintiva del reato». L'art. 45, inoltre, come già ricordato, garantisce la partecipazione della comunità al tentativo di riparare ciò che si è rotto.

L'art. 56, infine, delinea gli esiti positivi del programma riparativo mettendo al centro proprio la vittima e la comunità. L'esito riparativo, è scritto, può essere simbolico o materiale: può, dunque, consistere in dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali, anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi; può, altresì, consistere nel risarcimento del danno, in restituzioni, nell'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

Queste previsioni valgono, insomma, e senza dubbio, ad attribuire alla vittima e alla comunità che hanno sofferto a causa del reato *un valore giuridicamente inedito*, compiendo quanto sperimentato nelle buone prassi e richiesto dalle norme sovranazionali[7].

La giustizia riparativa, dunque, «non si sostituisce a quella punitiva, ma la completa da tanti punti di vista, a cominciare dal riconoscimento attribuito alla vittima, completamente assente nella giustizia punitiva»[8].

Naturalmente, il compimento di un percorso di giustizia riparativa può essere di enorme beneficio per il soggetto accusato o condannato del reato, specie nell'ipotesi in cui riesca a mettersi in relazione con la vittima. È (o – sempre meglio – può essere) un terreno per l'acquisizione di consapevolezze, un'occasione per rimodellare la propria personalità, riducendo le ostilità con la comunità danneggiata dalla commissione del fatto illecito.

La disciplina sull'esecuzione penale contempla, peraltro, diversi momenti di possibile rielaborazione delle conseguenze del

[7] Cfr. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

[8] Così R. Bartoli, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *sistemapenale.it*, luglio 2023, 2.

reato da parte del condannato: si pensi all'osservazione della personalità, che prevede la riflessione sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato; all'affidamento in prova al servizio sociale, nel cui ambito è stabilito che l'affidato si adoperi per quanto possibile in favore della vittima del suo reato; nonché alla previsione generale, di cui all'art. 13 o.p., sul trattamento individualizzato, secondo cui si deve favorire l'elaborazione del fatto criminoso commesso, delle motivazioni e delle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, ragionando sulle possibili azioni di riparazione.

Per la vittima, dunque, l'esperienza riparativa rappresenta una completa novità (si diceva: un inedito giuridico) e, forse, l'unica vera opportunità di confrontarsi con la sofferenza causata dal reato. Per l'autore del reato, essa costituisce uno dei modi previsti dall'ordinamento per favorire il confronto con il fatto illecito e le sue conseguenze dannose: uno strumento qualificato dal tentativo di instaurare una relazione con la persona vittima del reato; uno strumento che, precisamente per questo motivo, presenta speciali virtualità positive[9].

In tutti i modi, «la giustizia riparativa non [è certo] pensata o realizzata allo scopo di difendere gli interessi della vittima o dell'autore dell'illecito a favore dell'uno e a dispetto dell'altro. Piuttosto, essa offre uno spazio neutro dove tutte le parti sono incoraggiate e supportate nell'esprimere i propri bisogni», come affermato nella *Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale* del 2018.

Uno spazio faticosamente conquistato, che la politica e l'amministrazione dovranno valorizzare quale terreno di maturazione per la nostra civiltà giuridica.

[9] Secondo lo stesso Autore, «la giustizia riparativa, la rieducazione finisce per subire una vera e propria trasformazione perché da quel confronto "astratto" e impersonale tra il reo e i valori dell'ordinamento che caratterizza la giustizia punitiva ovvero tra il reo e lo Stato, si trasforma in un vero e proprio percorso relazionale di responsabilizzazione, da intendersi come assunzione di responsabilità e consapevolezza di quanto accaduto, e ciò proprio grazie al contatto diretto tra autore e vittima» (*op. ult. cit.*, 10).

5. *La giustizia riparativa in ambito penitenziario ed il nuovo art. 15*-bis *o.p.*[10]

Riprendendo in esame il caso (*supra*, § 2), possiamo osservare che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa è stato in quell'ipotesi frutto di una iniziativa volontaria del condannato.

Ciò non di meno, la vicenda offre lo spunto per valutare se sia possibile configurare – ed, eventualmente, con quali conseguenze – un accesso alla giustizia riparativa che, fermo restando il consenso dei soggetti coinvolti, prenda avvio su impulso dell'autorità giudiziaria.

Prima di procedere con l'analisi della questione, può osservarsi in via preliminare che l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa, ad opera del d.lgs. n. 150 del 2022[11], ha inaugurato nuove sfide per il processo penale, che coinvolgono anche la fase esecutiva.

Il paradigma riparativo, come *supra* già rilevato, si affianca all'accertamento del fatto penalmente rilevante, attribuendo rilievo giuridico al *vulnus*, che il reato ha arrecato alla relazione con la singola persona offesa e con l'intera società, nel tentativo di risanarlo[12]. Si tratta di un modello di reazione ai fatti di reato che

[10] Paragrafi 5 e 6 ad opera di Silvia Piergiovanni.

[11] Sul tema cfr., *ex multis*, G. Mannozzi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen*., 2022, 1; V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 111 ss.; A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo nella L. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in *Sist. pen*., 2022, 7-8, 73 ss.; F. Palazzo, Plaidoyer *per la giustizia riparativa*, in *Leg. pen*., 2022, 4, 304 ss.; F. Mazzacuva, *La giustizia penale* inter pares*: logiche di scambio e percorsi di incontro*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2022, 2, 673 ss.; E. Mattevi, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 233 ss. nonché L. Parlato, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, ivi, 268 ss.

[12] Per approfondire cfr., *ex multis*, G. Mannozzi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; Ead., *Traduzione e interpretazione giuridica del multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 137 ss.; Ead., *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, 465 ss.; in tema, M. Donini, *Le due anime della riparazione come alternativa alla*

dà voce a soggetti non considerati nella tradizionale impostazione reo-centrica della risposta sanzionatoria penale, rendendo necessario un progressivo ripensamento della concezione della pena[13], volto a favorire il passaggio da una pena meramente subìta alla cd. pena agìta[14].

Proprio in virtù della logica relazionale, insita nella giustizia riparativa, si rivela centrale il coinvolgimento attivo dell'autore del reato e della vittima, nella risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito penale, con l'ausilio di un soggetto terzo, imparziale e adeguatamente formato, denominato mediatore.

Ancor più indispensabile, per l'effettiva realizzazione delle finalità proprie dei programmi di giustizia riparativa, appare la volontarietà dell'incontro tra l'autore e la vittima dell'offesa[15].

pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale, in *Cass. pen*., 2022, 2034, osserva che: «i consociati vivono da millenni il diritto penale come pena-castigo, una *lex minus quam perfecta* che non si occupa delle conseguenze del delitto, perché aggiunge un male al male, chiamando questa operazione "giustizia penale", e riduce la soluzione del conflitto alla punizione o neutralizzazione del "reo"».

[13] Il tema ha di recente interessato anche la Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, d.m. 13 settembre 2021, presieduta dal Prof. Marco Ruotolo. In particolare, nella *Relazione finale*, 17 dicembre 2021, in *www.giustizia.it*, 6, si sottolinea che «come insegna Paul Ricoeur, l'idea di una giustizia restauratrice e ricostruttiva consente di superare quella visione unilaterale che è propria delle tradizionali riflessioni sul senso e sulla funzione della pena. Si guarda, infatti, al legame organico che fa tenere insieme una comunità umana, rendendo conciliabile la pretesa esclusività di ciascuna delle finalità attribuite alla pena: la retribuzione per l'infrazione della legge, la riabilitazione del colpevole, la riparazione della vittima. Restaurare e ricostruire significa, propriamente, re-includere, avviare un processo potenzialmente in grado di ridurre il rischio di ricaduta nel reato. Ed è questo l'obiettivo al quale occorre tendere, anche per soddisfare il bisogno di sicurezza spesso avvertito come priorità dai consociati».

[14] L'efficace espressione è di M. Donini, *Pena agìta e pena subìta. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust*., 29 ottobre 2020. In particolare, secondo l'Autore, «lo Stato dovrebbe offrire come prima scelta, come programma principale, un percorso riparativo, cioè una sorta di pena agìta, che si agisce, e poi solo in forma sussidiaria o alternativa la pena subìta, perchè se non c'è la prima allora non si può negare una vera sanzione afflittiva, che a questo punto costituirà l'*extrema ratio* perchè il primo progetto non è stato seguito».

[15] In tema, D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 2, 664, osserva che «i bisogni di grande spessore etico-sociale, cui la RJ dà rilievo, *non* costituiscono oggetto di diritti, né del reo, né della persona offesa. La soddisfazione di quei bisogni passa attraverso scelte libere, non coercibili: la RJ si

Occorre, pertanto, garantire che la partecipazione dei soggetti coinvolti sia frutto di una scelta libera e volontaria, senza alcuna possibilità di costrizione.

L'imprescindibilità di un simile presupposto è evidente anche al legislatore della recente riforma che, dopo avere enunciato, all'art. 47 del d.lgs. n. 150 del 2022, gli obblighi informativi imposti ai soggetti che entrano a vario titolo in contatto con la persona indicata come autore dell'offesa e con la vittima[16], subordina l'accesso ai programmi di giustizia riparativa alla sussistenza, in capo alle parti coinvolte nella mediazione, di un consenso personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta[17].

incentra *sulla valorizzazione della capacità di scelta, e dunque dell'autonomia, di ciascun individuo, che può essere promossa, ma non coartata*. Un faccia a faccia fra vittime e perpetratori è questione di libertà di entrambe le parti». Non a caso, la volontà dei partecipanti rappresenta il fondamento dell'accesso alla giustizia riparativa anche nelle fonti internazionali. Cfr., in particolare, Risoluzione delle Nazioni Unite, ECOSOC 2002/12, recante Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa nella materia penale, §7; Consiglio d'Europa, Raccomandazione Rec(2018) 8 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale, 3 ottobre 2018, §16. Con specifico riferimento alla vittima, cfr., altresì, art. 12 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, «che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI».

[16] In particolare, l'art. 47 del d.lgs. n. 150 del 2022 prevede che la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato siano informate senza ritardo da parte dell'autorità giudiziaria, in ogni stato e grado del procedimento penale o all'inizio dell'esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza, in merito alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa e ai servizi disponibili. Ai sensi del secondo comma della citata disposizione, analoghi obblighi informativi gravano, altresì, sugli istituti e servizi, anche minorili, del Ministero della Giustizia, sui servizi sociali del territorio, sui servizi di assistenza alle vittime, sull'autorità di pubblica sicurezza, nonché sugli altri operatori che «a qualsiasi titolo sono in contatto con i medesimi soggetti». Ancora, grava sui mediatori esperti l'obbligo di fornire ai soggetti coinvolti una informazione effettiva, completa e obiettiva sui programmi di giustizia riparativa disponibili, sulle modalità di accesso e di svolgimento, sui potenziali esiti e sugli eventuali accordi tra i partecipanti. Infine, con l'obiettivo di incentivare l'accesso ai programmi di giustizia riparativa anche in fase esecutiva, si è intervenuti sull'art. 656 c.p.p., prevedendo che l'ordine di esecuzione contenga l'avviso relativo a tale possibilità.

[17] Ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 150 del 2022, l'onere di verificare l'effettiva sussistenza del consenso grava sul mediatore e deve essere assolto nel corso del primo incontro del programma riparativo.

Alla volontarietà del ricorso ai modelli della *restorative justice* non corrisponde, tuttavia, necessariamente la spontaneità dell'accesso, giacché, tanto nel corso del giudizio di cognizione, quanto in fase esecutiva, è riconosciuto all'autorità giudiziaria un potere di invio dell'imputato/condannato e della vittima presso il Centro di giustizia riparativa di riferimento, per l'eventuale avvio di un percorso di mediazione.

Fin dai criteri direttivi espressi nella legge di delega, infatti, è stata ammessa la possibilità che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa avvenisse «in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente»[18].

In fase di attuazione della delega, il criterio in parola ha dato luogo all'introduzione dell'art. 129-*bis* c.p.p., per il giudizio di cognizione[19], e dell'art. 15-*bis* o.p., relativo all'eventuale accesso ai programmi di giustizia riparativa nel corso dell'esecuzione della pena[20].

[18] Cfr. art. 1, comma 18, lett. c), Legge 27 settembre 2021, n. 134, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Gazz.Uff*. Serie Generale n. 237 del 4 ottobre 2021, a norma del quale il Governo veniva delegato a «prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lettera a)».

[19] Cfr. art. 7, comma 1, lett. c), del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Gazz. Uff.* n. 243 del 17 ottobre 2022 - Suppl. ord. n. 38.

[20] Cfr. art. 78, comma 1, lett. b), del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cit. Rispetto all'introduzione di una disposizione *ad hoc* nell'ordinamento penitenziario, P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 febbraio 2023, 38, evidenzia che «l'introduzione di una norma speciale (art. 15-*bis*) nell'ordinamento penitenziario dedicata alla GR, al posto di un semplice richiamo alla disciplina generale in quanto applicabile anche nella fase dell'esecuzione della pena, persegue l'obiettivo di attribuzione di un'autonoma valenza ai percorsi riparativi, se-

Tralasciando le perplessità che tale potere di impulso desta nell'ambito del processo di cognizione[21] – prima di tutto in punto di compatibilità con la presunzione di non colpevolezza, di rilievo costituzionale – deve osservarsi che la presenza di una sentenza passata in giudicato, che accerta in via definitiva la sussistenza del fatto e la colpevolezza del suo autore, non è di per sé sufficiente ad escludere alcune criticità di carattere sistematico anche in fase esecutiva[22].

Con una formulazione molto più scarna[23] ed imprecisa[24] rispetto al suo equivalente nel codice di rito, infatti, l'art. 15-*bis* o.p. – rubricato proprio "Giustizia riparativa" – si limita ad attribuire all'autorità giudiziaria il potere di disporre, in qualsiasi fase dell'esecuzione, l'invio dei condannati e degli internati "ai programmi di giustizia riparativa", previa adeguata informazione e su base volontaria.

In via preliminare, giova rilevare che l'idea primigenia di introdurre nell'ordinamento penitenziario un nuovo art. 15-*bis*, dedicato al ricorso alla giustizia riparativa in fase esecutiva, non può attribuirsi al legislatore della recente riforma. Invero, analoga proposta era stata già formulata all'esito dei lavori svolti dal Tavolo

gnandone normativamente pure in questa sede la complementarità rispetto alla risocializzazione del condannato».

[21] In tema cfr., *inter alios*, A. Presutti, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 giugno 2023.

[22] In generale, in tema cfr. D. Vicoli, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen*., 2015, 382 ss.

[23] L'art. 129-*bis* c.p.p., infatti, non si limita a prevedere che in ogni stato e grado del procedimento, l'autorità giudiziaria possa disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima del reato al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio del relativo programma, ma fornisce anche indicazioni sia sostanziali, sia procedimentali sull'esercizio di tale potere, prevedendo, in particolare, che il giudice possa farvi ricorso qualora «reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti».

[24] Invero, è possibile notare che, mentre nell'art. 129-*bis* c.p.p., si fa correttamente riferimento all'invio ad un Centro per la giustizia riparativa, per l'avvio del relativo programma, nell'art. 15-*bis* o.p. si è, invece, optato per una sorta di metonimia, prevedendo che, nel corso dell'esecuzione della pena, l'autorità giudiziaria possa disporre l'invio dei condannati e degli internati «ai programmi di giustizia riparativa».

tecnico n. 13, nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale. In particolare, tra le varie proposte formulate per far sì «che la giustizia riparativa a[vesse] pari dignità e pari rango rispetto alla rieducazione e al trattamento»[25], era stata anche ipotizzata l'introduzione nell'ordinamento penitenziario di un nuovo art. 15-*bis*[26], quale norma di portata generale, atta a consentire che, in qualsiasi fase dell'esecuzione, i condannati e gli internati potessero accedere ai programmi di giustizia riparativa, previa adeguata informazione e su base volontaria.

Dunque, a differenza della formulazione oggi vigente, non era presente alcun riferimento ad un possibile "invio ai programmi di giustizia riparativa", da parte dell'autorità giudiziaria.

Come detto, invece, con il d.lgs. n. 150 del 2022 ci si è spinti fino ad attribuire all'autorità giudiziaria il potere di inviare il condannato ad un programma riparativo, ferma restando l'imprescindibile sussistenza di un previo consenso informato.

La concreta operatività del potere *de quo* desta, tuttavia, più di una perplessità.

6. *L'applicazione del paradigma riparativo in fase esecutiva, tra nuove prerogative della magistratura di sorveglianza e finalità rieducativa della pena*

Muovendo da un'analisi strettamente testuale può, anzitutto, osservarsi che l'art. 15-*bis* o.p. si limita a prevedere che «in qualsiasi fase dell'esecuzione, l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dei condannati e degli internati, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa», senza specificare se un simile potere di invio presupponga necessariamente

[25] Cfr. Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, in *www.giustizia.it*, 82.

[26] Cfr. Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 13, Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime, *Relazione finale - Allegato n. 5*, *Proposte di riforma dell'ordinamento penitenziario, del relativo regolamento di esecuzione, del codice penale e del codice di procedura penale*, 2.

una richiesta *ad hoc*, formulata dall'interessato, ovvero possa essere esercitato anche d'ufficio.

La nuova disposizione introdotta nell'ordinamento penitenziario si differenzia, così, dall'art. 129-*bis* c.p.p., ove è invece esplicitata l'attribuzione all'autorità giudiziaria di un vero e proprio potere d'impulso.

Al fine di verificare se la rilevata difformità sia frutto di una volontaria scelta legislativa, ovvero di una negligenza nell'esercizio del potere delegato, appare utile valorizzare, in via preliminare, la formulazione del criterio di delega, del quale l'art. 15-*bis* o.p. rappresenta l'attuazione.

Come anticipato, infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 18, lett. c), della Legge 27 settembre 2021, n. 134, il Governo delegato avrebbe dovuto disciplinare la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa, in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, "su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente".

Pertanto, pur in mancanza di una previsione espressa, apparirebbe pienamente coerente, con la volontà manifestata in sede di delega, il riconoscimento anche alla magistratura di sorveglianza di un potere d'impulso, analogo a quello esplicitamente attribuito al giudice di cognizione.

D'altronde, una soluzione di senso contrario susciterebbe notevoli dubbi di coerenza sistematica dell'intera disciplina. Infatti, se il legislatore ha ritenuto ammissibile l'attribuzione di un potere di impulso all'autorità giudiziaria nel corso del giudizio di cognizione, ove sussistono evidenti rischi in punto di imparzialità e terzietà della valutazione giudiziale[27], tanto più la prerogativa *de qua*

[27] In tema cfr., *ex multis*, L. PARLATO, *Verso un dialogo tra giustizia riparativa e penale? Bisognerà "mediare"*, in *Giust. insieme*, 4 luglio 2022; O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen*., 2022, 2, 24, il quale osserva che: «rinunciando alla verifica empirica dell'imputazione, i ruoli nel processo appaiono già accertati ai blocchi di partenza: la vittima e il colpevole. La patente violazione della presunzione costituzionale d'innocenza è la pietra angolare su cui viene edificata la riforma, si pensi, ad esempio, alla codificazione dello status di vittima, già dal punto di vista linguistico ricco di connotazioni, alla giustizia riparativa nel corso del processo che presuppone logicamente e giuridicamente una già avvenuta definizione dei ruoli oppure alla piena conferma del doppio binario processuale che

dovrebbe potersi riconoscere alla magistratura di sorveglianza, cui è connaturata la caratteristica della prossimità.

A ciò si aggiunga che l'attribuzione di poteri di impulso alla magistratura di sorveglianza non rappresenterebbe affatto un elemento inedito nell'ambito della giurisdizione rieducativa, atteso che analoga possibilità di adottare un'iniziativa *ex officio* è già riconosciuta dall'art. 678 c.p.p., con riferimento al procedimento di sorveglianza.

Al pari di quanto affermato rispetto al procedimento di sorveglianza[28], quindi, il legittimo intervento del giudice in materia potrebbe giustificarsi alla luce del finalismo rieducativo che, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., deve connotare tutti gli aspetti dell'esecuzione della pena e, dunque, ad oggi, anche l'eventuale accesso a forme di giustizia riparativa.

In quest'ottica, il potere di iniziativa, riconosciuto al giudice per l'invio ai Centri di giustizia riparativa, contribuirebbe a delineare un nuovo ruolo riconosciuto all'autorità giudiziaria, cui è richiesto di farsi promotrice del «difficile e prezioso cammino verso una ricomposizione, che riqualifica sia il senso di un processo giusto che il senso stesso della pena inflitta»[29].

La mancata menzione espressa di un potere di invio officioso non rappresenta, tuttavia, l'unica differenza tra l'art. 15-*bis* o.p. e l'art. 129-*bis* c.p.p.

Invero, rispetto alla disposizione operante per il giudizio di cognizione, l'art. 15-*bis* o.p. risulta altresì privo di qualsiasi riferimento ai criteri, cui il giudice deve ispirarsi nell'esercizio del potere di invio ai Centri di giustizia riparativa.

Anche in tal caso, può risultare proficuo prendere le mosse dalla formulazione del criterio di delega, contenuto nell'art. 1,

piega le regole del decidere sul soggettivismo penale dei tipi normativi d'autore intriso di esigenze di prevenzione e di difesa sociale». Ancora, in materia, Id., *Attenti: presunzione di innocenza e riparazione non sono conciliabili*, in *Il Dubbio*, 14 marzo 2023.

[28] Cfr., *ex multis*, F. Della Casa, D. Vicoli, *Magistratura di sorveglianza ed esecuzione penitenziaria: profili processuali*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2021, 279 ss.

[29] In termini, cfr. M. Bortolato, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2022, 3, 1267.

comma 18, lett. c), della L. n. 134 del 2021[30]. In tale sede, infatti, il legislatore delegante aveva specificato che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa avrebbe dovuto essere subordinato, oltre che al consenso libero e informato dell'autore e della vittima del reato, anche all'utilità del programma, la cui positiva valutazione avrebbe dovuto essere rimessa all'autorità giudiziaria.

In particolare – secondo quanto precisato nel criterio di delega in analisi – l'utilità del programma avrebbe dovuto essere valutata alla luce dei criteri per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa, la cui individuazione era rimessa al Governo delegato[31].

Per quanto d'interesse, assumono, quindi, rilievo gli artt. 42 e ss. del d.lgs. n. 150 del 2022, nei quali sono enunciati gli obiettivi e i principi che contraddistinguono l'accesso alla giustizia riparativa e, segnatamente, l'art. 43 del citato decreto, ove si chiarisce che «i programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità».

Conseguentemente, quale che sia la fase nella quale l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare l'opportunità di ricorrere o meno al modello riparativo, la relativa decisione dovrebbe sempre rappresentare l'esito di una ponderazione attenta agli interessi di tutti i soggetti coinvolti, inclusa la vittima[32].

[30] In tal senso cfr., altresì, *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Gazz. Uff.*, Serie generale n. 245 del 19 ottobre 2022 - Suppl., Straordinario n. 5, 425.

[31] Cfr. art. 1, comma 18, lett. a), Legge 27 settembre 2021, n. 134, cit.

[32] Ciò è tanto più confermato alla luce delle fonti sovranazionali ed internazionali in materia. Basti pensare alla già ricordata Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa, CM/Rec(2018)8, 3 ottobre 2018, § III, ove si afferma che «la giustizia riparativa non dovrebbe essere pensata o realizzata allo scopo di difendere gli interessi della vittima o dell'autore dell'illecito a favore dell'uno e a dispetto dell'altro. Piuttosto, essa offre uno spazio neutro dove tutte le parti sono incoraggiate e supportate nell'esprimere i propri bisogni e nel vederli quanto più possibile soddisfatti». La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, sembra,

Eppure, la formulazione testuale dell'art. 15-*bis* o.p. sembra rispondere solo parzialmente alla logica in parola. Invero, nella nuova disposizione introdotta nell'ordinamento penitenziario, la vittima del reato non è neppure menzionata e l'attenzione è interamente incentrata sui condannati e sugli internati, che l'autorità giudiziaria può inviare ai programmi di giustizia riparativa.

In fase esecutiva, quindi, la giustizia riparativa finirebbe per essere attratta tra gli elementi funzionali alla rieducazione del condannato[33], relegando in secondo piano il ruolo della vittima[34] che, invece, dovrebbe rappresentare il cuore pulsante della *restorative justice*.

L'inquadramento della giustizia riparativa nella logica della rieducazione[35] può ritenersi confermato anche alla luce della

invece, attribuire rilevanza prevalente agli interessi della vittima. In tal senso, cfr. il *considerando* n. 46, a norma del quale è opportuno che i servizi di giustizia riparativa «pongano al centro gli interessi e le esigenze della vittima, la riparazione del danno da essa subito e l'evitare ulteriori danni», nonché l'art. 12, §1, lett. a), ove si afferma che «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima».

