

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **Sulla giustizia negoziata**
- ◇ **Sulla verità scientifica**
- ◇ **In tema di fatture per operazioni inesistenti**
- ◇ **Fra cronaca giudiziaria e forme processuali**
- ◇ **In tema di pena di morte**



Nihil difficile volenti

L'ENNESIMA RIFORMA DEI REATI CONTRO
LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (E DI ALTRO):
LA L. N. 3 DEL 9 GENNAIO 2019

RELATORI: Francesca Consorte, Gaetano Insolera e Nicola Maria Maiello
28 febbraio 2019

Con la L. 9 gennaio 2019, n. 3, meglio conosciuta come legge *Spazzacorrotti*, è stata approvata l'*ennesima* riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, che s'inserisce nella serie di novità normative, inaugurata con la L. 190/2012, che hanno riguardato i fenomeni corruttivi *lato sensu* intesi.

La novella interviene con significative modifiche, tra l'altro, sul tessuto dei delitti contro la pubblica amministrazione, attraverso percorsi di discutibile ragionevolezza politico-criminale.

In primo luogo, viene inasprito il trattamento sanzionatorio della corruzione per l'esercizio della funzione, che, attestandosi sulla previsione di una forbice da tre a otto anni di reclusione, vede sensibilmente ridotto il divario punitivo con la limitrofa fattispecie della corruzione cd. propria. In secondo luogo, viene abolito il reato di millantato credito, con correlativa espansione dell'area di tipicità del traffico di influenze illecite, del quale si aumentano le pene.

Viene, poi, introdotta all'art. 323^{ter} c.p. una causa speciale di non punibilità dei delitti di cui agli articoli 318, 319, 319^{ter}, 319^{quater}, 320, 321, 322^{bis}, 353, 353^{bis}, 354 per i casi in cui l'autore "prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili". A prima lettura, una causa di non punibilità così strutturata suscita più di una perplessità. Invero, il rilievo che viene dato a momenti di collaborazione processuale espone la fattispecie a frizioni con una fondazione teleologica della punibilità, ispirata agli scopi preventivo-personalistici della pena ed alla funzione di tutela dei beni giuridici. Non vanno, inoltre, sottaciuti i rischi di strumentalizzazione che potrebbero caratterizzare la vita dell'istituto. Lo stesso legislatore, infatti, ha previsto l'ineoperatività dell'esimente quando "la denuncia è preordinata rispetto alla commissione

del reato denunciato”. Questa previsione non è però in grado di neutralizzare il pericolo di accuse calunniose nei confronti di soggetti che hanno resistito a sollecitazioni corruttive.

Un ulteriore intervento di modifica ha riguardato l’art. 322*bis* c.p. nella parte in cui estende l’ambito applicativo dei soggetti attivi della fattispecie di corruzione internazionale dei pubblici agenti, ricomprendendovi tutti i membri delle Corti internazionali.

Uno dei punti più problematici della riforma è costituito dalla revisione delle pene accessorie, delle quali viene ampliata la portata e inasprito il regime sanzionatorio attraverso l’aumento della relativa durata di quelle temporanee e attraverso l’abbassamento del minimo di operatività di quelle perpetue.

Parimenti, l’introduzione del blocco della prescrizione a partire dalla sentenza di primo grado si sposa con una logica della pena quale nuova “passione contemporanea”. A ben vedere, la modifica della disciplina della prescrizione, che, come è stato ampiamente evidenziato nell’ambito di un ricco dibattito pubblico, rischia di compromettere molte garanzie costituzionali, aprendo a prospettive di una giustizia senza termine.

Il furore punitivo della riforma non ha risparmiato gli enti collettivi.

Attraverso la modifica dell’art. 25, comma 2, d.lgs. 231/2001, è stata estesa la durata delle sanzioni interdittive nei confronti delle persone giuridiche.

Tra le numerose novità introdotte, inoltre, è opportuno ricordare l’inserimento di taluni reati contro la p.a. nel catalogo di quelli previsti all’art. 4*bis* ord. pen., espressione del *trend* politico-criminale che vede nei fenomeni corruttivi un “fenomemo endemico e seriale, che alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza e costa molto alla società”, come si legge nella relazione illustrativa del ddl. Anche per quanto riguarda questo aspetto della riforma sono stati rilevati profili di dubbia legittimità costituzionale, in riferimento al parametro dell’uguaglianza, della funzione rieducativa della pena e della irretroattività del trattamento sanzionatorio sfavorevole.

Infine, un altro nervo scoperto della novella è costituito dalla figura dell’agente infiltrato, previsto anche per i reati di corruzione e concussione, induzione indebita e traffico di influenze illecite. Nel ribadire le ragioni legate alla opportunità dell’estensione di questo istituto anche ai reati contro la p.a., vi è da chiedersi se non si sia in presenza di un “cavallo di Troia” volto a spianare la strada alla legittimazione della figura dell’agente provocatore.

SCHEDA DI NICOLA MARIA MAIELLO

Francesca Consorte: francesca.consorte2@unibo.it

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Nicola Maria Maiello: nicolamaria.maiello2@unibo.it

“MAFIA CAPITALE”: LA SENTENZA DELLA CORTE DI APPELLO DI ROMA

RELATORI: Tommaso Guerini e Gaetano Insolera
19 marzo 2019

“Mondo di mezzo”, ciak due. Contrordine, è di nuovo mafia

1. *Riassunto delle puntate precedenti.* Mentre il Governo giallo-verde annunciava la prossima sconfitta della mafia – già debellata, è opportuno ricordarlo, da altri populist¹ negli anni '20 del Novecento – la Corte d'Appello di Roma pronunciava un'attesa sentenza, con la quale si è chiuso il processo di secondo grado al *Mondo di mezzo* che ruotava attorno a Massimo Carminati.

L'esito è noto.

Mafia capitale, privata dal Tribunale di Roma della sua stessa essenza e retrocessa ad una *banale* associazione per delinquere, è stata reintegrata nel suo *status* e riconosciuta – benché *piccola* – mafia a tutti gli effetti.

Con il paradosso, peraltro osservato già al momento della lettura del dispositivo di primo grado, dell'inversione logica del rapporto tra vincitori e vinti, con la Procura pronta a festeggiare una generale riduzione delle pene e le difese prostrate da quello che, sulla carta, poteva essere senz'altro considerato un buon risultato.

Potere del simbolo, in una città che da oltre duemila anni ha visto susseguirsi nuovi e vecchi dei.

Nella recente, seconda edizione del volume “*Diritto penale e criminalità organizzata*”², soffermandoci sulle vicende romane, esprimevamo alcune osservazioni che riteniamo possano essere utilmente riproposte anche in questa sede.

¹ Osserva in un recente volume Salvatore Lupo come nel libro di memorie pubblicato nel 1932 da Cesare Mori e intitolato “Con la mafia ai ferri corti”, “*l'azione antimafia vi è presentata non come «campagna di polizia in più o meno grande stile, ma [come] insurrezione di coscienze, rivolta di spiriti, azione di popolo»*”. S. LUPO, *La mafia*, Roma, 2018, 126.

² Al quale rimandiamo per un approfondimento sulle vicende processuali antecedenti alla sentenza in commento. v. G. INSOLERA-T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, 74 ss.

“Sul tema dei rapporti tra art. 416 e art. 416 bis e di torsioni interpretative necessarie a colmare ipotizzati vuoti di tutela, la vicenda processuale a tutti nota come “Mafia capitale” si presta ad alcune considerazioni. (...) Quando nel dicembre 2014 prese avvio una vasta operazione volta ad eseguire circa quaranta ordinanze di custodia cautelare in carcere, disposte in relazione ad altrettanti indagati per il reato di associazione di tipo mafioso, contestato in relazione ad una mafia romana autoctona, composta da alcuni soggetti legati alla banda della Magliana e da manager operanti nel settore degli appalti pubblici, la reazione nell’opinione pubblica fu di relativa sorpresa. Ormai da tempo alcuni fortunati romanzi, trasposti in opere cinematografiche e fiction di successo, avevano diffuso presso il grande pubblico l’idea che a Roma una mafia vi fosse da tempo. Invero, se spostiamo la nostra attenzione dal dato ambientale – o meglio, trattandosi di questioni “mafio-logiche”, dal contesto – e focalizziamo l’attenzione sul dato strettamente giuspenalistico, possiamo osservare come nella vicenda dell’inchiesta Mondo di mezzo siano ripresi e aggiornati alcuni topoi del delitto di associazione di tipo mafioso e in particolare, elementi tratti dalla giurisprudenza in materia di mafie etniche e di cd. piccole mafie. Alla base dell’ipotesi accusatoria, vi è la tesi della nascita e dello sviluppo nel territorio romano di una associazione di tipo mafioso con caratteristiche proprie, “solo in parte assimilabili a quelle delle mafie tradizionali e agli altri modelli di organizzazione di stampo mafioso (...) che delineano un profilo affatto originale e originario”.

“Tra le peculiarità di questo gruppo criminale, che non sarebbe quindi ascrivibile al catalogo delle nuove mafie, pur traendo origine dalla commistione tra soggetti che avevano fatto parte di gruppi della galassia del terrorismo nero con alcuni componenti della Banda della Magliana, infine definitivamente trasformate nel sodalizio Mafia Capitale, vi sarebbe l’attitudine a costituire un punto di incontro, o meglio un mondo di mezzo, nel quale convergono gli interessi dei criminali di strada (il mondo di sotto), e quelli di colletti bianchi, imprenditoria e istituzioni (il mondo di sopra). Operativamente, questo si sarebbe tradotto nello scarso utilizzo di metodi violenti (nel processo sono stati ritenuti provati solo undici episodi di crimini violenti, commessi nell’arco di tre anni, dal 2012 al 2014) ai quali il sodalizio romano avrebbe preferito il sistematico ricorso a tecniche corruttive, volte a garantire ai sodali – e in particolare alle imprese da questi controllate – l’affidamento di appalti per servizi di pubblica utilità”.

Ci chiedevamo quindi: *“può essere mafiosa una associazione che non ricorre, se non sporadicamente, a strumenti di intimidazione tali da suscitare un diffuso stato di assoggettamento e di omertà, contando esclusivamente sulla propria fama criminale, costruita anche attraverso il sapiente utilizzo di uno Storytelling costruito da altri? Per risolvere la questione occorre riprendere la nozione di riserva di violenza, in forza della quale non sarebbe necessaria l’esteriorizzazione del metodo mafioso, purché l’organizzazione disponga di una potenzialità violenta concreta, attuale e visibile, come tale idonea a sprigionare la forza di intimidazione che connota il metodo mafioso. Mafia Capitale, pur debitrice dell’eredità criminale dei suoi antesignani, sarebbe stata quindi caratterizzata dalla capacità di adattarsi alle “condizioni storiche, politiche e istituzionali della città di Roma, creando una struttura organizzativa di*

*tipo reticolare o a raggiera, che però mantiene inalterata la capacità di intimidazione derivante dal vincolo associativo nei confronti di tutti coloro che vengano a contatto con l'associazione*³. Non può sfuggire però che, seguendo questa impostazione, la forza di intimidazione diviene fluida, slegata dall'utilizzo di metodi violenti e fondata sulla capacità del sodalizio criminale di avere rapporti con apparati "deviati" dello Stato: servizi segreti e forze dell'ordine da un lato, funzionari corrotti dall'altro. Come noto, invece, queste tesi sono state accolte, in ambito cautelare, dalla Corte di Cassazione⁴ (...) stabilendo che: "la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento e omertà può essere diretta tanto a minacciare la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politico-elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nell'assegnazione di appalti, nel rilascio di concessioni, nel controllo di settori di attività di enti pubblici o di aziende parimenti pubbliche, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca o non sia contiguo al sodalizio"⁵. Con queste pronunce, la Corte ha così formato un orientamento originale, nel quale alcuni degli elementi più critici dell'intero discorso sul metodo mafioso si fondono tra loro. Da un lato viene fatta propria la teorica delle piccole mafie: richiamando una pronuncia assai risalente, la Corte ha osservato che nello schema applicativo dell'art. 416 bis c.p. non rientrano solo le grandi strutture organizzate, con un elevato numero di membri, dotazioni finanziarie e mezzi imponenti, in grado di condizionare e minacciare continuamente la vita delle persone, ma anche le cd. piccole mafie, con un basso numero di appartenenti – del resto per l'art. 416 bis c.p. sono sufficienti tre persone – non necessariamente armate, che assoggettano un territorio geograficamente limitato o un determinato settore di attività economico-imprenditoriali, purché la loro operatività si caratterizzi per l'utilizzo di strumenti intimidatori dai quali derivino assoggettamento ed omertà. Dall'altro lato, la Cassazione – più ancora dell'ordinanza del GIP⁶ – si è soffermata sulle modalità operative tipiche del sodalizio, aprendo la strada ad una revisione giurisprudenziale dell'art. 416 bis, tale da ricomprendere la corruzione quale elemento del metodo mafioso. Secondo la Corte, infatti, il sistematico ricorso alle intese corruttive avrebbe rappresentato una forma privilegiata di manifestazione delle capacità operative del sodalizio, il cui disvalore risiederebbe, in

³ Tribunale di Roma, Ufficio dei Giudici per le Indagini Preliminari, dott.ssa Flavia Costantini, Ordinanza del 28 novembre 2014, 34.

⁴ Cass. Pen. Sez. VI, 10 aprile-9 giugno 2015, n. 24535 e Cass. Pen. Sez. VI, 10 aprile-8 giugno 2015, n. 24536, in *Cass. Pen.*, 1-2016, 87 ss.; Le sentenze sono state pubblicate anche in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2015, con nota di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, cit.

⁵ Cass. Pen., Sez. VI, sent. 9 giugno 2015, n. 24535.

⁶ L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016, 24.

particolare, nell'effetto distorsivo sull'aspettativa dei cittadini nella piena conformità dell'azione amministrativa alle norme che ne disciplinano la trasparenza delle forme di esercizio. (...) Il fenomeno criminale in questione sembra incentrarsi su una particolare manifestazione della cd. corruzione politico-amministrativa⁷. In prima approssimazione ci dobbiamo chiedere: chi è l'assoggettato? Nei confronti di chi viene esplicitata l'intimidazione mafiosa? Essa riguarda i funzionari pubblici corrotti? Nella prima ordinanza cautelare del Giudice per le indagini preliminari, il discorso proposto sembra il seguente: in realtà la capacità di questo gruppo di corrompere politici e funzionari, contribuisce a creare una immanente forza di intimidazione che si scarica sulle imprese concorrenti nella partecipazione alle gare per l'aggiudicazione degli appalti. Ulteriore passaggio: quale è il serbatoio di questa forza di intimidazione? Si riprende così l'idea di un "accumulo" di un patrimonio criminale, o meglio di "fama criminale", legata ai collegamenti di uno dei capi del sodalizio criminale; il riferimento è alla banda della Magliana. La vicenda giudiziaria, con una ricostruzione genealogica, sembra riprendere forti riferimenti letterari. E quindi la forza di intimidazione scaturirebbe da questa aura di criminalità che però ha come destinatari non i funzionari corrotti, ma i potenziali o effettivi concorrenti economici delle imprese mafiose. Bene, è coerente questo discorso con la specificità dell'articolo 416 bis? Si tratta di valutare, da un punto di vista giuridico, quanto questa operazione corrisponda alle capacità di prestazione dell'art 416 bis. Si dice: "In ogni caso, però, sul piano giuridico penale, possiamo considerare acquisito un dato rilevante: a onta della sua complessità strutturale, la fattispecie incriminatrice di associazione mafiosa si conferma strumento normativo assai duttile e suscettibile di performances verosimilmente non del tutto esplorate"⁸. Si apprezzerrebbe, insomma, la duttilità della fattispecie dell'art. 416 bis, che, per quanto già detto, dovrebbe invece presentare dati strutturali ben più complessi rispetto all'art. 416, per la cui sussistenza basta dimostrare l'apparato organizzativo e la finalità di commettere più delitti: un dato coerente con il formidabile impatto sanzionatorio e le conseguenze processuali e penitenziarie. Ma proprio da ciò dovrebbero discendere indicazioni contrarie rispetto alla idea di una sua virtuosa duttilità. (...) Dedurre l'esercizio in atto del metodo mafioso nel contesto sociale della capitale, solo da elementi episodici di questo genere non ci sembra sufficiente. Se poi si prova a dire che i funzionari pubblici cedevano perché intimiditi, sconvolgiamo lo schema plurisoggettivo della corruzione: da una parte abbiamo la, invero improbabile, ipotesi speciale di concorso dell'art. 54, 3° comma c.p., dall'altro la questione dell'omertà indotta. Un requisito per così dire consustanziale alla corruzione passiva".

E concludevamo: "Insomma, un ginepraio".

2. La sentenza d'appello. La sentenza di primo grado è stata oggetto di gravame sia da parte della Procura di Roma, sia da parte della Procura Generale presso la

⁷ Sul tema, si veda: G. INSOLERA, *La criminalità politico amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2011, 584 ss.

⁸ C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, cit..

Corte d'Appello di Roma e il processo d'appello, che si è tenuto nella primavera-estate del 2018, ha ribaltato le conclusioni dei giudici di primo grado, riconoscendo – solo per taluni degli imputati – la sussistenza del reato di associazione di tipo mafioso⁹.

Richiamate numerose massime in materia di *piccole mafie* e *mafie etniche* “La Corte, sulla base del contenuto delle intercettazioni telefoniche e ambientali, dei servizi di osservazioni e dei documenti acquisiti nonché delle deposizioni rese nel corso del dibattimento, ha ricostruito le responsabilità per i singoli reati-fine e ha accertato altresì che, nel periodo dal settembre 2011 al dicembre 2014 (data degli arresti) Carminati, Buzzi e gli altri associati hanno agito con l'intimidazione del loro vincolo associativo suscitando condizioni di assoggettamento e di omertà, sia nel settore del recupero crediti sia nel settore amministrativo ed economico per l'acquisizione di appalti mediante corruzioni e turbative d'asta”.

Vale la pena riportare parte di quelle massime, estrapolate dal § 8.6 della sentenza, rubricato “*Principi di diritto*”, che rappresenta, tra l'altro, un utile aggiornamento sui più recenti approdi giurisprudenziali in materia di *metodo mafioso*.

Secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 24535 del 10.4.2015 e quella in pari data n. 24536, il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.) introdotto dalla legge 13.9.1982 n. 646 “è stato concepito – e soprattutto normativamente caratterizzato – in funzione di un'associazione di tipo mafioso a sottolineare che la mafia storica siciliana, era soltanto il tipo o l'archetipo di un reato chiaramente e decisamente applicabile ad ogni associazione delinquenziale che ne riproducesse le caratteristiche strutturali essenziali (Cass. 5.5.2010, n. 24803)”. Il dato, del resto, continua la sentenza n. 24535/2015, “viene ribadito in modo quanto mai chiaro dal fondamentale comma 3 della disposizione, che proprio nel delineare le indefettibili caratteristiche strutturali che l'associazione deve possedere qualifica ancora l'associazione punibile ex art. 416 bis c.p. come di tipo mafioso. Infine l'art. 416 bis, ult. co., prevede che il reato valga anche nei confronti della camorra e delle altre associazioni comunque localmente denominate”.

La stessa sentenza ha chiarito che la giurisprudenza della Cassazione ha “da tempo legittimato l'applicazione del reato in esame ad associazioni di tipo mafioso diverse da quelle storiche italiane, anche a matrice straniera (v. ad es. Sez. 6, n. 35914 del 30.5.2001) enunciando il principio secondo cui il modello di reato in esame è configurabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività, a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà (Sez. 6, 13.12.1995, Abo El Nga Mohamed).”

È questo il viatico all'esame delle due sentenze della Cassazione, già richiamate, rese nella fase cautelare del procedimento.

⁹ Corte d'Appello di Roma, sent. 10010/2018, inedita.

Va ora precisato che la Cassazione con le due predette sentenze del 10.4.2015, emesse in sede cautelare, si è pronunciata su ricorsi proposti avverso l'ordinanza 17 e 23 dicembre 2014 del Tribunale del riesame di Roma che avevano confermato l'ordinanza in data 28 novembre 2014 del Gip, il quale aveva applicato la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti, fra gli altri, degli attuali appellanti ai quali era stato imputato il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. per aver fatto parte di un'unica associazione per delinquere di stampo mafioso operante in Roma per commettere delitti di estorsione, usura, riciclaggio, corruzione di pubblici ufficiali e per acquisire direttamente o indirettamente la gestione e il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici.

Nella prima delle due sentenze (la n. 24535/15) la Cassazione richiamando il precedente del 12.6.1984 n. 713 ha chiarito che nello schema normativo previsto dall'art. 416-bis c.p. rientrano, oltre le grandi e tradizionali mafie, anche le nuove e piccole associazioni di mafia disancorate dalle mafie storiche radicate sul territorio le quali, anche se sono composte da poche persone e non hanno un esteso controllo sociale e territoriale, rientrano nell'espressione "*di tipo mafioso*" se si avvalgono di metodi mafiosi e quindi della forza di intimidazione e della condizione di assoggettamento e di omertà. In definitiva, secondo la Cassazione, l'associazione mafiosa è quella che, qualunque ne siano l'origine e la struttura, usa, o intende usare, la forza di intimidazione il cui timore suscita all'esterno un clima di assoggettamento e omertà come conseguenza di una "*fama criminale*" consolidatasi in forza di precedenti atti di violenza e sopraffazione.

In una precedente sentenza (n. 44315 del 12.9.2013, Cicero) la Cassazione, nello spiegare lo stesso concetto che l'associazione mafiosa è tale se ha conseguito in concreto nell'ambiente nel quale essa opera una effettiva capacità di intimidazione, aveva affermato che la violenza e la minaccia, rivestendo natura strumentale nei confronti della forza intimidatrice, costituiscono un accessorio eventuale o, meglio, latente, della stessa, ben potendo derivare dalla semplice esistenza e notorietà del vincolo associativo. La violenza e la minaccia, quindi, non costituiscono modalità con cui deve sempre manifestarsi all'esterno la condotta degli agenti, dal momento che le condizioni di assoggettamento e di sudditanza psicologica e gli atteggiamenti omertosi possono costituire, più che l'effetto di singoli atti di sopraffazione, la conseguenza del prestigio criminale dell'associazione, che, per la sua fama negativa e per la capacità di lanciare avvertimenti anche simbolici ed indiretti, si accredita come temibile ed effettivo centro di potere.

Più recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno ribadito che la forza di intimidazione può esplicarsi in un limitato territorio o settore (sentenza n. 1586 Sezione II dep. 21.7.2017, Pau) e che non è necessario il controllo di una determinata area territoriale ma sono sufficienti specifiche condizioni di omertà e non una omertà immanente e permanente (sentenza n. 2158 Sezione II dep. 8.11.2017, Bivol Pavel).

Quest'ultima sentenza richiamando le due sentenze n. 24535/15 e 24536/15 ha escluso che il riflesso esterno della forza intimidatrice debba tradursi necessaria-

mente nel controllo di una determinata area territoriale, e ha affermato che ai fini della configurabilità del reato non è necessaria *“la presenza di un’omertà immanente e permanente, ma è sufficiente che la forza intimidatrice autonoma del sodalizio sia in grado di ingenerare specifiche condizioni di omertà”*.

La Cassazione nella sentenza n. 24535/15 ha pure affermato che il termine intimidazione ricomprende ogni espressione di forza, anche quella volta a limitare le condizioni economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti.

Questa interpretazione risponde al significato letterale del termine intimidire che rappresenta lo stato di chi, anche se non prova un vero e proprio sentimento di paura, è intimidito appunto perché è costretto a determinarsi in modo diverso rispetto a quello che avrebbe scelto nel proprio interesse, *“a desistere da un’azione, anche giusta”*.

Nella sentenza Teardo n. 11204 del 10.6.1989, già era detto che *“l’attività intimidatrice può estrinsecarsi attraverso la minaccia dell’esclusione dalle gare di appalto se non ci si fosse adeguati alla pretesa”* sicché ai soggetti passivi del reato *“non era lasciata alcuna alternativa al preciso dilemma o pagare o essere esclusi dagli appalti con gravi conseguenze per la sopravvivenza delle loro imprese”*. Era altresì spiegato che *“fra le possibili ritorsioni che portano a una condizione di assoggettamento e alla necessità dell’omertà vi è anche quella che possa mettere a rischio la pratica possibilità di continuare a lavorare. A tale ultimo fine non è necessario che le conseguenze minacciate si verifichino ma è sufficiente che esse ingenerino il ragionevole timore che induca al silenzio e all’omertà. Deve quindi ritenersi non necessaria ai fini della configurabilità dell’associazione mafiosa un’omertà immanente e permanente ma basta che la forza intimidatrice dell’associazione sia in grado di ingenerare specifiche condizioni di omertà”*.

La più recente sentenza Sez. II n. 24851 del 4.4.2017, Garcea ha ribadito che *“laddove la carica intimidatrice sia – per scelta criminale – diretta al controllo di realtà economiche ben determinate (...) non è necessaria la prova che l’impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione”* e che *“la permeabilità del contesto sociale all’uso strumentale dell’intimidazione mafiosa è una variabile fortemente condizionata dal più o meno spiccato senso civico e dallo sviluppo di un adeguato livello di legalità che portano ad un inevitabile scollamento tra l’obiettivo espressione intimidatoria dell’associazione e l’effettiva penetrazione sociale, sicché il postulato di una necessaria incisione della realtà in termini macroscopici non appare rispondente ai parametri di concreta offensività della fattispecie”*.

Anche la sentenza Sez. VI n. 57896 del 26.10.2017, Fasciani, in materia di mafie *“non storiche”* e *“non tradizionali”* ha affermato il principio che *“la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l’incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale”*.

Per quanto riguarda l'esteriorizzazione della forza di intimidazione senza condotte violente la Cassazione (Sezione VI n. 41722 del 13.6.2017, Vicidomini) interessandosi di un gruppo criminale derivato da un clan mafioso originario ha richiamato *“l'indirizzo interpretativo maggioritario e più consolidato per il quale, ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen., occorre che l'associazione abbia conseguito in concreto, nell'ambiente in cui opera, un'effettiva capacità di intimidazione che deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, quale forma di condotta positiva”* e ha ribadito che *“per integrare il delitto di associazione mafiosa è necessaria, oltre alla sussistenza del vincolo associativo, un'attività esterna obiettivamente riscontrabile e concretamente percepibile”*, affermando che la *“capacità di intimidazione non presuppone necessariamente il ricorso alla violenza o alla minaccia da parte dell'associazione o dei singoli partecipi”* *“ben potendo quest'ultima esplicitarsi, tuttavia, anche con il compimento di atti che siano non violenti, ma espressione della esistenza attuale della fama criminale e della notorietà del vincolo associativo”* (cd. prestigio criminale). La Corte di Cassazione ha ritenuto *“ragionevole affermare, soprattutto per i gruppi criminali di nuova formazione”* che *“i comportamenti diretti a costruire la capacità d'intimidazione al sodalizio, a strutturare il prestigio criminale, a far “intendere e percepire” alla comunità la esistenza della forza intimidatrice”* si collocano, *“conformemente a quanto si afferma anche in dottrina, in una fase antecedente (e, quindi, esterna) rispetto al momento in cui si configura l'associazione criminale mafiosa”* da un lato ritenendo *“necessaria ai fini della configurazione del reato la prova che il sodalizio, in quanto fluido o di nuova formazione, sia già titolare di una capacità di intimidazione attuale ed obiettivamente percepibile”* e, dall'altro, precisando che, *“fino al momento in cui non vi sia la prova dell'acquisizione di tale capacità, anche il compimento di singoli atti di violenza o minaccia si collocano all'esterno della fattispecie incriminatrice”*.

Nella sentenza Barba (Cass. Sez. VI n. 50064 del 16.9.2015) è ribadito che *“In tema di associazione per delinquere, il metodo mafioso deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione quale forma di condotta positiva, come si evince dall'uso del termine “avvalersi” contenuto nell'art. 416 bis cod. pen. ed esso può avere le più diverse manifestazioni, purché l'intimidazione si traduca in atti specifici, riferibili a uno o più soggetti”* e nella sentenza Paletta (Cass. Sez. VI n. 34874 del 15.7.2015) è pure ribadito che *“Ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen., è necessario che l'associazione abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente nel quale essa opera, e sia pure limitatamente ad un determinato settore, un'effettiva capacità di intimidazione”*.

Anche le recenti sentenze PG in proc. Pesce (Sez. I n. 55359 del 17.6.2016), Milite (Sez. VI n. 27094 dell'1.3.2017) e Cataldo (Sez. II n. 24850 del 28.3.2017) pronunciandosi, rispettivamente, la prima a proposito di una diramazione associativa costituita fuori dal territorio di origine e le altre due a proposito di associazioni di tipo mafioso di nuova formazione, hanno affermato che è imprescindibile la verifica in concreto della manifestazione all'esterno del metodo mafioso, di una

reale capacità di intimidazione, effettivamente e obiettivamente riscontrabile, presupposto costitutivo della fattispecie.

Va pure rilevato che il Primo Presidente della Corte di Cassazione, chiamato a pronunciarsi sulla necessità di rimettere la questione dell'estrinsecazione del metodo intimidatorio all'attenzione delle Sezioni Unite, in data 28.04.2015 ha evidenziato l'assenza di un contrasto poiché nelle sentenze ritenute esplicative del contrasto in realtà poteva desumersi il seguente principio condiviso: *“l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti (così, tra le altre Sez. 1 nr. 25242 del 16.05.2011, Rv. 250704)”*.

Secondo il Primo Presidente il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. ha natura di reato di pericolo, ma comunque la forza di assoggettamento del gruppo deve essere, pur nella sua potenzialità, percepita all'esterno.

E su questa scia la Corte di Cassazione con le sentenze nr. 1483/2015 e 1484/2015 (ric. Nesci e Albanese), depositate in data 6.8.2015, ha affermato che *“in mancanza della prova di specifici atti di intimidazione e di violenza, la forza intimidatrice può essere desunta sia da circostanze obiettive, atte a dimostrare la capacità dell'associazione di incutere timore, sia dalla generale percezione che la collettività abbia della efficienza del gruppo criminale che, per la sua fama negativa e per la capacità di lanciare avvertimenti, anche simbolici ed indiretti, si sia accreditata come un centro di potere malavitoso temibile ed effettivo”*.

Quanto alla condizione di assoggettamento e omertà che è necessaria per completare la configurabilità dell'associazione di stampo mafioso, la Cassazione con la menzionata sentenza n. 24535/15, richiamando la giurisprudenza consolidata, ha ritenuto che per la sua sussistenza: *“non è affatto necessaria una generalizzata e sostanziale adesione alla subcultura mafiosa, né una situazione di così generale terrore da impedire qualsiasi atto di ribellione e qualsiasi reazione morale alla condizione di succubanza, ma basta che il rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato sia sufficientemente diffuso, anche se non generale; e che tale atteggiamento sia dovuto alla paura non tanto di danni all'integrità della propria persona, ma anche solo alla attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti; e pure che sussista la diffusa convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria - denunciando il singolo che compie l'attività intimidatoria - non impedirà che si abbiano ritorsioni dannose per la ramificazione dell'associazione, la sua efficienza, la sussistenza di altri soggetti non identificabili e forniti di un potere sufficiente per danneggiare chi ha osato contrapporsi”*.

La Cassazione nella stessa sentenza n. 24535/15 ha quindi formulato il seguente principio di diritto:

“Ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento ed omertà può essere diretta tanto a minacciare la vita o l'incolu-

mità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politiche ed elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nell'assegnazione di appalti, nel rilascio di concessioni, nel controllo di settori di attività di enti pubblici o di aziende parimenti pubbliche, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca o non sia contiguo al sodalizio”.

Ciò enunciato in punto di diritto, la stessa sentenza n. 24535/15, esaminando le censure in ordine alla fusione di due gruppi criminali facenti capo a Carminati e a Buzzi e operanti l'uno in corso Francia e l'altro in via Pomona e all'ipotizzata associazione di stampo mafioso, ha disatteso le censure circa la gravità indiziaria del verificarsi di tale fusione e ha ritenuto, ovviamente a livello di indizi (data la fase cautelare), che erano stati provati numerosi fatti sintomatici del condizionamento provocato dall'esercizio, talora solo accennato e in altre occasioni concretamente sprigionatosi, della forza intimidatrice della nuova associazione in un contesto di assoggettamento e di omertà in cui soggiacevano le persone offese dagli associati le quali non avevano denunciato alle competenti autorità le pressioni ricevute e i torti subiti.

Poste queste premesse, la Cassazione, come si è prima detto, sempre nella sentenza n. 24535/15 ha ritenuto che la menzionata ordinanza del Tribunale del riesame di Roma in data 17.12.2014, pur nel quadro cognitivo delimitato dalla natura cautelare del giudizio, aveva adeguatamente motivato i vari indizi di fatto che facevano ritenere la configurabilità di un'unica associazione di stampo mafioso facente capo a Carminati e a Buzzi, indizi che così sono stati precisati nella sentenza:

- le origini e il progressivo consolidamento della “fama criminale” dell'associazione;
- il successivo ampliamento della sua base operativa, con lo sfruttamento, anche attraverso atti concreti posti in essere da più membri del sodalizio, della forza di intimidazione scaturente da un vincolo associativo al fine di condizionare l'avvio, lo svolgimento e la definizione di pubbliche gare;
- l'incidenza determinante esercitata nella individuazione e nella conseguente nomina di funzionari compiacenti in posizioni apicali o di vertice dell'Amministrazione, le cui competenze tecniche di ordine generale sono state distorte per soddisfare gli obiettivi del sodalizio nei settori di suo specifico interesse;
- un quadro di sistematica strumentalizzazione, a vantaggio dell'associazione, di atti amministrativi i cui evidenti vizi, di merito o di legittimità, non risultano essere stati in alcun modo sanzionati proprio grazie alla diffusa condizione di assoggettamento e di omertà che la stessa ha prodotto nella realtà esterna;
- le strette relazioni intessute con altri gruppi criminali e, soprattutto, con esponenti di altre associazioni mafiose, nell'elaborazione di una comune strategia di intervento in settori di reciproco interesse;

- le tecniche di “avvicinamento” verso le energie imprenditoriali della società civile, da volgere a proprio favore attraverso l’instaurazione di rapporti di reciproco scambio consistenti, per gli imprenditori affiliati all’organizzazione – e dai Giudici di merito, dunque, ritenuti “collusi” – nel ricevere vantaggi al fine di imporsi sul territorio in posizione tendenzialmente dominante, e, per il sodalizio criminoso, nell’ottenere una serie di risorse, servizi o utilità per allargare ulteriormente il suo ambito operativo.

La forza dei principi di diritto espressi dalla Corte di Cassazione non può essere ignorata quando la Corte, pur nella fase cautelare e dunque a livello di indizi, si è pronunciata sui medesimi fatti che sono oggetto del successivo giudizio di merito. È ovvio che la decisione assunta dalla Cassazione in quella sede non può mai avere valore di giudicato. Ma ferma restando la piena autonomia del giudice di merito di accertare i fatti e applicare il diritto, ove i fatti accertati in questa sede di appello dovessero corrispondere a quelli considerati dalla Cassazione nella precedente fase cautelare, non potrebbe questa Corte (e non poteva il Tribunale) non tenere conto (anche disattendendoli, ma motivatamente) dei principi di diritto sulla configurabilità del delitto di associazione di stampo mafioso che nell’ambito di questo procedimento la Cassazione ha affermato seguendo un consolidato solco interpretativo.

La sentenza n. 2158 dell’8.11.2017, Bivol Pavel ha pure affermato che *“sotto il profilo probatorio, la giurisprudenza di legittimità ha reiteratamente precisato che in tema di associazione per delinquere, anche di stampo mafioso, è consentito al giudice, pur nell’autonomia del reato mezzo rispetto ai reati fine, dedurre la prova dell’esistenza del sodalizio criminoso dalla commissione dei delitti rientranti nel programma comune e dalle loro modalità esecutive, posto che attraverso essi si manifesta in concreto l’operatività dell’associazione medesima”*.

È su questa impalcatura concettuale che si regge la decisione della Corte d’appello di Roma.

Secondo i giudici, l’associazione di Buzzi e Carminati – che avrebbe avuto rapporti con le *altre* mafie romane¹⁰ – è stata la risultante di due progetti espansionistici: quello di chi (Carminati e il gruppo del distributore Eni di Corso Francia), venendo dalla criminalità comune, voleva inserirsi anche nel settore amministrativo e imprenditoriale nel quale da tempo operavano altri associati (Buzzi e i suoi più stretti collaboratori nella gestione delle Cooperative del gruppo “29 giugno”) a loro volta interessati ad utilizzare la fama criminale e i rapporti politici dei primi.

La forza di intimidazione scaturente dal sodalizio sarebbe stata particolarmente rivolta al settore imprenditoriale e a quello dei pubblici funzionari, per comprimere ulteriormente attività concorrenziali rispetto agli interessi del sodalizio, già fortemente pregiudicati dal sistematico ricorso ad attività corruttive.

Ulteriori elementi a sostegno delle tesi d’accusa vengono poi ricavati dall’attività di intimidazione posta in essere dai vertici dell’associazione e in particolare da colui che ne è sempre stato indicato come il capo.

¹⁰ Senese, Diotallevi, Fasciani, Denaro, espressamente richiamate al § 8.7 delle motivazioni.

Ne sarebbe così derivato uno stato di assoggettamento e omertà, “*nel settore economico e in quello della pubblica amministrazione, dove la percezione esterna della forza intimidatrice espressa dal sodalizio, come si è visto, è stata talmente radicata e pervasiva, che nessuno, in sede politica ovvero giudiziaria, ha mai osato innalzare una voce di dissenso, o sporgere formali atti di denuncia*”.

In sintesi, Mafia Capitale fu una associazione di tipo mafioso di nuova formazione, di piccole dimensioni, che operò per tre anni in un ambito territoriale piuttosto limitato.

Proprio per queste sue caratteristiche l’associazione ha cessato la sua operatività con gli arresti del dicembre 2014, che coinvolsero i capi e quasi tutti gli altri associati.

Anche l’amministrazione giudiziaria dell’associazione ne ha disarticolato l’organizzazione impedendo l’ulteriore prosecuzione della sua attività.

Pertanto, non può essere applicata alla fattispecie la massima secondo cui “*in tema di delitto associativo di stampo mafioso, l’arresto non sempre interrompe la permanenza nel reato, giacché l’associato può ben continuare a far parte del sodalizio e mantenere i contatti con i complici in libertà anche durante lo stato di detenzione*” (così Cass. n. 1793/94).

3. *Verso i titoli di coda.* Abbiamo visto che, secondo la Corte d’appello di Roma, Mafia Capitale è stata una piccola – piccolissima – mafia, disarticolata con l’arresto dei suoi pochi membri, puniti con pene inferiori a quelle comminate in primo grado applicando ai suoi membri il reato associativo *comune* di cui al 416 c.p.

Non è difficile prevedere che questa impostazione, che si rinsalda, corroborandolo con le risultanze probatorie emerse nella fase dibattimentale di primo e secondo grado, al giudicato cautelare, sia destinata a trovare definitivo suggello in Cassazione.

Ci apprestiamo così a seguire la terza e – salvo sorprese – ultima stagione di questa serie¹¹.

È assai probabile che la Corte, seguendo la propria precedente giurisprudenza, sia portata ad accogliere questa visione *fluida* della forza di intimidazione propria del metodo mafioso, slegata dall’utilizzo di metodi violenti e fondata sulla capacità del sodalizio criminale di avere rapporti con apparati “deviati” dello Stato: servizi segreti e forze dell’ordine da un lato, funzionari corrotti dall’altro¹².

¹¹ Che arriverà dopo la seconda stagione di *Suburra*, serie Netflix ripresa da una fortunata serie di libri pubblicati da Giancarlo De Cataldo e Carlo Bonini proprio a ridosso del disvelamento del *Mondo di Mezzo* capitolino. (G. DE CATALDO G.-C. BONINI, *Suburra*, Torino, 2013, e ID., *La notte di Roma*, Torino, 2015). A dimostrazione che il formante *popolare* nella costruzione della mitologia mafiosa – sin dai tempi dell’opera teatrale *I mafiosi della Vicaria*, scritta nel 1863 da Giuseppe Rizzotto e Gaspare Mosca – mantiene inalterata la propria funzione simbolica, si limita a seguire l’evoluzione dei *media* attraverso i quali viene veicolata.

¹² L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, cit., 3.

Del resto, è la stessa filosofia che permea le sentenze rese nei processi a carico delle *locali* di 'ndrangheta operanti nel nord Italia, considerate tanto più pericolose quanto più silenziose, difficili da riconoscere, sostanzialmente diverse dai sodalizi-matrice operanti al sud.

Eppure.

Difficile non vedere in questa faticosa esegesi, volta a valorizzare elementi periferici della fattispecie – come il riferimento al numero minimo di aderenti – e a svilire l'essenza del reato associativo di stampo mafioso – il *metodo* – la rincorsa ad uno *Zeitgeist* che vuole nel riconoscimento della *mafiosità* un valore in sé, tale da porre in secondo piano persino la riduzione delle pene comminate in primo grado.

Un'ultima considerazione.

Ci pare che queste vicende, ormai, non interessino quasi più nessuno.

L'opinione pubblica, per mesi letteralmente *bombardata* di notizie su *Mafia capitale*, ha assimilato il messaggio.

La Capitale d'Italia è infetta.

Fasciani, Spada, Casamonica, Carminati: le *famiglie* romane si contendono e dividono il territorio come un tempo avveniva nei mandamenti palermitani.

L'effetto è raggiunto: nell'inconscio collettivo, la mafia è dappertutto.

A ricomporre i cocci, restano pochi addetti ai lavori.

Ai quali resta da chiedersi se questa peculiare forma di manifestazione del metodo mafioso, fondata sulla sistematica disarticolazione del disegno complessivo descritto dal terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., al quale viene sovrapposta una lettura atomistica – e spesso riduttiva – di ciascuno degli elementi che lo compongono, sia l'approccio corretto per rapportarsi al fenomeno mafioso, che è cosa ben diversa, ad esempio, dal comune *gangsterismo*.

SCHEDA DI TOMMASO GUERINI

Tommaso Guerini: tommaso.guerini@unibo.it

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

LA QUESTIONE PENITENZIARIA OGGI TRA DECRETI LEGISLATIVI E PRASSI AMMINISTRATIVE

MODERATORE: Gaetano Insolera

RELATORI: Davide Bertaccini, Desi Bruno e Antonio Ianniello

16 aprile 2019

Ad ottobre 2018 l'attuale Governo ha licenziato la versione definitiva della "riforma dell'ordinamento penitenziario".

Il precedente Ministro della Giustizia, sotto la forte pressione della condanna europea per il sovraffollamento carcerario, aveva promosso un composito disegno di legge di iniziativa governativa, datato 23 dicembre 2014 e intitolato Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena, avviando in parallelo il lavoro dei Tavoli tematici degli Stati generali dell'esecuzione penale, istituiti con decreto dell'8 maggio 2015, per orientare la definizione dei principi e dei contenuti del processo di delega in materia penitenziaria. Dopo due anni e mezzo dalla sua presentazione, quel disegno di legge veniva approvato con l. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario) e per l'attuazione della relativa delega penitenziaria lo stesso Ministro nominava tre Commissioni di studio sui decreti legislativi, di cui al decreto del 17 luglio 2017, che elaborarono lo schema dei contenuti dei decreti delegati, presentati nel corso di tale legislatura.

Il percorso legislativo che ne è seguito è stato altrettanto lungo e complicato, dopo due testi proposti su cui lo scorso Governo aveva raccolto i pareri resi dall'allora Parlamento, ma non li aveva concretamente emanati prima della fine della legislatura, mentre il Governo attuale è ricorso alla proroga per esercitare la delega dopo la scadenza del termine, grazie alla quale ha completato il processo di emanazione dei decreti legislativi che sono oggi definitivamente vigenti.

Il significato complessivo dell'intera vicenda si può cogliere in queste due contrapposte dichiarazioni ufficiali. Il precedente Ministro proponente, sotto la forte pressione della condanna europea per il sovraffollamento carcerario, aveva inteso

agire, secondo le sue parole, per “rendere il più possibile concreto il principio rieducativo, riempiendo di senso e di contenuti il tempo della pena, nell’ottica del recupero e del reinserimento sociale del condannato”. L’attuale Governo delegato, rifacendosi al tenore negativo dei pareri resi dalle nuove Commissioni competenti sulla versione anteriore degli strumenti attuativi, ha invece giustificato la “scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell’accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi” (art. 1, c. 85, lett. b, c ed e, l. 103/2017) e ha pertanto vantato l’elaborazione di un “testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente, con conseguente superamento dell’assetto complessivo della riforma”.

Messe da parte le legittime aspettative che la mancata riforma aveva sollevato in particolare presso la popolazione detenuta, agli osservatori interessati alla questione penitenziaria non resta quindi che fare i conti con la misera concretezza della giunta novella, più che per ciò che era o che poteva essere, piuttosto per ciò che è e che potrà essere il nuovo corpo della disciplina penitenziaria nel nostro paese.

Dei tre decreti legislativi, pubblicati il 26 ottobre 2018 e datati 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124, ci si propone di discutere in modo disincantato sulle nuove previsioni della disciplina sostanzialistica dell’esecuzione penitenziaria nei confronti dei ristretti adulti, con particolare riguardo alle più significative innovazioni sulla vita penitenziaria e sul lavoro penitenziario. L’analisi critica dovrà essere condotta sia in relazione al rapporto tra la legge delega e i decreti delegati, così come tra questi ultimi e le prassi penitenziarie.

Della legge delega vanno necessariamente considerati tre limiti importanti. Il primo, più trasversale, è quello della genericità, che origina dalla mancanza di un chiaro e coraggioso disegno riformistico e apre a possibili soluzioni attuative tra loro divergenti e incoerenti rispetto ai principi costituzionali e ordinamentali in materia sanzionatoria ed esecutiva. Il secondo limite, di sistema, è quello dell’equivocità, che è rinvenibile ad esempio nell’aver rinnovato talune preclusioni oggettive all’accesso alle misure alternative e agli istituti trattamentali, come nell’aver elevato la partecipazione gratuita a progetti di pubblica utilità al rango di elemento del trattamento al pari della prestazione retribuita a titolo di lavoro penitenziario. Infine, il terzo limite, di prospettiva, è quello della lacunosità, a partire dal non aver affrontato tra le altre le questioni fondamentali dell’ergastolo ostativo, del regime sospensivo speciale, dell’infermità psichica e dell’affettività.

Nei decreti delegati vanno attentamente indagati due profili problematici. Il primo, di metodo, è quello dell’aver scelto non soltanto di dare attuazione comunque parziale e sovente contraria allo spirito autentico degli specifici principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, come sulla dignità umana e sul lavoro penitenziario, ma addirittura di prevedere norme che rinviano a taluni principi e criteri direttivi non richiamati come attuati nei decreti delegati, come sulla riparazione e sull’affettività. Il secondo vizio, di contenuto, è quello di aver sovente compromesso la portata innovativa delle modifiche introdotte, mediante delle clausole di salvaguardia a vantaggio dell’amministrazione penitenziaria, che finiscono per

negare non solo la concreta attuazione, ma già l'astratta configurazione dei diritti dei ristretti, con buona pace dell'eventuale sindacato della magistratura di sorveglianza.

Le scelte operate dal legislatore delegato, tanto nelle ablazioni e negli sviamenti rispetto alle indicazioni della legge delega, quanto nel circoscrivere e nel depotenziare i contenuti delle innovazioni degli originari decreti legislativi proposti, disegnano il regresso a una portata retributiva-generalpreventiva della pena, in cui domina la pratica afflittiva e deterrente della privazione di libertà, nella forma dell'esecuzione da scontare in carcere. A questo ritorno al passato è peraltro integrata, ed è forse la novità più significativa da leggere in controluce nella trama del cambiamento, una curvatura riparativa della sanzione detentiva, che viene piegata alla soddisfazione collettiva del bisogno di assicurazione, per mezzo delle prestazioni gratuite di pubblica utilità. Il trattamento risocializzante, più che venir realmente orientato al principio rieducativo, risulta così rivisto in chiave di modesta umanizzazione della vita penitenziaria, che invece di favorire l'istanza emancipatoria e solidaristica attraverso l'incentivazione dei percorsi di recupero e di inclusione nella società, rinforza la pretesa giustizialista e punitiva propria del mantenimento delle forme di degradazione e di subordinazione del carcere.

Abbandonata la via maestra della facilitazione del ricorso alle alternative alla detenzione, così come dell'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o ritardano l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari (cui anzi il nuovo Parlamento ha aggiunto nuove preclusioni, con riferimento al divieto di concessione dei benefici per i delitti contro la pubblica amministrazione), il prossimo destino delle nuove previsioni rimane ancora affidato alle prassi burocratiche dell'amministrazione penitenziaria, assai più che alle tutele giurisdizionali della magistratura di sorveglianza.