[33] In tema, L. Eusebi, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 85, osserva che «senza dubbio […] il programma riparativo può contribuire alla rieducazione del condannato. E tuttavia esso deve rimanere inteso come un percorso eccezionale, la cui effettuazione e il cui esito dipendono anche da stati d'animo molto soggettivi che vanno rispettati, come pure dall'interazione, sempre diversa, fra più soggetti. Per cui se la conclusione positiva del programma può entrare a far parte delle valutazioni giudiziarie finalizzate ai provvedimenti penitenziari favorevoli, essa non può implicare, ove manchi, che i medesimi esiti non siano raggiungibili secondo i criteri ordinari. In alcun modo, dunque, tale mancata conclusione potrebbe essere intesa come elemento presuntivo di inadeguata rieducazione».

[34] In tema, D. Vicoli, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, cit., 392, evidenzia che: «resta, dunque, un connubio difficile quello tra fase esecutiva e mediazione. All'origine delle tensioni, vi è, forse, un'antinomia genetica che rende problematiche forme di osmosi. Alla pena fa eco una logica che, pur nelle diverse modulazioni, rimane ancorata alla persona del condannato; la giustizia riparativa, invece, guarda ai "bisogni" della vittima. Tale asimmetria sembra destinata ad emergere quando si tenta di includere le finalità mediative nel momento di esecuzione della pena».

[35] D'altronde, l'utilità di un impiego della giustizia riparativa in chiave rieducativa era stata già riconosciuta dagli Stati generali dell'esecuzione penale, sul presupposto che «gli autori di reato coinvolti nei percorsi di giustizia riparativa (nella mediazione reo/vittima in particolare) hanno la possibilità di esplorare il significato e il contenuto della norma violata in modo concreto e non astratto attraverso l'ascolto della narrazione

modifica operata dal d.lgs. n. 150 del 2022 all'art. 13 o.p. Infatti, proprio nella disposizione dedicata all'individualizzazione del trattamento penitenziario, è ora previsto che «nei confronti dei condannati e degli internati è favorito il ricorso a programmi di giustizia riparativa»[36].

Ad ulteriore riprova può, infine, considerarsi che, ai sensi del secondo comma dell'art. 15-*bis* o.p., la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo rientrano tra gli elementi positivi, suscettibili di valutazione ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari.

Ne deriva che l'atteggiamento, assunto dal condannato o dall'internato rispetto al paradigma riparativo, viene incluso tra gli indici in grado di dimostrare se sia stato avviato o meno quel processo di revisione critica della condotta penalmente rilevante, indispensabile per un'effettiva risocializzazione. In altri termini, nella prospettiva dell'art. 15-*bis* o.p., l'eventuale instaurazione di una relazione con la vittima, nell'ambito del contesto protetto del programma riparativo, finisce per assumere una valenza strumentale, rappresentando uno dei fattori atti a dimostrare l'effettivo ravvedimento del soggetto.

di una singolare esperienza esistenziale (quella della vittima). […] Anche rispetto all'autore di reato, la giustizia riparativa può fare molto: essa consente di ripensare alla logica che caratterizza l'esecuzione penale superando la nozione tradizionale di trattamento, desueta anche nel lessico, promuovendo l'idea di un soggetto che partecipa in modo attivo e responsabile alla costruzione del proprio progetto di reinserimento sociale, il quale, a sua volta, deve tener conto della vittima e della comunità» (in termini, cfr. Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, cit., 79-81).

[36] Sul punto, nella *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, cit., 425, si sottolinea che: «alla riflessione sulle condotte antigiuridiche cui il trattamento dovrebbe essere in parte orientato (oltre alla finalità primigenia del reinserimento) deve coerentemente seguire un'attività di promozione del ricorso ai programmi di giustizia riparativa, anche con l'obiettivo di integrare lo sviluppo del trattamento individualizzato con eventuali azioni di effettiva riparazione nei confronti della vittima del reato. La formula scelta sventa il rischio che la giustizia riparativa possa essere confusa con gli strumenti del trattamento penitenziario ma nello stesso tempo obbliga le autorità pubbliche a favorire, proprio nella cornice tracciata dal trattamento, il ricorso libero e spontaneo a percorsi di giustizia riparativa come disciplinati organicamente dal presente decreto».

Tale prospettiva, oltre a manifestare la profonda difficoltà che incontra il diritto positivo nazionale nel tentativo di approdare ad una concezione non reo-centrica della pena, pone anche ulteriori criticità.

Da un lato, infatti, è lecito domandarsi se la consapevolezza del valore attribuito all'adesione al paradigma riparativo, in sede di valutazione dell'accesso ai benefici penitenziari, non rischi di connotare di finalità egoistiche la scelta del condannato di accedere ai programmi di giustizia riparativa[37]. Invero, sebbene, per espressa previsione di legge, la mancata effettuazione del programma, la sua interruzione ovvero il mancato raggiungimento di un esito riparativo non possano in alcun modo nuocere al condannato, ciò non toglie che la speranza di trarne un qualche giovamento nell'esecuzione della pena possa, di fatto, indurre il condannato ad aderire al programma riparativo sulla preminente spinta di un fine utilitaristico.

Dall'altro lato, assumendo che l'art. 15-*bis* o.p. debba essere effettivamente interpretato quale fonte di un potere di invio ai Centri di giustizia riparativa, esercitabile anche *ex officio* dalla magistratura di sorveglianza, vale la pena chiedersi in che maniera l'esercizio del potere in parola incida sul rapporto di strumentalità tra il ricorso ai metodi di *restorative justice* e la valutazione del livello di resipiscenza, funzionale all'accesso ai benefici penitenziari. In tal caso, infatti, è più difficile inferire, dall'accesso alla giustizia riparativa, l'avvio di una qualsiasi forma di revisione critica del

[37] In questo senso, cfr. F. Fiorentin, *Punizione o riparazione? La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: luci e ombre nella prospettiva della riforma "Cartabia"*, in *Dir. pen. uomo*, 2021, 10; in senso analogo, cfr., altresì, G. Mosconi, *La giustizia riparativa tra funzionalità del diritto penale e alternatività di paradigmi*, in *Rivista Antigone*, 2021, 2, 130 ss., nonché R. Orlandi, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 91. Il profilo relativo al rapporto tra potere di invio, attribuito al giudice, e consenso dei soggetti coinvolti è stato affrontato, con riferimento all'art. 129-*bis* c.p.p., da F. Di Muzio, *Giustizia riparativa e ruolo della vittima nella riforma Cartabia*, in *Riv. pen.*, 2023, 3, 230 ss. In tema cfr., altresì, M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2 novembre 2022, 17, il quale osserva che: «a dispetto dell'apparente perentorietà dell'invio, non si tratta che di un'autorizzazione, posto che la vittima e l'imputato possono senza dubbio rifiutarsi di iniziare il programma».

proprio agire, trattandosi di un contesto di incontro al quale il reo, seppur consenziente, si trova a partecipare su impulso di altri.

Appare, quindi, chiaro che, nonostante il formale ingresso della giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario, la reale adesione alle logiche che ne rappresentano l'essenza è, di fatto, ancora rimessa alla sensibilità degli attori del trattamento penitenziario e, in particolare, della magistratura di sorveglianza. Spetta a quest'ultima il difficile compito di assicurare che l'impiego del paradigma riparativo, a fini di risocializzazione del condannato, non trasformi mai la vittima, da protagonista della riconciliazione, a mezzo utile per perseguire altri scopi.

Parte Quarta
VERSO L'INTRODUZIONE DI REGOLE PENITENZIARIE DELL'UNIONE EUROPEA?

Patrizio Gonnella

La soft law *e il carcere*

Sommario: 1. La sovranità è un problema. La guerra e la pena. – 2. Il diritto internazionale dei diritti umani. Nascita, progressioni e regressioni nel tempo. – 3. Le norme ONU in ambito penitenziario. – 4. Il Consiglio d'Europa nel campo penitenziario. – 5. Il ruolo delle organizzazioni non Governative quali motori della *prison soft law.* – 6. In conclusione. Il passaggio dalla dimensione internazionale a quella sovranazionale.

1. *La sovranità è un problema. La guerra e la pena*

La sovranità è un problema, argomentava Hans Kelsen[1], in linea di continuità con Immanuel Kant[2] che, a proposito del conseguimento della pace, affermava la necessità di affidarsi a un ordinamento giuridico internazionale capace di ridimensionare le tentazioni belligene degli Stati. Ci sono due campi dove la sovranità dello Stato, così come l'abbiamo conosciuta lungo tutto il '900 fino ai giorni nostri, dispiega i suoi effetti più problematici: la guerra e la pena. La guerra è la manifestazione della sovranità verso l'esterno. La pena è la manifestazione della sovranità verso l'interno, ossia dentro i confini dello Stato. La pace duratura e profonda, da intendersi dunque non come mera tregua armata o assenza temporanea di conflitto, richiede necessariamente un'erosione della sovranità dello Stato a favore di organizzazioni sovra-nazionali o internazionali. Straordinario a tal proposito il dialogo tra Albert

[1] H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto*, Torino, 1989.

[2] I. Kant, *Per la pace perpetua*, Roma, 2020.

Einstein e Sigmund Freud[3] dove, in linea di continuità teorica con Kant e Kelsen, il più grande fisico del secolo scorso e il padre della psicoanalisi affidano al diritto internazionale, sovra-ordinato rispetto al diritto interno, l'unica via possibile per fondare un ordinamento di pace che duri e resista alle intemperie della guerra. Ma, avverte Freud, il diritto internazionale non basta. È anche necessaria una rivoluzione antropologica che sia originata da una valanga di indignazioni individuali. Quella stessa valanga che è indispensabile per evitare che il diritto penale e il carcere degenerino in una guerra dello Stato contro i suoi cittadini. Anche nel campo della penalità, così come in quello delle relazioni tra Stati, nel nome dei diritti umani e del rispetto della dignità delle persone private della libertà, va ridimensionata, erosa, intaccata la sovranità degli Stati, che da intangibile deve diventare flessibile.

La grande intuizione europeista federalista di Altiero Spinelli, nel suo Manifesto di Ventotene, non è altro che la sintesi di questa cultura giuridica umanista anti-statalista. Una pace duratura richiede una cessione di sovranità da parte degli Stati, tradizionalmente bellicosi, a una entità sovra-ordinata che ne limiti i poteri. L'intreccio delle economie è la precondizione per favorire il perseguimento di interessi comuni.

Altiero Spinelli ha scritto anche pagine lucide e bellissime sull'inutilità e l'anormalità del carcere così come lui lo aveva conosciuto durante il fascismo[4].

«Durante i miei dieci anni di prigione ho assistito ad alcuni lievi addolcimenti della severità del regime carcerario. La segregazione cellulare è stata ridotta a più piccole proporzioni; la durata delle punizioni in celle di rigore è stata quasi dimezzata; i reclusi hanno visto il loro corredo accrescersi di calze e di una forchetta di legno; le biblioteche si sono arricchite; la pasta asciutta è stata distribuita cinque volte all'anno anziché tre; l'intervallo fra le visite dei familiari è diminuito, e si è ottenuto di scrivere lettere più frequenti. Non si trattava però che di lievi increspature su una superficie che

[3] A. Einstein, S. Freud, *Perché la Guerra*, Torino, 1997.

[4] Vedi A. Spinelli, *Esperienza di prigionia*, in P. Gonnella, D. Ippolito (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Roma, 2019.

rimaneva monotonamente eguale. A pensarci bene, credo che, per quanto si voglia trasformare e perfezionare il carcere, non lo si può modificare in modo sostanziale. Naturalmente è possibile migliorare il cibo, rendere più igieniche le celle e le camerate, dare più svaghi e più lavoro, e simili. Ma ciò non altera il dato essenziale, che consiste nel tenere degli uomini in gabbia, nella impossibilità di sviluppare una vita normale, privi quasi completamente di una tutela giuridica».

Gli Stati hanno sempre rivendicato la loro piena e incondizionata sovranità in materia di pena detentiva e sistema sanzionatorio. Una sovranità che, quando esercitata senza limiti e controlli, ha giustificato le più truci violazioni dei diritti fondamentali delle persone detenute fino alla legittimazione della tortura.

2. *Il diritto internazionale dei diritti umani. Nascita, progressioni e regressioni nel tempo*

Dobbiamo fare un salto indietro nel tempo per meglio comprendere la costruzione del diritto internazionale dei diritti umani, e quindi del sistema di norme internazionali cogenti o non cogenti in materia di privazione della libertà. La tragedia dell'Olocausto, infatti, costituisce il punto di partenza del nuovo diritto internazionale. Auschwitz ha evidenziato in modo plastico e tragico la caduta verso il baratro della dignità umana. La comunità degli Stati, dopo Auschwitz, ha dovuto pensare a quali potessero essere gli anticorpi alle tendenze fratricide e brutali di una parte dell'umanità. Il diritto internazionale dei diritti umani è stata una delle risposte al nazifascismo e alle politiche di annientamento dei campi di prigionia e sterminio. È ad Auschwitz che nasce la necessità di un nuovo patto intorno ai diritti umani fra gli Stati. È lì che noi possiamo dire che si costruisce il nuovo diritto internazionale fondato sulla dignità umana. La dignità umana viene precisamente indicata come il fondamento di tutti i diritti umani a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. Nel clima di quegli anni non viene ritenuto come necessario definire la dignità umana. È come se fosse presente a tutti cosa fosse. Auschwitz, in questo senso, è il

luogo dove simbolicamente muore l'umanità e rinasce la dignità. Viene evocata la definizione kantiana di dignità, cioè di uomo sempre fine e mai mezzo dell'azione pubblica. Nelle premesse di tutti gli atti internazionali sui diritti umani, a partire dal 1948, c'è sempre un riferimento alla nozione di dignità. Un riferimento che ha avuto nel tempo un impatto giuridico significativo, in particolare nel campo della carcerazione. Nasce in quegli anni la consapevolezza che gli Stati non sono liberi di punire umiliando, incarcerare maltrattando, arrestare torturando. Cos'è questo se non un limite invalicabile alla sovranità penale degli Stati? La dignità umana è sempre più spesso stata evocata, anche dalle Corti, quale limite alla potestà punitiva statale. E lo è stato nonostante la Dichiarazione del 1948, pur definita la *grundnorm* del diritto internazionale, non ha effettività normativa tradizionale, essendo un tipico atto di *soft law*. Essa non ha *binding status* quando dichiara all'articolo 1 che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» o all'articolo 5 che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti». È difficile che uno Stato, nella sua retorica formale, affermi che le norme presenti nella Dichiarazione del 1948 siano però meri suggerimenti. Le si cita, usa, come se fossero vere e proprie norme. Eppure, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo è una dichiarazione politica priva di efficacia vincolante per gli Stati. Siamo sul terreno della persuasione diplomatica. A ben vedere, c'è molto nel diritto internazionale dei diritti umani che si muove in quella sottile area grigia che esiste fra la diplomazia e l'obbligatorietà, fra la diplomazia e la giurisdizione. Molte delle pratiche di lavoro delle organizzazioni internazionali vivono in questa zona ricompresa fra volontarietà e cogenza. D'altronde, non possiamo pensare che gli Stati rinuncino del tutto alla propria sovranità fino a farsi giudicare e, addirittura, sanzionare ogniqualvolta violino uno qualunque dei diritti che lì vengono elencati. Sarebbe il definitivo superamento dello stato-centrismo. Un risultato, auspicabile, ma ancora ben lontano dall'essere raggiunto.

La spinta verso il multilateralismo nel sistema dei diritti umani si suggella nel 1966, anno in cui le Nazioni Unite mettono alla firma due Patti: uno sui diritti economici e sociali e l'altro sui diritti

civili, politici e culturali. Questa volta siamo su un terreno diverso, di tipo convenzionale. E quindi è diverso il valore giuridico che il Patto assume. Di fronte ai Patti messi a disposizione degli Stati, saranno i governi a procedere alla firma. Affinché il Patto diventi cogente, è poi necessaria una ratifica parlamentare. Con questi Patti si passa, dunque, da un regime di *soft law* a uno di *hard law*: gli Stati cercano ancora di preservare la loro sovranità, ma esiste un diritto internazionale che inizia ad entrare negli ordinamenti giuridici interni. Cosa prevedono questi due Patti? C'è un lungo elenco di diritti umani, tra cui il divieto assoluto di tortura e maltrattamenti. Si tratta di norme che entrano con prepotenza negli ordinamenti giuridici nazionali. Nel nostro, ad esempio, grazie all'articolo 117 della Costituzione, acquisiscono una forza normativa superiore alla legislazione ordinaria. Il divieto di tortura, dal 1977, anno della ratifica del patto sui Diritti Civili e Politici, è parte integrante della legge italiana. Il divieto di tortura è però dal 1948 parte integrante della cultura giuridica italiana., ossia prima ancora di quando sia entrato a far parte della legislazione italiana. Gli Stati, in base a quanto previsto nel Patto del 1966, devono presentare a un comitato di esperti un rapporto periodico sul rispetto di ciascuna delle norme. Siamo in quella fase che definiremmo di rapportologia e che da sola non ha certo la forza di modificare le politiche interne agli Stati, al limite le orienta sulla base della capacità di persuasione delle organizzazioni multilaterali.

Durante gli anni '70 e '80 del secolo scorso, la *machinery* internazionale su scala globale dei diritti umani si andò a fortificare attraverso la scrittura e messa alla firma di Convenzioni e Accordi su temi specifici, quali la Convenzione contro la discriminazione nei confronti della donna, lla Convenzione sui diritti dell'infanzia, la Convenzione contro la tortura. Queste Convenzioni entrano a far parte del diritto interno con pieno valore giuridico. In Italia come detto, il diritto internazionale entra nell'ordinamento giuridico con una forza maggiore rispetto al diritto interno, che quindi non deve confliggere con il diritto internazionale, a pena di una dichiarazione d'incostituzionalità. Così acquisisce forza il divieto di tortura e nasce l'obbligo di criminalizzarla, seguendo la defi-

nizione data dalle Nazioni Unite[5]. Di certo se non ci fosse stata quella Convenzione del 1984, non avremmo avuto a seguire le raccomandazioni rivolte all'Italia dallo *Human Rights Council*[6] *e forse la stessa case-law* della Corte EDU sarebbe stata meno incisiva. E soprattutto non avremmo avuto la legge che nel 2017 ha introdotto il delitto di tortura all'articolo 613-*bis* del Codice penale.

Contemporaneamente al proliferare delle convenzioni internazionali su temi specifici, nell'ambito delle Nazioni Unite si strutturano anche gruppi di lavoro di esperti con una funzione di raccolta informazioni, monitoraggio, supervisione e *advocacy* politica. Ve ne sono, ad esempio, sulla detenzione arbitraria e sulla tortura. I *rapporteur* speciali non hanno un potere particolare, ma costituiscono uno sguardo fisso delle Nazioni Unite sul tema individuato. E così il carcere, nelle sue varie forme, viene messo sotto costante osservazione.

Con la fine della guerra fredda, alla fine degli anni '90 del secolo scorso, si assiste a un passaggio ulteriore diretto a rendere giustiziabili i diritti umani, sottraendoli alla disponibilità degli Stati. A Roma, il 17 luglio del 1998, fu messo alla firma degli Stati lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale. Tra i crimini

[5] Articolo 1 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984: «1. Ai fini della presente Convenzione, il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate. 2. Il presente articolo lascia impregiudicato ogni strumento internazionale ed ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia».

[6] Lo è un organismo delle Nazioni Unite composto da rappresentanti deli Stati. Periodicamente rivolge raccomandazioni agli Stati sulla base delle richieste dei Paesi che ne fanno parte. Il tema della tortura, prima del 2017, è sempre stato alla base delle richieste rivolte all'Italia. Ad esempio, nel 2010 furono ben 92 le Raccomandazioni rivolte all'Italia da parte del Working Group sulla Universal Periodic Review (UPR) (Report A/HRC/14/4).

contro l'umanità e i crimini di guerra che i giudici devono perseguire, oltre al genocidio, c'è la tortura. Si è aperta una breccia contro l'impunità dei torturatori di Stato. L'istituzione della Corte Penale Internazionale tiene in debita considerazione il principio del giudice naturale precostituito per legge. Nel momento in cui il sistema internazionale dei diritti umani giunge al suo apice, inizia però a perdere potenza, perché gli Stati avvertono negativamente questo nuovo protagonismo del diritto internazionale. In particolare, Stati Uniti, Cina e Russia diventano i tre grandi nemici della Corte Penale internazionale. Gli Stati Uniti, addirittura, firmano accordi bilaterali con altri Paesi in cui, dietro offerte varie, si richiede l'impegno dei paesi firmatari a non affidare al giudizio della Corte Penale Internazionale i soldati americani responsabili di eventuali violazioni sistematiche dei diritti umani. Tutto ciò ha comportato un'operatività limitata della Corte – che ha iniziato a funzionare soprattutto in riferimento ad alcuni Paesi africani che avevano ratificato lo Statuto per garantirsi una certa legittimità davanti alla comunità internazionale –, ma non ha avuto quella forza espansiva auspicata da più parti.

3. *Le norme ONU in ambito penitenziario*

La nozione della dignità umana costituisce il filo rosso della *global prison soft law*[7]*. Nel 1957 le Nazioni Unite adottano le Standard Minimum Rules for the Treatment of the Prisoners*[8]*,* modifica-

[7] Il richiamo alla dignità umana, oltre che all'articolo 1 è anche nel Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre del 1948: «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». La dignità è richiamata come fondamento della libertà. Riecheggiano le parole di Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene*: «Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona, e diventi cosa». La degradazione dell'uomo a cosa è a sua volta la qualificazione kantiana negativa di dignità umana. Ci dice cosa non deve accadere affinché la dignità umana non sia violata. Non ci dice esplicitamente cosa è la dignità umana. Vedi C. Beccaria, *Dei Delitti e delle pene* (edizione a cura di P. Gonnella, S. Marietti), Torino, 2022.

[8] Esse furono discusse e elaborate durante il Primo Congresso delle Nazioni Uni-

te prima nel 1977 e poi nel 2015 con le cosiddette *Mandela Rules*[9]. Si tratta di regole che di fatto propongono una base di vita penitenziaria comune su scala universale, nonché una soglia insuperabile nel trattamento dei detenuti, allo scopo di assicurare il pieno riconoscimento dei loro diritti fondamentali. Non viene imposto un modello unico di esecuzione penitenziaria in considerazione della profonda differenza di cultura giuridica, organizzazione amministrativa, condizione climatica, religione, abitudini alimentari sussistente da Paese a Paese o da continente a continente.

L'espressione "dignità umana" compare sei volte nelle *Mandela Rule* a partire dalla Regola numero 1. Nella Regola n. 5 si esprime un principio che dovrebbe permeare la vita carceraria senza eccezioni di luogo o cultura nazionale: il regime carcerario deve essere organizzato riducendo al minimo le differenze tra la vita libera e quella reclusa. Differenze che sono in opposizione al principio regolatore del complesso normativo Onu, ossia il pieno rispetto della dignità umana[10], senza il quale ogni politica di reinserimento sociale sarebbe inutile o inefficace. La dignità umana calpestata nelle prigioni è l'evento che non deve accadere, la soglia che non deve essere superata.

Per comprendere il quadro della *prison soft law* a livello Onu vanno citati, paradigmaticamente, altri tre documenti, di origine e forza normativa diversa. Nel 1979 l'Assemblea generale delle Na-

te sulla Prevenzione del Crimine e il Trattamento degli autori di reato del 1955. Fu poi il Consiglio Economico e Sociale (Ecosoc) delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 663 (XXIV) del 31 luglio del 1957 a adottarle formalmente. Va detto che esse affondano le proprie radici in convegni internazionali tenutesi negli ottant'anni precedenti. Il primo si tenne a Londra nel 1872, a seguire a Stoccolma nel 1878, a Roma nel 1885, a San Pietroburgo nel 1890, a Bruxelles nel 1900, a Budapest nel 1905, a Washington nel 1910. Tra il 1929 e il 1933 ci furono i lavori preparatori della Commissione Internazionale Penale e Penitenziaria che promulgarono regole minime, la cui adozione fu raccomandata dalla Assemblea della Lega delle Nazioni durante la sua quindicesima sessione ordinaria nel settembre del 1934.

[9] La versione tradotta in italiano è stata curata dall'associazione Antigone e si può leggere al seguente indirizzo web: *www.antigone.it/upload2/uploads/docs/MandelaRulesITA.pdf*.

[10] In Norme e normalità, standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti, pubblicazione curata dal Garante Nazionale delle persone detenute e private della libertà personale, il richiamo alle Mandela Rules e alla dignità umana è costante.

zioni Unite ha adottato un Codice di condotta per gli appartenenti alle forze dell'ordine[11]. Alle forze di polizia e sicurezza viene assegnato un ruolo di promozione dei diritti umani di tutti, criminali compresi. Viene elaborato un codice etico di condotta che dovrebbe far parte della legislazione interna degli Stati o quanto meno delle norme secondarie interne ai singoli corpi di sicurezza. Si tratta di una Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Non è vincolante per gli Stati. È comunque un atto che dovrebbe orientare le scelte legislative e operative a livello nazionale.