SCHEDA DI DAVIDE BERTACCINI

Gaetano Insolera: *gaetano.insolera@unibo.it*

Davide Bertaccini: *davide.bertaccini@unibo.it*

Desi Bruno: *desi.bruno@desibrunoalex.it*

Antonio Ianniello: *garantedirittilibertapersonale@comune.bologna.it*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Art. 11 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 26 marzo 2019, Makarova e altri c. Russia (ric. nn. 53545/13 e 56703/13)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189759>

La scure di Strasburgo torna ad abbattersi sullo Stato Russo per le indebite restrizioni poste dalle autorità moscovite ai diritti di libertà garantiti dall'art. 11 Cedu.

Alcuni cittadini venivano tratti in arresto mentre manifestavano di fronte alla Duma in segno di protesta contro l'approvazione di un progetto di legge volto a vietare l'adozione di bambini di nazionalità russa da parte di cittadini statunitensi. Ai ricorrenti era stata in particolare inflitta una sanzione pecuniaria per aver disatteso le disposizioni normative domestiche che prescrivevano di comunicare l'iniziativa alle autorità competenti con un preavviso minimo di tre giorni, sebbene fosse stato materialmente impossibile esigerne nel caso di specie l'osservanza in quanto la collettività era stata informata pubblicamente del voto soltanto due giorni prima della relativa seduta.

Detto onere di preavviso s'imponeva d'altra parte per legge soltanto in presenza di eventi qualificabili come iniziative *di gruppo*, motivo per cui nella specie, secondo la ricostruzione dei fatti fornita dai ricorrenti, avrebbe comunque dovuto escludersene l'osservanza, essendosi trattato di evento caratterizzato da tante e contestuali *solo demonstration* quanti furono i manifestanti che vi avevano preso parte.

La Corte perviene all'accertamento della violazione dell'art. 11 attraverso una trama espositiva che a tratti non è parsa immune da qualche difetto in punto di chiarezza. I passaggi essenziali della decisione possono comunque essere qui ripercorsi nel modo che segue.

La Terza Sezione riconosce dapprima che la base legale interna accordava al giudice il potere di riqualificare, alla luce delle circostanze del caso concreto, una manifestazione formalmente definita dai partecipanti come solitaria in un evento sostanzialmente di gruppo – come nella specie era accaduto segnatamente *in the*

form of a "picket" (par. 39) – con conseguente applicabilità della disciplina relativa all'onere di preavviso. Ciò nondimeno, i ricorrenti si erano disposti a distanza non trascurabile gli uni dagli altri e ciascuno di essi aveva tenuto una condotta del tutto pacifica. Ne discende che quand'anche fosse stato materialmente possibile osservare i termini di preavviso previsti dalla legge, lo scopo di una simile previsione normativa, preordinata a consentire alle autorità di pubblica sicurezza di adottare misure tempestive e adeguate a tutela della collettività, sarebbe stato comunque raggiunto per effetto della particolare disposizione dei manifestanti nel caso concreto, ragion per cui il mero ripristino della legalità violata non poteva dirsi ragione sufficiente per giustificare l'adozione di una misura ritenuta non necessaria in una società democratica.

Del pari osserva la Corte che la qualificazione dell'evento nei termini di un'adunanza collettiva non avrebbe dovuto sottrarlo – ma semmai ricondurlo – alle garanzie delineate dall'art. 11, posto che l'intempestiva informazione al pubblico circa la data della discussione parlamentare ha messo i ricorrenti di fronte all'inaccettabile alternativa se rinunciare al diritto di svolgere un'assemblea pacifica ovvero esercitarlo trasgredendo le disposizioni di legge. Pertanto, anche in tale ottica l'automatismo in ordine al rispetto dei termini di preavviso si è risolto in un'interferenza incompatibile con il dettato dell'art. 11 Cedu.

LORENZO CARSETTI

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

**Corte cost., sent. n. 68 del 2019 (ud. 20 febbraio 2019, dep. 29 marzo 2019),
Pres. G. Lattanzi, Red. F. Viganò**

www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/04/03/T-190068/s1

Con la sentenza che si segnala la Consulta torna sull'istituto della messa alla prova, definendone ulteriormente disciplina e fondamenti teorici e segnatamente in questa occasione tracciando le differenze tra l'istituto previsto per i minorenni e quello omologo previsto per gli adulti.

Nello specifico, l'oggetto del giudizio costituzionalità – sollevato dalla I Sezione penale della Corte di Cassazione – è la legittimità della disciplina prevista dall'art. 29 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico dei minorenni) e dall'art. 657-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevedono che, in caso di esito negativo della messa alla prova di soggetto minorenni, il giudice determina la pena da eseguire tenuto conto della consistenza e della durata delle limitazioni patite e del comportamento tenuto dal minorenni durante il periodo di sottoposizione alla messa alla prova.

La sentenza innanzitutto rigetta l'eccezione sollevata dall'Avvocatura di Stato che aveva invocato l'inammissibilità della questione, poiché essa richiederebbe un intervento additivo della Corte volto ad introdurre nell'ordinamento una disciplina che non costituirebbe l'unica soluzione costituzionalmente obbligata (le c.d. rime costituzionali obbligate). La Corte costituzionale, confermando un orientamento già emerso in alcune sentenze precedenti (in materia penale, in particolare la sentenza n. 222 del 2018, su cui v., anche per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, INSOLERA, *Osservatorio Corte Costituzionale*, in questa rivista, supplemento *online*, n. 1/2019, p. 27 e ss.) ribadisce, al riguardo, l'ammissibilità della questione richiamando proprio la sentenza n. 343 del 1987 cui è espressamente ispirata l'ordinanza di rimessione, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 47, co. 10 l. 354/1975 (c.d. ordinamento penitenziario), nella parte in cui – in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova – non consentiva al giudice dell'esecuzione di tenere conto, nella determinazione della residua pena da scontare, delle limita-

zioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di prova. La Corte sottolinea che neppure in quel caso si trattava di una soluzione costituzionalmente obbligata, ma che allo scopo di eliminare dall'ordinamento una disciplina che costituiva un *vulnus* ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena, l'intervento si rendeva in ogni caso necessario, puntualizzando al contempo che, così come già affermava la sentenza n. 343 del 1987, «*non è certo inibito al legislatore di dettare nuove regole che, in ottemperanza al precetto costituzionale, valgono a stabilire puntuali criteri di valutazione e comparazione*».

Esaminando il merito della questione, tuttavia, la sentenza ne sancisce l'infondatezza, in considerazione delle peculiarità della disciplina della messa alla prova per i minorenni, di cui viene sottolineata innanzitutto la diversità ontologica rispetto all'istituto dell'affidamento in prova ai servizi sociali evocato dall'ordinanza di remissione modellata, come detto, sulla già richiamata sentenza n. 343 del 1987. Al riguardo, la Corte ha evidenziato che l'affidamento in prova ai servizi sociali ha chiaramente carattere sanzionatorio, atteggiandosi proprio come «*strumento di espiazione della pena, alternativo alla detenzione*», in ciò senz'altro distinguendosi dalla messa alla prova per i minorenni.

La motivazione prosegue, poi, soffermandosi partitamente sulle differenze tra la messa alla prova per i minorenni e quella per gli adulti, rispetto alla quale, con il richiamo all'art. 657-*bis* c.p.p., l'ordinanza di remissione segnalava la differenza di disciplina in caso di esito negativo della prova. La Corte, aderendo ad una interpretazione della norma largamente sostenuta in dottrina (v. ad es. FELICIONI, *Gli epiloghi*, in CONTI-MARANDOLA-VARRASO, *Nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 434; BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2014, p. 672; in senso contrario, tuttavia, v. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1273 e UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 2015, p. 728, i quali sostengono che lo scomputo del pre-sofferto sarebbe ispirato alla medesima logica di giustizia sostanziale che caratterizza la disciplina dello scomputo del periodo di custodia cautelare «*senza che nessuno possa dubitare circa la diversità ontologica tra misura cautelare e sanzione*») afferma che la regola prevista dall'art. 657-*bis* c.p.p. è fondata sulla necessità di scomputare dalla pena ancora da eseguire il periodo in cui il soggetto è stato sottoposto a prescrizioni di carattere chiaramente afflittivo sia pur in misura minore rispetto alla pena.

Infatti, ribadendo la duplice natura processuale e sostanziale dell'istituto (già affermata nelle sentenze n. 91 del 2018 e n. 231 del 2018, su cui v. già FE. MAZZACUVA, *Osservatorio Corte Costituzionale*, in questa rivista, supplemento online, n. 1/2019, p. 40 e ss.), la Corte sottolinea che la messa alla prova per gli adulti è «*un vero e proprio trattamento sanzionatorio, ancorché anticipato rispetto all'ordinario accertamento della responsabilità dell'imputato e rimesso comunque – a differenza delle pene – alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte del soggetto*». Sottolinea, inoltre, che essa prevede obblighi che incidono significativamente sulla

libertà personale e che le prescrizioni cui il soggetto è vincolato sono pur sempre parametrizzate alla gravità del reato commesso, come dimostra la stessa disciplina, la quale prevede in primo luogo una limitazione del beneficio soltanto ai reati meno gravi (art. 168-bis c.p.), poi una durata variabile a seconda della gravità del reato contestato (art. 464-quater, co. 5, c.p.p.) ed, infine, la valutazione circa l'idoneità del programma effettuata con riguardo ai parametri sanciti dall'art. 133 c.p. (art. 464-quater co. 3 c.p.p.), vale a dire i medesimi parametri normativamente previsti per la commisurazione della pena, incentrati – come noto – sulla gravità oggettiva e soggettiva del reato.

Significativamente diverso il contenuto della messa alla prova per i minorenni (anche tale aspetto era stato largamente segnalato in dottrina, v. ad es. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 664, il quale afferma addirittura che «non esistono punti di contatto» tra la disciplina della messa alla prova degli adulti e quella dei minori). In primo luogo, la “messa alla prova” cui il minore è sottoposto è tendenzialmente svincolata dalla gravità del reato commesso, come si desume dal fatto che è ammessa per ogni reato, ha una durata omogenea (salva l'ipotesi dei reati puniti con pena superiore nel massimo a 12 anni, per i quali è previsto un periodo più lungo) così come non vi è il riferimento ai parametri previsti dall'art. 133 c.p. per la valutazione di idoneità del programma; inoltre, anche il contenuto delle prescrizioni stesse appare significativamente diverso, non comparando l'obbligo di prevedere lavori di pubblica utilità (condizione necessaria – al contrario – per l'ammissione alla messa alla prova per gli adulti) ed essendo il programma di messa alla prova «esclusivamente orientato a stimolare un percorso (ri)educativo del minore, finalizzato all'obiettivo ultimo di una “evoluzione della sua personalità” nel senso del rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile, al cui riscontro è subordinata la stessa valutazione di esito positivo della messa alla prova (art. 29 del d.P.R. n. 448 del 1988)».

Questo vale anche per le prescrizioni che limitano la libertà di autodeterminazione o di movimento dell'imputato, pure previste dalla disciplina del d.P.R. n. 448 del 1988, che contempla anche la possibilità di imporre la frequenza di corsi scolastici o professionali, percorsi terapeutici, attività di volontariato e la residenza in specifici luoghi come le case-famiglia, le quali sono in realtà delle «occasioni educative, volte a stimolare nel giovane un percorso di revisione critica del proprio passato e un correlativo processo di cambiamento». Come chiosa la Corte «[q]ualsiasi percorso educativo, d'altronde, passa necessariamente attraverso l'imposizione di regole, che limitano nell'immediato la libertà di individui la cui personalità è ancora in formazione» e, quindi, voler individuare un contenuto afflittivo in tali prescrizioni «significherebbe fraintendere il loro significato, con il rischio per di più di incentivare condotte opportunistiche da parte dell'imputato».

ANNARITA DE RUBEIS

**Corte cost., sent. n. 40 del 2019 (ud. 23 gennaio 2019, dep. 8 marzo 2019),
Pres. G. Lattanzi, Red. M. Cartabia**

www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/03/13/T-190040/s1

1. Dopo avere giudicato inammissibili numerose questioni simili nel corso degli ultimi anni¹, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 73, c. 1, T.U. Stup., nella parte in cui commina la pena minima della reclusione di otto anni per i reati "non lievi" aventi ad oggetto droghe cd. pesanti, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost². Successivamente alla "reviviscenza" della distinzione *quoad poenam* in base alla qualità dello stupefacente – in seguito alla celebre sentenza n. 32/2014³ della Corte costituzionale, e dopo gli ulteriori interventi normativi sul reato autonomo del fatto di lieve entità (art. 73, c. 5, T.U. Stup.)⁴ – era parsa evidentemente incoerente una sanzione edittale minima *superiore di ben quattro anni* rispetto a quella massima, "indifferenziata" tra droghe cd. pesanti e cd. leggere, prevista dalla fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, c. 5, T.U. Stup. (reclusione da sei mesi a quattro anni, oltre alla multa).

2. Il giudice rimettente⁵ riconduceva la fattispecie oggetto di giudizio nella cornice legale dell'art. 73, c. 1, T.U. Stup., rilevando, tuttavia, che il limitato disvalore concreto della condotta si collocava in una "zona grigia", al *confine* tra il fatto di lieve entità e quello di non lieve entità, non idonea a porsi in ragionevole rapporto di corrispondenza con una sanzione edittale minima di otto anni di reclusione.

¹ Corte cost., sent. 13 gennaio 2016 (dep. 11 febbraio 2016), n. 23, Pres. Criscuolo, Rel. Cartabia; Corte cost., sent. 1 giugno 2016 (dep. 16 giugno 2016), n. 148, Pres. Grossi, Rel. Cartabia; Corte cost., sent. 7 giugno-13 luglio 2017, n. 179, Pres. Grossi, Red. Cartabia; Corte cost., ord. 6 giugno-13 luglio 2017, n. 184, Pres. Grossi, Red. Cartabia, tutte in www.cortecostituzionale.it. Per un quadro sull'evoluzione giurisprudenziale: P. INSOLERA, *Reati in materia di stupefacenti e dialogo tra le corti*, in AA.Vv., *I reati in materia di sostanze stupefacenti (e criminalità organizzata)*, L. Della Ragione-G. Insolera- G. Spangher (a cura di), Milano, 2019, 89 ss., 124 ss.

² Corte costituzionale, 8 marzo 2019 (udienza 23 gennaio 2019), n. 40, Pres. Lattanzi – Rel. Cartabia, in www.penalcontemporaneo.it, con nota parzialmente critica di C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, 18 marzo 2019.

³ Corte cost., 25 febbraio 2014 (udienza 11 febbraio 2014), n. 32, Pres. Silvestri – Rel. Cartabia, in www.cortecostituzionale.it.

⁴ Il d.l. n. 146/2013 (conv. con mod. dalla l. n. 10/2014), ha trasformato la circostanza attenuante delle condotte di lieve entità, prevista dall'art. 73, c. 5, T.U. Stup., in fattispecie autonoma di reato, diminuendo inoltre la pena edittale massima a cinque anni di reclusione (precedentemente il limite massimo era di sei anni di reclusione). Successivamente, il d.l. n. 36/2014, conv. con mod. dalla l. n. 79/2014, ha ulteriormente abbassato la tariffa sanzionatoria massima, portandola agli attuali quattro anni di reclusione.

⁵ Corte di appello di Trieste, ord. 6 marzo 2017 (17 marzo 2017), Pres. Rifiorati, Est. Carlesso, in www.penalcontemporaneo.it, con nota di C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'*, 22 gennaio 2019; v. anche R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2019, 2, 139 ss.

L'irrazionale successione degli interventi giurisprudenziali e legislativi succitati, creando un'ampia frattura tra la pena massima indifferenziata per i "fatti lievi" e quella minima differenziata per i "fatti non lievi" con oggetto droghe cd. pesanti, di frequente "costringe" i giudici di merito ad estendere i limiti della fattispecie di cui all'art. 73, c. 5, T.U. Stup., per evitare di irrogare una pena manifestamente eccessiva. Ad avviso del giudice *a quo*, l'attuale conformazione normativa violerebbe l'art. 25, c. 2, Cost., a causa degli effetti *in malam partem* della sentenza n. 32/2014 (otto anni di reclusione pena minima oggi vigente, e più severa rispetto ai previgenti sei anni di reclusione, nella cornice equiparata della l. Fini-Giovanardi). Inoltre, sarebbe violato il principio di eguaglianza-ragionevolezza (art. 3, c. 1, Cost.), in quanto fattispecie concrete che, sul piano *naturalistico*, possono presentare un grado di disvalore assimilabile, non giustificano un "salto" sanzionatorio di quattro anni, potendosi peraltro individuare norme interne al sistema, in grado di apprestare una tariffa edittale in rapporto più ragionevole con la "scala di gravità", con il *continuum* di disvalore, delle condotte tipiche. Infine, una pena minima così elevata contrasterebbe con il combinato disposto degli artt. 3, c. 1 e 27, c. 3, Cost., poiché il soggetto, percependo la sanzione come immeritata, ingiusta e vessatoria sarebbe portato a non aderire all'offerta rieducativa.

Il primo profilo di censura denunciato viene ritenuto inammissibile (§ 2 Cons. in diritto). In sintonia con numerosi precedenti, e nello specifico con la richiamata ordinanza n. 184/2017, e richiamando la linea interpretativa inaugurata con la discussa sentenza n. 394/2006, si ribadisce che gli effetti *in malam partem* delle pronunce della Corte sono ammissibili a condizione che non discendano "dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, ma dalla semplice rimozione di norme costituzionalmente illegittime", costituendo così "una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma dettata dallo stesso legislatore", da identificarsi in questo caso nel trattamento sanzionatorio dell'art. 73, c. 1, l. Iervolino-Vassalli, più severo *in parte qua*. In punto di contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzione (§ 4, 4.1 Cons. in diritto), la Corte, si preoccupa in prima battuta di segnalare i molteplici vizi dei *petita* che, nelle recenti sentenze n. 23/2016 e 148/2016 (indeterminatezza e mancata individuazione del "sostitutivo sanzionatorio"), e n. 184/2017 (vizi di rilevanza), avevano precluso una verifica nel merito. Più simile alla questione in esame quella decisa nella sentenza n. 179/2017, in seno alla quale il rimettente chiedeva un intervento manipolativo teso a *ricucire* lo "strappo" sanzionatorio attraverso la sostituzione del minimo edittale di otto anni di reclusione con la pena massima di quattro anni comminata dall'art. 73, c. 5, T.U. Stup. Argomentando che non può "ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità sanzionatoria", ben potendo darsi spazi di "discrezionalità discontinua", la Corte evidenziava allora come l'intervento richiesto avrebbe implicato una illegittima scelta non costituzionalmente obbligata, tra una pluralità di opzioni politicamente percorribili. Tale esito, tuttavia, dev'es-

sere *rivalutato*, sotto una *luce diversa*, visti i più recenti sviluppi della giurisprudenza in materia. Lo “spartiacque” è individuato nella sentenza n. 236/2016⁶, che ha censurato la cornice edittale del reato di alterazione di stato mediante falso di cui all’art. 567, c. 2, c.p., attraverso un innovativo ragionamento tutto focalizzato sulla sproporzione intrinseca della cornice edittale a fronte del disvalore oggettivo e soggettivo del fatto incriminato, poi individuando, solo *a conclusione* dell’iter logico-giuridico, il riferimento normativo già presente all’interno del sistema nella più mite forbice punitiva da tre a dieci anni di reclusione, prevista per il diverso reato di cui all’art. 567, c. 1, c.p.. Questo modello di giudizio “*per linee interne*” al sistema, idoneo a censurare sanzioni manifestamente sproporzionate, pur in assenza di un *tertium comparationis* in senso “classico”, è stato ulteriormente rifinito nella sentenza n. 222/2018⁷, che ha invalidato le pene accessorie fisse di cui all’art. 216, u.c., l. fall. Anche nella sentenza n. 233/2018⁸, di poco successiva, pur ritenen-

⁶ Corte costituzionale, sent. 10 novembre 2016 (ud. 21 settembre 2016), n. 236, Pres. Grossi – Rel. Zanon, in www.penalecontemporaneo.it, con nota adesiva di F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, 14 novembre 2016, ora in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, 2, 61 ss.

⁷ Corte costituzionale, sent. 5 dicembre 2018 (ud. 25 settembre 2018), n. 222, Pres. Lattanzi – Rel. Viganò, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta, 10 dicembre 2018*; cfr. anche P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionali obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2019, in corso di pubblicazione. La decisione ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27, cc. 1 e 3, Cost. l’art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), nella parte in cui dispone: “la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa”, anziché: “la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni”. Si precisa che l’intervento manipolativo non è da ritenersi subordinato alla previa individuazione di “*un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea ad essere assunta come tertium comparationis*”, essendo “*essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato ... che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; si da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia*”. L’espresso superamento della precedente linea è necessario a garantire “*una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l’intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima*” (§ 8.1 Cons. in diritto, ultimo cpv., sent. n. 222/2018).

⁸ Corte costituzionale, sent. 7 dicembre 2018 (ud. 7 novembre 2018), Pres. Lattanzi – Rel. Barbera, in www.cortecostituzionale.it, anche in *Monitore della giurisprudenza costituzionale*, 1/2019, con nota sintetica di P. INSOLERA, *Legittima la pena pecuniaria proporzionale per il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri*.

dosi infondati i lamentati profili di contrasto tra la pena pecuniaria proporzionale prevista dall'art. 291 *bis*, d.p.R. n. 43/1973 e gli artt. 3 e 27 Cost., si conferma la possibilità di invalidare pene irragionevoli o sproporzionate, se sono presenti nel sistema “*previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscono coerenza alla logica perseguita dal legislatore*”. La priorità è infatti evitare che permangano “*zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale*”.

Poiché il *petitum* è formulato in maniera conforme alle coordinate fissate nelle tre recenti decisioni e vista l'intollerabilità della perdurante violazione dei diritti fondamentali, le questioni superano il vaglio d'ammissibilità (§§ 4.2, 4.3 Cons. in diritto).

Le questioni sono altresì fondate (§§ 5, 5.1, 5.2, 5.3 Cons. in diritto). A seguito della stratificazione di interventi normativi successivi alla sentenza n. 32/2014 – prosegue la Corte (§ 5.1) – “*si è progressivamente scavata la lamentata profonda frattura che separa il trattamento sanzionatorio del fatto di non lieve entità da quello del fatto lieve, senza che il legislatore abbia provveduto a colmarla nonostante i gravi inconvenienti applicativi che essa può determinare*”, già segnalati nella sentenza n. 179/2017. Benché i requisiti di applicabilità della fattispecie autonoma prevista dall'art. 73, c. 5, T.U. Stup. (qualità e quantità della sostanza; modalità, mezzi e circostanze dell'azione) siano definiti e “riempiti di significato” (“tassativizzati”) nell'elaborazione consolidata della Corte di Cassazione⁹, la nozione di “fatto lieve” rimane *intrinsecamente vaga*, e alcuni fatti concreti si pongono sull'incerta linea di confine tra le due fattispecie. In questi casi la valutazione discrezionale del giudice, pur in presenza di fatti assimilabili, per i *vizi di struttura* delle cornici edittali, può determinare una variazione *quoad poenam* enorme, non giustificata dal diverso disvalore, “*con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte*”. La disposizione censurata, pertanto, contrasta con i principi di eguaglianza-ragionevolezza e proporzionalità. Oltre a costituire una sperequazione sanzionatoria arbitraria, in relazione a situazioni che possono essere simili, il minimo edittale di otto anni di reclusione – secondo il consolidato insegnamento della Corte (da ultimo, C. cost., sent. n. 179/2017 e 149/2018¹⁰) – ostacola *ab initio* la funzione rieducativa, giacché “*una pena oggettivamente non proporzionata alla gravità del fatto ...*

⁹ Cass. pen., sez. u., n. 51063, 27 settembre-9 novembre 2018 e giurisprudenza di legittimità richiamata al § 5.2 Cons. in diritto.