Qualche anno dopo, il *working group* delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria pubblica un documento sui rischi legati alla privatizzazione delle carceri, a partire da quello che stava allora accadendo nelle carceri statunitensi. Il documento allerta intorno ai rischi di violazioni su larga scala dei diritti umani e di trasformazione di un servizio pubblico in un *business* sregolato. È solo un documento di studio; eppure, va a condizionare il dibattito interno ai singoli Paesi, grazie all'impatto che ha nel mondo accademico e delle Ong.

Nel 2002 viene adottato il Protocollo opzionale alla Convenzione Onu contro la Tortura che prevede, tra l'altro, la nascita di un organismo internazionale dotato di compiti ispettivi di tutti i luoghi di detenzione, nonché l'obbligo per ciascuno Stato di dar vita a un organismo nazionale di controllo e monitoraggio di carceri, caserme di polizia, centri di detenzione per immigrati[12]. Il tema della tortura richiama quello dell'amministrazione della pena, da orientare a principi di umanità e di rispetto dei diritti. In questo caso, trattandosi di una Convenzione, essa produce effetti vincolanti che, ad esempio in Italia, seppur realizzatisi con decenni di ritardo, sono comunque tangibili. Senza quel Protocollo, firmato e ratificato, non sarebbe mai stata istituita un'autorità di Garanzia dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà, nonostante pendessero proposte di legge dal lontano 1998.

[11] Risoluzione 34/169 adottata il 17 dicembre del 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

[12] Il nome scelto dalle Nazioni Unite è *National Preventive Mechanism* (*NPM*), da cui si comprendono le funzioni prevalentemente preventive che deve avere tale organismo, pensato non tanto per reprimere i comportamenti illegali e violenti degli operatori della sicurezza e della giustizia quanto per evitare che essi vengano messi in atto.

Nella complessa macchina delle Nazioni Unite non è facile ritrovare una regia unitaria per ciò che concerne il campo dell'esecuzione penale. Si sovrappongono documenti di lavoro e ricerca, raccomandazioni da parte di organismi molto diversi tra loro e non necessariamente con competenze specifiche nel campo penale (ad esempio il *Rapporteur* speciale sulla disabilità si occuperà dei detenuti disabili), standard normativi che richiedono l'implementazione a livello statale, rapporti di comitati di ispettivi o di organismi interstatali, risoluzioni e dichiarazioni pubbliche. Un *patchwork,* la cui ricomposizione non è facile, e che in tempi, come quelli odierni, di delegittimazione del multilateralismo, potrebbe sembrare anche privo di efficacia. Invece continua a essere uno sguardo esterno e lucido, quello della *global prison soft law*, che è necessario al fine di evitare di lasciare l'esecuzione della pena nelle sole mani degli Stati.

4. *Il Consiglio d'Europa nel campo penitenziario*

Ben più articolato e con tratti di *prison hard law* è il livello europeo, composto da norme, sentenze e rapporti che seguono a ispezioni. Lo spazio politico e geografico di riferimento è quello del Consiglio d'Europa. L'apparato europeo è composto in primo luogo dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, che possono segnalare una mancanza legislativa e imporre un risarcimento in denaro ai danni dello Stato responsabile della violazione. In alcuni casi si può giungere a sentenze che sono moniti politici e intimano agli Stati di cambiare le proprie norme e le proprie pratiche. Così è avvenuto in materia carceraria con la "sentenza Torreggiani" che ha visto l'Italia protagonista in senso negativo di una condanna pilota giuridica con obblighi di intervento politico[13]. In secondo luogo, vi sono i Rapporti del Co-

[13] Nella storia della Corte molte migliaia sono state le decisioni prese a seguito di ricorsi presentati da detenuti soprattutto in violazione dell'articolo 3. I lavori preparatori della Convenzione testimoniano che, attraverso tale articolo, si voleva allargare lo spazio del giudizio e della condanna a tutte le questioni cui rimanda la quotidianità penitenziaria. Una classificazione delle sentenze della Corte sull'articolo 3 può essere

mitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (Cpt)[14]. Non vi è una definizione di tortura o di trattamenti inumani o degradanti. Il Comitato, che per sua composizione ha caratteri di parziale indipendenza dagli Stati, deve monitorare tutti i luoghi di limitazione o privazione della libertà personale. Non è un organo di giustizia ma ha soltanto funzioni preventive. I Rapporti del Comitato e le risposte degli Stati aiutano a fornire un quadro realistico delle condizioni di vita nelle prigioni di tutta Europa, favorendo un processo di informazione e conoscenza. Infine, vi sono le norme. Nel 1973 sono state adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa le *Standard Minimum Rules,* innovate nel 1987 con uno spirito meno minimalista e un nuovo nome, quello di *European Prison Rules*, conservato anche nella terza versione del 2006, a sua volta modificate nel 2020[15]. È un vero e proprio ordinamento penitenziario europeo in parte vincolante (visti i richiami continui nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani e nei rapporti del CPT) e in parte no, che tende a elevarsi rispetto a una standardizzazione minima. Non sempre è stata scelta la via di standard elevati, spesso la soluzione è stata quella degli standard medi[16].

La *European prison soft and hard law* ha avuto un impatto significativo sul nostro sistema penitenziario interno. Come è potuto accadere che la *soft law* europea, seppur priva di quella forza giuri-

sommariamente la seguente: 1) casi riguardanti i maltrattamenti fisici; 2) casi concernenti le condizioni di detenzione: spazi insufficienti, condizioni igieniche inadeguate, cibo insufficiente, prestazioni mediche inadeguate, isolamento prolungato, eccesso di rigore nelle sanzioni disciplinari; 3) casi riguardanti le punizioni corporali; 4) casi riguardanti i divieti di espulsione o estradizione verso Stati dove la persona è a rischio di essere sottoposta a tortura o a trattamento inumano o degradante. Accanto a queste, vi sono le sentenze nelle quali la condanna è esito della violazione di altri articoli della Convenzione, da quelli che proteggono il diritto dei detenuti alla riservatezza della corrispondenza a quelli che si occupano del diritto alle relazioni affettive.

[14] Il Comitato è stato istituito dall'omonima Convenzione adottata in via definitiva dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 26 giugno del 1987.

[15] Raccomandazione n. 2 dell'11 gennaio 2006.

[16] La normativa europea relativa alla pena non si ferma qui, ma comprende altre Raccomandazioni e Risoluzioni sulle sanzioni alternative alla detenzione, sugli stranieri, sui detenuti pericolosi, sul comportamento delle forze di polizia, sulla giustizia minorile.

dica di cui dispongono invece le norme autoctone (l'ordinamento penitenziario del 1975 e le sue modifiche, il regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario del 2000, nonché le non poche leggi che si sono sovrapposte nel tempo), sia divenuta così rilevante nel dibattito pubblico italiano? Come è potuto accadere che la prima sia riuscita là dove le seconde avevano lungamente fallito? Il sistema politico italiano, vinto dal demo-consensualismo e dalle speculazioni elettorali sui temi della sicurezza, ha dimostrato, negli ultimi due decenni, di non essere capace di innovarsi da sé. Per riformarsi ha avuto bisogno di uno sguardo esterno. Nel 2013 a mettere sotto scacco il sistema penitenziario italiano, costringendolo ad affrontare il tema della propria riforma nel nome della dignità umana e dei diritti fondamentali, è stato un misto di sentenze della Corte europea[17], di richiami alle *European Prison Rules*[18] e di raccomandazioni del Comitato ispettivo anti-tortura del Consiglio d'Europa[19]. Ciò è accaduto per una serie di ragioni: innanzitutto, il richiamo forte alla dignità umana proveniente dalla dimensione europea è stato capace di rompere il circolo vizioso dell'illegalità penitenziaria italiana, mentre l'analogo richiamo alla funzione rieducativa della pena da parte dei giudici costituzionali non aveva

[17] Come, ad esempio, la più volte citata sentenza pilota "Torreggiani e altri contro Italia", decisa l'8 gennaio 2013 e confermata dalla Grande Camera il 27 maggio 2013, la quale impone l'adozione di politiche di deflazione carceraria e di tutela effettiva dei diritti dei detenuti anche attraverso il cambio dello stile di vita interno alle carceri.

[18] La Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 143 del 20 giugno 2013, nel dichiarare illegittima la normativa in materia di regime 41-*bis* secondo comma dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui restringe il diritto di difesa, scrive: «È evidente, per altro verso, come il diritto in questione assuma una valenza tutta particolare nei confronti delle persone ristrette in ambito penitenziario, le quali, in quanto fruenti solo di limitate possibilità di contatti interpersonali diretti con l'esterno, vengono a trovarsi in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive. In questa prospettiva, il diritto del detenuto a conferire con il difensore forma oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa sulle «Regole penitenziarie europee», adottata dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006, che riferisce distintamente il diritto stesso tanto al condannato (regola numero 23) che all'imputato (regola numero 98)».

[19] Tra i risultati del Comitato vi è stato quello di spingere il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, con successive circolari, a prevedere una maggiore apertura nella vita interna alle sezioni penitenziarie, rompendo l'idea stereotipata che la pena carceraria debba consistere nella chiusura in cella.

avuto la potenza di produrre negli anni analoghe prospettive di cambiamento. In secondo luogo, un ruolo importante è stato giocato dalla sinergia con le organizzazioni non governative coinvolte nei processi di informazione e denuncia e dai media interessati alla dimensione europea (pur nella loro superficialità: non di rado hanno dimostrato di non saper distinguere tra l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa). Inoltre, i meccanismi di prevenzione hanno mostrato la loro forza maggiore rispetto a quelli tipicamente sanzionatori, che mantengono l'effetto di produrre chiusure piuttosto che cooperazione da parte delle autorità sottoposte a controllo. Da menzionare infine l'importanza data in questo processo a questioni in Italia scarsamente considerate, quali la formazione e la gratificazione sociale del personale penitenziario, l'osservazione del sistema da parte di soggetti esterni e la de-burocratizzazione della vita carceraria. Il *prison soft law* ha così acquistato una forza che non è quella della sua qualificazione normativa. Norme interne vincolanti sono rimaste da decenni disapplicate, per finire nell'oblio penitenziario. Norme europee non sempre vincolanti hanno costretto il sistema ad affrontare il proprio cambiamento.

Ciò suggerisce almeno un paio di riflessioni. La prima è che le norme meno incisive dal punto di vista della produzione formale sono quelle che hanno prodotto un cambiamento nelle politiche nazionali. La seconda è che il concetto più vago e meno definito presente nel diritto, ovvero la dignità umana, ha avuto la forza di porre un argine agli arbitrii punitivi degli Stati. Il diritto, dunque, viene salvato da quelle regole che meno assomigliano a vere e proprie norme e da quei concetti più intrisi di commistione con la politica e l'etica.

5. *Il ruolo delle organizzazioni non Governative quali motori della* prison soft law

Le Organizzazioni non governative sono un attore nel diritto internazionale dei diritti umani: dalla fase della presentazione di rapporti sino alla consultazione ufficiale in occasioni di incontri pubblici istituzionali. Il riconoscimento di uno status consultivo

presso gli organismi Onu o europei, la possibilità di presentare atti di intervento davanti alle Corti o rapporti ai Comitati *ad hoc*, segna lo spazio loro concesso e il ruolo di protagoniste della dimensione internazionale (forse anche maggiore rispetto a quella interna agli Stati, dove non di rado accade che siano tollerate, perseguite, criminalizzate). Molte delle norme non vincolanti nel campo della pena sarebbero rimaste sulla carta se non ci fosse stato il lavoro di *advocacy* da parte delle Ong.

In alcuni casi le stesse Ong sono produttrici di *soft law*. Si pensi ai principi di Yogyakarta, elaborati in Indonesia nel 2006 presso l'Università di Gadjah Mada a proposito del necessario rispetto dei diritti umani, anche nel campo della pena, in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Seppur l'elaborazione è il frutto del lavoro di esperti, Ong e diplomatici Onu, essi sono sempre più spesso stati richiamati quale fonte di diritto in molti contesti internazionali (anche giudiziari), nonostante la loro origine sia in un ambito dichiaratamente non legislativo. Le Università possono non solo studiare o commentare ma anche produrre diritto.

A un esito simile stanno lavorando le associazioni Antigone e Physicians for Human Rights-Israel che hanno elaborato linee guida per superare l'uso dell'isolamento nelle carceri, in considerazione dei rischi gravi per salute psico-fisica delle persone detenute.[20] Le linee guisa sono già state poste all'attenzione di Comitati, esperti, organismi in ambito Onu ed europeo. Si tratta di trasformarle in diritto vivente, nonostante sia una produzione non formalizzata di diritto.

6. *In conclusione. Il passaggio dalla dimensione internazionale a quella sovranazionale*

La crisi del multilateralismo che oggi stiamo osservando presenta caratteri di drammaticità, in particolare se guardiamo ai rischi

[20] Le linee guida sulle alternative all'isolamento penitenziario possono essere consultate in inglese all'indirizzo *https://www.antigone.it/upload2/uploads/docs/International%20Guiding%20Statement%20-%20April%202023.pdf*.

di guerra e alla mancanza di una strategia condivisa per affrontare le tensioni fra Stati. Essa colpisce anche il campo dell'esecuzione penale, con il tentativo da parte degli Stati di recuperare una propria egemonia che inevitabilmente rischia di produrre effetti di compressione dei diritti fondamentali. Il campo della pena è un campo paradigmatico dove andare a leggere i difetti e i rischi di eccessi di sovranità, oggi declinati in termini di sovranismo.

Proprio nelle fasi di crisi dovrebbe invece riprendere spazio una politica diretta a costruire limiti invalicabili alle scelte di governo degli Stati, nel nome di una dignità umana universalmente riconosciuta. In fasi di crisi come quella che stiamo attraversando, bisognerebbe ragionare intorno al passaggio, nella complessa macchina del diritto internazionale dei diritti umani (compresi quelli dei detenuti), dalla dimensione internazionale intergovernativa a quella più propriamente sovranazionale. Fino a quando gli organismi internazionali saranno composti da personalità selezionate dai Governi, lo *human rights system* sarà sempre sotto scacco da parte degli Stati. Ogni nomina, si pensi a quelle nei comitati e sottocomitati contro la tortura, non dovrebbe avere mai sollecitazioni da parte dei Governi o delle sue rappresentanze diplomatiche. Eppure, la storia negli ultimi tempi sembra, invece, proprio andare nella direzione di una forte pressione dei Governi per orientare la scelta dei membri degli organismi ispettivi anti-tortura. Fino a quando gli organismi internazionali saranno di fatto inter-governativi e non autenticamente sovranazionali, il multilateralismo anti-sovranista non spiegherà fino in fondo i suoi effetti umancoentrici.

Susanna Marietti

La detenzione in Europa e la mancanza di standard vincolanti[1]

SOMMARIO: 1. Le condizioni di detenzione nello spazio giuridico UE. – 2. Costi e custodia cautelare nei Paesi UE. – 3. Il cosiddetto *non-paper* UE e l'attenzione crescente alle condizioni detentive. – 4. Un'ipotesi di base giuridica nei Trattati. – 5. L'attenzione del Parlamento europeo e i passaggi più recenti. – 6. La posizione di chiusura dei Governi e il caso danese.

1. *Le condizioni di detenzione nello spazio giuridico UE*

L'ambito della detenzione penale vede importanti differenze all'interno dell'area dell'Unione Europea, sia per quanto riguarda le disposizioni normative o amministrative sia rispetto alla realtà concreta della vita carceraria. Prendendo le mosse da questa considerazione, nelle pagine che seguono si intende delineare brevemente il percorso che ha condotto la Commissione europea ad adottare lo scorso 8 dicembre 2022 una Raccomandazione sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione (C(2022) 8987) quale strumento teso a diminuire tali differenze[2]. Si tratta di un percorso concreto ma anche teorico, che mette al centro i diritti umani ma che a oggi non è tuttavia riuscito ad affrancarsi dall'idea che la detenzione non sia un ambito di competenza

[1] Il presente contributo è in via di pubblicazione in lingua spagnola nel volume a cura di I. RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria. Epistemología, derecho, política y sociología para una penología crítica,* (ed. Tirant lo Blanch).

[2] EUROPEAN COMMISSION (2022), *Rights of suspects and accused persons who are in pre-trial detention (exploratory study). Annex 2, Country fiches.* European Union.

legislativa dell'Unione Europea. Tale percorso si intreccia con il lavoro di *advocacy* portato avanti dallo *European Prison Observatory*, una rete di soggetti cui Antigone ha dato vita – inizialmente a livello informale e solo a partire dal 2012 attraverso progetti di ricerca formalizzati sostenuti dall'UE – fin dal 2000. Lo *European Prison Observatory* è da anni impegnato nell'analisi quantitativa e qualitativa dei sistemi penitenziari e delle alternative alla detenzione nei vari Paesi europei, con uno sguardo sempre rivolto alla trasparenza delle istituzioni e alla tutela dei diritti fondamentali. Oggi la rete coinvolge soggetti (organizzazioni della società civile o università) da 12 Paesi dell'Unione Europea e da un ex membro (Austria, Bulgaria, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Romania, Spagna, Ungheria).

Uno sguardo al tasso di affollamento delle carceri già mostra la notevole discrepanza nei sistemi penitenziari dei diversi Paesi UE. Secondo gli ultimi dati disponibili del servizio Space del Consiglio d'Europa (AEBI *et al.*, 2022), relativi al 31 gennaio 2021 e all'anno 2020 per i dati di flusso, la densità carceraria oscillava tra le 63 presenze su 100 posti della Lettonia e le 119,3 della Romania, passando per le 72,6 presenze su 100 posti della Lituania, le 73,6 della Spagna, le 74,6 della Bulgaria e per le 103,5 della Francia, le 105,5 dell'Italia, le 108,4 del Belgio, le 110,5 di Cipro e le 111,4 della Grecia. Anche il numero di detenuti per stanza variava enormemente nell'area UE, passando dalle stanze singole della Finlandia e della Spagna ai cameroni per dieci detenuti della Slovacchia.

Naturalmente la capienza delle carceri è calcolata da ciascuno Stato secondo parametri diversi e non consente dunque un'automatica comparazione. Va inoltre detto che non sempre i dati forniti dai Governi fotografano del tutto la realtà effettiva delle cose. Nel caso dell'Italia, ad esempio, i posti letto effettivamente disponibili sono in numero inferiore di qualche migliaia rispetto a quelli ufficialmente conteggiati. Negli scorsi anni – attraverso le rilevazioni dirette del suo Osservatorio nazionale, autorizzato dal 1998 a visitare tutte le carceri italiane per monitorarne le condizioni di detenzione – Antigone ha tentato una valutazione

numerica dei posti letto effettivamente indisponibili (sostanzialmente perché in manutenzione) seppur conteggiati dal Ministero della Giustizia nella capienza ufficiale degli istituti, arrivando alla conclusione che la discrepanza tra tale capienza ufficiale del sistema penitenziario italiano e quella reale è di circa 4.000 unità. Dopo aver reso pubblici questi dati, anche lo stesso Ministero ha convenuto sull'esistenza di una simile discrepanza, aggiungendo nelle didascalie alle tabelle pubblicate sul proprio sito la seguente dicitura: "Il dato sulla capienza non tiene conto di eventuali situazioni transitorie che comportano scostamenti temporanei dal valore indicato". Questo è un esempio concreto dell'importanza che può avere per la trasparenza dei sistemi penitenziari la possibilità di accesso alle carceri con funzioni di monitoraggio da parte di organizzazioni della società civile, un tema sul quale lo European Prison Observatory si è sempre speso con le autorità europee.

Le differenze nelle condizioni di detenzione all'interno della UE non sono date solamente dai numeri dell'affollamento penitenziario (FRA, 2019). Anche le strutture edilizie o l'organizzazione della vita interna quotidiana differiscono grandemente da luogo a luogo. Vi sono ad esempio Paesi (Cipro, Romania, Spagna, Svezia) in cui, contrariamente agli standard internazionali ed europei che prevedono che ai detenuti sia in ogni momento garantito l'accesso a una toilette, si trovano servizi igienici collocati al di fuori delle celle, cosicché le persone detenute dipendono dal personale penitenziario per potervi accedere. Inoltre, molti Paesi non garantiscono adeguatamente la privacy dei servizi igienici (in Bulgaria addirittura sono stati trovati servizi posizionati tra due letti, senza alcuna separazione dal resto della stanza). Il numero di ore trascorse dai detenuti all'aria aperta varia da una sola ora (come accade ad esempio in Austria, Repubblica Ceca, Germania, Francia, Polonia), alle tre o le quattro della Lituania e dell'Italia, fino alle dieci ore come accade a Cipro. L'età massima fino alla quale i detenuti più giovani possono, sotto varie condizioni, permanere in strutture o sezioni separate dal resto della popolazione detenuta varia dai 17 anni della Danimarca ai 25 anni di Italia, Spagna, Lettonia e Portogallo.

2. *Costi e custodia cautelare nei Paesi UE*

Ancora il rapporto Space I del Consiglio d'Europa sopra citato ci informa della forte disparità di costi del sistema penitenziario tra i vari Paesi UE, pur tenendo conto delle differenze che senz'altro possono riscontrarsi nel costo generale della vita. Per l'anno 2020 si oscillava infatti dai 6,50 euro al giorno per detenuto della Bulgaria ai 28 euro della Grecia, ai 37,32 della Lituania ai 42 dell'Ungheria ai 45,50 della Romani fino ai 157,72 euro della Germania, ai 200,27 dell'Irlanda, ai 205,70 della Danimarca, ai 208,30 della Finlandia, ai 234,50 della Spagna, ai 284 dei Paesi Bassi, ai 303 della Svezia e ai 332,63 euro al giorno per detenuto del Lussemburgo.

Anche la durata della custodia cautelare, sia di diritto che di fatto, varia notevolmente da Stato a Stato. La legge prevede una durata massima inferiore a un anno in Austria, Germania, Danimarca, Estonia, Lettonia, Svezia e Slovacchia mentre addirittura non prevede alcun limite massimo in Belgio, Cipro, Finlandia, Irlanda, Lussemburgo e Paesi Bassi. Gli altri Paesi prevedono limiti variabili: da meno di due anni, come in Bulgaria o in Portogallo, fino a oltre cinque, come ad esempio in Italia (*European Commission*, 2022). Se torniamo agli ultimi dati Space I, vediamo che anche la durata media effettiva della detenzione cautelare è piuttosto disomogenea: se nel 2020 tale durata media è stata di 2,5 mesi in Irlanda e di 2,8 in Lituania, ha superato l'anno in Slovenia (12,9 mesi) e in Ungheria (12,3). All'inizio del 2021, inoltre, la percentuale di detenuti in attesa di giudizio sul totale della popolazione detenuta era pari all'8,1% nella Repubblica Ceca, al 10,4% in Romania e al 10,9% in Lituania, mentre in Belgio arrivava al 38,4%, in Danimarca al 41,3% e nei Paesi Bassi al 45,2%.

La disomogeneità che investe il campo della detenzione in Europa si riflette nelle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Secondo gli ultimi dati disponibili sul sito della Corte[3] e guardando solamente ai Paesi dell'area UE, vediamo che nel 2021 i casi di violazione dell'art. 3 della Convenzione europea sono stati 81, di cui oltre la metà, ben 46, hanno riguardato la

[3] In *https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2021_ENG.pdf*.

sola Romania. Altri 13 gli Stati membri interessati, di cui la Bulgaria con 9 casi, l'Ungheria e la Polonia con 6, e gli altri con 3 casi o meno ciascuno. Se guardiamo invece alle violazioni dell'art. 5, vediamo che ci sono stati 46 casi che hanno interessato 12 Stati membri. Anche qui il quadro è diseguale, con Stati sanzionati una, due o tre volte, Francia e Paesi Bassi quattro, e l'Ungheria addirittura 18.

3. *Il cosiddetto* non-paper *UE e l'attenzione crescente alle condizioni detentive*

Come viene esplicitamente notato nel documento informale (15292/22, COPEN 413, JAI 1562) – un cosiddetto 'non-paper' – che ha preceduto l'adozione della Raccomandazione della Commissione sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione dell'8 dicembre 2022, tutte queste divergenze nell'ambito della detenzione hanno avuto effetti negativi sulla cooperazione giudiziaria tra i Paesi dell'Unione Europea. Leggiamo infatti, a proposito del mandato di arresto europeo (MAE): "Le divergenze su aspetti importanti della detenzione hanno avuto un impatto negativo sul funzionamento del MAE. I ritardi e le sospensioni delle esecuzioni sono diventati più comuni ed è nata la prassi di chiedere garanzie alle autorità giudiziarie richiedenti. Le statistiche disponibili sul MAE dimostrano che, dal 2016, gli Stati membri hanno rifiutato o ritardato l'esecuzione per motivi legati a un rischio reale di violazione dei diritti fondamentali in quasi 300 casi, in particolare sulla base di condizioni materiali di detenzione inadeguate".