¹⁰ Corte cost., sent. 21 giugno 2018 – 11 luglio 2018, n. 149, Pres. Lattanzi, Red. Viganò, che ha censurato l'art. 58 quater, c. 4, L. n. 354/1975, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui impedisce ai condannati all'ergastolo per il reato di cui all'art. 630, c. 3, c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato, di accedere ai benefici previsti dall'art. 4 bis, c. 1, ord. pen., se non abbiano scontato almeno ventisei anni di pena; in via consequenziale si è dichiarata l'illegittimità della stessa norma, in riferimento alla diversa fattispecie di cui all'art. 289 bis c.p., sempre che ricorrano le medesime condizioni.

soggettivamente percepita come ingiusta e inutilmente vessatoria” è “*destinata a non realizzare lo scopo rieducativo verso cui obbligatoriamente deve tendere*”. Accertato il *vulnus*, la Corte si impegna nel passaggio forse *più critico* sul piano degli equilibri politico-istituzionali: l’individuazione del rimedio sanzionatorio interno al sistema (§ 5.3 Cons. in diritto). La misura di sei anni di reclusione, individuata dal rimettente, pur non essendo costituzionalmente obbligata, non è *arbitraria*, infatti “*si ricava da previsione già rinvenibili nell’ordinamento*”, specificamente nella disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, ivi collocandosi “*in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore*”. Detta quantificazione sanzionatoria, anzitutto, continua ad essere applicabile quale pena minima ai fatti non lievi commessi *prima* della sentenza n. 32/2014; essa rappresenta, altresì, la sanzione edittale massima attualmente in vigore per i fatti non lievi aventi ad oggetto droghe cd. leggere. Il legislatore del d.p.R. n. 309/1990, inoltre, aveva originariamente fissato in tale soglia la pena massima per i fatti di lieve entità riguardanti droghe cd. pesanti, e anche la riforma di cui al d.l. n. 272/2005, pur eliminando la distinzione, aveva mantenuto tale limite massimo. Ebbene, valutandosi *globalmente* la complessa e frammentata evoluzione storica del sottosistema normativo, si afferma che “*la pena di sei anni è stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti ‘di confine’, che nell’articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore delle categorie dei reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi*”. Il correttivo proposto dal rimettente è pertanto *conforme* ai criteri elaborati nelle sentenze n. 236/2016, 222 e 233/2018: “*si situa coerentemente lungo la dorsale sanzionatoria prevista dai vari commi dell’art. 73 del d.p.R. n. 309 del 1990 e rispetta la logica della disciplina voluta dal legislatore*”. Non essendo costituzionalmente obbligato, il *quantum* di sei anni di reclusione può essere *liberamente rivalutato* in sede legislativa, nei limiti del rispetto del principio di proporzione.

3. Alcune sintetiche considerazioni. Per quanto attiene alla “prima fase” del controllo di proporzione, ossia il *riscontro della violazione*, la decisione prosegue la linea inaugurata originariamente dalla sentenza n. 236/2016; lo scrutinio è interamente svolto *all’interno* della disposizione sindacata, risultando la pena minima di otto anni intrinsecamente sproporzionata rispetto al disvalore di quell’*insieme* di fatti non lievi che “*si pongono al margine inferiore delle categorie di reati più gravi*”. Il vizio, senza dubbio, si palesa *ulteriormente* in ragione della *struttura delle due cornici edittali poste a raffronto* (art. 73, c. 1 e c. 5, T.U. Stup.): l’ampio “salto” sanzionatorio dipende da un fattore vago, come la nozione di “fatto di lieve entità”, e conseguentemente la discrezionalità giudiziale nella commisurazione rischia di sfociare in arbitrio, con potenziali effetti *in bonam* (ma soprattutto) *in malam partem*. Pare essere questa la preoccupazione centrale della Corte. Cimentarsi in una tipologia di scrutinio particolarmente scivoloso, ad elevato rischio di antidemocraticità, *vale la pena* poiché è *necessario* per preservare i diritti fondamentali dell’individuo, che diversamente sarebbero lasciati in balia dell’*arbitrio giudiziale*.

Le sperequazioni in sede di commisurazione sono strettamente correlate al *deficit di tipicità* delle fattispecie¹¹: se la linea di confine tra fatto lieve e fatto non lieve non è sufficientemente determinata, e nella *realtà* è dato riscontrare una categoria di condotte poste “al confine”, la conformazione normativa delle tariffe edittali deve rispondere all’esigenza di *misure sanzionatorie intermedie*, che si pongano in rapporto di giusta proporzione con tali sottofattispecie. L’alternativa, che la Corte intende scongiurare, è un modello di *discrezionalità svincolata dalla legge*, simile a quello già censurato con fermezza nell’ordinanza n. 24/2017 e nella sentenza n. 115/2018, a margine della celebre *Saga Taricco*, attraverso la ripulsa del “giudice di scopo”¹².

Nei primi commenti si è molto criticata l’opzione di adottare la misura di sei anni di reclusione, obiettando che sarebbe stato preferibile individuare nella misura del massimo edittale di quattro anni (art. 73, c. 5, T.U. Stup.) di reclusione il “nuovo” minimo edittale dell’art. 73, c. 1, T.U. Stup¹³, ricucendo completamente lo “strappo”. A supporto di tale ipotesi alternativa, si adducono una pluralità di argomenti. Anzitutto, la misura di sei anni di reclusione quale minimo edittale sarebbe tratta da una disposizione *non più vigente*, in quanto censurata dalla sentenza n. 32/2014 per vizi di forma, e pertanto non “*immune da vizi di legittimità*”, requisito imposto dal modello di scrutinio delineato nelle sentenze n. 236/2016, 222/2018 e 233/2018. Inoltre, si mette in luce l’*inconferenza* degli altri riferimenti normativi utilizzati, che fissano in sei anni di reclusione la misura delle risposta sanzionatoria. Relativamente al massimo edittale per le condotte non lievi aventi ad oggetto droghe cd. leggere (art. 73, c. 4), la Corte avrebbe trascurato la natura diversa delle sostanze e la correlata offensività marcatamente differenziata rispetto al bene finale salute. L’altra grandezza normativa “*pre-data*” di sei anni di reclusione, ricavata dal massimo edittale comminato in seno alla circostanza per i fatti di lieve entità concernenti droghe cd. pesanti, di cui alla “versione originaria” del T.U. Stup., poi confermata nel d.l. n. 272/2005, convertito nella l. Fini-Giovanardi, nel diverso contesto dell’equiparazione sanzionatoria, non risulta più in vigore, in seguito alle modifiche che hanno investito l’art. 73, c. 5, T.U. Stup. (*i.e.* qualificazione di fattispecie autonoma e progressivo abbassamento del massimo edittale, fino agli attuali quattro anni di reclusione). Meglio avrebbe fatto, il Giudice delle leggi – si argomenta – ad indirizzare il “verso” dell’operazione manipolativa sul

¹¹ Come sostiene D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, 2, 48 ss. 57: “una valutazione di gravità immediatamente al di sopra della soglia di lieve entità comporta un salto di pena di quattro anni ... non c’è bisogno d’altro (di un tertium) per rilevare l’irrazionalità intrinseca di questo salto, della rottura del continuum degli spazi edittali a fronte del continuum della scala di gravità, fra il sopra e il sotto del confine fra la non lieve e la lieve entità”.

¹² Cfr. spec. ord. n. 24/2017, §§ 5 e 9; sent. n. 115/2018, § 11 Cons. in diritto.

¹³ R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio*, cit., 152-153, a margine dell’ordinanza di sollevazione; C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata*, cit., §§ 9-10; similmente, v. M. PASSIONE, *La fine è ignota*, cit., 3-4.

quantum di quattro anni di reclusione, misura che avrebbe assicurato una *gradazione più adeguata* rispetto alla “scala progressiva” di disvalore dei fatti incriminati. Il divario di due anni – che ancora sussiste in seguito alla declaratoria di illegittimità – continuerebbe a non essere giustificabile in rapporto a fattispecie potenzialmente connotate da disvalore assimilabile. Le sperequazioni punitive, in definitiva, sono state ridotte, ma non eliminate.

Crediamo che tale prospettiva, per quanto plausibile, trascuri alcuni problemi centrali, che potrebbero avere *influenzato* l’operato della Consulta. Anzitutto, con riguardo alla fase dell’identificazione del *rimedio sanzionatorio*, va premesso che la tipologia di scrutinio svolto racchiude in sé *tutte* le caratteristiche che tradizionalmente sono state oggetto di obiezioni in dottrina, in relazione al rischio di cd. *attività paralegislativa* della Corte¹⁴. Tuttavia, piuttosto che soffermarsi criticamente sulla congruità dei *singoli termini di raffronto normativo*, riteniamo più importante sottolineare come la Corte si impegni in un controllo *endolegislativo sistematico*, nel tentativo di trarre legittimazione “*per linee interne*”, ponendosi in conformità alla *ratio legis complessiva*¹⁵, per individuare “*l’adattamento normativo meno distante dalla logica di sistema*”¹⁶. Il compito è reso estremamente difficile dal fatto che il sottosistema del T.U. Stup. si presenta oggi trasfigurato dalla stratificazione di interventi giurisprudenziali costituzionali e normativi, episodici ed asistemati. Diventa davvero complesso cercare una “*coerenza per linee interne*”, laddove il sottosistema normativo di riferimento è viziato da molteplici irragionevolezza intrasistematiche. Nella scelta del “sostitutivo sanzionatorio” – tecnicamente discutibile – inoltre, potrebbero aver giocato un ruolo di primo piano, come sovente avviene, considerazioni di *politica del diritto*¹⁷. Appurato che la preoccupazione principale della Corte sembra essere quella di sottrarre i diritti fondamentali del singolo da dinamiche applicativo/giudiziali arbitrarie con *effetti di sfavore*, può osservarsi che un’equiparazione di trattamento

¹⁴ Cfr. la dottrina più critica a margine della celebre sentenza n. 341/1994, antesignana rispetto all’attuale controllo svincolato dal *tertium comparationis*: A. PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, 2573 ss., 2574, il quale osserva che la Corte costituzionale “è inabile, per sua natura, a cogliere eventuali difformità tra il bilanciamento di interessi ricavabile dalle formule – del resto necessariamente generiche – contenute nella Costituzione e quello che viene operato nella legge. Se volesse accingersi a questo compito, la Corte assumerebbe, di fatto, una funzione legislativa analoga a quella del parlamento: ciò che, certo, non corrisponde al rapporto tra i poteri dello Stato configurato nella nostra Costituzione”. Per un’attualizzazione di critiche del medesimo tenore, v. ad es.: R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 aprile 2019, 1 ss., 13-15.

¹⁵ Cfr. su tale modello di controllo, Relazione presentata dal Presidente della Corte costituzionale GIORGIO LATTANZI alla Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, *Giurisprudenza Costituzionale dell’anno 2018*, consultabile su www.penalecontemporaneo.it, con nota di C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa*, 27 marzo 2019, 17-18.

¹⁶ Relazione presentata dal Presidente della Corte costituzionale GIORGIO LATTANZI alla Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, *Giurisprudenza Costituzionale dell’anno 2018*, cit., 18.

¹⁷ D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 58, a margine della sentenza d’inammissibilità n. 148/2016, spiega il differente, molto più cauto, approccio ivi adottato, se raffrontato a quello della sentenza n. 236/2016, facendo riferimento a considerazioni di opportunità politica.

tra massimo edittale “indifferenziato” per i fatti lievi e minimo edittale per i fatti non lievi con oggetto droghe pesanti avrebbe potuto risultare *eccessivamente mite*, in rapporto a determinate “sottofattispecie” relative a condotte non lievi inerenti a droghe pesanti. Come è stato acutamente rilevato, la Corte, rimane pur sempre un “*decisore politico nazionale*”, come tale non certo immune da condizionamenti esterni – ivi compresa la pubblica opinione – che ne mettono costantemente alla prova la vocazione anti-maggioritaria¹⁸. Ed allora, è sufficiente volgere lo sguardo al recente discorso pubblico, alle esternazioni di componenti del Governo¹⁹, e, da ultimo, al d.d.l. presentato da alcuni esponenti della maggioranza, volto ad innalzare la cornice edittale dell’art. 73, c. 5, T.U. Stup., portandola dalla cornice attuale (sei mesi-quattro anni) ad un delta punitivo da tre a sei anni di reclusione, con ulteriori modifiche alla normativa processuale, in un’ottica di maggiore rigore delle misure precautelari e cautelari²⁰, per potere ipotizzare le ragioni della *cautela* della Corte, con riguardo ad una quantificazione sanzionatoria che ben avrebbe potuto essere tacciata di eccessiva mitezza. Può dunque ipotizzarsi che la Corte abbia inteso evitare di spingersi troppo in là, temendo una “sproporzione per difetto” della misura minima di quattro anni di reclusione in rapporto alla gravità di *alcune* condotte non lievi riguardanti droghe cd. pesanti. Si tratta, d’altra parte, di preoccupazioni di *natura politica* non estranee ai precedenti sviluppi del sindacato di proporzione, che possono in parte spiegare esiti tecnicamente discutibili (e *meno adeguati a garantire la piena attuazione dei principi costituzionali, come nel caso in esame*).

4. La rivitalizzazione del sindacato di proporzione “intrinseca” – oltre ad essere sviluppata in maniera coerente a livello di *evoluzione del precedente costituzionale*

¹⁸ Così V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it, 26 marzo 2019, in ptc. per i temi qui trattati, §§ 3.2 e 4. Sul tema v. di recente le riflessioni di C. GUARNIERI, *Le corti costituzionali: uno sguardo comparato*, relazione al Convegno *Anatomia del potere giudiziario. La giustizia costituzionale*, Bologna, 22 giugno 2018; A. MORRONE, *Spunti sulla legittimazione della Corte costituzionale e i suoi confini*, *ibidem*. I contributi sono ora pubblicati in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETI, *Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, Roma, 2019, 89 ss., 135 ss.

¹⁹ Il riferimento è alle dichiarazioni del Ministro della Famiglia Fontana sulla necessità di modificare la modica quantità: cfr. M. CREMONESI, “*Droghe, assisteremo le famiglie e va rivista la modica quantità.*”, all’URL https://www.corriere.it/cronache/19_febbraio_15/ministro-fontanma-droghe-assisteremo-famiglie-stop-alla-modica-quantita-cbc7cf92-315c-11e9-a4dd-63e8165b4075.shtml, 15 febbraio 2019.

²⁰ D.d.l. “*Modifiche al codice di procedura penale e al testo unico delle leggi in materia di stupefacenti relativamente alla produzione, traffico o detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità*”, la cui presentazione è stata annunciata il 4 marzo 2019, cfr. *La guerra di Salvini, i contenuti del ddl sulle droghe della Lega*, all’URL <https://www.fuoriluogo.it/mappamondo/la-guerra-di-salvini-i-contenuti-del-ddl-sulle-droghe-della-lega/#.XKNowSOLQy4>, 6 marzo 2019. Analogamente a pressoché tutti gli interventi legislativi di stampo “populistico” della XVIII legislatura, il disegno di legge in parola, seguendo le consolidate dinamiche patologiche del cd. *moral panic*, ha inteso “rispondere” prontamente ad un’asserita emergenza-droga, cavalcando l’onda emotiva di uno specifico fatto criminoso, un incidente stradale, verificatosi a Porto Recanati il 3 marzo 2019, nel quale è rimasta coinvolta una famiglia, con l’uccisione dei genitori ed il ferimento dei due figli, causato da un automobilista extracomunitario e gravato da precedenti specifici in materia di droga.

– dev’essere apprezzata anche perché conforme agli stimoli provenienti dalle fonti sovranazionali, ed in particolare eurounitarie²¹, espressamente richiamate nella più volte citata sentenza “apripista” n. 236/2016 (§ 4.2 Cons. in diritto). Il Giudice delle leggi – pur senza ancora cimentarsi, quanto meno in materia penale, nell’utilizzo esplicito del principio di proporzionalità “a tre gradini” (o “in senso ampio”), caratteristico di alcune delle esperienze più avanzate di *constitutional review*²² – pare sempre più incline a recepire alcuni degli elementi propri del discorso sul cd. *global constitutionalism*, ove si attribuisce alla proporzione un ruolo di primo piano quale presidio dei diritti fondamentali individuali, al cospetto dell’esercizio eccessivo e arbitrario del potere (e dello *ius puniendi*) statutale²³. Questo obiettivo, come si è illustrato, viene perseguito anche a costo di superare il consolidato filone di precedenti delle cd. rime costituzionali obbligate – abbandonando il “formalismo” del giudizio ternario, funzionale a preservare la discrezionalità legislativa, a tutto favore di un controllo “diadico” (*i.e.* interno alla disposizione sindacata) imperniato su un *canone di razionalità materiale* – quanto meno nelle *ipotesi estreme*, in cui l’eccessiva severità e rigidità del dato normativo preclude del tutto un’adeguata individualizzazione della sanzione. È d’altra parte inaccettabile agire diversamente, non potendo la Corte “*in alcun modo abdicare alla sua essenziale funzione di controllo di costituzionalità di scelte legislative che incidono sulla libertà e i diritti della persona*” (sent. n. 179/2017, § 4.6 Cons. in diritto).

Da osservare, infine, che tutte le sanzioni irrogate con sentenze di condanna definitive sulla base del quadro edittale dichiarato illegittimo dovranno essere ora rideterminate in sede di esecuzione (art. 666 ss. c.p.p.), secondo i principi statuiti nell’ormai consolidata elaborazione giurisprudenziale di legittimità²⁴.

²¹ Come noto, l’art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), vincolante negli Stati membri nell’ambito di applicazione del diritto UE (art. 51 CDFUE), prevede che “*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”. In dottrina, sulle potenzialità espansive di tale principio: v. R. SICURELLA, sub. Art. 49, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, Milano, 2016, 972 ss.

²² Una tipologia di controllo più strutturato, tale da investire lo stesso *an* dell’opzione incriminatrice, l’ampiezza della compressione dei diritti fondamentali rispetto allo scopo di tutela, secondo i criteri di idoneità-necessità-proporzionalità in senso stretto, già consolidato nell’esperienza della Corte di giustizia dell’UE, e, tra gli altri, del Tribunale costituzionale federale tedesco e della Corte suprema del Canada. Più ampiamente sul punto v. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2112 ss., e nt. 21-25, il quale denuncia “*un certo ritardo*” da parte della Corte costituzionale in questo ambito. È ad ogni modo comprensibile che la Corte non intenda cimentarsi in uno *strict scrutiny* siffatto, che necessariamente involge valutazioni tendenti a sconfinare nel merito delle scelte legislative, valorizzando piuttosto il dialogo – vedi ad esempio il caso “Cappato” – con il legislatore, che avrebbe un margine ben più ampio per realizzare le istanze di proporzionalità, come segnala D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 59 ss.

²³ Per un’istruttiva panoramica si rinvia agli scritti raccolti in AA.VV., V.C. Jackson-Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, in part. a J. BOMHOFF, *Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness*, *ivi*, 148 ss.

²⁴ Cfr. le puntuali osservazioni di C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata*, cit., § 6; A. NATALE, *Quando la legalità costituzionale*, cit., § 5. Per la medesima dinamica, in

5. In conclusione, piuttosto che sottolineare i (pur esistenti e non trascurabili)²⁵ rischi di cd. *attività paralegislativa* da parte della Consulta – che il “modello di scrutinio” elaborato nel filone giurisprudenziale delle sentenze n. 236/2016, 222/2018, 233/2018 e 40/2019 sembra poter provocare – preferiamo salutare con cauto favore questa nuova tendenza, meno deferenziale nei confronti dell’ampio spazio di discrezionalità legislativa e più penetrante nel sindacare le scelte legislative sanzionatorie. L’attuale stagione del populismo penale a pieno servizio del populismo politico, del “diritto penale *no limits*”, della folle corsa al costante aumento delle cornici edittali – quasi sempre in risposta a presunte emergenze, se non ad episodi criminosi isolati – impone un’azione decisa da parte del Giudice delle leggi. Ma, alla luce dei poteri strutturalmente parziali, per loro natura meramente “responsivi”, dell’organo di garanzia in parola – per di più influenzati da numerose variabili (relative a composizione, metodi di selezione dei componenti ecc.) – un ruolo fondamentale nella difesa delle garanzie costituzionali dev’essere giocato dai giudici comuni e dall’avvocatura. La sentenza n. 40/2019 – così come quelle che l’hanno preceduta²⁶ – sotto questo profilo, dunque, non possono che essere salutate con favore, quale segnale di apprezzabile disponibilità a vagliare un settore tradizionalmente *immune da effettivo scrutinio*, ed ulteriore incentivo per i magistrati a sollevare questioni inerenti alla ragionevolezza/proporzione delle norme sanzionatorie.

PIETRO INSOLERA

seguito ad altre declaratorie di illegittimità per sproporzione, in specie la sentenza n. 236/2016, v. ad es.: D. STIBILIO, *Alterazione di stato mediante falsità: sui possibili rimedi per la rimozione degli effetti delle pene illegittime irrogate prima di corte cost. n. 236/2016*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2017. Nella giurisprudenza di legittimità cfr.: Cass. pen., sez. u., 24 ottobre 2013-7 maggio 2014, n. 18821, Ercolano, rv. 258649-01; Cass. pen., sez. u., 29 maggio 2014-14 ottobre 2014, n. 42858, Gatto, rv. 260697-01; Cass. pen., sez. u., 26 febbraio 2015-28 luglio 2015, Jazouli, rv. 264205-01; Cass. pen., sez. u., 26 febbraio 2015-15 settembre 2015, Marcon, rv. 264858-01.

²⁵ V. ad es. R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta*, cit., 13-15. Vero che tali rischi sono parzialmente sdrammatizzati dal fatto che si tratta pur sempre di manipolazioni normative *in bonam partem*, e nella giurisprudenza costituzionale sembra sempre più delinearsi uno “statuto” di regole e principi distinti per le questioni con possibili effetti di sfavore, oltre che una preclusione rispetto all’impiego di tecniche decisorie a basso tasso di determinatezza (ad es. pronunce additive di principio), inidonee a preservare le esigenze di certezza e conoscibilità delle disposizioni penali: cfr. C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale*, cit., §§ 4, 4.1, 6, a margine della Relazione del Presidente Lattanzi.

²⁶ Cfr. Corte cost., n. 236/2016, 222/2018, 233/2018, alle quali può aggiungersi la sentenza n. 88/2019, in www.cortecostituzionale.it, che ha censurato l’art. 222 del Codice della strada, come modificato dalla l. n. 41/2016 (intervento di stampo populistico), là dove prevede l’automatica revoca della patente di guida in tutti i casi di condanna per omicidio e lesioni stradali. In particolare, i giudici costituzionali hanno riconosciuto la legittimità della revoca automatica della patente in caso di condanna per reati stradali aggravati dallo stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica per l’assunzione di droghe ma nelle altre ipotesi di condanna per omicidio o lesioni stradali hanno escluso l’automatismo e riconosciuto al giudice il potere di valutare, caso per caso, se applicare, in alternativa alla revoca, la meno grave sanzione della sospensione della patente.

TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO

Tribunal Constitucional, Pleno, rec. 2533-2018, sent. 27.03.2019

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_048/2018-2533STC.pdf

Il *Tribunal Constitucional* è stato investito del ricorso di incostituzionalità in ordine alla legittimità della *Ley 2/2018* del Parlamento catalano, con la quale si interveniva sulla *Ley 13/2008*, sì da consentire un'investitura "a distanza" del Presidente della *Generalitat* e, in secondo luogo, consentiva pure che i lavori governativi catalani potessero avvenire sempre a distanza e per il tramite di strumenti telematici.

La questione, che si iscrive nel complesso e intricato nodo catalano, è pure occasione per rivendicare, da ambo le parti interessate, prerogative di natura strettamente politica, tanto da meritare un intervento dello stesso Tribunale. Nello specifico, il Governo centrale di Madrid poneva la questione dell'abusività della legge catalana, in quanto destinata a garantire, per il tramite di una legge a ciò politicamente e finalisticamente orientata, l'investitura di *Puigdemont*. Stante la pervasività delle argomentazioni, politiche, che si sono presentate innanzi i giudici, gli stessi hanno inteso ribadire la distanza del *Tribunal*, chiamato a una decisione di astratta compatibilità delle leggi alla Costituzione, prescindendo dalle implicazioni politiche, anche se così sentite nel Paese. In questo tipo di giudizi è la garanzia e la supremazia della costituzione a imporsi, non importando le ragioni politiche sottese.

Oltre a ciò, il *Tribunal Constitucional* ha in effetti sancito la parziale incompatibilità della *Ley 2/2018* con i dettami costituzionali in punto di rappresentanza politica. La legge della cui legittimità si discuteva, concedeva la possibilità d'investitura come presidente della *Generalitat* senza il bisogno di presentarsi, personalmente, in assemblea. In effetti, la legislazione censurata intendeva consentire, nei casi di impedimento del candidato, che lo stesso potesse sostenere la causa della sua elezione per iscritto o con qualsiasi altro mezzo, cosicché al Parlamento (catalano) fosse ugualmente consentito di procedere alla sua elezione. Simile via, a dire dei Giudici, viola l'art. 99.2 CE, dal quale deve desumersi la necessità che il

candidato esponga, di persona, il suo programma e così perorare la sua elezione. L'effettività e le responsabilità insite nella rappresentanza dei cittadini impongono questo passaggio.

Secondariamente, è dichiarata incostituzionale anche l'art. 2 della *Ley 2/2018* del Parlamento della Catalogna, nella parte in cui intendeva conferire al Governo catalano la possibilità di riunirsi e, più in generale, procedere con i lavori dell'esecutivo pure a distanza, per il tramite dei mezzi telematici che le attuali tecnologie consentirebbero. Sul punto le motivazioni dei giudici manifestano pure una latente preoccupazione per la sicurezza dei partecipanti a quei lavori governativi, nella misura in cui una partecipazione a distanza non garantisce pienamente questo aspetto, nonché l'effettività della funzione che al Governo si rimanda. Difatti, non è possibile escludere, *ex ante*, che elementi esterni ai lavori in corso possano incidere pure sulla libertà dei soggetti che intervengono, così mettendo a repentaglio pure la sicurezza pubblica, così intrinsecamente legata ai lavori governativi.

Per queste ragioni, il *Tribunal Constitucional* dichiara incostituzionali gli artt. 1 e 2 della *Ley 2/2018* del Parlamento catalano, salvo che per quanto concerne le attività meramente ricognitive e documentali, come quella di convocare i predetti lavori, per i quali la via telematica è consentita.

ANTONIO PUGLIESE

CORTE SUPREMA BRITANNICA

UK Supreme Court, R (on the application of Hallam) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent), R (on the application of Nealon) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent), [2019] UKSC 2. On appeal from [2016] EWCA Civ 355

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0227-judgment.pdf>

La pronuncia della *UK Supreme Court* che si annota si concentra sulla riparazione da ingiusta detenzione e, in particolare, sul requisito, richiesto dalla legge inglese per accedervi, di dimostrare “oltre ogni ragionevole dubbio” la mancata commissione del reato. Oltre che per la questione specifica, la sentenza appare meritevole di segnalazione anche in quanto rappresenta una ulteriore occasione di – nemmeno troppo velato – contrasto tra la giurisprudenza della Corte Suprema britannica e la Corte europea dei diritti dell’uomo.

Il caso origina dai ricorsi, poi riuniti, di Mr. Hallam e Mr. Nealon, che avevano trascorso rispettivamente 7 e 17 anni nelle prigioni di Sua Maestà prima che le sentenze venissero revisionate in ragione della scoperta di nuove prove che rendevano incerte (“*unsafe*”) le affermazioni di responsabilità.

I due avevano dunque applicato per ottenere il risarcimento ai sensi della *section 133* del *Criminal Justice Act* del 1988 (come modificato dalla sezione 175 dell’*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act* del 2014). Il *Secretary of State for Justice* aveva tuttavia respinto i ricorsi, adducendo che le nuove prove decisive per l’annullamento delle sentenze avevano sì messo in dubbio il compendio probatorio fondante la condanna, ma non avevano invece chiarito “*oltre ogni ragionevole dubbio*” l’innocenza dei ricorrenti.

Questi avevano dunque appellato la decisione, segnalando un contrasto tra il requisito previsto dalla *section 133* e la presunzione di innocenza di cui all’art. 6(2) Cedu. Sia le Corti territoriali, sia quelle di Appello non avevano tuttavia ravvisato tale incompatibilità, di talché Mr. Hallam e Mr. Nealon hanno sottoposto la questione al vaglio della *Supreme Court*.

Il ricorso è stato rigettato dalla Corte con una maggioranza di 5 giudici a 2.

La motivazione prende le mosse dal precedente *R (Adams) v Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, nel quale la Corte aveva individuato, secondo l'approccio casuistico tipico della giurisprudenza britannica, quattro categorie di casi di "miscarriage of justice" rispetto alle quali è possibile interrogarsi sull'opportunità di riparazione ai sensi della *section 133*. Si tratta delle ipotesi in cui: (i) la nuova prova dimostra chiaramente che l'imputato è innocente; (ii) la nuova prova mina a tal punto il compendio probatorio a carico dell'imputato che la condanna emessa sulla base di quelle risultanze processuali è illogica; (iii) se la nuova prova fosse stata conosciuta al momento del processo, è ragionevole pensare che i giudicanti non avrebbero condannato l'imputato; (iv) nel corso delle indagini o del processo è stato commesso un errore "serio" che ha portato all'affermazione di responsabilità di un imputato che non avrebbe dovuto essere condannato. Di tali ipotesi, la sentenza *Adams* aveva ritenuto meritevoli di compensazione per ingiusta detenzione soltanto le prime due.

I casi di Mr. Hallam e Mr. Nealon possono essere ricondotti all'ipotesi (iii), di talché riconoscere loro un diritto ad ottenere la riparazione avrebbe significato per la Corte discostarsi dal precedente, estendendo la definizione di "miscarriage of justice".

Nonostante la Corte Europea avesse aperto ad annoverare i casi *sub* (iii) tra quelli tutelati dall'art. 6(2) nella pronuncia *Allen v. UK* (2013), la maggior parte dei *Lord* ha ritenuto di non rinnegare il precedente *Adams* sottolineando come la giurisprudenza Cedu in argomento sia tutt'altro che consolidata e, allo stato, non sarebbe affatto scontato che, investita direttamente ed espressamente della questione sulla compatibilità tra l'art. 6(2) e la *section 133*, la Corte Europea individuerebbe una violazione convenzionale.

Di diverso avviso i pareri di *Lord Kerr* e *Lord Reed*, i quali, pur ammettendo che la violazione dell'art. 6(2) da parte della *section 133* non è conseguenza immediata e necessaria dei ragionamenti contenuti nella sentenza *Allen v. UK*, sarebbe comunque possibile desumere da tale pronuncia della Grande Camera, nonché da altri arresti della giurisprudenza della Corte, la predetta incompatibilità che ne sarebbe una sorta di corollario.

Ora la "palla" torna nuovamente a Mr. Hallam e Mr. Nealon, che dovranno decidere se adire la Corte Europea investendola espressamente della questione. Nel frattempo, è inevitabile registrare un altro passo da parte della *Supreme Court* nella direzione di un allontanamento dalla giurisprudenza convenzionale.

LEGISLAZIONE ITALIANA

Una rassegna *disincantata* sulla disciplina sostanzialistica della “riforma” penitenziaria

1. PROLOGO: dalle promesse non mantenute agli esiti non attesi

In questa rassegna si intende riflettere in modo critico sulle recenti modifiche alla disciplina sostanzialistica dell'esecuzione penitenziaria nei confronti dei ristretti adulti, con particolare riguardo alle maggiori novità sulla vita e sul lavoro in ambito penitenziario.

Il percorso intrapreso per questi mutamenti rinvia alle vicende della precedente legislatura, con la prima presentazione il 23 dicembre 2014 alla Camera dei Deputati del disegno di legge n. 2798 di iniziativa governativa (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*) e la successiva approvazione con fiducia parlamentare della l. 23 giugno 2017, n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), cui si sono intersecati i rispettivi lavori dei Tavoli tematici degli Stati generali dell'esecuzione penale, istituiti con decreto del Ministro della Giustizia dell'8 maggio 2015, che hanno orientato la definizione dei principi della legge delega, e delle Commissioni di studio sui decreti legislativi, di cui al decreto ministeriale del 17 luglio 2017, che hanno elaborato lo schema dei contenuti dei decreti delegati, presentati nel corso di tale legislatura.

Il traguardo raggiunto con queste innovazioni consegue invece alle scelte dell'attuale compagine governativa, attraverso la pubblicazione il 26 ottobre 2018 sulla Gazzetta ufficiale dei decreti legislativi del 2 ottobre 2018, nn. 123 e 124 (*Riforma dell'ordinamento penitenziario*), di attuazione della delega legislativa contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103, all'art. 1, cc. 82, 83 e 85, rispettivamente alle lett. a), d), i), l), m), o), r), t), u), e g), h), r), in materia di esecuzione nei confronti degli adulti (cui si aggiunge il coevo decreto attuativo n. 121,

sull'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni¹, che come anticipato resta fuori dal presente esame).

Quel lungo e complicato processo² ha portato a giudicare in vario modo l'esito complessivo di questa vera o presunta "riforma"³. Non si procederà comunque a un'approfondita analisi della particolare simbiosi tra iniziativa politica e consultazione sociale, piuttosto ci si dedicherà a un'attenta considerazione dell'effettiva interazione tra direttive parlamentari e decisioni governative.

Basti qui osservare, in retrospettiva, che tali processi partecipativi messi in campo dall'allora Ministro della Giustizia, sotto la forte pressione della condanna europea per il sovraffollamento carcerario⁴ e quindi per "rendere il più possibile concreto il principio contenuto nell'art. 27 comma 3 della Costituzione, riempiendo di senso e di contenuti il tempo della pena, nell'ottica del recupero e del reinserimento sociale del condannato"⁵, non hanno concretamente rappresentato né una decisiva spinta verso un orizzonte solidarista dell'esecuzione penitenziaria, né un valido argine contro la deriva securitaria della società civile, che le attuali iniziative legislative e amministrative sulla giustizia penale stanno progressivamente sviluppando in una direzione reazionaria e populista. Per contro, il successivo Governo delegato che ha avuto la capacità politica di condurre in porto quel tentativo di cambiamento ha giustificato con il tenore negativo dei pareri resi dalle

¹ V. in proposito L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Diritto Penale Complementare*, 16 novembre 2018; M.G. CARNEVALE, *Trattamento, diritti nuovi e progetto educativo*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 87-101; E. DE CARO, *Le nuove misure alternative di comunità*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 103-113; F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in *Diritto Penale Complementare*, 22 marzo 2019; F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, pp. 101-130.

² Cfr. in sintesi, per tutti, M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 119-121; F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, pp. 7-11.

³ V., in particolare, da "quasi riforma penitenziaria" (GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento 2019*, in <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it>), attraverso "riforma minima" (R. DE VITO, *La fine era nota: storia di una riforma minima*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 113-118), "riforma a metà" (M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 119-128), "riforma spezzata" (sezione monografica *La riforma spezzata. Come cambia l'ordinamento penitenziario*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3) e "riforma povera" (F. GIANFILIPPI, *La riforma povera di mondo: una prima lettura dei decreti legislativi 123 e 124/2018 in materia di ordinamento penitenziario*, in *Giustizia Insieme*, 28 novembre 2018), sino a "riforma mancata" (S. ROMICE, *L'ordinamento penitenziario tra riforma (mancata) e controriforma (annunciata)*, in *Giurisprudenza Penale*, 2 ottobre 2018).

⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, sentenza pilota, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁵ Così nel secondo Ritenuto del d.Min.Giust. 8 maggio 2015 (*Costituzione Comitato di esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati generale sulla esecuzione penale"*), in <https://www.giustizia.it>.

attuali Camere sulla versione anteriore degli strumenti attuativi la “scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell’accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi” (art. 1, c. 85, lett. b, c ed e, l. 103/2017) e quindi ha vantato l’elaborazione di un “testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente, con conseguente superamento dell’assetto complessivo della riforma”⁶. (Senza trascurare che, sulla stessa linea di politica penale-penitenziaria, nei mesi successivi all’emanazione dei decreti delegati sono state aggiunte ulteriori ipotesi ostative, con riferimento al divieto di concessione dei benefici per i delitti contro la pubblica amministrazione⁷). Bisogna ora confrontarsi, di conseguenza, con i decreti delegati emanati su proposta dell’attuale Ministro della Giustizia, i cui contenuti più significativi vanno quindi messi in relazione sia con le norme e le prassi preesistenti, che con le proposte e le logiche presenti nei lavori e negli atti appena richiamati. Agli interessati osservatori delle vicende penitenziarie non resta quindi che fare i conti con la problematica concretezza della giunta novella, che va considerata più che per ciò che era allora⁸, o che poteva essere⁹, piuttosto per ciò che è ora¹⁰, e che potrà

⁶ Così nella *Relazione illustrativa* all’ultimo schema del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 (*Riforma dell’ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*), in <http://www.giustizia.it>.

⁷ Cfr., per tutti, V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord.pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, n. 2, pp. 105-122.

⁸ V. P. CORVI, *Venti di riforma sull’esecuzione penale: la delega per la modifica dell’ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale – Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina ed E.M. Mancuso, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, pp. 587-608; F. FIORENTIN, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale – Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 413-442; F. FIORENTIN, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando – Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pacini, Ospedaletto (PI), 2017, pp. 305-324; A. FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in *La riforma della giustizia penale – Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 325-334; R. POLIDORO, *L’auspicata riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando – I nuovi decreti*, a cura di G. Spangher, Pacini, Ospedaletto (PI), 2018, pp. 369-413.

⁹ Cfr. G. GIOSTRA e F. GIANFILIPPI, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 129-132.

¹⁰ V. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell’ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018; S. ANASTASIA, *Introduzione*, in *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. IX-XI; M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 119-128; R. DE VITO, *La fine era nota: storia di una riforma minima*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 113-118; A. DELLA BELLA, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2018; D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 49-61; A. DI TULLIO D’ELISII, *È stato riformato l’ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario: vediamo come*, in *Diritto.it*, 26 novembre 2018; A. DI TULLIO D’ELISII, *Riformato l’ordinamento penitenziario: vediamo come*, in

essere¹¹, la nuova fisionomia dell'esecuzione penitenziaria nel nostro paese. Nella presente indagine, i contenuti interni ai singoli decreti saranno parzialmente disarticolati e riassemblati, in funzione di un esame più coerente ed efficace possibile, attorno ad alcuni nuclei tematici omogenei, del corpo complessivo delle novità introdotte, in materia di vita e di lavoro nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria degli adulti.

2. PRINCIPI DIRETTIVI: *diritti fondamentali, principio di non discriminazione, modelli trattamentali (art. 1 ord.penit.)*

Le novità introdotte in tema di trattamento e rieducazione aggiungono alla precedente disciplina dell'ART. 1 ORD.PENIT.:

- a) la garanzia dei diritti fondamentali e il divieto di ogni violenza fisica e morale nei confronti della persona privata della libertà (c. 3);
- b) il rispetto dei diritti dei ristretti nel mantenimento dell'ordine e della disciplina negli istituti (c. 4);
- c) il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale come riferimenti del principio di non discriminazione (c. 1);
- d) infine, la finalizzazione del trattamento penitenziario a favorire l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione della persona (c. 1).

Riguardo al principio direttivo della legge delega sulla "previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenu-

Diritto.it., 3 dicembre 2018; S. FILIPPI, L. TARDELLA e V. VITALE, *La semplificazione nelle procedure di sorveglianza e le competenze*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 73-84; F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, pp. 1-100; F. GIANFILIPPI, *La riforma povera di mondo: una prima lettura dei decreti legislativi 123 e 124/2018 in materia di ordinamento penitenziario*, in *Giustizia Insieme*, 28 novembre 2018; G. GIOSTRA, F. GIANFILIPPI, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 129-132; P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3-14; S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 15-31; M. MIRAVALLE, *La salute psico-fisica dei detenuti*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 33-48; A. MONACELLI, *L'edilizia penitenziaria*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 63-72; M. NIGRO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cammino Diritto*, 6 ottobre 2018; G. PACCAGNELLA CASARI, *La riforma dell'Ordinamento Penitenziario: soluzioni timide per problemi gravi*, in *Giurisprudenza Penale*, 9 marzo 2019; M. PELISSERO, *Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 133-135; M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 novembre 2018.

¹¹ Cfr. M. PASSIONE, *Santo Natale*, in *Ristretti Orizzonti*, 16 dicembre 2018; S. ROMICE, *L'ordinamento penitenziario tra riforma (mancata) e controriforma (annunciata)*, in *Giurisprudenza Penale*, 2 ottobre 2018.

ti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica” (art. 1, c. 85, lett. r, l. 103/2017) e alla formulazione originaria del decreto presentato nella trascorsa legislatura, l’attuale testo di questa disposizione difetta dell’espresso richiamo: sia alle regole penitenziarie europee¹², in particolare il divieto di utilizzare la mancanza di risorse per giustificare condizioni detentive in violazione dei diritti umani (reg. 4), il principio della massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna (reg. 5), il principio del minimo necessario nelle misure applicate per la sicurezza interna e il principio della sicurezza dinamica per il personale dedicato alla custodia interna (reg. 51); sia al regime della sorveglianza dinamica¹³, in concreto quanto ora previsto a livello amministrativo per tradurre la regola europea da ultimo richiamata, che insieme al modello della custodia aperta si riferisce a un sistema organizzativo e operativo di gestione degli spazi dei detenuti e delle attività degli operatori funzionale a consentire alle persone detenute di trascorrere la maggior parte della giornata fuori dalle aree destinate al loro pernottamento, in modo da favorirne i rapporti interpersonali e l’osservazione comportamentale da parte degli operatori penitenziari.

a) In relazione ai nuovi contenuti dei principi penitenziari, la previsione della garanzia dei diritti fondamentali e del divieto di violenza personale nell’ambito della legislazione penitenziaria non risulta così ripetitiva o velleitaria come potrebbe apparire. Invero, la prima parte del precetto normativo va letto in connessione sistematica con due successive prescrizioni nell’ambito della stessa disposizione, la prima che appartiene già al testo vigente e impedisce l’adozione di restrizioni non giustificabili in ragione del mantenimento dell’ordine e della disciplina (art. 1, c. 5, ord.penit.), e la seconda che proviene sempre dalla medesima novella e sottopone il mantenimento dell’ordine e della disciplina negli istituti al rispetto dei diritti delle persone (c. 4). Perciò, la preminenza in tal modo riconosciuta alla garanzia dei diritti dei ristretti rispetto alle esigenze della gestione degli istituti deve riflettersi in un’effettiva inversione della tradizionale portata argomentativa dell’ordine e della disciplina, da ordinaria clausola di salvaguardia a criterio di giustificazione eccezionale dell’azione dell’amministrazione penitenziaria, le cui motivazioni dovranno essere particolarmente dettagliate e coerenti sui presupposti e sulle ragioni dei propri atti di natura securitaria, come ad esempio per impedire la partecipazione a una lezione cui un detenuto studente è iscritto o per disporre il trasferimento a un istituto che ne impedisce la prosecuzione del relativo corso di studi. Inoltre, con riguardo alla seconda parte della nuova formulazione, nonostante la recente introduzione nel nostro ordinamento delle fattispecie delittuose relative alla tortura

¹² Consiglio d’Europa, Comitato dei Ministri, racc. R(2006)2, 11 gennaio 2006.

¹³ Per le circolari istitutive e le prassi attuative v. M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo d’essere diverso. La sorveglianza dinamica – Linee guida per gli operatori penitenziari*, Dispense I.S.S.P., 2013, n. 1, in <http://www.giustizia.it>. Per i profili teorici e le conseguenze sistemiche cfr. F. DE SIMONE, *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, in *Archivio Penale*, 20 marzo 2018; V. SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, in *Giurisprudenza Penale*, 30 settembre 2018.

(artt. 613-*bis* e 613-*ter* cod.pen.), in attuazione dell'unico obbligo di incriminazione di fonte costituzionale (art. 13, c. 4, Cost.), il legislatore delegato ha vietato in tutte le sue possibili manifestazioni la violenza fisica o morale nei confronti delle persone ristrette, senza mai riferirsi al concetto di tortura, che del resto è assente dall'intera normativa penitenziaria. Pertanto, il richiamo al divieto di violenza in qualsiasi forma ha reso astrattamente vincolante la proibizione della violenza in ambito penitenziario sia come fine che come mezzo, a prescindere dalla ricorrenza degli altri elementi costitutivi o circostanziali che ne caratterizzano la punizione come illecito penale¹⁴.

b) Con riferimento al rispetto dei diritti dei ristretti nel mantenimento dell'ordine e della sicurezza degli istituti, l'innovazione appena commentata impone sul piano sistematico di interpretare in via restrittiva le uniche eccezioni al divieto generale della violenza personale, che sono contenute nell'immodificata disposizione sull'impiego della forza fisica e sull'uso dei mezzi di coercizione (art. 41 ord.penit.). Peraltro, resta assai più problematica l'individuazione delle possibili espressioni della violenza morale, più o meno gravi a seconda del destinatario, della frequenza, del contesto, come nel caso di perquisizioni dei detenuti, di ispezioni nelle camere, di negazioni di farmaci a effetto antalgico e di privazioni di beni di natura affettiva¹⁵. Infatti, nella precedente versione del presente decreto si prevedeva, nell'ambito della modificata disciplina sulla perquisizione personale (art. 34 ord.penit.), il divieto, salvo specifici e giustificati motivi, della pratica del denudamento e l'obbligo, per le ispezioni di parti intime, della presenza del personale sanitario, mentre di tutto ciò non vi è alcuna traccia nel decreto emanato¹⁶.

c) In merito al divieto di discriminazione nella sfera sessuale e di genere, fanno così ingresso nella legislazione penitenziaria, in veste di condizioni da non discriminare, il riferimento costituzionale al sesso (art. 3, c. 1, Cost.) e, con maggiore originalità, le categorie socio-psicologiche dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale¹⁷. Questo principio generale è stato tradotto dal legislatore delegato in una specifica disciplina operativa, a proposito dell'assegnazione secondo categorie omogenee e della partecipazione ad attività trattamentali (art. 14 ord.penit.), che sarà esaminata a seguire.

d) A proposito della conformazione penitenziaria agli obiettivi trattamentali di autonomia-responsabilizzazione-socializzazione-integrazione, l'orizzonte complessivo del loro dispiegamento finisce per coprire la vita penitenziaria nel suo insieme. Per-

¹⁴ Cfr. P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 6-10.

¹⁵ Cfr. P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 6-10.

¹⁶ In termini assai critici su questa grave omissioni cfr. M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, p. 127.

¹⁷ Cfr. P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 10 s.

ciò, si possono richiamare il regime disciplinare, gli orari di apertura e di chiusura delle camere, i rapporti con il personale e i detenuti, il tipo di sorveglianza da parte degli operatori di polizia, il modo di interazione nei confronti dei compagni di sezione, la dimensione della convivialità e dell'affettività, la disponibilità di spazi e di tempi per un'emancipazione personale e una partecipazione comunitaria, i servizi accessibili e le attività organizzate, i rapporti con i familiari e con il volontariato all'interno e all'esterno, il sostegno degli educatori e degli esperti per affrontare le difficoltà custodiali e per accedere alle opzioni trattamentali e alle misure alternative. Infatti, tutti questi e molti altri aspetti della vita penitenziaria servono a tradurre tali obiettivi trattamentali nella loro pratica quotidiana. Orbene, occorre allora interrogarsi sui detenuti che sono oggetto di controllo diretto e personale dei soli operatori poliziali invece che di una conoscenza matura e condivisa dall'intero personale penitenziario secondo una strategia trattamentale sinergica, cui è consentito soltanto di camminare e di chiacchierare in corridoi o in cortili spogli e tetri piuttosto che di muoversi e di integrarsi in libertà dentro la loro sezione o per raggiungere gli spazi bibliotecari o ricreativi o per partecipare alle attività istruttive o religiose, ai quali è permesso di intrattenere pochi e brevi colloqui in luoghi promiscui e inospitali senza poter godere di altre forme di socialità quali quelle di intimità e di sessualità con propri familiari o con altre persone, che sono sottoposti a una logica di premi e di punizioni che incentivano la banalizzazione e la strumentalizzazione delle scelte personali invece che supportati nel coltivare delle scelte autonome e nel costruire degli atteggiamenti responsabili¹⁸. Purtroppo, tutte queste e molte altre situazioni della vita penitenziaria restano a testimoniare che l'intervento innovatore è fatalmente mancato proprio dove avrebbe potuto e dovuto andare a conferire dignità di piena e concreta realizzabilità agli obiettivi proclamati, che altrimenti denunciano la loro mera natura retorica. I rituali di privazione e di subordinazione che sono agiti dagli operatori che esercitano l'ordine e la disciplina nei confronti dei ristretti conducono al loro adattamento alle regole interne formali e informali, noto come fenomeno della prigionizzazione, sulla base dei processi qualificati di infantilizzazione e di ibernazione delle persone segregate nelle istituzioni totali. Le forme di violenza strutturale che caratterizzano la condizione di cattività in cui sono poste le persone ristrette non potranno mai essere cancellate, sebbene solo venire lenite da interventi finalizzati, da un lato, alla dignità delle condizioni di privazione della libertà dentro il carcere e soprattutto, da altro lato, alla praticabilità delle alternative di pedagogia della libertà fuori dalla prigione¹⁹. Tutto ciò che, come si ricava dalle altre modifiche apportate, è restato in massima parte disatteso.

¹⁸ Cfr. P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 11-14.

¹⁹ Cfr. L. FERRARI e M. PAVARINI, *Manifesto No Prison*, 24 gennaio 2013, pt. 17, in <http://www.noprison.eu>.