Se formalmente il tema delle condizioni detentive non trova nei Trattati fondativi alcuna attribuzione esplicita di competenze legislative all'Unione, le esigenze della cooperazione giudiziaria e della creazione di uno spazio giuridico sovranazionale lo hanno imposto con forza all'attenzione delle autorità europee. La Raccomandazione del dicembre 2022 si colloca pienamente all'interno di questo percorso e ha alle spalle una storia ben precisa che si compone di considerazioni teoriche e decisioni giudiziarie.

4. *Un'ipotesi di base giuridica nei Trattati*

Sulla base del riconoscimento reciproco che fonda la cooperazione giudiziaria tra Stati, il secondo comma dell'art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (Tfue) conferisce all'Unione una base giuridica esplicita per adottare norme minime nei procedimenti penali. Se è generalmente accettato che la detenzione cautelare rientri tra i diritti delle persone coinvolte in procedimenti penali, e di conseguenza ricada nel mandato conferito dall'art. 82, è invece sempre stato materia di dibattito se la stessa cosa possa dirsi o meno per la detenzione in esecuzione di una pena. Mancando nei Trattati una giustificazione altrettanto esplicita, non è così chiaro se l'Unione abbia o meno competenza per adottare provvedimenti normativi sulle condizioni di detenzione in generale. Vi sono però forti argomenti per interpretare in maniera allargata all'intera detenzione le tutele della UE, argomenti legati appunto alle misure di cooperazione giudiziaria. In particolare quando coinvolgono il trasferimento di detenuti da uno Stato all'altro, come per le Decisioni Quadro sul mandato di arresto europeo e sul trasferimento dei detenuti, tali misure presuppongono infatti il riconoscimento di condizioni di detenzione adeguate. Con la sentenza del 5 aprile 2016 nei casi Aranyosi e Căldăraru, la Grande Camera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, senza fare alcuna distinzione tra custodia cautelare ed esecuzione della pena, ha affermato che prima di eseguire un mandato di arresto europeo lo Stato di esecuzione deve assicurarsi che le condizioni di detenzione nello Stato di emissione rispettino l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e il corrispondente art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

5. *L'attenzione del Parlamento europeo e i passaggi più recenti*

Il Parlamento europeo ha affrontato varie volte il tema delle condizioni di detenzione, invitando la Commissione a prendere le misure necessarie per elevarne e uniformarne gli standard nei Paesi membri. Se nella Risoluzione del 27 febbraio 2014 recante

raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109(INL)) si «invita la Commissione, al fine di garantire l'efficacia del quadro di riconoscimento reciproco, a esaminare i mezzi finanziari e giuridici disponibili a livello dell'Unione per migliorare le norme di detenzione, ivi comprese le proposte legislative sulle condizioni di custodia cautelare», nella Risoluzione del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione (2015/2062(INI))[4], dopo la sentenza sopra citata della Grande Camera, il Parlamento – menzionando tra le altre cose a sostegno delle proprie posizioni anche gli studi dello *European Prison Observatory* – «chiede alla Commissione e alle istituzioni UE di adottare le misure necessarie nel loro settore di competenza per garantire il rispetto e la protezione dei diritti fondamentali dei detenuti, e in particolare delle persone vulnerabili, dei minori, delle persone che soffrono di una malattia mentale, dei disabili e delle donne, compresa l'adozione delle norme comuni europee di detenzione nell'insieme degli Stati membri», senza citare in particolare la sola detenzione in fase cautelare. Sembra dunque presupporsi che, attraverso la strada indicata dalla Corte di Giustizia, l'Unione Europea possa guadagnare quella competenza legislativa in materia di detenzione che pur non le viene conferita in maniera esplicita dai Trattati. Nello stesso documento il Parlamento «sottolinea il collegamento tra condizioni di detenzione e misure inerenti al mandato d'arresto europeo e ricorda agli Stati membri che l'articolo 3 della CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo impongono agli Stati membri non solo obblighi negativi, vietando loro di sottoporre i prigionieri a trattamenti disumani e degradanti, ma anche obblighi positivi, chiedendo loro di garantire che le condizioni detentive siano coerenti con la dignità umana e che siano svolte indagini approfondite ed efficaci in caso di violazione di tali diritti; invita gli Stati membri a tenere conto in particolare dei diritti delle persone vulnerabili e in generale a valutare in modo approfondito alternative alla detenzione». Tanto la questione del riconoscimento reciproco quanto quella imprescin-

[4] European Parliament (2017). *Procedural Rights and Detention Conditions - Cost of non-Europe*. European Union.

dibile del rispetto dei diritti fondamentali impongono all'Unione, secondo il Parlamento europeo, di farsi carico del tema della detenzione.

In uno studio pubblicato nel dicembre 2017 dal Parlamento europeo (*European Parliament*, 2017) si sottolinea l'insufficiente tutela dei diritti delle persone in stato di detenzione nei Paesi europei e si fa riferimento anche a quanto emerso dalle ricerche dello *European Prison Observatory* a proposito delle carenze dei sistemi penitenziari da esso analizzati. Lo *European Prison Observatory* sostiene da tempo che la consapevolezza di tali carenze dovrebbe portare senza indugi la Commissione europea – percorrendo quell'ipotesi formale indicata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 2016 e poi ancora nella sentenza Dorobantu del 15 ottobre 2019 – a lavorare a standard di detenzione a livello UE, che rispetto a quelli già esistenti (in particolare le Regole Penitenziarie Europee del Consiglio d'Europa e le Mandela Rules delle Nazioni Unite) potrebbero avere il doppio vantaggio di rivolgersi a un numero ristretto di Stati così da poter fissare soglie più elevate nel rispetto dei diritti dei detenuti e, soprattutto, di presentare una forza vincolante. Già nell'autunno del 2018 in un proprio documento pubblico[5] lo *European Prison Observatory* invitava la Commissione a «superare ogni timidezza sull'interpretazione delle proprie competenze in materia di condizioni di detenzione, allargandole fino a coprire pienamente la fase dell'esecuzione della pena" e ad "adottare standard vincolanti di detenzione per i Paesi membri, anche prendendo a riferimento le Regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa e le Regole sullo standard minimo per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite (*Mandela Rules*)».

Un importante passaggio nel percorso che stiamo qui ricostruendo si è avuto nell'autunno del 2021. In vista dell'incontro del Consiglio dell'Unione Europea Giustizia e Affari interni previsto a Bruxelles per il 7 ottobre, la Commissione ha emanato un non-paper (12161/21, JAI 1014, COPEN 358) nel quale poneva chiaramente la questione dell'esigenza di armonizzare le condizioni materiali di detenzione tra gli Stati membri al fine di rafforzare

[5] In *www.prisonobservatory.org*.

la cooperazione giudiziaria in materia penale. Citando la sentenza sopra menzionata relativa ai casi Aranyosi e Căldăraru, la Commissione afferma: «La compatibilità delle condizioni di detenzione con i diritti umani fondamentali è quindi un problema che va oltre i contesti nazionali e ha rilevanza legale e pratica per l'UE». Nel documento si parla in maniera esplicita di standard minimi di detenzione a livello UE, allegandone una prima ricognizione e lasciando intendere un loro possibile carattere legislativo vincolante.

6. *La posizione di chiusura dei Governi e il caso danese*

Il suggerimento informale della Commissione non ha trovato tuttavia un adeguato terreno fertile in sede di Consiglio dell'Unione Europea. Il resoconto dell'incontro Giustizia e Affari interni del 7 ottobre 2021 (12574/21) riporta lo sbrigativo dibattito avuto dai rappresentanti dei Governi sull'argomento, specificando quanto segue: «I Ministri ritengono che non siano necessari ulteriori strumenti giuridici sugli standard minimi a livello di UE, in quanto tali standard sono già definiti in varie sedi internazionali».

Secondo la posizione dei Governi qui emersa, dunque, le Mandela Rules e soprattutto le European Prison Rules sarebbero strumenti sufficienti nel tentativo di garantire il rispetto dei diritti delle persone detenute nell'area dell'Unione Europea e di uniformare le condizioni di detenzione nei diversi Paesi. Nonostante la risposta negativa alla sollecitazione, quando nel gennaio 2022 la Commissione ha risposto a un'interrogazione parlamentare proposta da quattro parlamentari europei su stimolo dello European Prison Observatory riguardo l'importanza di garantire accesso alle carceri a organizzazioni della società civile con funzioni di monitoraggio delle condizioni di vita interna, essa ha annunciato l'intenzione di adottare una Raccomandazione sulla detenzione entro la fine del 2022. La Commissione ha dunque da subito valutato di dover insistere in tale percorso, scaturito poi nella Raccomandazione dell'8 dicembre 2022, utilizzando tuttavia uno strumento non vincolante per gli Stati, a differenza di quello che forse avrebbe potuto essere valutato qualora dall'incontro del Consiglio di un anno addietro

fosse arrivata una risposta differente. Si può infatti ipotizzare che, di fronte a un deciso consenso dei singoli Governi nazionali, la Commissione avrebbe osato raccogliere gli stimoli del Parlamento europeo in questo senso, abbracciando l'idea che la necessità di garantire la cooperazione giudiziaria nell'area UE nonché lo stesso mandato europeo sui diritti fondamentali conferiscano di per sé alle autorità europee una forte e decisa competenza in materia di condizioni di detenzione.

Una dimostrazione particolarmente preoccupante della necessità di ulteriori e più stringenti standard di detenzione a livello UE ci deriva da una pratica che sembra star prendendo piede in vari Paesi dell'Unione. Il riferimento è alla tendenza a risolvere problemi di sovraffollamento carcerario stipulando accordi per delocalizzare i detenuti condannati sotto sentenze di uno Stato in prigioni di un Paese differente. Ciò era già accaduto nel 2015, quando i Paesi Bassi avevano firmato un accordo temporaneo con la Norvegia per mettere a disposizione di quest'ultima una struttura carceraria in Olanda. Nel 2018 l'accordo si era concluso e i detenuti erano stati riportati in prigioni norvegesi. L'omogeneità tra gli ordinamenti dei Paesi in gioco rendeva tuttavia questo precedente ben diverso da quello, assai rischioso, che più di recente ha coinvolto la Danimarca. Nel marzo 2022 quest'ultima ha infatti firmato un accordo con la Repubblica del Kosovo per poter utilizzare la prigione della città di Gjilan ai fini di trasferirvi forzatamente fino a 300 cittadini di Paesi terzi condannati con sentenze danesi. A fine pena le persone interessate dovrebbero essere riportate in Danimarca per essere poi espulse. L'accordo prevede che l'amministrazione penitenziaria e i detenuti siano soggetti alle regole penitenziarie danesi, ma le guardie kosovare saranno vincolate alla legge del Kosovo.

Come argomentato compiutamente in un documento redatto dallo European Prison Observatory assieme ad altre organizzazioni sui diritti umani[6], al quale ha risposto personalmente il Ministro della Giustizia danese, l'accordo viola pesantemente i diritti delle

[6] In *https://www.omct.org/site-resources/legacy/Denmark-Kosovo-statement-18.5.pdf*.

persone detenute coinvolte, tra cui il principio di non discriminazione, il diritto di difesa e il diritto alla vita famigliare. Lo status legale ambiguo del Kosovo fa sì che i meccanismi internazionali di monitoraggio e di protezione dalla tortura e dai trattamenti inumani e degradanti siano estremamente limitati. Le organizzazioni firmatarie del documento hanno promosso un'interrogazione scritta del Parlamento europeo alla Commissione volta a chiedere conto dell'accordo tra Danimarca e Kosovo. In quanto Stato membro dell'Unione, la Danimarca deve infatti osservarne i valori fondamentali. Con grande amarezza è stata tuttavia appresa la risposta da parte della Commissione, che sosteneva l'estraneità delle autorità europee ai fatti in oggetto, in quanto la questione avrebbe riguardato semplicemente le parti coinvolte. Tutto ciò, lasciando intendere che il rispetto dei diritti fondamentali possa essere trattato quale questione esclusivamente bilaterale, crea un precedente pericolosissimo in Europa, che ci fa toccare con mano l'insufficienza degli strumenti normativi oggi disponibili in materia di detenzione. A pochi giorni dal proprio insediamento nell'ottobre 2022, il Governo svedese aveva annunciato di star valutando la possibilità di trasferire in altri Paesi i detenuti condannati in Svezia, mostrando come questa preoccupante tendenza si vada allargando.

La Raccomandazione dell'8 dicembre 2022 costituisce sicuramente un segnale importante di attenzione verso le condizioni materiali di vita in carcere. Ma l'intero percorso ha svelato gravi carenze nel vigente sistema dei Trattati, che in ultima analisi non ha permesso di intervenire sulla materia con disposizioni vincolanti per gli Stati membri. È giunto il momento di ridiscutere il quadro vigente, andando verso un allargamento delle competenze dell'Unione Europea in ambito penale. Se oggi il modello si limita alla cooperazione giudiziaria fra ordinamenti che restano diversi l'uno dall'altro, possiamo e dobbiamo guardare agli strumenti da mettere in campo affinché nell'intera area europea vigano le stesse garanzie per le persone coinvolte in un procedimento penale in ogni fase di esso: prima, durante, ma anche dopo il processo, nella fase dunque dell'esecuzione delle pene.

Bibliografia

Aebi M.F., Cocco E., Molnar L., Tiago M.M., Space I - 2021, *Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, 2022, Council of Europe.

Asta G., *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2016, 1-18.

Bargis M., *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di Giustizia tra compromessi e nodi irrisolti,* in *Diritto Penale Contemporaneo,* 2, 2017, 177-215.

Fra (European Union Agency for Fundamental Rights), *Criminal detention conditions in the European Union: rules and reality*, Publications Office of the European Union, 2019.

Martufi A., *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2015, 34-46.

Panella L., *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 2017, 5-33.

Patrone I.J., *Delocalizzare i penitenziari e deportarvi i detenuti*, in *Questione Giustizia*, 2022, 3 febbraio 2022.

Telaro V., *Mandato d'arresto europeo e rispetto dei diritti fondamentali*, 2015.

Emanuela Pistoia

Lo spazio del reinserimento sociale nella cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea rivolta al trasferimento di detenuti e il possibile ruolo di regole penitenziarie comuni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il reinserimento sociale come limite alla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione. – 3. Il reinserimento sociale come obiettivo di cooperazione giudiziaria penale nell'Unione. – 4. Il carattere occasionale del ruolo riconosciuto al reinserimento sociale e il ruolo della Carta dei diritti fondamentali. – 5. La questione delle competenze dell'Unione ai fini di un cambio di paradigma. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La scelta di improntare la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea al principio del mutuo riconoscimento – «cornerstone» del settore anche prima dell'inserimento come tale nel TFUE[1] – sottintende la determinazione degli Stati membri a mantenere separati la propria legislazione penale e i propri sistemi giudiziari. Il mutuo riconoscimento serve a rendere questi ultimi tra loro permeabili al fine di scongiurare l'impunità, in un *milieu* caratterizzato dalla libera circolazione tra Stati membri di persone fisiche e giuridiche, merci e capitali. Secondo l'art. 67, par. 3, infatti, l'obiettivo cui è preordinata la cooperazione giudiziaria penale (nonché la cooperazione di polizia) è precisamente quello di assicurare un alto livello di sicurezza nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

[1] Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, par. 33.

L'obiettivo di questo scritto è indagare quale ruolo possa giocare, in questo contesto, il principio del reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive o a misure privative della libertà personale. Il tema ha rilievo poiché sovente la cooperazione giudiziaria penale consiste nel trasferimento di persone da un sistema giudiziario all'altro, il quale ha certamente conseguenze sul reinserimento sociale di tali persone se il trasferimento preluda o sia preordinato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comportanti la privazione della libertà personale. Tra Stati membri dell'Unione, il trasferimento di persone avviene anzitutto per effetto del mandato d'arresto europeo (d'ora innanzi MAE) che della cooperazione giudiziaria penale nell'UE costituisce l'archetipo sia sul piano dogmatico sia in termini di successo pratico. Il trasferimento può poi avere luogo in un quadro normativo che è frutto dell'importazione nell'Unione, *mutatis mutandis*, di uno strumento elaborato nel diverso contesto del Consiglio d'Europa proprio per perseguire l'obiettivo del reinserimento sociale[2]. In questo scritto ci si propone di comprendere se, in tema di reinserimento sociale, grazie agli strumenti citati, l'Unione offra un quadro efficiente e dotato di coerenza, per poi verificare se sia possibile operare miglioramenti nel contesto degli attuali Trattati istitutivi e della Carta dei diritti fondamentali.

Sul piano metodologico, sarebbe tutt'altro che superfluo sviluppare l'analisi annunciata prendendo le mosse dall'individuazione di una nozione comune di reinserimento sociale, stante il fatto che una definizione esplicita è, all'evidenza, assente. Visto il carattere frammentario del quadro, che si avverte anche a uno sguardo superficiale, non sembra però inopportuno rovesciare la prospettiva e comprendere anche la ricostruzione della nozione di reinserimento sociale, quale per l'appunto emerge dalle regole esistenti, nell'obiettivo di ricostruire i confini dello spazio ad esso riservato, nei limiti in cui tale ricostruzione si riveli possibile.

[2] Si tratta della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, stipulata nel quadro del Consiglio d'Europa e firmata a Strasburgo il 21 marzo 1983. Come ricorda l'atto normativo che, *mutatis mutandis*, "importa" la Convenzione nel diritto UE (v. *infra*), tutti gli Stati membri l'hanno ratificata.

Sembra infine opportuno spiegare la scelta terminologica di reinserimento sociale – *social rehabilitation* – piuttosto che «rieducazione», la quale è notoriamente l'espressione usata nell'art. 27, terzo comma della Costituzione italiana. Il motivo, unico ma declinabile in due sfaccettature giuridicamente distinte, è collegato al fatto che «riabilitazione sociale» – non «rieducazione» – è la terminologia adoperata nel quadro tanto della c.d. "grande Europa" quanto in quello dell'Unione europea, come meglio si vedrà nelle pagine seguenti. Questo è pertanto il termine preferibile nella prospettiva di collocare l'indagine nel quadro giuridico dell'integrazione europea, che grazie indirettamente alla Carta dei diritti fondamentali, nonché alle scelte politico-giuridiche degli Stati membri, si collega con quello del Consiglio d'Europa. Di contro, non è di interesse della presente indagine puntualizzare se e quando il reinserimento sociale (*rectius*, la rieducazione) possa costituire un freno di fonte costituzionale all'attuazione delle norme della cooperazione giudiziaria penale nell'UE da parte delle autorità giudiziarie italiane.

L'indagine è sviluppata attraverso una prima parte dedicata all'analisi dei due principali meccanismi di cooperazione giudiziaria in cui il reinserimento sociale ha rilievo, i quali sono caratterizzati da una differenza fondamentale che li rende l'uno opposto dell'altro: si tratta, come detto, del MAE e della trasmissione di decisioni definitive di organi giurisdizionali, con le quali vengono irrogate pene nei confronti di persone fisiche, dallo Stato in cui sono state emesse a un altro, in cui devono essere eseguite. Nel MAE, disciplinato dalla decisione quadro 2002/584/GAI[3], il reinserimento sociale costituisce un limite al mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in materia penale. All'opposto, nel meccanismo previsto dalla decisione quadro 2008/909/GAI[4], il reinserimento sociale è l'obiettivo del mutuo ri-

[3] Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

[4] Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

conoscimento. Prima nell'uno e poi nell'altro caso, si prenderanno in esame i presupposti dei due strumenti e le condizioni e i limiti della loro applicazione, per mettere a fuoco lo spazio accordato al reinserimento sociale nei due casi. Sarà in particolare interessante comprendere se, ed eventualmente in quale misura, tale spazio sia diverso a seconda del rapporto intercorrente tra reinserimento sociale e mutuo riconoscimento. Solo a questo punto si potranno svolgere considerazioni di respiro generale. Queste riguarderanno in un primo momento il ruolo del reinserimento sociale nell'assetto attuale della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea nel suo complesso. Successivamente, in una prospettiva *de jure condendo*, si discuteranno le potenzialità offerte dalle basi giuridiche esistenti per superare la prospettiva prevalentemente di contrasto all'impunità che caratterizza la cooperazione giudiziaria nell'Unione e per assicurare, di contro, una maggiore attenzione alla finalità del reinserimento sociale.

2. *Il reinserimento sociale come limite alla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione*

Come noto, il MAE consiste nella consegna, da una giurisdizione penale a un'altra, di persone accusate di reati ovvero condannate a pene detentive o a misure di sicurezza privative della libertà personale, al fine rispettivamente di poterle sottoporre a processo (mandato processuale) ovvero di eseguire una pena o una misura di sicurezza comportante la privazione della libertà personale (mandato esecutivo). Tale trasferimento potrebbe avere un impatto sul reinserimento sociale della persona interessata, tipicamente ove questa abbia nazionalità (e dunque, tra l'altro lingua) diversa dallo Stato in cui dovrebbe trovarsi in detenzione, ma anche ove sia privo di legami con quel contesto.

Ebbene, uno dei motivi di rifiuto della consegna di persone oggetto di MAE esecutivo è appunto ispirato al reinserimento sociale. Si tratta dell'art. 4, par. 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, che prevede tale rifiuto a beneficio dei cittadini dello Stato di esecuzione del MAE, di coloro che vi risiedano o che vi abbiano

dimora, essendo vuoi cittadini europei vuoi cittadini di Stati terzi. La condizione è che lo Stato di esecuzione si impegni a eseguire esso stesso la pena o misura di sicurezza, in applicazione del proprio diritto interno, al fine di non pregiudicare l'obiettivo del contrasto all'impunità. Disposizione analoga è l'art. 5, par. 3 della stessa decisione quadro, che, in caso di MAE processuale, a beneficio del cittadino o dello straniero residente consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di chiedere la garanzia che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà che fossero eventualmente pronunciate nello Stato di emissione.

La decisione quadro sancisce il motivo di rifiuto e la garanzia sopra riportati senza precisarne l'obiettivo. A ciò ha provveduto la Corte di giustizia, chiamata a chiarire l'interpretazione dell'art. 4, par. 6: la Corte ha fornito l'interpretazione richiesta utilizzando l'obiettivo del reinserimento sociale, che essa ha ritenuto alla base del motivo di rifiuto: «il motivo di non esecuzione facoltativa stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione quadro mira segnatamente a permettere all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata»[5].

Il medesimo obiettivo viene riconosciuto alla richiesta di garanzia *ex* art. 5, par. 3, che la Corte accosta senz'altro all'art. 4, par. 6[6].

Riguardo alle situazioni che possono trovare tutela in funzione del reinserimento sociale della persona oggetto di un MAE, quella dei cittadini dello Stato di esecuzione si distingue da quella degli altri individui. La consegna dei cittadini può infatti essere rifiutata

[5] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. Kozlowski del 17 luglio 2008, causa C-66/08, punto 45. Il punto è stato ripreso da Corte di giustizia, sent. Wolzenburg del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, punti 62, 67 e 70; sent. I.B. del 21 ottobre 2010, causa C-306/09, punto 52; sent. Lopes Da Silva Jorge del 5 settembre 2012, causa C-42/11, punto 32; sent. Popwlaski del 29 giugno 2017, causa C-579/15, punto 21; sent. Sut del 13 dicembre 2018, causa C-514/17, punto 33.

[6] Sent. Wolzenburg, cit., punto 62; sent. I.B., cit., punto 52.

in qualsiasi circostanza – così come in ogni circostanza può essere richiesta la garanzia della consegna –, mentre riguardo ai non cittadini residenti o aventi dimora nello Stato di esecuzione si richiedono verifiche più circostanziate, volte ad assicurare la fondatezza nel caso concreto dell'obiettivo da perseguire. La cittadinanza dello Stato di esecuzione è così valutata come espressione di un legame tale con lo Stato in questione da poter assicurare il reinserimento nella società locale della persona interessata, in seguito all'esecuzione della sentenza, anche in assenza di altre condizioni come, ad esempio, la residenza o la dimora in tale Stato. Dice in particolare la Corte, nella sentenza *Wolzenburg*, che la sola cittadinanza come motivo di rifiuto «non è eccessiva»[7] e che la mancata richiesta di una presenza durevole nel territorio dello Stato di esecuzione, diversamente che per i cittadini di altri Stati, non costituisce una discriminazione sulla base della cittadinanza proprio per la diversità tra le situazioni[8].