3. *CONDIZIONI GENERALI: igiene personale, ambienti comuni, colloqui, permanenza all'aperto, alimentazione, informazione (artt. 5, 6, 8, 9, 10 e 18 ord.penit.)*

Le norme delegate raccolte in questo paragrafo risultano latamente riconducibili all'attuazione del principio direttivo sulla "previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica" (art. 1, c. 85, lett. r, l. 103/2017).

3.1. A proposito dei servizi igienici, nell'*ART. 8 ORD.PENIT.* è aggiunto che le docce assicurate ai ristretti sono fornite di acqua calda (c. 1) e che nelle loro camere i servizi igienici sono collocati in uno spazio separato per garantire la riservatezza (c. 2).

Premesso che anche per queste previsioni (come per quelle sugli ambienti comuni) la vigenza è posticipata alla fine del 2021, va osservato che, nonostante si tratti della mera trasposizione di contenuto normativo già presente nella regolamentazione secondaria (art. 7 reg.penit.), dalla formulazione letterale delle attuali norme primarie paiono ricavarsi delle significative limitazioni alla loro sfera applicativa. La prima attiene alla circostanza che l'acqua calda è riferita al servizio doccia, non anche ai servizi igienici ("servizi igienici e docce fornite di acqua calda", mentre nel regolamento si prevedono "servizi igienici forniti di acqua corrente, calda e fredda"). Ancora una volta, il legislatore delegato ha deciso di non assecondare sino in fondo l'umanizzazione della permanenza in istituto a vantaggio di tutti i ristretti, specie in quelle parti del paese dove le temperature più rigide rendono le quotidiane pratiche igieniche senza la disponibilità di acqua calda assai disagiati, ma in modo particolare nei confronti delle detenute, che di tutta evidenza richiederebbero una specifica considerazione che come si è già visto in precedenza (circa il principio di non discriminazione) e come si avrà modo di approfondire in seguito (circa l'assegnazione nell'istituto e l'accesso alla formazione) viene invece loro sacrificata non solo sul piano della socialità ma addirittura su quello dell'umanità del trattamento. La seconda limitazione interessa il fatto che non è precisato come debba avvenire la distinzione dal resto dell'ambiente dei servizi igienici presenti nelle camere di pernottamento ("collocati in uno spazio separato", mentre nel regolamento si stabiliscono "collocati in un vano annesso"). In tal modo, la deprecabile situazione dei servizi igienici divisi dalla rimanente parte della stanza da un semplice paravento, che risulta interessare ancora un numero importante di persone detenute, potrebbe non vedere alcun miglioramento, in ragione della formulazione niente affatto risolutiva sulla necessità che la separatezza tra diversi ambienti della camera di detenzione sia assicurata da elementi architettonici in grado di garantire una reale riservatezza alle persone interessate²⁰.

²⁰ Cfr. A. MONACELLI, *L'edilizia penitenziaria*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 64.

3.2. Con riguardo agli ambienti comuni²¹:

- a) nell'ART. 6 ORD.PENIT. è aggiunto che le aree residenziali devono essere dotate di spazi comuni per consentire una gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica (c. 2);
 - b) all'ART. 5 ORD.PENIT. si circoscrive l'obbligo per gli edifici penitenziari di essere dotati di locali per lo svolgimento di attività in comune a quelle lavorative e formative, mentre per quelle culturali, sportive e religiose se ne prevede la dotazione ove possibile (c. 2).
- a) In merito alla predisposizione di spazi comuni per attività in condivisione, precisato che anche di queste norme (come di quelle sui servizi igienici) l'entrata in vigore è fissata per la fine del 2021, si vuole rilevare come integri una previsione positiva ma di difficile attuazione, in quanto la gestione comune della vita quotidiana abbisogna di integrarsi con la parallela disciplina della sorveglianza dinamica nella sezione considerata, per consentire il pieno sfruttamento degli spazi collettivi nella quotidiana interazione tra ristretti e operatori. Ebbene, come sopra ricordato (a proposito dei diritti fondamentali e dei modelli trattamentali) si tratta di una delle materie su cui la previsione della legge delega non è stata esercitata dal legislatore delegato e che resta in balia della disciplina amministrativa che da più parti delle forze politiche e delle sigle sindacali della polizia penitenziaria si chiede di cancellare in favore del ritorno al vecchio regime di detenzione chiusa e di sicurezza statica.
- b) Con riferimento alla dotazione di locali comuni per attività di trattamento, si deve evidenziare che, addirittura in contrasto con quanto sopra stabilito sulle aree di soggiorno, costituisca un grave arretramento dall'effettiva attuazione del principio rieducativo l'aver scelto di limitare il significato trattamentale della previgente prescrizione, secondo la quale la dotazione di locali per la vita in comune doveva essere assicurata senza alcun'altra distinzione di finalità per le attività da tenervi, circoscrivendo alla sola destinazione ad attività formative e lavorative la portata dell'incondizionata necessità di tali locali e relegando invece la previsione di quelli per attività sportive, religiose o comunque culturali sul piano dell'indeterminata eventualità. Dopo la recente affermazione della logica inclusiva della presa in carico sul territorio attraverso le misure alternative e i servizi assistenziali (carcere e società), ciò rappresenta un antistorico ritorno all'ideologia trattamentale per cui la risocializzazione passa dagli elementi prioritari della formazione e dell'avviamento al lavoro praticati dentro l'istituto (carcere e fabbrica), che nella contingenza di un mercato del lavoro globalizzato e precarizzato che espelle invece di accogliere viene declinata in una diversa accezione retorica, che come si vedrà (in relazione al lavoro) è incentrata sulle prestazioni gratuite e simboliche a esclusivo vantaggio della riparazione e della rassicurazione di una collettività che si sente sempre più

²¹ Cfr. A. MONACELLI, *L'edilizia penitenziaria*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 65-68.

vittimizzata e impaurita (carcere *senza fabbrica e senza società*)²². Quanto sino a ieri poteva rappresentare un'inosservanza censurabile al livello interno sul fronte del pregiudizio all'esercizio di diritti e a livello internazionale sul fronte dell'integrazione di trattamenti inumani o degradanti (sono in questione diritti costituzionalmente e convenzionalmente tutelati, a partire dalla libertà religiosa), con questa formulazione normativa sulla dotazione dei locali comuni da oggi ciò dovrà considerarsi un'inosservanza giustificabile dal livello centrale e periferico dell'amministrazione penitenziaria in ragione dell'impossibilità ad adempiere per mancanza di risorse, che si è già ricordato è invece è contrastata da un principio europeo che non è stato richiamato dal legislatore delegato.

3.3. In merito ai locali di visita, nell'*ART. 18 ORD.PENIT.* si aggiunge che i locali appositamente destinati ai colloqui con i familiari sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto e favoriscono ove possibile la dimensione riservata del colloquio, e che ai colloqui con i minori di anni quattordici va dedicata una particolare cura (c. 3).

Con riferimento al principio direttivo di "riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio" (art. 1, c. 85, lett. n, l. 103/2017), sebbene dal decreto legislativo non contemplato come attuato, può affermarsi che, in costanza della disciplina vigente per tali incontri e nonostante l'evocato parametro della dimensione riservata, che peraltro si riferisce solo ai colloqui con i familiari e non con altre persone, come sovente accade nel caso di colloqui richiesti da persone detenute in sezioni diverse dello stesso istituto, alla novella delegata risulta attribuibile soltanto una possibile incidenza su profili marginali, quali ad esempio la riduzione della rumorosità o della visibilità tra i differenti gruppi familiari. Invece, di maggiore significato si presenterebbero in astratto le previsioni relative ai colloqui coi minori, in particolare per la specifica collocazione da riservare agli spazi per le visite in prossimità dell'ingresso dell'istituto, che servono a evitare specie ai minorenni l'esperienza negativa dei passaggi interni alla struttura penitenziaria. In merito alla particolare cura da dedicare alle visite con gli infraquattordicenni, che potrebbe non limitarsi agli spazi di attesa e di incontro ma risultare estensibile alle modalità di controllo e di assistenza da parte degli operatori di polizia penitenziaria, non si fornisce alcuna precisa indicazione, quali per esempio un obbligo esplicito di consentire delle visite in orario non scolastico e di fornire dei dispositivi di accoglienza per bambini²³. Peraltro, occorre sottolineare che anche l'impatto concreto di siffatte previsioni (come per quelle sugli ambienti

²² Così M. PAVARINI, da ultimo in *Capire la penalità*, postfazione a *Carcere e fabbrica – Alle origini del sistema penitenziario* [1977], IV ed., di D. Melossi e M. Pavarini, Il Mulino, Bologna, 2018, specie pp. 322-325.

²³ V. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, BAMBINISENZASBARRE ONLUS, *Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti*, Protocollo d'intesa, 20 novembre 2018, in <http://www.giustizia.it>.

per le attività in comune) è depotenziato dalle clausole che derubricano la collocazione prossima all'ingresso e la facilitazione della dimensione riservata a mere indicazioni tendenziali, cui l'amministrazione penitenziaria si potrà sottrarre per mancanza di risorse da impiegare a tali scopi²⁴.

3.4. A proposito delle ore d'aria, all'ART. 10 ORD.PENIT. si modifica il tempo minimo ordinario da due a quattro ore (c. 1) e quello ridotto da una a due ore, con l'integrazione che il provvedimento è adottato per giustificati motivi dal direttore dell'istituto ed è comunicato al provveditore regionale e al magistrato di sorveglianza (c. 2), e si aggiunge che gli spazi destinati alla permanenza all'aperto devono offrire possibilità di protezione dagli agenti atmosferici (c. 3).

L'ampliamento del tempo minimo di permanenza all'aria aperta risulta assai meno migliorativo di quel che potrebbe apparire. Infatti, il raddoppio del tempo minimo sia ordinario che ridotto, che rappresenta l'unica concreta novità così effettivamente introdotta nel nostro ordinamento penitenziario, va interpretato insieme alle altre previsioni invece variamente riprese dalla normazione secondaria (art. 16, cc. 3 e 4, reg.penit.), che tra l'altro nella parte non trasposta indica la permanenza all'aperto come strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale, accanto allo svolgimento delle attività di trattamento, da assicurare per periodi adeguati anche attraverso le valutazioni del servizio sanitario e psicologico (c. 2). Orbene, mentre le previsioni sulla comunicazione del provvedimento di riduzione del direttore al provveditore e al magistrato, così come quella sulla possibilità di protezione dagli agenti atmosferici durante la permanenza all'aperto dei detenuti, sono state trasfuse nella fonte principale con lo stesso tenore letterale di quelle ancora presenti nella disciplina subordinata, così non è stato per i requisiti del provvedimento di riduzione delle ore d'aria adottabile dal direttore d'istituto, posto che nel regolamento tale riduzione è dovuta a motivi eccezionali e va limitata a tempi brevi, laddove nella legge è stata ricondotta alla ben più laconica formula giustificativa di sussistenza dei giustificati motivi sganciati da ogni altro limite temporale di durata. Pertanto, l'estensione del tempo minimo ordinario da due a quattro ore rischia di restare sulla carta, considerato che il direttore dell'istituto potrà invocare delle ragioni strutturali a giustificazione del sacrificio al tempo minimo ridotto di due ore, con un provvedimento discrezionale che addirittura potrà valere a tempo indefinito²⁵.

3.5. Con riguardo al vitto interno, nell'ART. 9 ORD.PENIT. si aggiunge che ai detenuti che ne fanno richiesta è garantita, ove possibile, un'alimentazione rispettosa del loro credo religioso (c. 1).

²⁴ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 24 s.

²⁵ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 19-22.

Si tratta dell'unica espressione dei decreti delegati riconducibile al principio direttivo sulla "revisione delle vigenti previsioni sulla libertà di culto e i diritti ad essa connessi" (art. 1, c. 85, lett. v, l. 103/2017). Anche in questo caso, comunque, nel far salva la condizione di possibilità per dar seguito alla garanzia prevista, che non era presente nella versione originaria del decreto delegato e non è congruente con la vincolante qualificazione come diritto soggettivo della relativa pretesa, la formulazione delegata finisce per confermare quanto già formalmente stabilito dalla regolamentazione secondaria (art. 11, c. 4, reg. penit.) e sostanzialmente assicurato dalla prassi penitenziaria. Restano senza alcuna tutela, invece, le esigenze di tipo alimentare che siano riconducibili ad altre istanze su base etica, come quelle riferite alla vita e al benessere degli animali, che sul piano interpretativo non risultano sussumibili nella prevista categoria del credo religioso.

3.6. In riferimento al libero pensiero²⁶, nell'*ART. 18 ORD. PENIT.* si introduce il diritto di ogni ristretto a una libera informazione e a esprimere le proprie opinioni, anche usando gli strumenti di comunicazione disponibili e previsti dal regolamento (c. 8), e la garanzia dell'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento (c. 9).

Rispetto alle precedenti disposizioni che contenevano esclusivamente l'autorizzazione di detenuti e internati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione, le novità introdotte qualificano significativamente come diritto sia l'accesso all'informazione che l'espressione del pensiero. Il riferimento alla condizione di disponibilità degli strumenti di comunicazione rinvia fatalmente alla necessità del superamento delle note resistenze dell'amministrazione penitenziaria ad approfittare delle possibilità offerte dall'evoluzione tecnologica per avvicinare la comunità ristretta alla società libera, quando non delle vere e proprie forme di ostracismo mostrate nei confronti del riconoscimento dell'esercizio di tali diritti costituzionali e convenzionali da parte delle persone detenute, in specie laddove private delle ordinarie modalità di socializzazione e di integrazione in quanto sottoposte a speciali regimi derogatori delle ordinarie regole trattamentali²⁷.

²⁶ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 25 s.

²⁷ Sulla fruizione della televisione anche la notte da parte del detenuto sottoposto al regime speciale cfr. in senso favorevole Trib.Sorv.Roma, ord., 2 ottobre 2018, (su provvedimento di rigetto Mag.Sorv.Viterbo, ord., 8 febbraio 2018), con nota di L. AMERIO, *41bis: sproporzionata, incongrua ed ingiustificata la disposizione che limita temporalmente al detenuto di accendere la televisione in cella. Disapplicata la circolare D.A.P. nella parte qua*, in *Giurisprudenza Penale*, 3 dicembre 2018; in senso contrario Trib.Sorv.Torino, ord., 19 dicembre 2018, (su provvedimento di accoglimento Mag.Sorv. Novara, ord., 31 maggio 2018), con nota di G. ALBERTI, *Detenuti al 41-bis e restrizioni orarie nella fruizione della tv*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 marzo 2019.

4. *MODALITÀ TRATTAMENTALI: assegnazioni, trasferimenti, individualizzazione trattamentale, osservazione scientifica, istruzione, rappresentanze interne, residenza anagrafica, mediatori culturali, documento d'identità (artt. 13, 14, 15, 19, 31, 42, 43, 45 e 80 ord.penit.)*

4.1. In relazione ad assegnazione e trasferimenti, nell'ART. 14 ORD.PENIT. sono apportate le seguenti modifiche:

- a) è aggiunto che i detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari (c. 1), ed è conseguentemente modificato l'ART. 42 ORD.PENIT. nel senso che nel disporre i trasferimenti gli interessati 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 tenendo conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o di salute, per cui l'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga (c. 2), e che sulla richiesta di trasferimento da parte dei detenuti e degli internati per ragioni di studio, di formazione, di lavoro, di salute o familiari, l'amministrazione penitenziaria provvede, con atto motivato, entro sessanta giorni (c. 3);
 - b) è aggiunto che, in istituti separati o in sezioni apposite, le donne sono ospitate in numero tale da non compromettere le attività trattamentali (c. 6);
 - c) è aggiunto che i ristretti interessati dal timore di aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione della sola identità di genere o dell'orientamento sessuale, devono essere assegnati, secondo categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale, previo loro consenso, altrimenti saranno collocati in sezioni ordinarie, mentre è in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta (c. 8).
- a) La relazione illustrativa riconduce le novità in tema di territorialità della pena al principio direttivo di "riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio" (art. 1, c. 85, lett. n, l. 103/2017), ma formalmente questo principio direttivo non è nemmeno qualificato come attuato dal decreto legislativo e sostanzialmente viene invece inteso nell'accezione di esercizio dell'intimità e della sessualità nel contesto dell'esecuzione della pena. Comunque, la novellata disciplina sull'assegnazione introduce la maggiore prossimità possibile al centro di vita familiare o sociale come un diritto del ristretto e parifica alla stabile dimora di famiglia il centro di riferimento sociale. Purtroppo, la clausola di salvezza, che laconicamente rinvia a motivi contrari unicamente richiedendo che siano specifici, si presenta capace di rendere sterile il formale riconoscimento del diritto soggettivo, così rimettendo alla prassi penitenziaria e al reclamo giurisdizionale il concreto esito del suo esercizio. Almeno, di maggiore incisività appaiono le innovazioni alla formulazione della correlativa disciplina dei trasferimenti, laddove a parte specificare che il centro di

riferimento sociale va individuato dovendo tenere conto delle ragioni di studio, formazione, lavoro o salute, si incaricano in particolare di prescrivere che nel caso di trasferimenti a iniziativa l'amministrazione penitenziaria deve dare conto delle ragioni che giustificano l'eventuale deroga dal principio della territorialità e nel caso di trasferimento a richiesta di detenuti e internati deve provvedere entro un tempo determinato in sessanta giorni e con atto motivato. Pertanto, è solo parzialmente realistico confidare che la nuova disciplina sull'assegnazione e soprattutto sui trasferimenti disincentivi il ricorso a giustificazioni basate su generici motivi di sicurezza o di istituto, che in concreto tradiscono l'intento di interventi strumentali di mera natura disciplinare o punitiva, interrompendo opportunità trattamentali e acuendo vulnerabilità personali, tra le cause più frequenti delle condotte etero- e auto-aggressive. Infine, la disciplina delegata non affronta né il frequente problema della notifica all'interessato del provvedimento nell'immediatezza del trasferimento, da cui deriva che l'eventuale reclamo al magistrato di sorveglianza può solo produrre la riduzione in pristino nella situazione precedente ma non evitare il danno che emerge dall'ingiustificato sradicamento, né l'auspicata previsione della consultazione dell'interessato, e delle altre figure professionali e volontarie che collaborano al programma trattamentale, nell'istruttoria della decisione sul trasferimento²⁸.

b) La nota esiguità delle donne detenute e delle strutture dedicate aveva prodotto sino ad oggi delle frequenti situazioni in cui, in ossequio al principio della territorialità dell'esecuzione della pena, nelle sezioni femminili con poche unità alle ristrette presenti veniva compromessa la stessa possibilità di vedersi offrire le minime opportunità di trattamento interno, in spregio ai principi dell'umanizzazione e della rieducazione. In attuazione del principio direttivo sulla "previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute" (art. 1, c. 85, lett. t, l. 103/2017), la prescrizione qui aggiunta si mostra tuttavia con una formulazione così generica che non pare affatto capace di determinare per ciò solo un migliore equilibrio tra tali contrapposte esigenze, in ragione delle immutate condizioni strutturali e personali in cui versa il nostro sistema penitenziario. A parte la previsione generale che consente, in particolari circostanze non altrimenti indicate, l'ammissione di detenuti e internati ad attività organizzate per categorie diverse da quelle di appartenenza (art. 14, c. 5, ord.penit.), il legislatore delegato non si è spinto sino a prescrivere per le donne ciò che invece ha in ogni caso garantito (come subito sotto illustrato) alle persone tutelate in ragione dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, vale a dire la possibile partecipazione comune ad attività trattamentale da parte di gruppi diversi, soluzione che rispetterebbe la regola europea sulla massima conformità della vita penitenziaria alla società libera e allevierebbe la cronica insufficienza delle risorse trattamentali per la vita interna²⁹.

²⁸ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 22 s.

²⁹ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 27 s.

c) L'innovativa previsione sulla tutela dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, che è specifica attuazione del principio direttivo sulla "previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica" (art. 1, c. 85, lett. r, l. 103/2017) e quindi del nuovo testo del principio generale di non discriminazione sopra esaminato (art. 1, c. 1, ord.penit.), risulta prioritariamente segnata dall'esigenza della tutela dell'incolumità fisica da rischi di violenze o abusi in relazione all'identità di genere o all'orientamento sessuale, invece che dall'opportunità della promozione socio-individuale di iniziative di partecipazione e realizzazione in attività di intrattenimento e reintegrazione. Ciononostante, il suo contenuto rende significativamente esplicita la necessità del consenso degli interessati nell'opzione sull'assegnazione, la doverosità dell'assegnazione per gruppi omogenei in sezioni prossime su base territoriale, e nondimeno la garanzia della fruizione di attività interne anche con altre categorie di detenuti³⁰.

4.2. Con riferimento al trattamento³¹, nell'ART. 13 ORD.PENIT.:

- a) viene aggiunto che il trattamento penitenziario deve incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale (c. 1);
- b) viene modificato lo scopo dell'osservazione scientifica della personalità nei confronti dei condannati e degli internati, nel senso che viene predisposto per rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento (c. 2);
- c) viene aggiunto che nell'ambito dell'osservazione all'interessato è offerta l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione (c. 3);
- d) infine, viene aggiunto che la prima formulazione dell'osservazione è redatta entro sei mesi dall'inizio dell'esecuzione (c. 4).

Si tratta di norme prive dell'espressa riconducibilità a un criterio direttivo come quello diverso ma omologo sulla "previsione di una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire; integrazione delle previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna; previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante il coinvolgimento della polizia penitenziaria" (art. 1, c. 85, lett. d, l. 103/2017), quindi forse latamente riferibili, a parte quanto

³⁰ Cfr. P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 11; S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 s. Cfr. Mag.Sorv.Spoleto, ord., 18 dicembre 2018, in <http://www.ristretti.it>.

³¹ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 16-18.

di seguito diversamente specificato in relazione a specifici contenuti commentati, al generale principio direttivo sulla “previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica” (art. 1, c. 85, lett. r, l. 103/2017).

a) Sulla concezione del trattamento, nonostante la positiva integrazione dell’incoraggiamento delle attitudini e della valorizzazione delle competenze a sostegno del reinserimento sociale, il confermato riferimento alla risposta ai bisogni della “personalità”, invece che a quelli della “persona”, appare indice della pervicace persistenza della cultura penitenziarista di stampo positivista, che proviene dalla criminologia clinica di formazione psichiatrico-psicologica e costruisce il trattamento risocializzante alla stregua del paradigma osservazione-diagnosi-terapia, invece che ispirarsi all’affermazione di una cultura integrata della dignità umana, che rinvia all’universalità dei diritti e alla complessità delle relazioni tra singolo e società nell’intento di conoscere tutta la persona tra dimensioni individuali e legami sociali e intervenire a supporto delle debolezze come delle potenzialità.

b) In merito agli obiettivi dell’osservazione, è innanzitutto osservabile un mero affinamento sul piano lessicale delle carenze da rilevare, ora qualificate “psicofisiche” rispetto a quelle prima aggettivate come “fisiopsichiche”, con un miglioramento linguistico che non ha invece interessato quella che è ancora presuntuosamente definita come osservazione “scientifica” della personalità. Di maggiore significato si può ritenere la modificazione della prospettiva teleologica di tale osservazione trattamentale. Rispetto alle menzionate carenze, l’osservazione non è più volta come in precedenza a rilevare necessariamente (per la congiunzione “e”) “le altre cause del disadattamento sociale”, ma eventualmente (per la disgiunzione “o”) “le altre cause che hanno condotto al reato”, rilevazione alternativa che viene inoltre orientata con carattere di novità alla proposizione del programma di reinserimento valutato adeguato alla persona. Risulta così chiaro che, nell’attuale concezione dell’intervento trattamentale, la lettura dell’origine del reato non lo vede più esclusivamente legato a svantaggi o inadeguatezze di ordine biologico e ambientale in termini di carenze o privazioni, quanto invece potenzialmente condizionato da più fattori cognitivi e comportamentali che possono interessare anche persone superdotate e iper-integrate.

c) Nel passaggio dall’osservazione al trattamento, il nuovo testo della legge penitenziaria trasferisce e riformula la previsione di una proposta riflessione sulle condotte antiggiuridiche e sulle azioni riparatorie già contenuta nella regolazione secondaria (art. 27, c. 1, reg.penit.), forma astrattamente attuativa in ambito intramurario del principio direttivo sulla “previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell’esecuzione delle misure alternative” (art. 1, c. 85, lett. f, l. 103/2017), che peraltro il decreto delegato non richiama espressamente tra quelli attuati. Pare addirittura superfluo sottolineare la palese inconsistenza e inadeguatezza di tale innovazione rispetto alle indicazioni comunque più

stringenti e coerenti fornite dalla legge delega, che rinviano alla necessità di normare le procedure delle attività riparative e di qualificarle non soltanto all'interno del penitenziario ma nondimeno nell'esecuzione all'esterno. Risulta tuttavia significativo che, nonostante tale tenore letterale, questa norma delegata sia stata letta insieme alle nuove previsioni sul lavoro di pubblica utilità³², che aggiungono tra gli elementi del trattamento la partecipazione a progetti di pubblica utilità (art. 15, c. 1, ord.penit.) e riformulano in un'autonoma disposizione la disciplina del lavoro di pubblica utilità (art. 20-ter ord.penit.), intese quali possibili azioni di riparazione verso la vittima e soprattutto verso la collettività che il gruppo di osservazione e trattamento potrà proporre al ristretto interessato. Nonostante propriamente riferibili al diverso criterio direttivo sull'"incremento [...] di attività di volontariato individuale e di reinserimento sociale dei condannati [...]" (art. 1, c. 85, lett. g, l. 103/2017), tale accostamento al tema della giustizia riparativa viene qui valutato in senso critico, nel senso di previsioni rivelatrici di un preoccupante mutamento nella stessa concezione del lavoro penitenziario, che sebbene già anticipato a proposito dei locali per le attività in comune sarà meglio discusso a seguire nel trattare le principali novità apportate in materia di lavoro penitenziario.

d) A proposito della prima formulazione del programma trattamentale, il termine di sei mesi che ora prevede l'ordinamento penitenziario è nuovo sia per la fonte ove inserito che per la sua durata. Analoga previsione risulta già contenuta nella normazione secondaria, sebbene tarata sul periodo di nove mesi (art. 27, c. 2, reg.penit.). Tale collocazione appare peraltro insufficiente non soltanto all'assicurazione del rispetto di quella scadenza, ma soprattutto a prevenire che tale abbreviazione possa pregiudicare la qualità della valutazione su cui deve essere fondato e la capacità della proposta di cui deve essere portatrice, senza dimenticare che andrebbe inoltre garantito che dopo la prima formulazione il programma trattamentale venga aggiornato e rielaborato nel corso dell'esecuzione, grave problema cui il legislatore delegato non ha posto alcuna attenzione.