Per i non cittadini, invece, è presto emersa l'esigenza di individuare uno standard credibile per assicurare l'obiettivo in gioco. In armonia con la metodologia da sempre seguita, in assenza di definizioni nella decisione quadro[9] la Corte di giustizia ha individuato essa stessa tale standard affinché fosse disponibile una nozione comune[10].

Riguardo al presupposto della residenza, non va inteso nel senso meramente formale del termine: è stata infatti considerata conforme alla decisione quadro la richiesta del suo carattere continuativo per almeno cinque anni[11]. La durata quinquennale è stata ritenuta indicativa di una sufficiente integrazione della persona interessata, priva della cittadinanza dello Stato di esecuzione, nello stesso Stato[12]; più precisamente, di un grado di integrazione meritevole dello stesso trattamento riservato alla suddetta cittadinanza

[7] Sent. Wolzenburg, cit., punto 70.
[8] Sent. Wolzenburg, cit., punto 63.
[9] Sent. Kozwloski, cit., punto 34.
[10] *Ibidem*, punti 41-43.
[11] Sent.Wolzenburg, cit., punto 63.
[12] Sent. Wolzenburg, cit., punto 68;

dello Stato di esecuzione[13]. Del resto, 5 anni è anche il periodo di residenza legale e continuativa richiesto come presupposto del diritto alla residenza permanente nello Stato ospite per cittadini dell'Unione e loro familiari[14].

Riguardo alla nozione di «dimora», è stato anzitutto precisato che la presenza temporanea nel territorio non possa essere considerata soddisfacente[15]. Questo rilievo si comprende solo se si prendono in esame versioni linguistiche in cui il termine utilizzato dalla decisione quadro per «dimora» possa astrattamente corrispondere anche a una presenza occasionale: è il caso del verbo inglese «to stay», diversamente dal nostro «dimora», appunto. Stante la necessità di legami sufficienti con lo Stato di esecuzione del mandato, la Corte indica una serie di elementi da cui tali legami possano derivare: la durata del soggiorno del non cittadino nello Stato di esecuzione del MAE, la natura e le condizioni di tal soggiorno, la presenza di familiari e di legami economici[16]. Degli elementi citati si richiede una valutazione complessiva, finalizzata a stabilire se la persona richiesta abbia un grado di integrazione nello Sato di esecuzione del MAE sufficiente a dare fondamento all'aspettativa del suo reinserimento sociale all'indomani della conclusione della pena. Le stesse considerazioni vengono fatte se la persona sia residente nello Stato di esecuzione[17], facendo così sostanzialmente svanire la differenza fra «residenza» e «dimora». Infatti, la Corte afferma che il livello di integrazione che deve emergere dalla valutazione complessiva degli elementi citati deve essere paragonabile a quello dei legami che si instaurano in caso di residenza[18].

La Corte di giustizia non ha invece mai avuto modo di affrontare la questione se il motivo di rifiuto della consegna sancito dall'art. 4, par. 6, ovvero la richiesta di garanzia di reinvio *ex* art. 5, par. 3, possano essere disattesi nei confronti di cittadini dello Stato di

[13] Sent. Wolzenburg, cit., punto 68; sent. Lopes Da Silva Jorge, cit., punto 42.
[14] Art. 16 della direttiva 2004/38/CE.
[15] Sent. Wolzenburg, cit., punto 36; sent. Lopes Da Silva Jorge, cit., punto 38.
[16] Sent. Wolzenburg, cit., punto 48.
[17] Sent. Lopes Da Silva Jorge, cit., punti 42-43.
[18] Sent. Kozlowski, cit., punto 54; sent. Sut, cit., punto 34.

esecuzione che in concreto risultino privi di altri legami con la compagine sociale di tale Stato. Essi potrebbero ad esempio essere residenti o avere dimora, anche da lungo tempo, proprio nello Stato di emissione, oppure in altro Stato ma sempre comunque in modo tale da aver addirittura reciso i legami con lo Stato di esecuzione o almeno da averne sviluppato di più forti, ai fini della rilevanza per il reinserimento sociale, rispetto allo Stato di cittadinanza. Nel *milieu* di libera circolazione delle persone che caratterizza l'integrazione europea un simile scenario è tutt'altro che improbabile.

Esaminando la giurisprudenza della Corte, esistono a mio avviso vari elementi che militano a favore di una soluzione positiva della questione sollevata: nel senso, cioè, che sia non conforme alla decisione quadro escludere senz'altro la consegna di un cittadino dello Stato di esecuzione del MAE, grazie a quella che a tutti gli effetti sarebbe una presunzione *juris et de jure* di idoneità del vincolo di nazionalità a garantire il reinserimento sociale di una persona condannata a pena detentiva. In altre parole, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione dovrebbe ben procedere alla consegna di un cittadino ove, all'atto pratico, i suoi legami con il proprio Stato risultassero così deboli da privare di fondamento la finalità di reinserimento sociale collegata al rifiuto dell'esecuzione[19].

Il primo elemento è l'*obiter dictum* che si crede di cogliere nei punti 44 della sentenza *Kozlowski* e 37 della sentenza *Sut*: «Per sapere se, in una situazione concreta, le sia consentito rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve, in un primo momento, unicamente stabi-

[19] Sviluppo questo ragionamento senza soffermarmi sui profili formali relativi all'eventuale esistenza di una normativa nazionale che privi il giudice di una qualsiasi discrezionalità sulla decisione di rifiutare la consegna del cittadino, qual era il caso dell'art. 18, lett. r) della Legge 22 aprile 2005, n. 69 (versione originaria); oppure, di una normativa nazionale che lasci la decisione sul rifiuto della consegna alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, precisamente con l'obiettivo di accrescere le possibilità di reinserimento sociale nel caso concreto (come dovrebbe essere secondo sent. Poplawski, cit., punto 21 e sent. Sut, cit., punto 33); o, infine, all'estremo opposto, di una normativa nazionale che non permetta mai di rifiutare la consegna di cittadini. La considerazione di questi profili formali potrebbe portare a esiti molto distanti tra loro nei diversi casi, anzitutto per via del fatto che la decisione quadro è priva di efficacia diretta (sul punto sent. Poplawski, cit., punto 26).

lire se la persona ricercata sia cittadino, "risieda" o "dimori" ai sensi dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro e ricada dunque nell'ambito di applicazione di quest'ultima. In un secondo momento, ed unicamente nel caso in cui constati che la persona suddetta ricade in una delle fattispecie designate da tali termini, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve valutare se esista un legittimo interesse idoneo a giustificare che la pena inflitta nello Stato membro emittente venga eseguita nel territorio dello Stato membro di esecuzione»[20].

Dalla citazione riportata sembra emergere con chiarezza che l'applicazione del motivo di rifiuto richiede una valutazione bifasica: va anzitutto accertata la sussistenza del requisito oggettivo – per quanto concerne la questione sollevata, la nazionalità dello Stato di esecuzione del MAE – e successivamente le possibilità concrete di reinserimento sociale ad esso collegate. Per la precisione, la necessità di garantire una differenza tra la nazionalità e gli altri due presupposti del medesimo motivo di rifiuto richiede che la prima, pur risultando presente, consenta tuttavia il rifiuto di consegna solo quando l'interessato manchi del tutto di altri legami con lo Stato di esecuzione, ovvero quando essi siano ormai debolissimi o comunque più deboli di quelli sviluppati con lo Stato di emissione del MAE. In altre parole, in presenza del requisito della nazionalità dello Stato di esecuzione al rifiuto della consegna si può dare luogo solo ove i legami con quest'ultimo siano oggetto di un accertamento in senso negativo; al contrario, non è necessario verificare la presenza di legami ulteriori rispetto alla nazionalità. Diversamente, si finirebbe con il sommare alla nazionalità un requisito ulteriore, in contrasto con la formulazione letterale degli articoli 4, par. 6 e 5, par. 3 della decisione quadro.

Un secondo elemento contrario alla ricostruzione della nazionalità come presunzione *juris et de jure* delle prospettive di reinserimento sociale della persona oggetto di un MAE è che, nell'impostazione data dalla Corte, il rifiuto di dare esecuzione a un MAE limita l'operare del principio di mutuo riconoscimento, cosicché il relativo motivo richiede un'interpretazione restrittiva.

[20] Sent. Kozlowski, cit. punto 44. In senso analogo sent. Sut, cit., punto 36.

Ad esempio, giova ricordare che, secondo la Corte, gli Stati non sono legittimati ad attribuire alle nozioni utilizzate nell'art. 4, par. 6 un'interpretazione più ampia di quella individuata nella propria giurisprudenza[21].

3. *Il reinserimento sociale come obiettivo di cooperazione giudiziaria penale nell'Unione*

Il meccanismo avente come obiettivo il reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive poggia su una base giuridica piuttosto generica, la quale, nel passaggio dal Terzo pilastro alla cornice normativa unitaria e alla costituzionalizzazione formale del principio del mutuo riconoscimento, ha subito una leggera rimodulazione che non ne ha alterato il carattere originario. Si tratta dell'art. 31, par. 1, lett. a) del Trattato sull'Unione europea (TUE), sulla facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra autorità giudiziarie in relazione all'esecuzione delle decisioni, oggi corrispondente all'art. 82, par. 1, lett. a) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che consente l'adozione di misure relative a norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria.

L'idea di fondo, comune al motivo di rifiuto e alla richiesta di garanzia previsti nel quadro del MAE, è che lo Stato membro dove una sentenza relativa a una pena detentiva andrebbe naturalmente eseguita – che è quello in cui è stata emessa –, non sia lo Stato in cui è possibile realizzare il reinserimento sociale della persona condannata. Secondo la decisione quadro 2008/909/GAI, tale Stato potrebbe invece essere quello di cittadinanza della persona condannata in cui quest'ultima vive, ovvero lo Stato verso cui deve essere espulsa per previsione o per effetto della sentenza, oppure ancora qualsiasi altro Stato che acconsenta all'esecuzione della pena al suo interno: sono questi i tre casi alternativi elencati nell'art. 4, par. 1. Essi non corrispondono propriamente a tre diversi presupposti, o gruppi di presupposti, in cui il reinserimento sociale si

[21] Sent. Kozlowski, cit. punto 43; sent. Lopes Da Silva Jorge, cit., punto 37.

prospetta come possibile secondo una valutazione *ex ante*. Infatti, il secondo (l'esecuzione nello Stato di cittadinanza della persona condannata, verso il quale questa deve essere espulsa per disposto o effetto della sentenza di condanna) si distingue rispetto agli altri e ha disciplina simile al primo (v. subito *infra*) non in quanto suscettibile di valutazione analoga sotto il profilo del reinserimento sociale, ma poiché il trasferimento in un altro Stato della persona condannata direttamente o indirettamente attiene alla repressione dei suoi comportamenti criminosi.

Questa scelta del legislatore europeo merita una riflessione a parte, per la quale si rinvia al prossimo paragrafo. Infatti, qui ci si deve soprattutto soffermare sui due presupposti oggettivi del reinserimento sociale utilizzati nella decisione quadro 2008/909/GAI, che delineano la relativa nozione accolta nel suo ambito. Essi sono contraddistinti dal fatto che il primo prescinde dal consenso dello Stato di esecuzione, mentre il secondo lo richiede come elemento essenziale.

Il primo presupposto consiste nel cumulo delle condizioni di cittadinanza, da un lato, e di residenza abituale del luogo nel quale la persona da trasferire *in vinculis* abbia radicato legami familiari, sociali o professionali, dall'altro lato (art. 4, par. 1, lett. a)). La seconda condizione – residenza abituale con i legami citati, variamente configurati nelle diverse situazioni – rispecchia il significato del verbo «vive», contenuto nell'art. 4, par. 1, lett. a), quale elaborato dall'Avvocato generale Bobek[22], che è pienamente condivisibile. Tale cumulo è valutato come il contesto ideale per il reinserimento sociale: ne è prova che, in sua presenza, il consenso dello Stato di esecuzione della sentenza non è richiesto. Anche ove si verifichi il suddetto cumulo, peraltro, l'autorità competente di questo Stato può presentare un parere motivato per spiegare che il reinserimento sociale nel proprio ambito non sarebbe favorito (art. 4, par. 4). L'effetto è solo indurre l'autorità competente dello

[22] Conclusioni Generálna prokuratura Slovenskej republiky c. X. Y. del 3 giugno 2021, causa C-919/19, punti 37-63. La causa non è sfociata in una sentenza giacché il giudice remittente ha ritirato la richiesta di decisione pregiudiziale; cosicché, con ordinanza del 13 agosto 2021, ne è stata disposta la cancellazione dal registro della Corte.

Stato di emissione a valutare il parere, salvo decidere per proprio conto se ritirare o meno il certificato. Se la valutazione sia negativa, lo Stato di esecuzione deve riconoscere la sentenza e provvedere all'esecuzione della pena, a meno che non ricorra uno dei motivi di rifiuto previsti nell'art. 9[23].

Invece, nel caso contemplato nell'art. 4, par. 1, lett. c) della decisione quadro 2008/909/GAI, il consenso dello Stato di esecuzione costituisce *condicio sine qua non* del riconoscimento della sentenza e dell'esecuzione della pena. L'ampiezza della formula impiegata nella disposizione in commento («*qualsiasi* Stato membro diverso da quello di cui alle lettere a) o b) la cui autorità competente dia il consenso alla trasmissione della sentenza e del certificato a tale Stato membro») fa sì che la decisione quadro si apra a condizioni di reinserimento sociale ben più indefinite e ampie rispetto a quelle viste nella decisione quadro sul MAE, prestandosi in effetti a coprire le più varie situazioni concretamente prospettabili. Quando la finalità del mutuo riconoscimento è il reinserimento sociale – come è il caso della decisione quadro 2008/909/GAI –, la relativa nozione appare dunque caratterizzata da una notevole duttilità, dovuta probabilmente all'esigenza di preservare gli orientamenti di politica dell'esecuzione penale dei singoli Stati membri[24]. Tale duttilità ha però il pregio di rendere possibile, volendo, un alto grado di personalizzazione delle strategie del reinserimento. Diversamente, laddove del mutuo riconoscimento

[23] Nella citata causa Generálna prokuratura, confutando che ricorresse uno dei presupposti oggettivi del trasferimento (cioè la circostanza che la persona interessata "vivesse" nello Stato di esecuzione *ex* art. 4, par. 1, lett. a)), l'autorità dell'esecuzione in effetti ha contestato che detto trasferimento servisse al reinserimento sociale della persona detenuta. Ne deriva, secondo l'Avvocato generale Bobek, che, nell'attuare la disposizione citata, l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione operano «su un piano alquanto paritario» per quanto riguarda la verifica dei requisiti cui è subordinato il trasferimento della persona condannata: Conclusioni, cit., punto 105.

[24] Nota infatti A. Rosanò, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari, 2022, 215, che l'assenza di una definizione di reinserimento sociale (tanto nella decisione quadro 2008/909/GAI quanto negli altri atti dove tale concetto rileva) fa sì che i suoi contenuti siano in effetti rimessi alle scelte degli Stati membri. Come si vedrà nel paragrafo successivo, gli elementi comuni sono dati dai diritti fondamentali posti a presidio del reinserimento sociale, i quali però non ne esauriscono i contenuti.

il reinserimento sociale costituisca un freno – il caso del MAE – le relative prospettive sono limitate ai casi canonici, che ipoteticamente potrebbero in concreto risultare inadeguati.

L'ampiezza della formula impiegata nell'art. 4, par. 1, lett. c) non esclude che il legislatore europeo avesse presente situazioni idonee al reinserimento sociale. Il *considerando* n. 7 del preambolo ne nomina alcune a titolo dichiaratamente esemplificativo: lo Stato membro di cittadinanza della persona condannata ove questa non viva (nonché quello in cui debba eseguirsi l'espulsione), oppure lo Stato in cui, senza averne la cittadinanza, la persona condannata viva e soggiorni legalmente e ininterrottamente da almeno cinque anni e in cui manterrà un diritto di soggiorno permanente. Rispetto a tutte le altre astrattamente comprese nell'ampia formula dell'art. 4, par. 1, lett. c), queste situazioni sono individuate come i due soli casi in cui il consenso dello Stato di esecuzione – sempre richiesto ai fini della trasmissione della sentenza e del certificato – potrebbe non essere espresso *ad hoc*: ciascuno Stato può infatti notificare il proprio consenso al riguardo previamente, con effetti verso gli altri Stati membri che abbiano fatto la medesima notifica (art. 4, par. 7)[25]. Si tratta delle situazioni cristallizzate nella decisione quadro sul MAE, che sono pertanto valutate come i contesti ideali del reinserimento sociale. La differenza rispetto alla decisione quadro sul MAE è che lì sono i soli contesti in cui al reinserimento sociale viene dato spazio.

Si segnala comunque l'impegno della decisione quadro a "codificare" le situazioni indeterminate che con il consenso dello Stato di esecuzione possono giustificare la trasmissione della sentenza ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. c). Gli Stati membri sono infatti impegnati ad adottare misure «che costituiscono il fondamento su cui le loro autorità competenti devono decidere se consentire o no alla trasmissione della sentenza e del certificato» (art. 4, par. 6). L'obiettivo è, con tutta evidenza, quello di anticipare e uniformare le valutazioni, onde assicurare il corretto funzionamento del meccanismo.

[25] L'art. 4, par. 7 fornisce una definizione dettagliata di «soggiorno permanente», in presenza del quale uno Stato membro può acconsentire previamente alla trasmissione di sentenza e certificato senza che la persona condannata abbia la sua cittadinanza.

La comprensione dei presupposti che la decisione quadro 2008/909 considera favorevoli al reinserimento sociale richiede ancora altre precisazioni.

Una prima precisazione riguarda proprio il consenso dello Stato di esecuzione. Riveste infatti il massimo rilievo la circostanza che esso sia legato esclusivamente alla valutazione del reinserimento sociale realizzabile nel suo contesto. Dalla disciplina stabilita nei paragrafi da 2 a 5 dell'art. 4 emerge che solo questa è la base su cui l'autorità competente dello Stato di esecuzione può fondare il proprio parere negativo. Quest'ultimo può essere presentato durante la consultazione finalizzata a valutare le prospettive di reinserimento sociale nello Stato di esecuzione, se tali consultazioni abbiano luogo, oppure immediatamente dopo la trasmissione di sentenza e certificato, in caso consultazioni non vi siano state. Nella situazione prevista nell'art. 4, par. 1, lett. c), stante la necessità del consenso alla trasmissione, le consultazioni sono obbligatorie. Il consenso dello Stato di esecuzione, grazie all'orientamento verso il reinserimento sociale di cui si è detto, va valutato con favore. Per sua stessa natura, infatti, le prospettive di reinserimento di una persona esclusa dalla comunità per effetto di una pena detentiva vanno esaminate in considerazione delle circostanze specifiche in cui questa persona versi. Si pensi anzitutto alla natura dei reati perpetrati, che potrebbero esigere un recupero alla società addirittura attraverso l'interruzione dei legami precedentemente sviluppati, o viceversa. Riguardo alle persone legate a diverse comunità statali, questa valutazione è ancora più complessa.

Ancora: la sussistenza di uno dei presupposti oggettivi astrattamente considerati idonei al reinserimento sociale non è sufficiente al trasferimento della persona condannata. L'art. 4, par. 2 della decisione quadro 2008/909/GAI richiede infatti che vi sia «la certezza che l'esecuzione della pena da parte dello Stato di esecuzione abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata». Significa che neppure nel caso "ideale" in cui quest'ultima sia cittadina e residente abituale nello stesso Stato esiste una presunzione *juris et de jure* circa il carattere decisivo di tali presupposti rispetto al reinserimento socia-

le, dovendo quest'ultimo essere verificato in concreto. In modo molto pertinente e condivisibile, l'Avvocato generale Bobek ha avuto modo di affermare quanto segue: «[…] l'esame deve essere specifico per il singolo caso, condotto alla luce delle circostanze individuali e degli antecedenti sociali e professionali di ogni persona condannata, e tenendo sempre a mente lo scopo del reinserimento sociale. […] Una singola circostanza non può avere di per sé importanza decisiva. La residenza non deve mai essere considerata isolatamente, dovendo invece andare di pari passo con l'esame dei legami familiari, sociali o di altro tipo. Il punto fondamentale è che l'esistenza stessa di tali legami non può essere semplicemente presunta, fondandosi esclusivamente sulla cittadinanza della persona condannata o sul luogo di residenza registrato ufficialmente»[26].

È la medesima impostazione già vista a proposito del MAE con riferimento all'interpretazione data dalla Corte di giustizia agli articoli 4, par. 6 e 5, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI[27]. Questa preoccupazione di realizzare in modo effettivo il reinserimento sociale si spiega tuttavia in modo diverso nel caso del MAE e in quello della trasmissione delle sentenze relative a pene detentive ai fini della loro esecuzione in uno Stato diverso. Nel primo caso, ci si preoccupa di limitare l'operatività del principio del mutuo riconoscimento alle circostanze in cui esiste una comprovata giustificazione; nel secondo caso, si tende al contrario a utilizzare il principio del mutuo riconoscimento nei casi in cui ne esista effettivamente l'opportunità/la necessità.

La certezza in merito alle potenzialità, rivestite dall'esecuzione della pena in un certo Stato, riguardo al reinserimento sociale della persona condannata, deve radicarsi nell'autorità competente dello Stato di emissione e deve essere da questa sviluppata in consultazione con l'autorità competente dello Stato di esecuzione. A norma dell'art. 4, par. 2, in linea generale tale consultazione va

[26] Conclusioni Generálna prokuratura, cit., punto 63.

[27] Infatti, è della giurisprudenza sull'art. 4, par. 6 della decisione quadro sul MAE che l'Avvocato generale Bobek si è principalmente giovato nell'argomentare come sopra appena ricordato (Conclusioni, cit, punto 52).

effettuata «ove opportuno», con la conseguenza di risultare normalmente facoltativa[28]. Come detto, essa è tuttavia obbligatoria nella terza delle tre ipotesi delineate, in cui lo Stato candidato all'esecuzione è tale solo per aver reso il consenso allo scopo, cioè a dire dove non sussistono le condizioni normalmente ideali per il reinserimento sociale e dove potrebbe addirittura mancare un riscontro oggettivo di carattere usuale (come sono la cittadinanza e la residenza della persona condannata)[29]. Per la stessa motivazione sopra formulata riguardo alla necessità del consenso dello Stato di esecuzione circa la trasmissione della sentenza, con enfasi sul fatto che il consenso deve basarsi sulle prospettive del reinserimento sociale in questo Stato, le consultazioni descritte vanno valutate in modo positivo.

Analogo giudizio positivo, nella prospettiva della presente riflessione, spetta alla norma per cui il consenso della persona condannata è sempre imprescindibile, tranne che ricorra il presupposto ottimale del reinserimento sociale (cioè, il cumulo delle condizioni di cittadino e residente abituale nello Stato di esecuzione da parte della persona condannata), e che quest'ultima si sia già recata nello Stato in cui la sentenza deve essere trasmessa (art. 6, paragrafi 1 e 2)[30]. Se però la persona da trasferire ancora si trovi nello Stato di emissione, comunque viene offerta, a lei o al suo rappresentante legale, la possibilità di esprimere la sua opinione (art.

[28] Art. 4, par. 3 della decisione quadro 2008/909/GAI.

[29] *Ibidem.*

[30] Critiche all'eliminazione del consenso nei casi descritti, grazie alla quale questi ultimi finirebbero con il costituire delle espulsioni velate, sono in V. MITSILEGAS, *The Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *European Law Review*, 2009, 541 ss. Un giudizio negativo sul permanere del requisito del consenso emerge invece in A. ROSANÒ, *I trasferimenti interstatali*, cit., 147, che sottolinea con favore la sua eliminazione, nei due casi ricordati, considerandoli un'evoluzione positiva rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1983 sul trasferimento dei detenuti. Non sembra però esservi contrasto con la valutazione qui espressa, che riguarda il corretto perseguimento del principio del reinserimento sociale dei detenuti, mentre l'A. esprime il proprio giudizio avendo a mente il principio del mutuo riconoscimento, la cui fluidità è indubbiamente indebolita dal requisito del consenso della persona da trasferire. Si sottolineano queste apparentemente opposte valutazioni in quanto indicative dei limiti dell'uso del mutuo riconoscimento per conseguire il reinserimento sociale, su cui v. le considerazioni conclusive.

6, par. 3): tale condizione potrebbe infatti risultare significativa di un legame importante con tale Stato, o comunque della volontà di scontarvi la pena, tanto è vero che, secondo il *considerando* n. 10, l'opinione citata risulta utile soprattutto in caso di parere negativo dello Stato di esecuzione circa le prospettive di reinserimento sociale nel suo ambito. Al terzo caso in cui il consenso della persona condannata non è richiesto – in cui lo Stato di esecuzione è quello dove quest'ultima sarà espulsa – va riservata ancora una volta una considerazione a parte.

La descritta disciplina relativa al consenso dello Stato di esecuzione e della persona condannata trova riscontro nelle regole che attribuiscono loro, ciascuno *jure proprio*, potere di iniziativa (art. 4, par. 5). È inteso che le richieste da questi presentate non creano obblighi in capo allo Stato di emissione.

4. *Il carattere occasionale del ruolo riconosciuto al reinserimento sociale e il ruolo della Carta dei diritti fondamentali*

L'elemento comune ai due strumenti speculari finora discussi è che l'attivazione di entrambi è facoltativa. Infatti, il pertinente motivo di rifiuto dell'esecuzione di un MAE ha carattere opzionale, così come rientra pienamente nella discrezionalità statale la corrispondente richiesta di garanzia di reinvio in caso di mandato processuale nei confronti di un cittadino o di un residente. Quanto alla decisione quadro 2008/909/GAI, nessun elemento consente di ricostruire l'obbligo dello Stato di emissione di una sentenza, ove questo non abbia le caratteristiche per assicurare il reinserimento sociale della persona condannata, di trasmettere la stessa sentenza e il relativo certificato a un altro Stato membro che invece possa offrire prospettive in tal senso. Né, in caso di sua inattività, è obbligato ad attivarsi lo Stato di (eventuale) esecuzione: l'art. 4, par. 5 della decisione quadro 2008/909/GAI è formulato chiaramente nel senso del carattere facoltativo dell'eventuale richiesta da questo rivolta allo Stato di emissione circa la trasmissione della sentenza corredata dal certificato. Infine, né in caso di iniziativa dello Stato di esecuzione, né in caso di richiesta della persona con-

dannata, lo Stato in cui è stata emessa la sentenza di condanna è obbligato ad accedere alla richiesta ricevuta[31].

Pertanto, si pone la questione di sapere se, per il diritto dell'Unione, il reinserimento sociale possa essere ignorato, in nome dell'esigenza di contrastare l'impunità che deve il suo ruolo preminente al principio di separazione delle giurisdizioni penali degli Stati membri[32].

Non esiste, come si sa, un diritto individuale al reinserimento sociale durante e/o dopo l'esecuzione di una pena detentiva. Esiste, però, il diritto a una vita privata e familiare (art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, corrispondente all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in acronimo CEDU), il quale è, sì, derogabile, in particolare in ragione dell'esecuzione di pene, ma la deroga deve essere necessaria in una società democratica, conforme alla legge e proporzionata alla finalità perseguita. Esiste inoltre il diritto a non subire pene o trattamenti penitenziari inumani o degradanti, il quale ha carattere assoluto (art. 4 della Carta, corrispondente all'art. 3 CEDU). Pertanto, il quesito prospettato va riformulato nel senso di chiedere se emissione ed esecuzione di un MAE possano avvenire in spregio al diritto alla vita privata e familiare della persona che ne è oggetto; per meglio dire, visto che questo è un diritto derogabile ai fini dell'esecuzione penale, se sia compatibile con la Carta non avere riguardo per le condizioni richieste per ricorrere alla deroga. Ci si può inoltre chiedere se, ed eventualmente a quali condizioni, emissione ed esecuzione di un MAE, ove privino la persona che ne è oggetto di ogni prospettiva di reinserimento sociale, possano considerarsi in violazione del divieto di somministrare pene o trattamenti inumani o degradanti. Per quanto concerne il meccanismo disciplinato dalla decisione

[31] Art. 4, par. 5 della decisione quadro 2008/909/GAI.

[32] Sembra interessante notare come, prima dello sviluppo della giurisprudenza sui rapporti tra MAE e tutela dei diritti fondamentali e, più di recente, tra procedura di trasmissione di sentenza e certificato e diritti fondamentali, a questa domanda si sia risposto puntando specificamente sulla dignità umana tutelata nella Carta dei diritti fondamentali: P. Mengozzi, *La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 229 ss.

quadro 2008/909/GAI, ci si può chiedere se e a quali condizioni lo Stato di emissione violi l'art. 7 della Carta, o addirittura il suo art. 4, allorché decida di non trasmettere sentenza e certificato a un altro Stato membro, in cui la persona condannata avrebbe prospettive di reinserimento sociale.

Il fondamento delle riformulazioni prospettate è che, come noto, nel dare attuazione al diritto dell'Unione gli Stati devono attenersi alla Carta (art. 51, par. 1 della stessa).[33] Inoltre, ambedue le decisioni quadro fanno salvo l'obbligo degli Stati membri «di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea», che va inteso anche in relazione ai principi generali del diritto non scritto in materia[34].

Circa il merito delle questioni sollevate, va considerata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito al rilievo, nell'esecuzione penale in generale e nei casi di estradizione e trasferimento di detenuti in particolare, degli articoli 3 (sotto il profilo dell'interruzione assoluta dei rapporti con l'esterno dell'istituto di detenzione) e 8. È una giurisprudenza poco estesa e a basso grado di sistematicità[35], che potrebbe però offrire spunti interessanti specie se esportati in un contesto normativo, come quello dell'Unione, in cui i rapporti tra Stati dotati di giurisdizioni penali tra loro separate sono molto fluidi. Il suo attento esame richiede però un'analisi meritevole di uno spazio a sé, che pare

[33] Nei casi in esame, gli Stati risultano vincolati alla Carta anche senza fare ricorso all'ampia nozione di trovarsi nel suo «campo di applicazione», elaborata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Åkerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, causa C-617/10.

[34] Nella decisione quadro sul MAE, tale obbligo è formulato nella parte dispositiva (art. 1, par. 3) come una vera e propria clausola di compatibilità. Nella decisione quadro 2008/909, con analoga formulazione la clausola è collocata nell'art. 3, par. 4 (oltre che nel *considerando* n. 13 del preambolo).

[35] Per esempio, non è chiaro quando l'impatto negativo sui legami familiari e personali, causato dal dover scontare una pena detentiva in luogo molto distante dal luogo in cui la persona interessata risiede, rilevi ai fini dell'art. 3 oppure dell'art. 8 CEDU (corrispondenti rispettivamente agli articoli 4 e 7 della Carta UE). Un caso in cui, senza approfondimenti, è evocato l'art. 3, è Corte Edu, sent. Ćalovskis v. Lettonia del 24 luglio 2014, ric. n. 22205/13, punto 148. Un caso in cui è l'art. 8 il parametro utilizzato è Corte Edu, sent. Polyakova e altri c. Russia del 7 marzo 2017, ric. nn. 35090/09, 35845/11, 45694/13 and 59747/14.

dunque opportuno rinviare ad altro scritto. Qui si vuole invece chiarire l'approccio metodologico alla questione sollevata, per trarne conclusioni, di metodo appunto, circa lo spazio riservato al reinserimento sociale allo stato attuale dell'integrazione europea.

Sembra opportuno considerare separatamente la posizione dello Stato di emissione del MAE oppure della sentenza di condanna che andrebbe eventualmente eseguita in un altro Stato membro, da un lato, e quella dello Stato di esecuzione dell'uno e dell'altra, dall'altro lato. Infatti, i primi non sono condizionati dal principio del mutuo riconoscimento, al contrario dei secondi, e, come noto, la Corte di giustizia considera che gli obblighi preordinati a dare attuazione al principio del mutuo riconoscimento vadano eseguiti a meno di eccezioni specificamente previste nell'atto normativo che ne stabilisca la disciplina nel caso concreto[36].

Allorché le competenti autorità giudiziarie valutino di procedere rispettivamente all'emissione di un MAE, vuoi esecutivo vuoi processuale, o alla trasmissione di sentenza e certificato a un altro Stato membro, non si vedono ostacoli o limiti al loro vincolo a conformarsi alla Carta. Si vuole dire che questi Stati, essendo liberi di avvalersi o meno del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni in materia penale, al momento di decidere di farlo devono valutare gli aspetti del reinserimento sociale che sono oggetto dei diritti fondamentali stabiliti dalla Carta. Infatti, non vi è dubbio che l'emissione di un MAE ovvero la trasmissione di una sentenza e del certificato costituiscano attuazione rispettivamente delle due decisioni quadro in esame[37], sicché la discrezio-

[36] *Ex multis* v. Corte di giustizia UE, sent. Leymann e Pustovarov del 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, punto 51; sent. Wolzenburg, cit., punto 57; sent. Mantello del 16 novembre 2010, causa C-261/09, punti 36 e 37; sent. West del 28 giugno 2012, causa C-192/12 PPU, punto 55; sent. Melloni del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, punto 38; sent. Lanigan del 16 luglio 2015, causa C-237/15 PPU, punto 36; sent. Aranyosi e Căldăraru del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, punto 80.

[37] Sull'emissione (nonché l'esecuzione) di un MAE quale attuazione della relativa decisione quadro ai sensi e per gli effetti dell'art. 51, par. 1 della Carta, v. Corte di giustizia UE, sent. Aranyosi e Căldăraru del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, punto 84.

nalità esercitata dagli Stati membri riguardo a queste attività va per l'appunto esercitata conformemente alla Carta[38].

È in questo contesto che va considerata la trasmissione di sentenza e certificato allo Stato verso cui una persona debba essere espulsa per previsione o per effetto della sentenza, ai sensi dell'art. 4, par. 1 lett. b) della decisione quadro 2008/909/GAI. Come già osservato, l'individuazione di questo Stato di per sé non ha nulla a che fare con l'obiettivo del reinserimento sociale. È però inteso che anche in questo quadro il trasferimento incontri i limiti dei diritti fondamentali in tema di espulsione, individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e fatti propri dalla Corte di giustizia UE. Nella prospettiva del reinserimento sociale, rilevano in particolare i legami personali e familiari, sui quali l'espulsione può avere un impatto in presenza di un interesse pubblico e conformemente al principio di proporzionalità. Si deve ritenere che la trasmissione di sentenza e certificato vada incontro agli stessi vincoli applicabili con riferimento all'espulsione.

Diversa è, strutturalmente, la posizione degli Stati membri dell'esecuzione: come si ricordava, essi in principio sono vincolati ad attenersi alle regole costituenti espressione del principio del mutuo riconoscimento.

Cominciando dallo Stato di esecuzione di un MAE, nel caso specifico anche la sua posizione è tuttavia caratterizzata dalla discrezionalità. Si tratta di quella accordatagli dalla decisione quadro sia in ordine al rifiuto di eseguire il MAE esecutivo (art. 4, par. 6), sia in ordine alla richiesta di garanzia del reinvio della persona consegnata per effetto di un MAE processuale (art. 5, par. 3). Ripercorrendo il ragionamento fatto dalla Corte di giustizia in un notissimo caso inerente al funzionamento del sistema di Dublino, la discrezionalità suddetta «fa parte integrante» del sistema del mandato d'arresto europeo[39] e va dunque esercitata in modo da

[38] Sull'obbligo degli Stati membri di dare attuazione al diritto derivato che lasci loro un margine di discrezionalità in modo conforme «alle esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali» v. Corte di giustizia UE, sent. Parlamento c. Consiglio del 27 giugno 2006, causa C-540/03, punto 104.

[39] Corte di giustizia UE, sent. N.S. del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, punto 65.

assicurare il rispetto dei diritti fondamentali con cui si realizza il reinserimento sociale[40]. Quanto al delicato profilo della soglia in corrispondenza della quale il principio del mutuo riconoscimento deve cedere il passo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, rileva che, grazie appunto alla discrezionalità lasciata dalla decisione quadro, il rifiuto dell'esecuzione non costituisce un limite ulteriore al mutuo riconoscimento rispetto a quelli già previsti dal legislatore europeo: la sua attivazione non richiede pertanto la valutazione bifasica messa a punto dalla Corte di giustizia a partire dalla nota giurisprudenza *Aranyosi e Caldararu*[41]. Lo stesso può dirsi della richiesta di garanzia, che equivale a un motivo di rifiuto nell'ipotesi in cui la garanzia non sia fornita. Non emerge cioè un potenziale contrasto tra l'obbligo di esecuzione del MAE, stabilito dall'art. 1, par. 2 della relativa decisione quadro, e l'obbligo di attenersi ai diritti fondamentali riconosciuti dal diritto UE, sancito dall'art. 1, par. 3 dello stesso atto, e in ogni caso dal citato art. 51, par. 1 della Carta. Questo rilievo non può tuttavia condurre ad affermare con nettezza che la consegna, ove interferisca con il diritto alla vita privata e familiare della persona interessata perché questa è cittadina ovvero residente o dotata di stabile dimora nello Stato di esecuzione, vada sembra negata. Il diritto in questione è infatti derogabile. La conclusione è che l'esecuzione di un MAE va valutata come una deroga al godimento del diritto tutelato dall'art. 7 in principio legittima proprio perché consentita *ex lege* (dalla decisione quadro), mentre rifiuto dell'esecuzione e richiesta di garanzia del reinvio consentono di salvaguardare la proporzionalità richiesta in proposito dallo stesso art. 7. In altre parole, la soluzione qui proposta è che la scelta discrezionale accordata dalla decisione quadro allo Stato di esecuzione debba servire a contenere la limitazione procurata dal MAE al diritto alla vita privata e familiare conformemente al canone della proporzionalità.

[40] Per analogia, v. N.S., cit., punto 68.

[41] Sent. Aranyosi e Căldăraru, cit., punto 82 sul carattere eccezionale delle limitazioni apponibili all'operatività del principio del mutuo riconoscimento e punti 89 e 92 sulla valutazione bifasica. Questi elementi sono ripresi in tutte le successive sentenze sui limiti all'esecuzione del MAE dovuti a possibili violazioni dei diritti fondamentali nello Stato di emissione.

Quanto allo Stato membro al quale è trasmessa una sentenza ai fini del suo riconoscimento e della sua esecuzione ai sensi della decisione quadro 2008/909/GAI, l'obbligo di dare attuazione al diritto dell'Unione nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali si modula diversamente a seconda di quale, delle situazioni previste nell'art. 4, par. 1, ricorra in concreto.

Se lo Stato di esecuzione ricada nelle lettere a) o b) – sia, cioè, lo Stato di cittadinanza della persona condannata in cui quest'ultima vive oppure lo Stato verso cui questa sarà espulsa –, esso non può rifiutare l'esecuzione della sentenza ma solamente esprimere parere contrario circa le prospettive di reinserimento sociale della persona interessata in esito al trasferimento (art. 4, paragrafi 3 e 4)[42]. Tale Stato può cioè cercare di influenzare in senso negativo «la certezza che l'esecuzione della pena da parte dello Stato di esecuzione abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata» (art. 4, par. 2). Per la precisione, il rispetto della Carta impone allo Stato di esecuzione di agire in tal senso ove ritenga che, nonostante la presenza dei presupposti oggettivi, il trasferimento comporterebbe una limitazione sproporzionata dell'art. 7 ovvero addirittura una violazione dell'art. 4. Visti gli attuali orientamenti interpretativi della Corte di giustizia, la soluzione più estrema, relativa al disattendere l'obbligo di esecuzione, va esclusa in caso di violazione dell'art. 7 e riservata a casi estremi se sia in gioco l'art. 4: di recente è stato infatti esteso alla decisione quadro 2008/909/GAI il test bifasico già elaborato per il MAE[43].

Nei casi in cui il consenso dello Stato di esecuzione sia imprescindibile ai fini del trasferimento, com'è il caso dell'art. 4, par. 1, lett. c), sono necessari diversi *distinguo*. In termini generali, la logica del mutuo riconoscimento delineata nella citata sentenza *N.S.* esige, a mio avviso, che il consenso possa essere negato solo

[42] Valuta negativamente l'automatismo del trasferimento in quanto in effetti ostacola una valutazione caso per caso, arrivando a compromettere la finalità della decisione quadro, A. Martufi, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework Decision 2008/909/JHA*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, fasc. 1, 43-61.

[43] Corte di giustizia, sent. Staatsanwaltschaft Aachen del 9 novembre 2023, causa C-819/21.

nella previsione di un'esecuzione penale del tutto manchevole di prospettive di reinserimento sociale: ad esempio, l'assoluta indisponibilità di attività formative e/o lavoro per i detenuti ovvero, avendo a mente l'art. 7 della Carta, l'impossibilità di salvaguardare i rapporti familiari. Sennonché, nella misura in cui una siffatta assenza di prospettive dipenda dallo stesso Stato di esecuzione, questo dovrebbe piuttosto attivarsi per assicurarle: valutare il suo consenso all'attivazione del meccanismo di mutuo riconoscimento come violazione della Carta darebbe luogo a un *system failure* che non può avere cittadinanza nel diritto dell'Unione. Anche ove l'assenza di prospettive di reinserimento sociale dipenda dal trasferimento in sé (quando, ad esempio, tutti i rapporti familiari della persona da trasferire siano localizzati nello Stato di emissione), ipotizzare un obbligo di rifiutare il consenso appare difficile: infatti, l'art. 7 è un diritto derogabile, mentre la Corte di giustizia ammette la sospensione della consegna, che darebbe di per sé luogo alla violazione di un diritto fondamentale, proprio laddove questo sia inderogabile[44].

In conclusione, nelle situazioni interessate dalla cooperazione giudiziaria tra Stati membri dell'Unione, l'effettivo perseguimento del reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive o a misure privative della libertà personale dipende in primo luogo dalla determinazione dei singoli Stati membri interessati. Sia nel MAE che nella procedura di trasferimento delle persone condannate, l'obiettivo in questione è infatti costantemente oggetto di valutazioni discrezionali (con le sole eccezioni del trasferimento nello Stato di cui la persona condannata sia cittadina e in cui viva e nello Stato di cittadinanza in cui questa sia espulsa, previsti nella decisione quadro 2008/909, cui lo Stato di esecuzione è obbligato). La Carta dei diritti fondamentali, nonché i principi generali di diritto non scritto facenti parte del diritto dell'Unione, hanno un ruolo concettualmente essenziale nell'orientare tale discrezionalità. La loro operatività incontra però due limiti in concreto molto penetranti: il primo è che i diritti fondamentali presidiano solo alcuni aspetti del reinserimento sociale; il secondo, che nel

[44] Corte di giustizia, sent. E.D.L. del 18 aprile 2023, causa C-699/21, punto 38.

merito tali diritti possono avallare deroghe al principio del mutuo riconoscimento a tutela del reinserimento sociale solo in modo circoscritto.

5. *La questione delle competenze dell'Unione ai fini di un cambio di paradigma*

Il reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive o a misure di sicurezza privative della libertà personale si realizza attraverso una serie di misure che vanno ben oltre la detenzione nello Stato in cui le persone interessate hanno un radicamento personale e/o affettivo, che pure nella maggior parte dei casi ha un ruolo molto importante almeno come livello minimo. Si pensi alla possibilità di svolgere un lavoro in carcere, di avere un'occupazione retribuita dentro o fuori dal carcere, di poter usufruire di permessi e/o di regimi di semilibertà almeno dopo un certo periodo di detenzione, di studiare e/o di accedere a percorsi formativi, eccetera. Tutto questo è completamente assente dall'attuale normativa UE in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale. Ancorché il punto meriti senz'altro un approfondimento, anche *prima facie* non sembra del tutto infondato rinvenire in tale assenza una nota stonata rispetto al livello di consapevolezza e di sviluppo raggiunta da molti Stati dell'Unione.

In particolare, o in aggiunta, una nozione comune di reinserimento sociale e la previsione di norme minime sugli strumenti da utilizzare per realizzarlo potrebbe aiutare a superare la dinamica unilateralista propria del mutuo riconoscimento. Grazie a questa, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione opera come *longa manus* di quella dello Stato di emissione, con l'esito di frustrare o comunque restringere qualunque istanza derivi dalla prima ancorché finalizzata al reinserimento sociale. Emblematica è, in questa prospettiva, la sentenza relativa alla causa *Ognyanov*, sulla decisione quadro 2008/909/GAI[45]: qui la Corte di giustizia ha applicato il principio del mutuo riconoscimento finalizzato al reinserimento

[45] Sent. Ognyanov dell'8 novembre 2016, causa C-554/14.

sociale con una tale meccanicità da mortificare in concreto proprio quest'ultimo. Infatti, non v'è dubbio che, secondo il principio del mutuo riconoscimento, l'autorità dello Stato di esecuzione non debba in alcun modo rivedere le valutazioni operate dall'autorità giudiziaria emittente. Però, la circostanza che quest'ultima applichi una riduzione di pena in relazione alla parte della pena già scontata nello Stato di emissione (quando le autorità competenti di quest'ultimo Stato non abbiano accordato, sulla base del loro diritto nazionale, una tale riduzione di pena) potrebbe essere funzionale all'obiettivo del reinserimento sociale della persona successivamente trasferita[46]. La Corte ha negato recisamente la possibilità di tale riduzione per salvaguardare la mutua fiducia tra gli Stati membri, ma nel caso specifico la riduzione serve a realizzare l'obiettivo del reinserimento sociale: paradossalmente, perciò, la mutua fiducia ha operato a possibile discapito di questo obiettivo. La previsione di norme minime comuni sulla riduzione di pena, nella prospettiva del reinserimento sociale della persona condannata, potrebbe contribuire a smussare simili effetti negativi del mutuo riconoscimento.

Ebbene, potrebbe l'Unione provvedere al ravvicinamento delle normative nazionali in tema di strumenti dell'esecuzione penale finalizzati al reinserimento sociale?

Le eventuali basi giuridiche vanno necessariamente cercate nell'art. 82 TFUE. Astrattamente, vengono in rilievo due possibilità, cui potrebbe aggiungersene una terza. Le prime due sono il par. 1, lett. d), relativo a misure (cui può essere data veste formale sia di regolamenti sia di direttive) intese a facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in rela-

[46] Per l'enfasi invece attribuita alla mutua fiducia, con la conseguenza di un'interpretazione così rigida del principio del mutuo riconoscimento nel caso esaminato, v. Ognyanov, cit., punti 46-47. Una valutazione analoga è espressa in S. Montaldo, *Judicial Cooperation, Transfer of Prisoners and Offenders' Rehabilitation: No Fairy-tale Bliss. Comment on* Ognyanov, in *European Papers*, *European Forum* 16 July 2017, 7-10. Sulla frustrazione dell'obiettivo comune del reinserimento sociale nella sentenza Ognyanov, la quale tutela invece il solo livello statale in cui questo viene realizzato, P. Caeiro, S. Fidalgo, J. Prata Rodrigues, *The evolving notion of mutual recognition in the CJEU's case law on detention*, in *Maastricht Journal on European and Comparative Law*, 2018, 703; A. Rosanò, *I trasferimenti interstatali,* cit., 215.

zione all'esecuzione delle decisioni, e il par. 2, lett. b), riguardante norme minime sui diritti della persona nella procedura penale. La terza possibilità astrattamente prospettabile si rinviene nel par. 2, lett. d), riguardante norme minime su altri elementi specifici della procedura penale (diversi, cioè, dall'ammissibilità reciproca delle prove, dai diritti della persona e dai diritti delle vittime della criminalità).

Il ricorso a questa terza possibilità è il più complicato sul piano procedurale (e, di conseguenza, politico): richiede infatti che i citati «altri elementi specifici della procedura penale» siano preventivamente individuati dal Consiglio con decisione all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Non si vede perché intraprendere questa strada quando, da un lato, il reinserimento sociale potrebbe in gran parte essere prospettato in termini di diritti delle persone condannate e, dall'altro lato, al fine di operare credibilmente da base giuridica su questo tema la lett. d) presenta la stessa difficoltà della lett. b). Tale difficoltà riguarda la pertinenza dei diritti e degli «altri elementi specifici» alla procedura penale. Infatti, il reinserimento sociale attiene all'esecuzione penale, che è materia diversa.

La soluzione dell'art. 82, par. 1, lett. d) non sembra sollevare difficoltà particolari. La formulazione letterale della base giuridica sembra infatti sufficientemente ampia per fare da cornice a misure che superino la dimensione della sola interlocuzione tra due autorità giudiziarie rigidamente preposte l'una all'emissione della sentenza penale e l'altra alla sua esecuzione. Questa base giuridica potrebbe invece essere funzionale a misure inerenti a standard comuni sull'esecuzione penale: non v'è dubbio, infatti, che simili standard comuni faciliterebbero la cooperazione giudiziaria modellata sul principio del mutuo riconoscimento, ove si volesse perseguire con maggiore efficacia l'obiettivo del reinserimento sociale dei detenuti. Solo norme comuni in materia, del resto, sembrano poter permettere il superamento dell'attuale limitatezza di un reinserimento sociale presidiato, sul piano sovranazionale e regionale europeo, dai soli due diritti fondamentali a non subire pene o trattamenti carcerari inumani o degradanti e alla vita personale e familiare.

6. *Considerazioni conclusive*

Va riconosciuto che i due strumenti normativi analizzati offrono discrete potenzialità per il perseguimento del reinserimento sociale delle persone condannate a pene o misure di sicurezza detentive. Tuttavia, essi mostrano anche come il reinserimento sociale abbia un ruolo secondario nella cooperazione giudiziaria penale tra Stati dell'Unione.