4.3. In merito all'istruzione, nell'ART. 19 ORD.PENIT.:

- a) è aggiunto che tramite la programmazione di iniziative specifiche è assicurata la parità di accesso delle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale (c. 3);
- b) è aggiunto che speciale attenzione è dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali (c. 4);
- c) all'agevolazione del compimento degli studi dei corsi universitari e della frequenza a corsi scolastici per corrispondenza, per radio e per televisione, è sostituita l'agevolazione della frequenza e del compimento degli studi universitari e degli studi tecnici superiori, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa

³² Così S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 19.

con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore, nonché l'ammissione ai tirocini formativi (c. 6).

a) In attuazione del principio direttivo sulla “previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute” (art. 1, c. 85, lett. t, l. 103/2017), si è inserita una previsione assai problematica, che nell'espresso intento di assicurare la parità di accesso delle donne ristrette alla formazione culturale e professionale, invece di procedere come già rilevato (a proposito dell'assegnazione in sezione) nel senso di consentire comunque attività comuni tra gruppi diversi, si è preferito optare per la previsione di specifiche iniziative, che ripropone l'annosa questione di come rimediare alla cronica mancanza di risorse da parte dell'amministrazione penitenziaria per questo tipo di attività e soprattutto alla frequente offerta di progetti magari sostenuti da convenzioni e volontari che in nome delle specificità di genere finiscono piuttosto per replicare gli approcci culturali e i ruoli professionali tradizionalmente femminili che sono proprio espressione degli stereotipi di genere³³.

b) In esecuzione del criterio delegante sulla “previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere” (art. 1, c. 85, lett. o, l. 103/2017), il segno di attenzione che viene dedicato alla questione dell'integrazione degli stranieri ristretti si dissolve nell'assenza di speciali indicazioni sulle risorse e sulle modalità di provvedere ai bisogni e di valorizzare le capacità, ancora una volta rimandando il relativo carico per la formazione linguistica e l'educazione civica ai centri provinciali per l'istruzione degli adulti che fanno capo al Ministero dell'istruzione e agli accordi tra pubblico e privato per progetti culturali e formativi³⁴.

c) In assenza di un principio o criterio direttivo a fondamento dell'esercizio della legislazione delegata in materia (a differenza di quanto previsto per i ristretti minori di età, sul “rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni”, all'art. 1, c. 85, lett. p, n. 7, l. 103/2017), la norma non fa altro che recepire quanto emerso nell'evoluzione della disciplina e della prassi sugli studi superiori e universitari in ambito penitenziario³⁵, richiamando come nei fatti è sin qui accaduto la possibilità di ricorrere a convenzioni e protocolli con gli organismi competenti per dare seguito a tali sviluppi, in particolare con riferimento all'esperienza dei poli universitari peni-

³³ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 28.

³⁴ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 27. Sull'originale progetto per la conoscenza e il dialogo tra Costituzioni e culture dell'Italia e dei Paesi della Primavera araba, promosso dal Garante regionale dei detenuti della Regione Emilia-Romagna e realizzato nella Casa circondariale di Bologna, v. *Diritti, doveri, solidarietà*, Rapporti edizioni 2014/2015 e 2015/2016, in <http://www.assemblea.emr.it>.

³⁵ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 30.

tenziari³⁶, dei percorsi di istruzione e formazione tecnica superiore³⁷ e dei tirocini formativi e di orientamento³⁸.

4.4. A proposito delle rappresentanze interne, nell'*ART. 31 ORD.PENIT.*:

- a) è aggiunto che anche le rappresentanze dei detenuti e degli internati previste in materia di alimentazione e di lavoro sono nominate per sorteggio secondo le modalità indicate dal regolamento interno dell'istituto;
 - b) è aggiunto che negli istituti penitenziari che ospitano sezioni femminili la rappresentanza comprende anche una detenuta o internata (c. 2).
- a) L'estensione del rinvio al regolamento d'istituto al fine di regolamentare le procedure di nomina delle rappresentanze per il controllo dell'applicazione tabelle e della preparazione vitto (art. 9, c. 6, ord.penit.) e dell'assegnazione al lavoro (art. 20, c. 6, ord.penit.), oltre a quelle già considerate per la gestione del servizio di biblioteca (art. 12, c. 3, ord.penit.) e l'organizzazione delle attività culturali, ricreative e sportive (art. 27, c. 2, ord.penit.), non affronta il vero problema dell'esistenza di istituti nei quali il regolamento interno, quale strumento essenziale per l'organizzazione del trattamento penitenziario secondo il principio di legalità, non viene adottato, nonostante sia previsto da puntuali prescrizioni sulle competenze e sulle procedure di predisposizione, approvazione e modifica, contenute nella stessa normazione primaria (art. 16 ord.penit.). Le direttive che l'amministrazione penitenziaria comunque impartisce con riguardo alle esigenze dei gruppi di detenuti e internati ristretti nel singolo istituto vengono così formulate con ordini di servizio della direzione di istituto, che risultano sottratti alle regole di garanzia previste per il regolamento di istituto, la cui competente commissione tra l'altro è presieduta dal magistrato di sorveglianza e composta dalle diverse figure che a vario titolo partecipano all'osservazione e al trattamento.
- b) Ancora in ossequio al principio direttivo sulla "previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute" (art. 1, c. 85, lett. t, l. 103/2017), con l'integrazione di una donna nelle rappresentanze interne degli istituti che abbiano presenze femminili si introduce un modesto strumento di azione per affermare il punto di vista di genere nell'universo penitenziario³⁹, cui peraltro si contrappone la totale mancanza di considerazione per la relativa presa in ca-

³⁶ Per dati e documenti v. Conferenza nazionale dei Delegati dei Rettori per i Poli universitari penitenziari, istituita il 9 aprile 2018 presso la Conferenza dei Rettori delle Università italiane, in <http://www.cru.it>.

³⁷ V. l. 144/1999 (art. 69, *Istruzione e formazione tecnica superiore*); d.P.C.M. 25 gennaio 2008 (*Linee guida per la riorganizzazione del sistema di istruzione e formazione tecnica superiore e la costituzione degli istituti tecnici superiori*); d.P.R. 263/2012 (per l'applicazione della normativa vigente in materia di organizzazione dei percorsi di istruzione degli adulti da parte dei centri provinciali per l'istruzione degli adulti).

³⁸ V. l. 92/2012 (art. 1, cc. 34 e 36), acc.Conf.perm. 25 maggio 2017 (*Linee guida in materia di tirocini formativi e di orientamento*).

³⁹ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 28 s.

rico delle altre differenze di genere, che come già visto hanno altrimenti trovato accoglienza (nell'ambito del principio di non discriminazione e della disciplina dell'assegnazione) con riferimento all'identità di genere e all'orientamento sessuale, a controprova che tale attenzione è stata rivolta solo sul piano della prevenzione di aggressioni e di sopraffazioni, non della considerazione dei bisogni e dei diritti delle persone interessate.

4.5. In relazione all'iscrizione anagrafica, nell'*ART. 45 ORD.PENIT.* viene aggiunto, insieme al riferimento agli aiuti economico-sociali nella rubrica della norma, la previsione che il detenuto o l'internato privo di residenza anagrafica è iscritto, su segnalazione del direttore, nei registri della popolazione residente del comune dove è ubicata la struttura, e che all'interessato è richiesto di optare tra il mantenimento della precedente residenza anagrafica e quella presso la struttura ove è detenuto o internato, opzione che può essere modificata in ogni tempo (c. 4).

Come ulteriore riferimento al principio direttivo sulla "previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica" (art. 1, c. 85, lett. r, l. 103/2017), la novella normativa è destinata a garantire il godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali da parte dei ristretti che non li abbiano perduti in ragione della loro posizione giuridica. Ciò dovrebbe poter assicurare il superamento di quelle prassi ancora diffuse da parte di talune amministrazioni locali che, per ragioni ideologiche o burocratiche, impedivano od ostacolavano l'esercizio delle prerogative elettorali o l'erogazione delle prestazioni sociali nei confronti delle persone residenti in un determinato territorio per motivi di giustizia⁴⁰.

4.6. Con riferimento alle figure esterne, nell'*ART. 80 ORD.PENIT.* viene aggiunto che, per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi anche di mediatori culturali e interpreti (c. 4) e nell'*ART. 27 ORD.PENIT.* viene aggiunto che, della commissione per le attività culturali, ricreative e sportive, fanno parte anche i mediatori culturali che operano nell'istituto (c. 2).

Sempre in aderenza al principio direttivo sulla "previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere" (art. 1, c. 85, lett. o, l. 103/2017), il legislatore delegato introduce finalmente due figure professionali essenziali a un carcere ormai da tempo sempre più internazionale, in particolare inserendo i mediatori culturali nella commissione che si occupa delle attività trattamentali, ove potrà portare un prezioso contributo alla fattiva considerazione della dimensione transculturale⁴¹.

⁴⁰ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 31.

⁴¹ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 27.

4.7. In merito al documento personale, nell'ART. 43 ORD.PENIT. è aggiunto che, ove sussistano i presupposti per il rilascio, i detenuti e gli internati sono dimessi con i documenti di identità validi e a tal fine l'amministrazione penitenziaria si avvale della collaborazione degli enti locali (c. 6).

Senza un chiaro e preciso collegamento ai principi e criteri direttivi della legge delega, la nuova disposizione mira a consentire che i ristretti dimittendi siano tempestivamente dotati di uno strumento essenziale per il reingresso nella società, rimettendone la concreta attuazione alla necessaria collaborazione degli enti locali con l'amministrazione penitenziaria⁴².

5. *LAVORO PENITENZIARIO: elementi del trattamento, commissione per il lavoro, determinazione della remunerazione, lavoro di pubblica utilità, assistenza lavoristico-previdenziale, assegno di ricollocazione (artt. 15, 20, 20-ter, 22, 25-ter e 46 ord.penit.)*

In riferimento ai principi e criteri direttivi sull'“incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario sia esterno, nonché di attività di volontariato individuale e di reinserimento sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e a quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento” (art. 1, c. 85, lett. g, l. 103/2017) e sulla “previsione di una maggiore valorizzazione del volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici di esecuzione penale esterna” (art. 1, c. 85, lett. h, l. 103/2017), espressamente indicati come attuati, e quello sulla “previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative” (art. 1, c. 85, lett. f, l. 103/2017), non esplicitamente considerato invece quale attuato, il legislatore delegato è intervenuto con significative innovazioni in specie sul lavoro interno, sul lavoro di pubblica utilità e sull'assistenza in campo lavoristico.

5.1. A proposito degli elementi del trattamento⁴³, nell'ART. 15 ORD.PENIT. viene aggiunto che il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente anche della formazione professionale e della partecipazione a progetti di pubblica utilità (c. 1).

L'elevazione delle attività di formazione professionale e soprattutto di utilità sociale, che pure erano già disciplinate dall'ordinamento penitenziario, alla dignità di

⁴² Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 30 s.

⁴³ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 1; S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 18 s.

elementi trattamentali denota un significativo cambiamento di paradigma penale-penitenziario, che alla felice sintesi costituzionale della dignità umana e della solidarietà sociale nei confronti della persona condannata sostituisce la pericolosa integrazione populista dell'ideologia punitiva con quella riparativa a vantaggio della società offesa. Senza impegno finanziario a carico dell'amministrazione penitenziaria, ovvero senza attribuire una reale importanza alla strategia proposta, si coniugano infatti in un opportunistico sincretismo i due elementi evocati: da una parte, la preparazione professionale, declinata come occasione di crescita delle attitudini personali del reo, però in un mercato del lavoro che è caratterizzato dalla prevalente offerta di posizioni dequalificate e sottotutelate, rispetto ai profili individuali di coloro che sono così costretti ad accettare condizioni di subalternità e di sfruttamento; dall'altra parte, l'impegno sociale, inteso quale prestazioni del singolo con cui contribuire al bene pubblico, tuttavia al servizio di una concezione della società che è contraddistinta dalla pretesa di far ripagare nei confronti della collettività il male del reato attraverso un'offerta più simbolica che lavorativa da parte del reo, senza nessuna retribuzione né prospettiva per la sua dignità umana e professionale.

5.2. Con riguardo al lavoro: nell'ART. 20 ORD.PENIT.

- a) è eliminata la previsione del carattere obbligatorio del lavoro per i condannati e gli internati sottoposti alla colonia agricola e alla casa di lavoro,
 - b) è modificata la disciplina della composizione e delle attribuzioni della commissione per il lavoro interno (cc. 5-7),
 - c) è modificata la disciplina sulle convenzioni di inserimento lavorativo (c. 8),
 - d) è modificata la disciplina dell'esercizio di attività artigianali o intellettuali o artistiche (c. 11),
 - e) è eliminata la previsione della possibile ammissione a un tirocinio retribuito per i ristretti privi di sufficienti cognizioni tecniche,
 - f) infine è aggiunta la previsione sulle attività di produzione per l'autoconsumo (c. 12), mentre nell'ART. 22 ORD.PENIT.
 - g) è modificata la modalità di determinazione della remunerazione per detenuti e internati alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.
- a) La natura obbligatoria del lavoro penitenziario è stata cancellata dalla novella delegata solo all'interno della legge penitenziaria (art. 20, c. 3, ord.penit., versione previgente), mentre è ancora prevista nel codice penale (artt. 22, c. 1, 23, c. 1, 25, c. 1, e anche 218, c. 2, cod.pen.) e nel regolamento penitenziario (art. 50 reg.penit.), che disciplinano l'obbligo del lavoro per i condannati alle pene dell'ergastolo, della reclusione e dell'arresto e gli internati in colonia agricola e casa di lavoro, così come si ritrova confermata da ulteriori disposizioni penitenziarie, che rafforzano il significato e le conseguenze dell'obbligo lavorativo nell'ambito del regime disciplinare (artt. 37 e 38 ord.penit., 76 e 77 reg.penit.), indicando il volontario inadempimento di obblighi lavorativi come infrazione disciplinare e il particolare impegno nello svolgimento del lavoro quale ricompensa trattamentale. Difficile prevedere quale soluzione interpretativa potrà prevalere rispetto a questa evidente

incoerenza sistematica dell'intervento legislativo delegato, ma di certo è probabile che nulla cambi nella prassi applicativa, considerato che la direzione di istituto resta non in grado di assicurare il lavoro a tutti i detenuti, mentre la dichiarazione di indisponibilità a svolgere alcuna attività lavorativa da parte del singolo rimane uno degli elementi rimessi al gruppo di osservazione e al magistrato di sorveglianza per le valutazioni del caso sul programma individualizzato e sulle misure alternative e gli altri istituti del trattamento⁴⁴.

b) La commissione per l'assegnazione del lavoro non prevede più la presenza di un appartenente al ruolo degli ispettori o dei sovrintendenti della polizia penitenziaria, ma la partecipazione di un rappresentante dei detenuti e degli internati viene confermata senza potere deliberativo; nel rispetto delle direttive emanate dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, la commissione stabilisce i criteri per l'avvicendamento nei posti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria; per motivi di sicurezza, la commissione provvede a individuare le attività o i posti che sono assegnati a detenuti o internati in deroga agli elenchi generico e per qualifica appositamente formati, come per specifiche ragioni di sicurezza resta salvo il potere del direttore di derogare ai criteri di assegnazione stabiliti dalla commissione. Nel sistema di assegnazione al lavoro, fondato sui due elenchi generico e per qualifica, il nuovo obbligo per la commissione di tenere conto in via esclusiva dell'anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato custodiale, dei carichi familiari e delle abilità lavorative possedute, invece che della professionalità, delle precedenti attività documentate e delle attività cui i ristretti potranno dedicarsi dopo la dimissione (art. 20, c. 6, ord.penit., testo previgente), cancella un criterio funzionale a far sì che l'attribuzione del lavoro venga orientata al futuro reinserimento nel mercato del lavoro, non invece alla mera assistenza nel contesto della carcerazione⁴⁵.

c) Le convenzioni con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire opportunità di lavoro a detenuti o internati, confermate senza oneri a carico della finanza pubblica, risultano ora interessate da una minima proceduralizzazione che consiste nel mero obbligo di dare pubblicazione sul sito istituzionale del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria sia dei relativi progetti di intervento, corredati dal curriculum dei soggetti privati disponibili, che delle convenzioni oggetto di stipula⁴⁶. Sono di comune esperienza le infinite possibilità con cui analoghe istanze di trasparenza, giustificate dalle più alte finalità, risultano concretamente aggirabili, in assenza di una maggiore tassatività nel disciplinare i tempi e i modi di tali forme ufficiali di pubblicazione.

⁴⁴ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, pp. 1 s.; D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 60.

⁴⁵ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 2.

⁴⁶ Cfr. D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 60.

d) La possibilità riconosciuta a detenuti e internati, in considerazione delle loro attitudini, di esercitare, per proprio conto, delle attività artigianali, intellettuali o artistiche non viene più collegata al relativo esonero dal lavoro ordinario, non si capisce se perché l'ammissione a tali speciali attività possa considerarsi implicitamente sostitutiva del lavoro comune ovvero se perché l'interessato sia tenuto allo svolgimento concretamente compatibile sia delle attività gestite per proprio conto che di quelle organizzate dall'amministrazione penitenziaria. Soluzione preferibile in entrambi i casi sarebbe stata di lasciare la precedente indicazione, ovvero di sostituirla con una diversa di altrettanto chiaro tenore (come si vedrà appena sotto a proposito delle attività di produzione di beni per autoconsumo).

e) La soppressione della possibile ammissione a tirocini retribuiti per acquisire delle competenze tecniche (art. 20, c. 16, ord.penit., versione previgente), che la dottrina aveva ricondotto all'apprendistato⁴⁷, si giustifica solo in relazione al perseguimento della più volte richiamata ideologia retributiva-riparativa per cui la formazione e il lavoro in ambito penitenziario sono concepiti in funzione disincentivante della dignità dell'individuo e di riaffermazione dell'autorità dello stato.

f) La possibilità attribuita a detenuti e internati di dedicarsi ad attività di produzione di beni da destinare ad autoconsumo viene comunque prevista come praticabile anche in alternativa alla normale attività lavorativa (quindi non facendo sorgere i dubbi interpretativi sopra esaminati a proposito delle attività artigianali, intellettuali o artistiche) e mediante l'uso di beni e servizi dell'amministrazione penitenziaria secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro della giustizia adottato di concerto con quello dell'economia. Va ritenuta una modalità produttiva in grado di aumentare le occasioni lavorative dei ristretti in funzione di un'economia circolare, ma allo stesso tempo espressione di un modello lavorativo di tipo autarchico che non riflette i metodi organizzativi propri del lavoro nella società esterna caratterizzata da un'economia terziarizzata⁴⁸.

g) La retribuzione prevista per ciascuna categoria di detenuti e internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, a livello terminologico, non è più indicata dall'autoritaria definizione di "mercede", ma da quella maggiormente dignitosa di "remunerazione". Di fatto, ciò rappresenta un mero recepimento del venir meno dell'originaria differenza tra i due istituti, prima sul piano legislativo con l'abrogazione delle previsioni che distinguevano la remunerazione dalla mercede in ragione della riduzione dei tre decimi della mercede corrisposta per il lavoro dei detenuti da versarsi prima alla Cassa per le vittime e dopo alle regioni e agli enti locali (art. 23, cc. 1-3, ord.penit.)⁴⁹, poi nella giurisprudenza costituzionale con la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della citata disposizione con

⁴⁷ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 4.

⁴⁸ Così A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 3.

⁴⁹ V. art. 29 l. 663/1986.

riferimento al periodo precedente l'entrata in vigore di siffatta modifica⁵⁰. A livello contenutistico, poi, l'innovazione maggiormente significativa consiste nella prescrizione che tale remunerazione è stabilita, in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, in misura "pari a due terzi" del trattamento economico previsto dai contratti collettivi, non più come in precedenza in misura "non inferiore ai due terzi". Di conseguenza, venuta meno tale potenziale discrezionalità nel determinare il compenso lavorativo, in concreto poco esercitata, a favore del suo calcolo in misura fissa, sono state cancellate anche le previsioni sulla costituzione e sulle competenze dell'apposita commissione centrale che doveva occuparsene, peraltro insieme all'indicazione del numero massimo di ore retribuite di permesso di assenza dal lavoro per frequentare i corsi scolastici o professionali che si svolgano durante l'orario di lavoro ordinario (art. 22, cc. 1-4, ord.penit., formulazione precedente)⁵¹. Di contro, l'eliminazione del meccanismo equitativo, che nella previgente disciplina stabiliva la determinazione dell'importo del compenso in via proporzionata alla quantità e qualità nonché all'organizzazione e al tipo del lavoro in concreto prestato, a vantaggio dell'introduzione di una proporzione fissa, che viene indicata nei due terzi del trattamento economico dei contratti collettivi e rispetto alla quale non ha più alcun significato la specificazione del criterio del rapporto con la quantità e qualità del lavoro svolto, risulta esclusivamente funzionale a ridurre il costo del lavoro penitenziario e a neutralizzare il contenzioso giuslavoristico, con riferimento al mancato adeguamento dell'importo del compenso fissato dalla competente commissione, ma solleva inevitabilmente questione di compatibilità costituzionale in quanto il criterio equitativo è parametro invocato dalla giurisprudenza costituzionale per garantire il diritto alla retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato⁵², oltre che il nuovo sistema di calcolo retributivo esprime una sostanziale difformità dal metodo funzionante nella società libera che pone un potenziale contrasto con il principio rieducativo⁵³.

5.3. In riferimento al lavoro di pubblica utilità, all'ART. 20-TER ORD.PENIT.

- a) si introduce una disposizione dedicata in esclusiva a questo istituto, con cui si modifica la disciplina previgente mediante le seguenti aggiunte:
- b) si prevede che le relative attività possono svolgersi anche all'interno degli istituti penitenziari e che non possono in alcun caso avere ad oggetto la gestione o l'esecuzione dei servizi d'istituto (c. 2), e che le attività possono essere organizzate dall'amministrazione penitenziaria anche affidando la direzione tecnica a persone estranee all'amministrazione (c. 3);
- c) i detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro di pubblica utilità

⁵⁰ Cfr. C. cost., sent., 3 febbraio 1992, n. 49.

⁵¹ In senso favorevole al nuovo testo cfr. D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 58 s.

⁵² Cfr. C. cost., sent., 30 novembre 1988, n. 1087.