I limiti più seri, consistenti nella possibilità che detti strumenti non vengano affatto attivati, hanno natura strutturale. In ultima analisi, questa possibilità si deve alla scelta di fondo che connota lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: essere modellato sull'obiettivo principale del contrasto all'impunità che naturalmente deriva dalla combinazione tra la separazione degli ordinamenti penali degli Stati membri e la libera circolazione delle persone. È questo obiettivo a rendere il principio del mutuo riconoscimento preminente rispetto ad altri principi e norme pure fondamentali nel diritto dell'Unione, ed è la preminenza del principio del mutuo riconoscimento ad attribuire agli strumenti normativi esistenti una certa rigidità, che è di ostacolo a perseguire il reinserimento sociale in modo più compiuto e moderno. Il primo profilo emerge dalla disciplina del mandato d'arresto europeo, dove mutuo riconoscimento e reinserimento sociale hanno una dinamica antagonista rispetto alla quale il secondo è soccombente rispetto al primo; il secondo dalla procedura di trasmissione di sentenza e certificato, dove il principio del mutuo riconoscimento è funzionale al reinserimento sociale.

Esistono forse margini interpretativi per migliorare, sotto alcuni aspetti, le prospettive del reinserimento sociale anche nel quadro normativo esistente. Un esempio di rigidità che si ritiene superabile è rappresentato dalla sentenza nella citata causa Ognyanov, a proposito della decisione quadro 2008/909/GAI. Per passi avanti di maggior rilievo occorrono però nuovi atti normativi. Nel paragrafo precedente si sono analizzate le possibili basi giuridiche per armonizzare le normative nazionali sulle norme relative all'esecuzione penale, facendo anche delle proposte. Norme minime comuni sull'esecuzione penale renderebbero possibile l'am-

pliamento della nozione di reinserimento sociale applicabile alla cooperazione tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri. Al momento, questa è allineata alle garanzie del diritto alla vita familiare e personale elaborate a proposito dell'espulsione da uno Stato per motivi di sicurezza e ordine pubblico. Soprattutto nella cornice della decisione quadro 2008/909/GAI, esiste già la possibilità di soluzioni flessibili, ma esse sono completamente rimesse in particolar modo agli Stati di esecuzione. Nel quadro della popolarissima procedura del mandato d'arresto europeo, esse non possono neppure essere prese in considerazione.

RELAZIONE CONCLUSIVA

Pietro Buffa

"In quel campo ci sono le rose": ovvero dei limiti all'evoluzione penitenziaria, tra scelte politiche e posture individuali[*]

Giunti al termine di queste intense, quanto interessanti giornate, la prima sensazione che si prova è quella di aver ascoltato interventi che, pur con approcci, punti di vista ed argomentazioni diverse, confluiscono tutti in un tema che è quello del destino e della dignità delle persone che incrociano la pena, soprattutto quella carceraria.

Da sempre un tema difficile, molto contrastato, anche se, come è stato efficacemente fatto notare, è sufficiente affacciarsi alle finestre di questa sala, osservare l'isola di Santo Stefano ed il suo reclusorio, per toccare con mano che il mondo della pena si è indubbiamente evoluto nei decenni.

Allo stesso tempo, tuttavia, mi viene da considerare che il progresso del pensiero e, soprattutto, delle azioni conseguenti, non sia un fenomeno di per sé lineare, che avanza in modo pieno e coerente.

Anche se alcuni la pensano diversamente e continuano ad immaginare che il semplice anelito ad un progresso abbia, di per sé, una potenza assoluta, sia scevro da contraddizioni e che la sola idea del cambiamento sia già garanzia di miglioramento, penso non sia erroneo considerare che l'evoluzione spesso si sfrangia, si depotenzia, prende pieghe indesiderate, ci fa comprendere la fallacia delle nostre previsioni e ci lascia insoddisfatti.

Non c'è ombra di dubbio che dopo la sentenza "pilota" Torreggiani della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo del 2013, avversa all'Italia per trattamenti inumani e degradanti nei confronti della sua popolazione detenuta, diversi sono stati i

[*] Il presente contributo è integrato e aggiornato successivamente alla sua esposizione come relazione conclusiva della Spring School.

provvedimenti normativi, giurisprudenziali ed amministrativi che, tra l'altro, hanno permesso allo Stato di non subire le sanzioni generalizzate che ne potevano discendere.

Sia il Legislatore che la Giurisprudenza hanno inciso in modo importante, sia dal punto di vista innovativo che interpretativo.

Rimando, in particolare, alle considerazioni dell'Avv. Antonella Calcaterra la descrizione minuziosa del percorso intrapreso per ampliare la normativa in modo che prevedesse l'istituzione di nuovi strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute.

Sicuramente oggi possiamo parlare del raggiungimento di una effettiva *giustiziabilità* di questi diritti ma l'impressione è che, nella pratica quotidiana, tutto diventi una partita di giro nel senso che, a fronte di una situazione presuntivamente od oggettivamente irregolare, il detenuto presenta il suo reclamo al quale l'Amministrazione penitenziaria oppone costantemente il suo ricorso, in genere soccombendo di fronte al giudice al quale è rimessa la valutazione e la decisione del ricorso. Il risultato è un provvedimento che riconosce un ristoro al detenuto reclamante e di questo occorre darne positivamente atto.

Tuttavia, l'aspetto che non si è ritrovato nelle considerazioni dei commentatori intervenuti è che tutto, o almeno gran parte della questione, non evolve oltre il semplice ristoro. L'avvento della *giutiziabilità*, quindi, non ha, quantomeno non ancora, modificato la capacità concreta di incidere sulle variabili strutturali che generano quegli stessi reclami.

Credo si possa concordare sul fatto che la situazione rimane sostanzialmente inalterata, anzi, sta peggiorando.

Ne è prova l'andamento dei ricorsi, riferibili a condizioni di detenzione in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, accolti dai Tribunali di Sorveglianza italiani che, secondo l'Associazione Antigone, è in costante aumento dalla fine della pandemia.

Si è, infatti passati dai 3.382 nel 2020, ai 4.212 nel 2021 fino ai 4.514 nel 2022[1].

[1] Associazione Antigone, *Carceri fatiscenti, sovraffollamento e condizioni degradate di vita per detenuti e personale. La fotografia che ci lascia il 2023*, *www.antigone.it*, 29 dicembre 2023.

Vero è che in alcune fasi iniziali si è ridotto il sovraffollamento e che diverse iniziative per migliorare le condizioni di detenzione sono state tentate ma, al momento, il carcere è ancora lì sostanzialmente inalterato a sé stesso.

Non è migliorato. Continua a trascinarsi nei suoi problemi atavici e reagisce come può nonostante che, anche in campo amministrativo, dapprima gli effetti legati alle sentenze della Corte Europea ed in seguito, paradossalmente, la parentesi della pandemia del 2020 abbiano rappresentato occasioni importanti, per quanto necessitate, per pensare ed innovare alcuni elementi nodali della gestione penitenziaria.

Un esempio ne è l'applicativo informatico che consente di rilevare istantaneamente il superamento dei limiti legati al rapporto intercorrente tra spazi a disposizione e numero di presenti in ogni singola camera di pernottamento.

Indubbiamente uno strumento importante di controllo che consente rapidamente di rilevare l'infrazione ma che, al contempo, non riesce certo a fermare il numero di presenze che da qualche mese sta aumentando sino a superare nuovamente la soglia delle 60.000 unità presenti[2].

Peraltro, una crescita sempre più veloce. Il citato rapporto dell'Associazione Antigone evidenzia che nel periodo compreso tra il settembre ed il novembre del 2023 i detenuti sono aumentati di 1.688 unità, nel trimestre precedente la crescita era risultata pari a 1.198 unità, in quello ancora prima di 911 e, nel corso del 2022 raramente si era registrato un incremento superiore alle 400 unità a trimestre[3]

Cifre che testimoniano efficacemente i limiti delle riforme in campo penale e penitenziario che, al di là delle intenzioni, non sono riuscite a ridurre il ricorso alla penalità e al carcere.

Nel corso degli interventi in queste giornate di studio si è ampiamente sottolineato come la Carta Costituzionale parli di *pene*

[2] Secondo i dati del Ministero della Giustizia al 30 novembre 2023 i presenti erano 60.116. Fonte *www.giustizia.it* .

[3] Associazione Antigone, *Carceri fatiscenti, sovraffollamento e condizioni degradate di vita per detenuti e personale. La fotografia che ci lascia il 2023*, *www.antigone.it*, 29 dicembre 2023.

utilizzando non a caso la forma plurale del sostantivo per rimarcare che i nostri padri costituenti hanno pensato ad una pluralità di modi di punire e non solo esclusivamente al carcere.

L'effetto perverso al quale stiamo assistendo è che oltre ai citati 60.116 detenuti, i soggetti in carico agli Uffici di Esecuzione Penale Esterna risultano essere 84.509[4]. A questi, ed anche in questo caso l'intervento dell'Avvocato Calcaterra è prezioso, si sommano ben altri 90.120 liberi sospesi.

In un modo o nell'altro, il numero delle persone oggi interessate da una misura di carattere penale sommano, quindi, a 234.745 unità. Se calcoliamo che dietro ad ognuna di queste ci stanno, mediamente, almeno tre persone intimamente collegate per motivi affettivi il numero delle persone coinvolte diventa davvero imponente.

Siamo in un mondo che chiede ed ottiene più penalità e le riforme che sono intercorse in questi ultimi anni non hanno saputo contenere adeguatamente tale richiesta.

La creazione di un sistema di misure penali alternative al carcere e di comunità e la volontà del settore di servizio sociale dell'Amministrazione penitenziaria di sottrarsi ad una presunta sudditanza a quello puramente penitenziario, ha fortemente influenzato il Legislatore, al punto da determinare la creazione di due Dipartimenti distinti, uno per l'esecuzione penale interna ed uno per l'esecuzione penale esterna.

In questo modo, non vi è dubbio, è cresciuta l'esecuzione penale esterna con modalità di *probation* così come la Giustizia riparativa sta diventando una realtà, dopo tanti anni di prese di posizioni culturali, sperimentazioni e pratiche di nicchia.

Molti hanno propugnato tale sviluppo prospettandolo come un passo obbligato per poter ridurre il carcere. Lo stesso Fabio Gianfilippi, nel corso di queste giornate, ne ha parlato con toni ottimistici, intravvedendo tale possibilità.

Da questo particolare punto di vista molti hanno gridato al *pareggio* quando il numero delle persone sottoposte a misure penali a gestione esterna ha raggiunto il livello di quelle in carcere.

[4] Ministero della Giustizia Dipartimento minorile e di comunità, *Adulti in area penale esterna – Analisi statistica dei dati al 30 novembre 2023, www.giustizia.it*.

In realtà sarebbe stato più corretto parlare di un *raddoppio*, se non addirittura di una *triplicazione*, delle persone interessate da un provvedimento di natura penale, senza voler contare il numero dei procedimenti in corso.

L'esplosione delle misure di comunità non solo non ha diminuito il carcere, ma è il frutto dell'incremento di precetti penali prima inesistenti e generati dalla già citata, onnivora, richiesta di maggiore sicurezza coniugata all'insopprimibile ricerca populista del consenso popolare nel campo della sicurezza e della penalità.

Tutto questo dà conto dell'orientamento sicuritario e punitivo che l'Italia ha adottato negli ultimi decenni e degli effetti di una penalità frutto di un processo espulsivo, caratterizzato da una varietà di passaggi e gradi connessi alla stimata pericolosità delle persone coinvolte.

Si tratta di un processo che vede un'allocazione di risorse inversamente proporzionale alla fragilità e che porta ad escludere gli strati più problematici quando, viceversa, per il bene collettivo esattamente nei loro confronti dovrebbe essere rivolto l'investimento maggiore.

Nei fatti, anno dopo anno, si è assistito al circoscriversi di due popolazioni tra loro distinte per caratteristiche personali, sociali ed economiche che commettono reati tipicamente diversi, incappando in traiettorie giudiziarie e penali diverse.

La popolazione penitenziaria non è diminuita banalmente perché è costituita, prevalentemente, da persone che non possiedono quei livelli di affidabilità propri di quelle destinate alle misure esterne e di comunità che, peraltro, si legano a reati prima non previsti.

Allo stesso tempo occorre sottolineare che, ormai da almeno un decennio, il numero dei detenuti condannati che riescono ad ottenere una misura alternativa dopo aver scontato una parte della propria condanna in carcere, non supera il 25% di tutti i condannati[5].

[5] P. Buffa, *Inidoneo! Brevi cenni sui criteri valutativi e le prassi trattamentali che perpetuano l'esclusione",* in R. Bezzi, F. Oggioni, *Educazione in carcere: sguardi sulla complessità*, Milano, 2021.

È una proporzione diametralmente opposta da quella calcolata, all'inizio degli anni '90, da Luigi Berzano[6] che ben testimonia la complessità umana e sociale che, nel tempo, sempre di più si è addensata in carcere e della sempre più critica situazione del sistema di *welfare* esterno che, da un lato, non riesce a ridurre ed ammortizzare le occasioni di devianza all'esterno e, per altro verso, non fornisce opportunità di occupazione, cura e residenza al termine della pena.

Tutto questo recinta una schiera di persone dannate a rimanere in carcere senza reali alternative.

È una popolazione sofferente che in una circostanza, a mio modo di vedere, ha battuto un colpo per rivendicare la propria umanità ed il proprio desiderio e diritto ad essere considerata tale senza, tuttavia, riuscirci e anzi scatenando una reazione repressiva.

Ci si riferisce alle rivolte carcerarie del febbraio del 2020 che, lì per lì, vennero interpretate come il frutto del terrore del contagio e della morte che incombeva dietro quel virus che sconvolse il mondo, oltre che della rabbia dovuta all'isolamento dalle famiglie impossibilità a recarsi in visita.

In realtà molte delle persone coinvolte in quei fatti, con le quali si riuscì a parlare in quei drammatici frangenti, parlavano di indulto e di libertà. Quella rabbia andava oltre alla pandemia, ai timori e alle restrizioni che imponeva a tutti.

Suonava molto più come un eclatante richiamo alla loro condizione di esclusi, dentro e fuori dal carcere, di uomini e donne che in genere, nella loro traiettoria di vita, si sentono fuori dalla possibilità di cogliere qualche opportunità per migliorarla.

Per dirla come ha teorizzato Donatella Di Cesare stavano esercitando il loro *diritto di apparizione*[7], richiamavano l'attenzione sulla loro specifica condizione di esclusi al mondo annichilito dal virus, chiedevano considerazione e quella dignità che il vivere ai bordi e nel fallimento cancella in modo inevitabile.

In questo senso la loro protesta assumeva le forme di una, neppure percepita, istanza politica. Qualcuno l'ha addirittura sfruttata per chiedere maggiore severità e rigore nei loro confronti.

[6] L. Berzano (a cura di), *La pena del non lavoro*, Milano, 1994.

[7] D. Di Cesare, *Il tempo della rivolta*, Torino, 2020.

Anche per questo dal carcere si esce sempre di meno e si entra sempre di più, spesso dopo anni connotati da una lunga attesa di una Giustizia che, oltre ad una sentenza, dica anche quando e come eseguirla.

Non è, non può essere, un'attesa senza effetti. La precarietà sfibra le persone e frustra la loro volontà di fare progetti, costruire un futuro, senza contare tutti gli effetti stigmatizzanti, ricordati da Calcaterra nella sua relazione.

Dall'altra parte, come abbiamo accennato, c'è la pena per i meno fragili, per quelli che hanno commesso reati che solo dieci anni fa non lo erano e che hanno sviluppato quell'Esecuzione penale esterna che originariamente, con la Riforma penitenziaria del 1975, si era data il carattere di un Servizio Sociale che aveva il compito di creare ponti tra il carcere e l'esterno e che oggi, in grandissima parte, è applicato a gestire migliaia di persone in misure di comunità.

Ho personalmente ascoltato un alto dirigente di quel Dipartimento affermare, con grande convinzione, che quel mondo non è più un servizio sociale ma un insieme di Uffici di Esecuzione penale. La riforma che voleva aumentare le misure alternative ha generato anche questa convinzione, e i servizi si sono trasformati in altro, non solo nella forma ma, soprattutto, nella sostanza delle pratiche e degli obiettivi.

In questo il carcere e la sua popolazione d'elezione sono sostanzialmente fuori, esclusa per almeno i tre quarti del suo insieme.

Come non citare le parole di Giuseppe Certomà per descrivere questa metamorfosi e l'ambito nella quale prende vita: «Gli assistenti sociali della giustizia sono ormai diventati dei grigi burocrati privi di futuro. Essi senza rendersene conto, sono imprigionati nella gabbia della modernità, la quale ha sostituito la comunità con le reti, l'aiuto con il controllo, la libertà con la sicurezza»[8].

Sia Silvia Talini che Fabio Gianfilippi, viceversa, hanno sottolineato che le pene richiederebbero una vicinanza, quasi una osmosi, con la società esterna.

[8] G. Certomà, *Il carcere discarica e il tramonto del servizio sociale della giustizia*, Roma, 2010, 76.

È una affermazione sacrosanta, scolpita nel precetto costituzionale e declinata, ancor più chiaramente, nell'ordinamento penitenziario ma per molti, in particolare quelli appartenenti al circuito detentivo, questo non è neppure ipotizzabile.

Non lo è per i migranti, considerato il loro *status* di indesiderabili, lo è difficilmente per le migliaia di persone che soffrono di disturbi mentali[9], in ragione del fatto che scarsi sono i legami con la psichiatria territoriale che, da parte sua, già vive serie difficoltà stante il sottodimensionamento di risorse umane e strumentali.

Quasi analogo il discorso per i tossicodipendenti che vengono presi in carico dai Ser.T. interni i quali, però, stentano a trovare soluzioni terapeutiche esterne per carenza di strutture, di collegamenti e, soprattutto, di finanziamenti adeguati alle esigenze in campo che, quindi, rimangono inevase.

D'altra parte, ed è stato anche detto nel corso di queste giornate, negli ultimi anni le modifiche all'ordinamento penitenziario, nella parte riguardante le misure alternative, sono state spesso pensate per risolvere il cortocircuito che periodicamente si instaura tra la volontà di riempire e la necessità di svuotare il carcere.

Per certi versi questo fervore normativo ha svolto una funzione deflattiva che ha frenato, in alcuni periodi, il progredire del sovraffollamento ma, per altro canto, ha anche rappresentato lo svilimento del principio della progressione trattamentale che ha preso la forma di programmi trattamentali e provvedimenti di

[9] Il XIX Rapporto sulle condizioni di detenzione di Antigone riporta le cifre del fenomeno. La rilevazione condotta dagli osservatori dell'Associazione, in prima battuta, evidenzia l'assenza di dati ufficiali certi e su scala nazionale e questo dipende dalla regionalizzazione della sanità penitenziaria e dall'incapacità di trovare un accordo, un metodo e gli strumenti per condurre studi epidemiologici affidabili quanto necessari sulla condizione di salute della popolazione detenuta. Nel merito, se nel 2022 le persone ospitate nelle 32 Articolazioni di Salute Mentale (A.T.S.M.) previste nei 17 istituti individuati, che vedono il ricovero di persone con patologie mentali conclamate, erano 247, quelle interessate da diagnosi psichiatriche gravi ammontavano al 9.2% del totale dei detenuti a fronte di un 20% che assumeva psicofarmaci.

Il 40.3% della popolazione, secondo i ricercatori di Antigone, assumeva sedativi od ipnotici. Sul punto si veda M. Miravalle, *Carcere e salute mentale*, in *Diciannovesimo rapporto sulle condizioni di detenzione*, Antigone, 2023.

scarsa qualità nei loro contenuti concreti tradottisi nel fallimento dei progetti di reinserimento.

Tutto questo ha contribuito ad alimentare una già populistica e sfiduciata narrazione che omologa le misure alternative al carcere ad una *non-pena*, alimentando in tal modo il senso di insicurezza che serpeggia nel tessuto sociale ed incrementando, di conseguenza, la richiesta di maggiore penalità.

È forse banale sottolineare che la credibilità delle misure dipende dalla concretezza dei loro contenuti e dalla verifica dei risultati e che, pertanto, come ebbe a dire l'ex Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Brescia in un convegno tenutosi anni fa a Bergamo: «*le misure alternative devono maturare per riuscire*».

Si intende così rimarcare la necessità di un percorso con e per la persona ed una rete disponibile a condividere il cammino alla ricerca di risorse ma anche di motivazioni utili per affrontare, nel suo insieme, tutte le criticità che hanno fatto da contorno alla commissione di un reato e, più spesso, ad una vita passata complicata e ad un futuro incerto.

Tutto questo "cozza" con una organizzazione dell'esecuzione penale esterna sempre più assorbita nelle misure di comunità e con un *welfare* territoriale sempre più povero e burocratizzato.

La prospettiva, ancora una volta, è quella di un carcere sempre più isolato, avviluppato e compresso nei suoi problemi.

Sul punto si gioca il futuro della penalità ma anche quella degli operatori che lavorano negli istituti penali.

L'Amministrazione penitenziaria sta vivendo un periodo travagliato che vede modifiche importanti di tipo organizzativo con l'inserimento della dirigenza di polizia penitenziaria, a scapito della dirigenza penitenziaria, in gangli vitali del Dipartimento e dei Provveditorati regionali, ovvero nei nodi ove si "*pensa*", si costruiscono programmi, emanano direttive, controllano le azioni[10].

[10] Per chi fosse interessato a tale evoluzione si rimanda a: P. BUFFA, *Divise blu e camici bianchi: ovvero del perenne dilemma penitenziario e dell'improcrastinabile necessità della sua soluzione*, in F. GIORDANO, C. SALVATO, E. SANGIOVANNI (a cura di), *Il carcere: assetti istituzionali e organizzativi*, Milano, 2021.

La narrativa sindacale, da parte sua, negli ultimi anni ha costantemente evidenziato le tensioni, l'aggressività, l'incomunicabilità, che si vivono all'interno degli istituti di pena, chiedendo più attenzioni, misure e strumenti per farvi fronte.

Progressivamente queste richieste stanno trovando risposte e al disagio e alla marginalità, in larga parte causa di quei problemi, in assenza di altri interventi, si sta opponendo un variegato strumentario repressivo.

Già subito dopo le rivolte del 2020 una circolare del Ministero dell'Interno[11], elaborata in collaborazione di dirigenti e funzionari di polizia penitenziaria, ha dato una interpretazione delle norme dell'ordinamento penitenziario tale per cui nel caso il Direttore di un istituto penitenziario, interessato da disordini, chiedesse al Prefetto l'apporto di altre Forze di Polizia questo comporterebbe l'onere del comando delle operazioni al Questore competente per territorio. Si escluderebbe così il Direttore, nonostante l'ordinamento preveda in capo a quest'ultimo la responsabilità della sicurezza dell'istituto.

In questo modo la *sicurezza penitenziaria* viene declinata nei termini di *sicurezza pubblica*, trascinando altrove le competenze, le tecniche, i metodi e gli strumenti tipici dell'ordine pubblico.

Per altro verso non è da sottacersi il fatto che, proprio in quel periodo, si sia tentato di annullare il vincolo della dipendenza gerarchica nei confronti del Direttore da parte degli appartenenti al Corpo della Polizia penitenziaria, residuando la semplice dipendenza funzionale[12].

Sul piano del contrasto di alcuni dei comportamenti più stigmatizzati dalla pubblicistica sindacale occorre segnalare che una

[11] Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Ufficio Coordinamento Pianificazione Forze di Polizia, prot. n. 1599 del 29 gennaio 2021, *Linee guida per la Pianificazione provinciale degli interventi a seguito di manifestazioni di protesta e disordini negli Istituti penitenziari*.

[12] Per chi fosse interessato all'evoluzione del ruolo dei direttori penitenziari si rimanda a: P. Buffa, *Ruolo, funzioni e trasformazioni del direttore penitenziario: una liquida metamorfosi e un latente pericolo di atrofizzazione*, in P. Pacini Volpe (a cura di), *Il tempo del carcere: aspetti criminologici e sociologici della prigione attuale. Modelli a confronto tra Francia e Italia,* Pisa, 2022.

norma introdotta con il *decreto sicurezza* nel 2020[13] ha trasformato l'introduzione e la detenzione di telefoni cellulari o altri dispositivi idonei ad effettuare comunicazioni, da semplice illecito disciplinare, in reato penale punibile con la reclusione da uno a quattro anni.

L'ultimo decreto sicurezza del novembre 2023 ha invece introdotto una norma che punisce con la reclusione da uno a sei anni chi, mediante atti di violenza o minaccia o mediante atti resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti dalle autorità, posti in essere da tre o più persone, promuove, organizza, dirige una rivolta delle rivolte in carcere. La semplice partecipazione è punita con la reclusione da uno a quattro anni, salvo l'aggravante connessa ad eventuali lesioni a terzi prodotte nel corso dei disordini.

Tra l'altro il reato in questione viene inserito nel novero dei reati ostativi, limitando così la concessione di misure alternative alle persone che si dovessero trovare coinvolte in proteste di tale natura.

Anche dal punto di vista amministrativo risaltano provvedimenti di tipo repressivo quali, ad esempio, la previsione che i detenuti responsabili di gravi e reiterate aggressioni nei confronti del personale o dei compagni possano essere trasferiti al di fuori del Distretto, derogando al principio di territorialità e trasformando, sostanzialmente, l'istituto del trasferimento in uno strumento sanzionatorio nonostante le previsioni ordinamentali in materia non lo contemplino[14].

Tale operazione viene argomentata utilizzando il principio della sicurezza, causale viceversa prevista, e la novella alla materia introdotta nel 2018[15].

È interessante far notare che tale novella aveva introdotto una norma di garanzia che, partendo dal fatto che qualunque trasferimento debba essere operato verso istituti più vicini alla dimora del

[13] Art. 391-*ter* c.p. introdotto con il decreto sicurezza (d.l. n. 130 ottobre 2020 convertito in legge 18 dicembre 2020 n. 173.

[14] Circolare D.A.P. n. 3702/6152 – *Disposizioni in materia di trasferimenti dei detenuti e internati per aggressioni a persone*, 28 settembre 2023.

[15] L'articolo 42 o.p. è stato novellato dall'articolo 11, comma 1, lett. p) del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

detenuto o a quella della sua famiglia ovvero al suo centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute, obbliga l'amministrazione a dar conto delle ragioni che derogano tali principi.

In questo caso il senso della norma viene stravolto per supportare una direttiva dal carattere repressivo e sostanzialmente finalizzata a delocalizzare situazioni problematiche posto che la correlazione tra l'allontanamento ed il miglioramento della risposta comportamentale non trova alcun riscontro e peraltro, a livello locale, in alcuni soddisfa un malcelato senso di rivalsa.

Lo stesso *versus* interpretativo ha riguardato le modalità gestionali del circuito della media sicurezza[16].

La circolare del 2022, regolante la vita dei detenuti appartenenti a tale circuito parlava, chiaramente, del superamento, sia concettuale che pratico, delle denominazioni di sezioni *aperte* o *chiuse* in favore di una impostazione legata alla suddivisione omogenea dei detenuti in ragione del tipo di trattamento a loro dedicato.

Per contro, nell'autunno del 2023, si è inteso dare una interpretazione, peraltro non con una direttiva formale bensì nel corso di riunioni di verifica ed indirizzo intercorsi tra il vertice dell'Amministrazione penitenziaria e i Provveditori regionali, che fa leva sul fatto che, in assenza di attività, i detenuti debbano rimanere confinati in quei luoghi pudicamente denominati *camere di pernottamento* che, in questo modo, trasformano il per-nottamento in una notte prolungata per gran parte della giornata.

Risulta così completamente obnubilato il fatto che l'originaria direttiva trovasse il suo fondamento nella sottolineatura della rilevanza dell'intervento individualizzato da costruirsi con e per ogni detenuto, attenendosi alle previsioni fondamentali dell'ordinamento penitenziario, insistesse nettamente sulla necessità di ampliare le attività trattamentali interne e, di conseguenza, lo spazio fisico e temporale a disposizione necessari a rendere costruttivo il tempo della detenzione, fuori dalle celle, secondo la più fedele adesione al precetto costituzionale.

[16] Circolare D.A.P. n. 3693/6143 – *Circuito media sicurezza – Direttive per il rilancio del regime penitenziario e del trattamento penitenziario*, 18 luglio 2022.

In tal senso si era sottolineato che, soprattutto nelle sezioni denominate *ordinarie*, destinate alle persone in ingresso e a quelle non ritenute sufficientemente in grado di sostenere l'adesione a programmi che prevedessero margini di maggiore libertà e autodeterminazione nella vita comunitaria i: «Direttori dovranno attivarsi affinché lo spazio temporale dedicato alla vita in comune sia riempito di effettivi contenuti, in modo da constatare il fenomeno dell'ozio e dell'inoperosità […] è necessario concentrarsi per rendere il tempo della Sezione un tempo organizzato, programmato, partecipato e vissuto […] sfruttando utilmente ogni spazio disponibile per raggiungere l'obiettivo»[17].

Seguiva una carrellata di luoghi comunemente esistenti e spesso inutilizzati, specificando che «l'incrocio tra i luoghi e un programma di attività potrà costituire la trama sulla quale tessere una vita diversa, meno oziosa».

Ancora si aggiungeva la raccomandazione che «le Direzioni dovranno adoperarsi per rafforzare il numero di attività strutturate, da destinare alle persone detenute di tutti i circuiti detentivi che potranno esservi ammessi contemporaneamente […] consentendone lo svolgimento in ampie fasce orarie della giornata, in tale modo superando la prassi di esaurirle con le operazioni di conta compiute nella fascia pomeridiana, per giungere sino alla fase preserale»[18].

Per questo motivo la direttiva rimarcava che doveva essere favorita la partecipazione del volontariato e, in generale, del "*terzo settore*" tanto nella fase di programmazione delle attività (…) quanto nella loro realizzazione[19].

«Questo al fine di consolidare al massimo la consapevolezza che la vita all'interno dei reparti è migliorabile soprattutto con la cura dell'aspetto relazionale. Questo è realizzabile aumentando, senza limiti, la presenza degli operatori anche esterni, volontari o meno che siano, nell'ambito delle iniziative organizzate e coor-

[17] *Ibidem,* 9.
[18] *Ibidem*, 10.
[19] *Ibidem*, 5.

dinate tra loro, in modo da riempire di senso le giornate spesso caratterizzate da un deleterio ozio forzoso»[20].

Anche nelle situazioni di maggior rigore la direttiva del 2022 era rispettosa del limite minimo di permanenza al di fuori della propria cella di *almeno* otto ore al giorno.

In un caso come nell'altro, le nuove interpretazioni, sostanzialmente, concretizzano le plurime reiterate richieste di buona parte delle organizzazioni sindacali della Polizia penitenziaria che, nel tempo, hanno chiesto maggiore rigore e la chiusura degli spazi che, dopo le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'Italia ha posto in essere in modo da evitare ulteriori e seriali condanne per trattamenti inumani e degradanti[21].

È evidente la deriva che si sta imprimendo al mondo penitenziario.

Forse meno evidenti, soprattutto ai più distratti, possono essere i potenziali effetti dell'incrocio tra il progressivo irrigidimento del sistema, con le conseguenti connotazioni repressive, rispetto a questioni che meriterebbero ben altri tipi di analisi, interventi ed attenzioni manchevoli per disattenzione e disinteresse interne ed esterne all'Amministrazione penitenziaria, ed il progressivo peggioramento delle caratteristiche e condizioni che caratterizzano la popolazione detenuta sempre più fragile, problematica ed aggressiva.

Noi crediamo, viceversa, che questo dovrebbe risvegliare la coscienza di chi si occupa, a vario titolo, di carcere.

Pare essere al cospetto di un semplice problema di termodinamica. Il sistema penitenziario continua ad accogliere un numero crescente di persone e, tra queste, una sempre maggiore aliquota di individui portatori di patologie e disturbi psichici,

[20] *Ibidem*, 6.

[21] In tal senso è significativo il titolo di un comunicato stampa del 6 ottobre 2020 a cura dell'Ufficio Stampa del Sindacato Autonomo polizia Penitenziaria (S.A.P.Pe) che, dopo l'inserimento nell'ultimo decreto sicurezza della previsione di una fattispecie penale diretta a punire chiunque introduca o detenga apparecchi telefonici, testualmente riporta nel titolo il brocardo latino *Gutta cavat lapidem* per sottolineare che la costante pressione portata avanti sul tema ha finalmente indotto la politica a prenderne atto e a legiferare.

povertà sociali ed individuali. Il loro comportamento è obiettivamente disturbato e disturbante, in parte reattivamente aggressivo. Tutto questo genera pressione e tensione al quale si risponde con il restringimento degli spazi e delle opportunità in nome della sicurezza e del rigore.

Che la formula non corrisponda alla soluzione del problema lo si intravvede dai numeri che descrivono il fenomeno.

Pochi giorni fa il Segretario Nazione della U.I.L.Pa Polizia penitenziaria, sulla base dei dati censiti dall'Ufficio dell'Attività Ispettiva e di Controllo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, ha evidenziato[22] che se nel periodo compreso tra il primo gennaio ed il 30 novembre 2022 le aggressioni nei confronti del personale erano state 1.159 nello stesso periodo riferito al 2023 queste risultano salite a 1.612, pari ad un incremento del 39% dei casi.

In particolare, secondo i dati citati, l'aumento sarebbe stato particolarmente significativo nei mesi di ottobre e novembre che corrispondono all'entrata in vigore dei provvedimenti più sopra accennati, che hanno segnato un incremento, rispettivamente, del 50% e del 79% rispetto agli stessi periodi del 2022.

L'intervento del Segretario Nazionale della U.I.L.Pa polizia penitenziaria smentisce, di fatto, le affermazioni del Sottosegretario Ostellari che, appena due giorni prima, aveva dichiarato che, proprio grazie a quei provvedimenti la violenza risultava scesa del 30%[23].

Orbene c'è da chiedersi con quali forme e con quali intensità si esprimerà l'impatto di questa miscela di forze contrastanti.

La questione non è contrapporre, per l'ennesima volta, il trattamento alla sicurezza bensì convergere sul concetto di dignità e nella quotidiana ricerca della sua effettività nella consapevolezza che opporre la forza alla disperazione non può che ledere la dignità di entrambi le parti con costi umani e sociali incalcolabili.

[22] AGI, *Carceri: 1.612 aggressioni in 11 mesi (+39%), denuncia Uilpa*, 19 dicembre 2023.

[23] A. Pederiva, *Ostellari: Le violenze sono calate ma ora più lavoro per i detenuti*, Gazzettino, 17 dicembre 2023.

La tensione, la frustrazione, la rabbia, l'aggressività, la spersonalizzazione, la paura, non possono che incidere sulle persone che scontano o che gestiscono la pena detentiva, nel mentre un carcere senza progetto, se non quello del contenimento, comporta costi sociali enormi in termini di recidiva.

Pare un tragico paradosso. Proprio coloro che, tramite le loro rappresentanze sindacali, chiedono più rigore e fermezza, ovvero gli operatori di Polizia penitenziaria, sono e saranno sempre più quelli che sconteranno in prima persona gli effetti tragici di tali pratiche.

Uno dei bandoli della matassa sta esattamente qui.

La credibilità e l'efficacia di qualunque misura penale passa anche dai suoi costi.

È una equazione che attende di essere risolta in termini di economicità sociale e finanziaria atteso che, nel frattempo, brucia risorse in un ciclo che tutti stimano inefficace in oltre il 70% dei casi.

Tanto è il tasso di recidiva dell'attuale popolazione detenuta.

Ad oggi si è pensato di incrementare l'Esecuzione Penale esterna per diminuire la questione carceraria ma, come abbiamo visto, senza particolare successo.

Vero è che sull'altare del carcere, da anni, si gioca la partita del consenso sociale declinata sul tema della sicurezza ma è ipotizzabile che, prima o poi, ci si renda conto che è necessario un investimento diverso in professionalità e in servizi che gestiscono, fuori e dentro il carcere, la massa delle persone che oggi lo abitano in modo da prevenirne la necessità e modificarne l'essenza?

È una domanda alla quale non si è in grado di rispondere anche se ci pare non solo plausibile ma anche legittima se consideriamo che la globalità che ci circonda evidenzia crisi di varia natura che non potranno che riversarsi sulla nostra società imponendoci cambiamenti in molti settori, quello della giustizia compreso.

Occorrerebbe uno sforzo per dedicare ogni momento alla ricerca della reciproca dignità umana, pur al cospetto di quadri problematici e complessi.

Certo occorreranno scelte e risorse e questo chiama in causa la politica e il suo modo di vedere le cose ed assegnare le priorità.

Quella politica che, a destra come a sinistra, quando ha impresso la propria volontà di riforma, spesso ha dimenticato di inserire norme finanziarie che la sostenesse.

È successo con il Regolamento di esecuzione del 2000[24] e con la Riforma della Sanità penitenziaria[25]. Sarà curioso vedere cosa succederà con l'Esecuzione Penale esterna e la Giustizia riparativa, delegata ad una comunità esterna già gravata da problemi finanziari che impongono un *welfare* ed una rete di servizi ridotti ed inefficienti.

La clausola dell'invarianza di spesa taglia le gambe a qualunque riforma come una falce taglia il grano e, nel frattempo, si pagano con gli interessi le sanzioni legate alle falle del sistema.

Ma questo non è tutto.

Molta della disattenzione, dell'indifferenza e della disumanità, che oggi si registrano in carcere, nonostante il progresso delle norme, dipende anche dalla postura di una parte operatori della filiera della giustizia, della sanità e di tanti Enti che si occupano della sua popolazione.

Come anni fa disse Stefano Rodotà per poter rendere effettivi i diritti dei consociati *le Istituzioni devono incarcarnare il proprio mandato*[26].

Il verbo utilizzato rimanda all'introiezione del fine sino al gesto di incorporarlo nel proprio modo di pensare ed agire.

Significa leggere le situazioni che incontri attraverso l'essenza della tua umanità. Significa fare intimamente tuoi i compiti che ti sono demandati.

[24] D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230 – *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative della libertà*.

[25] D.lgs. 23 giugno 1999 n. 230 – *Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5, della legge 30 novembre 1998, n. 419*; D.P.C.M. 1° aprile 2008 – *Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria*.

[26] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, 103.

Non è, purtroppo, sempre così. A partire da chi, per ruolo, dovrebbe dettare la linea ed il passo ai propri collaboratori.

Stanchezza, frustrazione, approccio culturale, approssimazione, inconsapevolezza, interessi, paure e quant'altro, ostacolano questo processo.

Senza giungere alle impietose e generalizzanti considerazioni svolte, all'indomani delle note violenze avvenute all'interno del carcere di Santa Maria Capua Vetere, da un vecchio educatore penitenziario e raccolte da Luigi Romano[27] relativamente all'atteggiamento ambiguo, selettivo e strumentale che si riscontra in alcuni direttori penitenziari, si può concordare non tanto sulla ruvida forma quanto sulla sostanza di un mondo penitenziario le cui componenti, tutte nessuna esclusa, tendenzialmente rivolgono le loro attenzioni più ai detenuti dotati di maggiori risorse personali e sociali e sempre meno a quelli più deboli, in ragione delle difficoltà che si incontrano nell'attagliare loro delle soluzioni concrete e praticabili.

In alcune circostanze non avviene neppure questo.

Un episodio, tra i tanti, di cui sono stato direttamente testimone nel corso del mio lavoro e che mi ha particolarmente colpito può chiarire la portata di cosa intendo dire.

All'indomani dell'adozione della citata circolare del 2022 regolante la gestione della media sicurezza, nell'ambito della ricerca di attività da implementare per rendere operoso l'ozio che, viceversa, costringeva le persone a stazionare nelle parti comuni delle sezioni e memore di una positiva esperienza condotta nel carcere di Torino[28] presi contatto con una squadra di rugby che aveva il pregio di essere vicinissima ad uno degli istituti del Provveditorato ove lavoravo all'epoca.

[27] Secondo l'interlocutore di Romano «ormai la maggior parte dei direttori pensa soltanto ad andare sui tg o sui giornali per i vari progettini rivolti a pochi e docili detenuti o per gli accordi istituzionali che riescono a portare a casa. La miseria degli istituti di pena è ancora un ottimo bacino di investimento per costruirsi un'immagine politicamente spendibile» (L. Romano, *La Settimana Santa. Potere e violenza nelle carceri italiane*, Napoli, 2021, 67).

[28] P. Buffa, *N'afé drola: ovvero la stranezza dell'ordinaria legalità*, in *Questione Giustizia*, 17 giugno 2015.

La proposta che feci ai responsabili della squadra li colse consenzienti e fortemente motivati.

Contattai quindi il direttore di quell'istituto, cercando di valutare con lui i passi per la realizzazione della proposta. A mio modo di vedere l'idea si poteva realizzare risolvendo una parte dei problemi di tensione che quell'istituto stava vivendo, occupando stabilmente nell'attività circa una cinquantina di persone detenute. Certo il campo sportivo poteva essere utilizzato solo qualche giorno alla settimana, per consentire anche agli altri detenuti di poterne fruire, ma l'istituto era dotato anche di altri spazi verdi, apparentemente non utilizzati.

Alla mia richiesta di apportare qualche piccola modifica per poterne fare campi di allenamento, la risposta che ricevetti mi raggelò.

A fronte della opportunità di togliere dall'ozio una cinquantina di detenuti che, peraltro, avrebbero potuto essere assegnati ad un reparto da poco ristrutturato, mi sentii obiettare che in quell'appezzamento di terreno nulla poteva essere imbastito "*perché in quel campo ci sono le rose*", facendo riferimento ad un filare di fiori che ornava il prato inutilizzato e che tale è rimasto ancora oggi perché non si riteneva di cambiare loro dimora.

D'altra parte, il Garante Nazionale dei Diritti delle persone private della libertà personale nel settembre del 2023, commentando l'applicazione sperimentale della citata circolare sulla media sicurezza, pur comprendendo l'impostazione di fondo della nuova disciplina organizzativa ha evidenziato che «l'assenza di capacità progettuale da parte dell'istituzione detentiva si riflette su un'accentuazione della chiusura del modello detentivo stesso. In aggiunta il passaggio ad un modello custodiale di tipo intensificato e, come tale, maggiormente aderente all'impianto costituzionale dell'esecuzione penale rischia di venire interpretato come istituto premiale o addirittura come concessione da parte di chi ha responsabilità amministrativa dell'esecuzione penale e non già come modello prioritario in assenza di specifiche esigenze di sicurezza»[29].

[29] Garante Nazionale per i diritti delle persone private della libertà personale –

A dire il vero, dopo alcuni mesi di sperimentazione, ci si era resi conto della difficoltà del compito in ragione delle vischiosità del sistema, dei vari *campi di rose* che intralciavano il lavoro.

Molto rimaneva ancora da fare in termini di costruzione e rinforzo di sinergie per la creazione di opportunità ed attività trattamentali e di intrattenimento in modo da riempire di contenuti le ore vuote del carcere.

Purtuttavia, apparentemente in modo inspiegabile, a fronte degli esiti sperimentali ancora distanti dall'obiettivo fissato, si è dato il via libera all'applicazione del modello sperimentale in tutti i Provveditorati e in tutti gli istituti sul territorio nazionale.

Considerato lo sviluppo delle cose e la nuova interpretazione, apparentemente letterale della circolare, forse se ne intuisce il motivo.

Come se non bastasse si registrano posture ancora più gravi che certo contrastano con lo spirito delle norme.

È di questi giorni la diffusione delle motivazioni di un giudice torinese che ha condannato il direttore dell'istituto, coinvolto in una vicenda di abusi e violenze che avrebbe interessato quel carcere tra il 2017 e il 2019, in quanto seppur messo a conoscenza degli episodi ha omesso di interessare l'Autorità Giudiziaria per *il timore di dover dar conto di una decisione impopolare che poteva alterare i rapporti di equilibrio con la polizia penitenziaria*[30].

L'episodio circoscrive il tema della sudditanza psicologica di chi rappresenta l'Amministrazione penitenziaria a livello locale ad una cultura repressiva, fonte di prepotenze ed abusi.

A mio modo di vedere tutto questo non è giustificabile anche se, ovviamente, non si può fare di tutta l'erba un fascio e occorre riconoscere che altri direttori ed operatori si distinguono per capacità, impegno, indipendenza e lungimiranza.

Rimane il fatto che le falle dell'attuale sistema risaltano ancor di più negativamente se comparate con l'atteggiamento di un altro

Studio del Garante Nazionale sull'applicazione sperimentale delle nuove direttive per il circuito di media sicurezza, *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*, 23 settembre 2023.

[30] S. Martinenghi, *Abusi in carcere: Il direttore tacque per quieto vivere ma non fu tortura*, in *Repubblica Torino*, 27 dicembre 2023; S. Lorenzetti, *Gli abusi in carcere non furono segnalati*, in *Corriere Torino*, 27 dicembre 2023.

direttore che, settant'anni fa, nel reclusorio di Santo Stefano alle nostre spalle, senz'acqua potabile e con approdi incerti, vigente un ordinamento ancora legato ad uno schema fascista, riuscì a produrre innovazione e progresso in un mondo di dannati[31].

Eugenio Perucatti è riuscito in condizioni di estrema povertà, era da poco finita una guerra che vedeva l'Italia sconfitta e lacerata da morti e distruzioni, e in un mondo anche per quello ancor meno sensibile di quello odierno a dare corpo, ad incarnare, i principi costituzionali che delineavano il senso della pena ancora in attesa di una riforma penitenziaria.

Ecco che, quindi, quell'esempio di funzionario dello Stato, ci riporta ad un elemento imprescindibile se si intende dare corpo alle riforme: la cultura degli operatori della Giustizia.

Diventa così utile ed indispensabile ribadire la necessità di un lavoro culturale con e per gli operatori, così auspicato da Patrizio Gonnella anni fa[32], in assenza del quale ci imbatteremo sempre in campi di rose ad abbellire recinti di cemento colmi di una umanità disperata.

In ultimo non rimane che ricordarci una regola che molti anni fa un detenuto mi impartì per farmi riflette sugli effetti che le nostre piccole e grandi decisioni possono avere sulla dignità delle persone ristrette tra quei muri di cinta, ovvero che *Il carcere ha i confini dei nostri cervelli*.

[31] Per un approfondimento dell'esperienza di Eugenio Perucatti si veda: A. Perucatti, *Quel "criminale" di mio padre: Eugenio Perucatti e la riforma de carcere di Santo Stefano. Una storia di umana redenzione*, Ventotene, 2014.; e più recentemente in questa Collana la ristampa anastatica della sua opera originaria: E. Perucatti, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata: Documenti, polemiche, esperienze, nuovi orizzonti della detenzione penale*, Napoli, 2021.

[32] P. Gonnella, *I confini della dignità*, Milano, 2014.

Notizie sugli Autori

Paolo Alvazzi Del Frate, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi «Roma Tre»

Marcello Bortolato, Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze

Pietro Buffa, Direttore Generale della Formazione, Dipartimento Amministrazione penitenziaria

Antonella Calcaterra, Avvocato, Foro di Milano

Marta Caredda, Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico, componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

Dario Di Cecca, Avvocato, Foro di Roma – Clinica legale penitenziaria, Università degli Studi «Roma Tre»

Fabio Gianfilippi, Magistrato di sorveglianza Spoleto

Maria Pia Giuffrida, Mediatrice penale

Patrizio Gonnella, Ricercatore di Filosofia del diritto, componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»; Presidente Associazione "Antigone"

Anna Maratea, Titolare di borsa di studio, Laboratorio Diritti Fondamentali, Torino

Susanna Marietti, Coordinatrice nazionale dell'Associazione Antigone

Antonella Massaro, Professoressa associata di Diritto penale, componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

GIANMARCO PALMIERI, Dottorando in Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi «Roma Tre»

SILVIA PIERGIOVANNI, Titolare di borsa di studio, Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

EMANUELA PISTOIA, Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Teramo

ALICE RICCARDI, Professoressa associata di Diritto internazionale, componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

MARCO RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Direttore del Centro di Ricerca "*European Penological Center*" e del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi «Roma Tre»

ANTHONY SANTILLI, Centro di ricerca e documentazione sul confino politico e la detenzione – Ventotene

FRANCESCO SEVERA, Assegnista di ricerca, Università di Roma La Sapienza

SILVIA TALINI, Ricercatrice di Diritto costituzionale, componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Coordinatrice didattico-scientifica del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi «Roma Tre»

Collana Diritto penitenziario e Costituzione

1. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, 2014, II ed.
2. M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, 2014
3. P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, 2014
4. C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2015
5. M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, 2016
6. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, 2017
7. S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, 2018
8. M. Ruotolo (a cura di), *Informazione e giustizia penale*, 2019
9. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, nuova edizione* (2 voll.), 2019
10. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, 2020
11. E. Perucatti, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, 2021
12. M. Cartabia, *Filtrerà sempre un raggio di sole*, 2022
13. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, 2022
14. P. Buffa, *Carcere e Covid-19. Diario di una pandemia*, 2022
15. G. Fiorelli, P. Gonnella, A. Massaro, A. Riccardi, M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Pena e nuove tecnologie tra "trattamento" e "sicurezza"*, 2022
16. A. Parente, *In carcere da tremila anni. Storia delle carceri italiane attraverso la rivisitazione delle antiche prigioni di Roma*, 2023

Finito di stampare nel mese di febbraio 2024
dalla *Grafica elettronica* - Napoli