⁵³ Nel senso del testo cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, pp. 4 s.

svolto all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'art. 15 ord.penit. e se si tratta di detenuti e gli internati per delitti indicati dall'art. 4-*bis* ord.penit., diversi da quelli di cui all'art. 416-*bis* cod.pen. e commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, per l'assegnazione al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno il magistrato di sorveglianza tiene prioritariamente conto delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati, della natura del reato commesso, della condotta tenuta, nonché del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua (c. 6);

- d) infine il numero e la qualità dei progetti di pubblica utilità promossi dagli istituti penitenziari costituiscono titolo di priorità nell'assegnazione agli stessi dei fondi per percorsi di inclusione lavorativa e programmi di giustizia riparativa della Cassa delle ammende (c. 7).

Premesso che il lavoro di pubblica utilità era stato inserito nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria (art. 21, c. 4-*ter*, ord.penit., testo previgente) dai recenti provvedimenti per il superamento del sovraffollamento carcerario⁵⁴, si tratta di certo della maggiore innovazione della novella delegata sulla complessiva disciplina del lavoro penitenziario⁵⁵.

a) Un primo aspetto da prendere in considerazione è che la denominazione attribuita a tale istituto da parte della stessa novella non è univoca, poiché tra gli elementi del trattamento (art. 15, c. 1, ord.penit.) è annunciata soltanto come “partecipazione a progetti di pubblica utilità”, ovvero priva del riferimento al lavoro, mentre nella nuova disposizione che lo prevede quale istituto autonomo, ovvero collocato tra la disciplina del lavoro (art. 20 ord.penit.) e quella del lavoro all'esterno (art. 21 ord.penit.), è indicato nel testo quale “partecipazione a progetti di pubblica utilità” mentre nella rubrica come “lavoro di pubblica utilità” (art. 20-*ter* ord.penit.). A ciò va aggiunto che, come già nella disciplina precedente, l'ammissione a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito è prescritto avvenga “tenendo conto anche delle specifiche professionalità e attitudini lavorative” (art. 20-*ter*, c. 1, ord.penit.), mentre la partecipazione a progetti di pubblica utilità è stabilito debba “svolgersi con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute” (art. 20-*ter*, c. 4, ord.penit.). Si tratta di significative ambivalenze che contribuiscono a confermare l'ibrida natura retributiva-riparatoria di questa recente versione penitenziaria dell'istituto, rispetto all'unitaria valenza umanizzante-rieducativa della tradizionale versione del lavoro penitenziario vero e proprio.

b) Un secondo elemento è che la nuova disciplina consente esplicitamente che le attività prestate nell'ambito di progetti di pubblica utilità possano essere affidate

⁵⁴ V. art. 2, c. 1, lett. a, d.l. 78/2013, conv. con modd. da l. 94/2014.

⁵⁵ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018; D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 56-59, 61.

anche alla direzione tecnica di persone estranee all'amministrazione e possano venire svolte pure dentro l'istituto, senza poter riguardare la gestione o l'esecuzione dei servizi d'istituto. La presenza di siffatte previsioni, in particolare della predetta esclusione che mira ad evitare che i servizi d'istituto siano surrettiziamente inquadrati nel contesto di sedicenti progetti di pubblica utilità al fine di non corrispondere la prevista remunerazione per le attività svolte, è rivelatrice dell'intenzione della massima dilatazione, in ragione della convenienza economica per l'amministrazione penitenziaria, di tali attività nell'ambito dell'esecuzione, così come della consapevolezza dei possibili abusi conseguenti all'estensione di tali attività all'interno degli istituti, peraltro nella comune constatazione della difficoltà che risultino concretamente realizzabili delle attività condotte comunque a favore degli enti promotori in grado di andare davvero a vantaggio della collettività esterna.

c) Un terzo profilo è l'apertura del decreto legislativo all'applicabilità del lavoro di pubblica utilità, che sia svolto all'esterno dell'istituto penitenziario, da parte di detenuti e internati per delitti ricompresi nel divieto di assegnazione al lavoro all'esterno, ad eccezione di quelli di associazione mafiosa e alla stessa riconducibili⁵⁶. Rispetto al tenore dell'originale serie di cautele introdotte, quali criteri guida del potere discrezionale del magistrato di sorveglianza, appare maggiormente rilevante che tale disciplina consenta in via anticipata e autonoma l'accesso al lavoro all'esterno a una parte significativa dei detenuti relativi a taluni delitti, soltanto nel caso della partecipazione a progetti di pubblica utilità. Siamo di fronte alla definitiva conferma che in questa forma di lavoro la componente trattamentale-rieducativa è considerata recessiva rispetto a quella strumentale-riparativa, con buona pace del finalismo risocializzante che si è venuto faticosamente ad affermare dalla riforma penitenziaria.

d) Un quarto rilievo è infine relativo alla prevista forma di incentivazione economica che viene ricollegata ai progetti di pubblica utilità promossi dai singoli istituti. Nella recente prassi la principale ragione del mancato decollo di tali iniziative risulta rappresentata dalla totale mancanza di una qualsiasi forma di sussidio o almeno di rimborso a coloro che intraprendano tali attività. Se la previsione della possibilità di rifondere delle minime somme a titolo di compenso o comunque di contributo, quale sostegno dell'attività prevista come gratuita, pare idonea a superare le frequenti situazioni di materiale impossibilità delle persone interessate, come ad esempio per pagarsi i biglietti dei mezzi di trasporto o il vitto durante i turni di lavoro, resta chiara la sua inadeguatezza ad assicurare ai lavoratori coinvolti il rispetto della loro dignità umana e il perseguimento della loro riabilitazione sociale attraverso il superamento delle relative diseguaglianze sostanziali, che solo una certa ed equa retribuzione può consentire. Va menzionata l'avvenuta cancella-

⁵⁶ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 4; D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 61.

zione dal testo definitivo del decreto delegato di un'altra forma di incentivazione, in particolare destinata ad incidere sulla volontarietà dell'attività svolta, che stabiliva una specifica detrazione di pena, nella misura di un giorno ogni cinque di proficua partecipazione ai progetti di pubblica utilità, attribuendone la decisione al gruppo di osservazione e trattamento⁵⁷. Sebbene la sua eliminazione sia realisticamente dovuta alla volontà politica di respingere un'ulteriore ipotesi di sconto di pena e invece di riaffermare l'intangibile valore della certezza della pena, si trattava di un'aberrante forma di discrezionalità amministrativa, che avrebbe inciso sulla medesima durata della pena eseguita e avrebbe esposto gli stessi condannati a un indebito condizionamento, ossia quello di accettare di svolgere un lavoro gratuito che dovrebbe avvenire a titolo volontario per potere anticipare l'eventuale accesso a una misura alternativa, così violando la riserva di giurisdizione e il principio di rieducazione⁵⁸.

Rispetto alla normativa delegante, che prioritariamente mirava all'incremento delle opportunità di lavoro retribuito e comunque puntava al reinserimento sociale delle persone condannate⁵⁹, la disciplina delegata ha affiancato e favorito al lavoro retribuito e produttivo, che dentro l'originaria ideologia trattamentale serviva lo scopo del recupero della dignità umana e favoriva il percorso della reintegrazione sociale, il lavoro gratuito e improduttivo, che invece alimenta l'ansia da rassicurazione della collettività impaurita, con cui voler risarcire e rigenerare la società osservante attraverso l'offerta materiale e simbolica di prestazioni volontarie ammantate di utilità pubblica o sociale, la cui occasionalità e provvisorietà non assicurano né la dignità del lavoratore e un suo reale inserimento nel mondo del lavoro produttivo, né il vantaggio alla società e un relativo apporto concreto alla gestione della cosa pubblica.

5.4. A proposito dell'assistenza lavoristico-previdenziale, nell'ART. 25-TER ORD.PENIT. viene aggiunto che l'amministrazione penitenziaria è tenuta a rendere disponibile a favore dei detenuti e degli internati, anche attraverso apposite convenzioni non onerose con enti pubblici e privati, un servizio di assistenza per l'espletamento delle pratiche per il conseguimento di prestazioni assistenziali e previdenziali e per l'erogazione di servizi e misure di politica attiva del lavoro.

Si tratta ancora una volta di una mera registrazione a livello normativo delle buone prassi e delle sperimentazioni formalizzate di tipo collaborativo⁶⁰, con cui

⁵⁷ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 5, che colloca tale previsione espunta tra gli aspetti più interessanti e dirompenti rispetto all'assetto previgente.

⁵⁸ Cfr. D. DI CECCA, *Il lavoro*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 61.

⁵⁹ Per l'analisi critica della situazione attuale del lavoro penitenziario cfr. su tutti G. CAPUTO, *La crisi del lavoro rieducativo tra Penal Welfare e Welfare Mix*, in *Legislazione Penale*, 12 novembre 2018.

⁶⁰ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 2.

si certifica che per l'erogazione dei fondamentali servizi di assistenza in campo lavoristico e previdenziale è espressamente escluso che si possa riconoscere un qualsiasi contributo agli enti pubblici (in particolare regioni e province) o privati, che in tal modo devono continuare a sobbarcarsene l'intero onere, mentre il nuovo dovere dell'amministrazione penitenziaria di rendere disponibile tali servizi si riduce all'obbligazione di mezzi di saper convincere altri a farlo a spese loro, in caso negativo di poter dichiarare la propria impossibilità di organizzare in autonomia tali prestazioni per mancanza di risorse interne, con ciò confermando l'attuale situazione di diffuso abbandono in cui versano i ristretti negli istituti.

5.5. Con riguardo all'assistenza post-penitenziaria⁶¹, nell'ART. 46 ORD.PENIT. viene aggiunto che i detenuti o internati dimessi, che versano in stato di disoccupazione, accedono all'assegno di ricollocazione, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione invariata e se ne fanno richiesta nel termine di sei mesi dalla data di dimissione (c. 4).

Premesso che l'assegno di ricollocazione indica una misura di politica attiva che consiste in una somma da spendere presso i centri per l'impiego, le agenzie per il lavoro o i consulenti del lavoro per intraprendere un percorso di reinserimento lavorativo, tale novella non ha mai potuto operare nei confronti della maggior parte dei ristretti lavoratori, vale a dire coloro che svolgono la propria attività alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Infatti, secondo quanto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità, in ragione dei peculiari caratteri di tale attività, che persegue la precipua funzione rieducativa e di reinserimento sociale, i turni di rotazione e di avvicendamento cui è soggetta non possono essere assimilati a periodi di licenziamento, che soli danno diritto all'indennità di disoccupazione⁶². Pertanto, essendo l'assegno di ricollocazione destinato ai titolari di assegno di disoccupazione (oltre che ai titolari di un trattamento straordinario di integrazione salariale e ai beneficiari del reddito di inclusione)⁶³, il difetto di tale ultimo requisito non consente nemmeno di accedere al sussidio appena richiamato. Comunque, la recente normativa sul reddito di cittadinanza ha disposto la sospensione sino alla fine del 2021 dell'erogazione dell'assegno di ricollocazione a tutti i beneficiari dell'assegno di disoccupazione⁶⁴.

⁶¹ Cfr. A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in <http://www.bollettinoadapt.it>, 19 novembre 2018, p. 3; D. DI CECCA, *Il lavoro, in La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 59 s.

⁶² Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent., 3 maggio 2006, n. 18505. V. anche circ. D.A.P. 19 novembre 2018, n. 3681/6131 (*Riforma dell'Ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1 commi 82, 83, 85, lettere G), H) ed R) della legge 23 giugno 2017, n. 103*).

⁶³ V. rispettivamente art. 23, d.lgs. 150/2015, art. 1, c. 136, l. 205/2017, e art. 6, c. 4, d.lgs. 147/2017.

⁶⁴ V. art. 9, c. 7, d.l. 4/2019, conv. con modd. da l. 26/2019.

6. *REGIME PENITENZIARIO: isolamento, regime disciplinare, consiglio di disciplina (artt. 6, 33, 36 e 40 ord.penit.)*

Le norme delegate in tema di profili disciplinari trovano come unico legame nella legge delega il criterio direttivo sulla “previsione dell’esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l’istituto penitenziario” (art. 1, c. 85, lett. m, l. 103/2017), mentre per le altre previsioni viene in causa soltanto il già più volte richiamato principio direttivo sulla “previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica” (art. 1, c. 85, lett. r, l. 103/2017).

6.1. Tra le maggiori novità in tema di isolamento:

- a) nell’*ART. 33 ORD.PENIT.* si aggiunge che le modalità di esecuzione dell’isolamento sono specificate dal regolamento (c. 2), che durante la sottoposizione all’isolamento non sono ammesse limitazioni alle normali condizioni di vita ad eccezione di quelle funzionali alle ragioni che lo hanno determinato (c. 3) e che l’isolamento non preclude l’esercizio del diritto di effettuare colloqui visivi con i soggetti autorizzati (c. 4);
 - b) nell’*ART. 6 ORD.PENIT.* si aggiunge che, fatta salva contraria prescrizione sanitaria e particolari situazioni interne all’istituto che non lo consentano, all’ergastolano è preferibilmente consentito il pernottamento in camere a un posto, ove non richieda di essere assegnato a camere a più posti (c. 5).
- a) In ragione delle novità sulla condizione di isolamento⁶⁵, non soltanto acquisiscono piena dignità di norma primaria le richiamate previsioni della disposizione secondaria (art. 73 reg.penit.), che sono limitate ai principali profili del vitto e dell’alloggio del detenuto isolato, ma soprattutto si estende la portata della prescrizione a garanzia del detenuto in isolamento continuo a tutte le ordinarie condizioni di vita che non siano del tutto incompatibili con le ragioni sanitarie, disciplinari o cautelari che lo hanno determinato, e si rafforza l’interpretazione che impone di giustificare nella prassi ogni deroga che venga posta ai diritti dell’interessato, che per espressa indicazione di legge non può riguardare l’effettuazione dei colloqui con gli autorizzati.
- b) Con riguardo all’aggiunta sulla collocazione dell’ergastolano⁶⁶, se il pernottamento in camera singola dei condannati a pena perpetua risponde all’esigenza di tutelare la salute psico-fisica degli interessati in ragione dell’entità della pena da espiare, lo specifico tenore della norma voluta dal legislatore delegato non risolve le questioni interpretative sulla sorte dell’isolamento notturno del condannato alla

⁶⁵ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 29.

⁶⁶ Cfr. A. MONACELLI, *L’edilizia penitenziaria*, in *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 68-70.

pena dell'ergastolo e quindi sull'esistenza di una pretesa del condannato ergastolano all'applicazione dell'isolamento notturno. Infatti, sino all'entrata in vigore del presente provvedimento nella giurisprudenza di legittimità si riscontrava un orientamento consolidato che qualificava l'isolamento notturno del condannato ergastolano come un inasprimento sanzionatorio, e non una vera e propria sanzione quale invece l'isolamento diurno, da cui ne conseguiva che l'isolamento notturno non era considerabile come oggetto di un diritto soggettivo giuridicamente azionabile da parte dell'interessato, in particolare per ottenere tale condizione in costanza di esecuzione della pena perpetua⁶⁷. Inoltre, di recente era emerso un ulteriore indirizzo che aveva considerato implicitamente abrogate le norme penali che prevedono l'isolamento notturno (artt. 22, 23 e 25 cod.pen.), in ragione delle loro incompatibilità con le disposizioni penitenziarie sull'assegnazione e il pernottamento (artt. 6 e 89 ord.penit. e 110 reg.penit.), aventi la finalità di adeguare l'esecuzione penale ai principi di umanizzazione e di rieducazione⁶⁸. Orbene, alla precedente versione del decreto delegato che prescriveva di garantire all'ergastolano il pernottamento in camera da solo, sempre con salvezza delle esigenze mediche o della volontà individuale nel senso dell'assegnazione in camera con altri, la variante approvata ha optato per la formulazione nel senso di consentire tale facoltà in termini di preferibilità e di compatibilità con la situazione interna. Pertanto, in tal modo si è degradata la valenza umanizzante del principio introdotto, che lungi da acquisire la veste di un diritto soggettivo previsto dalla legge resta relegato alla figura di una facoltà amministrativa peraltro in genere riconosciuta nella prassi, e si è rinnovata sotto altre forme la precedente dissonanza tra le norme esistenti sull'isolamento notturno per il condannato ergastolano.

6.2. Il regime disciplinare di cui all'ART. 36 ORD.PENIT. è modificato con l'aggiunta della previsione che nell'applicazione della sanzione si tiene conto del programma di trattamento (c. 2).

La genericità della formulazione della norma non la rende agevolmente interpretabile, in rapporto all'esecuzione della sanzione dell'esclusione dalle attività in comune (art. 33, c. 1, lett. b, ord.penit.) e alla preclusione di comunicare con i compagni (art. 73, c. 3, reg.penit.). Per dare un qualche senso alla non soltanto timida ma altrimenti contraddittoria previsione che impone di tenere conto del programma trattamentale durante l'isolamento continuo conseguente alla sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune, pare potersi dedurre che debba essere riconosciuta all'interessato la possibilità di continuare a partecipare alle attività di maggiore significato trattamentale, quali in genere quelle istruttive e lavorative, ovvero di altre attività ritenute strategiche dal programma individualizzato⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. per tutte Cass. Pen., sez. I, sent., 1 dicembre 2009, n. 50005; di recente Cass. Pen., sez. I, sent., 4 maggio 2017, n. 21309.

⁶⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent., 20 maggio 2011, n. 20142.

⁶⁹ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 29 s.

6.3. La composizione del consiglio di disciplina di cui all'ART. 40 ORD.PENIT. è modificata attraverso la sostituzione del sanitario con un professionista esperto (c. 2).

In attuazione del criterio direttivo sulla “previsione dell’esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l’istituto penitenziario” (art. 1, c. 85, lett. m, l. 103/2017), sebbene sia comprensibilmente intesa a salvaguardare il rapporto fiduciario del professionista sanitario con il paziente detenuto (art. 11 ord.penit.) e la sua funzione di garanzia e di controllo sull’esecuzione delle sanzioni disciplinari (art. 39 ord.penit.), tale sostituzione non va egualmente esente da perplessità. Al timore di ordine pratico che il maggior impegno che verrà conseguentemente richiesto ai professionisti esperti per occuparsi di tali funzioni disciplinari, in costanza di scarse risorse a disposizione dell’amministrazione penitenziaria per finanziare tali collaborazioni, potrà sottrarre loro agli altri ben più assorbenti compiti nell’ambito delle attività di osservazione e di trattamento (art. 80 ord.penit.)⁷⁰, si affianca la critica di natura sistemica che tale sostituzione non possa risolvere la questione della sovrapposizione di ruoli per le medesime figure esterne, solo si pensi alla posizione dello psicologo, che è nondimeno legato a un mandato professionale di supporto della popolazione ristretta, ovvero a quella introdotta dallo stesso decreto delegato del mediatore culturale, la cui missione di mediazione è addirittura antitetica a quella di punizione⁷¹.

7. EPILOGO: dalle debolezze dei riformismi agli artifici dei populismi

Alla legge delega con ambizioni riformistiche venivano già rimproverati quattro importanti limiti. Il primo, più trasversale, è quello della genericità, che originava dalla mancanza di un chiaro e coraggioso disegno riformistico e apriva a possibili soluzioni attuative tra loro divergenti e incoerenti rispetto ai principi costituzionali e ordinamentali in materia sanzionatoria ed esecutiva⁷². Il secondo limite, di contenuto, è quello dell’equivocità, che poteva ritrovarsi ad esempio nell’aver rinnovato talune preclusioni oggettive all’accesso alle misure alternative e agli istituti trattamentali, come nell’aver omologato la partecipazione gratuita a progetti di pubblica utilità alla prestazione retribuita a titolo di lavoro penitenziario⁷³. Il terzo limite, di sistema, è quello della velleità, che risiedeva nell’intenzione di incentivare nuove forme di socializzazione interna, di misure alternative e di giustizia riparativa

⁷⁰ Cfr. M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, p. 126.

⁷¹ Cfr. S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, p. 30.

⁷² Cfr. D. PULITANÒ, *DDL N. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale e all’ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza Penale*, 19 marzo 2017, pp. 5-8.

⁷³ Cfr. S. ANASTASIA, *Introduzione*, in *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. X s.

senza la disponibilità a investire oneri dedicati di finanza pubblica, in particolare per rimediare alla cronica carenza delle risorse necessarie all'attività trattamentale interna e all'esecuzione penale esterna⁷⁴. Infine, il quarto limite, di prospettiva, è quello della lacunosità, che giungeva a non affrontare tra le altre le questioni fondamentali dell'ergastolo ostativo, del regime sospensivo speciale, dell'infermità psichica e dell'affettività⁷⁵.

Ai decreti delegati con intenti populistici risultano ora riconducibili due gravi vizi. Il primo, di metodo, è quello dell'aver scelto non soltanto di dare attuazione comunque parziale e sovente contraria allo spirito autentico degli specifici principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, specie sulla dignità umana e sul lavoro penitenziario, ma addirittura di prevedere norme che rinviano a taluni principi e criteri direttivi non richiamati come attuati nei decreti delegati, come sulla riparazione e sull'affettività. Il secondo vizio, di contenuto, è quello di aver compromesso la portata innovativa delle modifiche introdotte, mediante delle clausole di salvaguardia a vantaggio dell'amministrazione penitenziaria, che finiscono per negare non solo la concreta attuazione, ma già l'astratta configurazione dei diritti dei ristretti, sia nella vita interna che nel lavoro carcerario.

La politica penale delle interpolazioni e dei compromessi interpretata dal legislatore delegante⁷⁶ ha concesso spazio e vigore alle opzioni espresse dagli illusionismi e dalle convenienze del legislatore delegato⁷⁷, che tanto nell'ampliamento delle ablazioni quanto nello svuotamento delle innovazioni, rispetto ai contenuti della legge delega e degli originari decreti legislativi presentati, disegnano il ritorno a un'idea della pena incentrata sulla pratica del carcere⁷⁸, in cui il trattamento risocializzante viene ancora ricondotto al principio rieducativo, ma solo in una chiave velleitaria e propagandistica che lo rende un mero simulacro, poiché invece di perseguire l'istanza emancipatoria e solidaristica nella proiezione dell'inclusione verso la società libera, è ripiegato sulla pretesa giustizialista e punitiva della privazione della libertà dentro l'istituzione totale.

Il percorso avviato sotto l'urgenza del sovraffollamento, nel segno della reintegrazione, è stato spazzato via da un'ondata di neopunitivismo, in uno scenario di ricarcerizzazione. Se infatti almeno negli ultimi vent'anni la politica penitenziaria nei confronti dei ristretti comuni era stata comunque orientata alla decarcerizzazione, secondo una pragmatica logica deflativa, ora si è invece tornati a program-

⁷⁴ Cfr. M. BORTOLATO, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Ristretti Orizzonti*, 7 maggio 2015, pp. 2-4.

⁷⁵ Cfr. M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 119-121.

⁷⁶ Cfr. specialmente M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, n. 1, pp. 62, 69 s.

⁷⁷ Cfr. particolarmente M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 124, 128.

⁷⁸ Dal rimosso fraintendimento sulla "certezza della pena" alla pericolosa riproposizione della "pena uguale carcere" cfr. R. DE VITO, *La fine era nota: storia di una riforma minima*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 114 s.

mare la costruzione di nuove carceri e a gestire il trattamento negli istituti esistenti, secondo una tradizionale logica affittiva. Se pertanto prima la nostra società, che non riusciva a sostenere i costi di un sistema penitenziario umano e rieducativo, comunque si impegnava per evitare il più possibile l'esperienza del carcere ai condannati che dimostravano di possedere del capitale sociale che li rendeva affidabili alla potenziale risocializzazione, oggi si ritorna a chiedere che i rei paghino per il male commesso con una pena da scontare in carcere, nelle condizioni più o meno dignitose che l'amministrazione penitenziaria potrà loro riconoscere, così come che durante l'espiazione della pena in carcere ripaghino la collettività offesa, mediante prestazioni più o meno simboliche che potranno loro servire per venire apprezzati presso l'opinione pubblica secondo la narrativa securitaria della riconferma della certezza della pena.

DAVIDE BERTACCINI

Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:

DAVIDE BERTACCINI, Ricercatore a tempo determinato (senior) di diritto penale nell'Università di Bologna

GIAN MARCO CALETTI, Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

LORENZO CARSETTI, Avvocato in Bologna

ANNARITA DE RUBEIS, Dottore di ricerca in diritto e procedura penale nell'Università di Roma-Sapienza

TOMMASO GUERINI, Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

GAETANO INSOLERA, Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna

PIETRO INSOLERA, Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Trento

NICOLA MARIA MAIELLO, Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

ANTONIO PUGLIESE, Dottorando di ricerca in diritto processuale penale nell'Università di Bologna

€ 40,00

