



Centro di Diritto Penale Europeo
di Catania

NUOVA SERIE

Collana diretta da Giovanni GRASSO - Anna Maria MAUGERI - Rosaria SICURELLA

DALL'EUROPA DEL POPULISMO PENALE ALL'EUROPA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

**LA RISCOPERTA DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA
COME ESSENZA RIFORMATRICE
DEL SISTEMA SANZIONATORIO**

a cura di
ANNA MARIA MAUGERI

Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali : la riscoperta della funzione rieducativa come
essenza riformatrice del sistema sanzionatorio / a cura di Anna Maria Maugeri. - Pisa : Pisa university press, 2025. –
(Centro di Diritto penale europeo di Catania. Nuova serie)

345.4 (23)

I. Maugeri, Anna Maria 1. Pene - Rieducazione 2. Diritto penale comunitario

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



UPI
UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

Comitato scientifico:

Gerhard Dannecker, Henri Labayle, Francesco Palazzo, John Vervaele, Luis Arroyo Zapatero.

Comitato editoriale:

Valeria Scalia, Grazia Maria Vagliasindi, Vincenzo Tigano, Annalisa Lucifora, Amalia Orsina.

Revisori:

Roberto Bartoli, Luigi Foffani, Valsamis Mitsilegas, Adán Nieto Martín, Vincenzo Mongillo, Giuseppina Panebianco, Raphaelae Parizot. Nel futuro si potranno aggiungere altri revisori.

© Copyright 2025

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 - 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel.+39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

La presente opera è stata realizzata nell'ambito del progetto di ricerca EURIPEN nonché è stata finanziata con il relativo fondo "Programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2".

ISBN 979-12-5608-190-5

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0) Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: www.pisauniversitypress.it

INDICE

La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti Europee <i>Anna Maria Maugeri</i>	1
La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla funzione della pena: la rieducazione <i>Raffaele Sabato</i>	35
La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sulla funzione della pena <i>Giovanni Petroni</i>	43
Dalla polifunzionalità alla proporzionalità. La Corte costituzionale e gli scopi della pena <i>Davide Galliani</i>	51
La funzione rieducativa e il carcere: un ossimoro sostenibile? <i>Fabio Gianfilippi</i>	73
Regime detentivo del 41-bis e rieducazione del condannato: un'apparente contraddizione da sciogliere alla luce del principio di proporzionalità <i>Angela Della Bella</i>	79
Perduranti dismisure e caparbie resistenze. Le presunzioni di pericolosità come ostacolo ai percorsi di rieducazione <i>Stefania Carnevale</i>	91
Il trattamento e l'affettività come strumenti di rieducazione <i>Roberto Bezzi</i>	117
Liberarsi dal passato <i>Michele Passione</i>	123
Lavorare in una organizzazione complessa per costruire una "governance" di comunità: alcune riflessioni <i>Carla Ciavarella</i>	137
Verso una nuova dinamica relazionale fra amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza? <i>Marcello Bortolato</i>	143

Giurisdizione di sorveglianza e amministrazione penitenziaria: un sistema a geometrie variabili <i>Angelo Zappulla</i>	147
Il ruolo del direttore dell'istituto quale propulsore della rieducazione <i>Elisabetta Zito</i>	155
Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022 <i>Luciano Eusebi</i>	167
Le "pene" sostitutive e le misure alternative dopo la riforma Cartabia <i>Lucia Castellano</i>	195
Il giudizio prognostico del giudice di sorveglianza per la concessione delle misure alternative alla detenzione ordinaria e la funzione rieducativa della pena <i>Gianluca Creazzo</i>	201
Rieducazione e Riparazione <i>Giovanni Fiandaca</i>	207
Social reintegration as an aim of the prison sentence in Spain <i>Carmen Juanatey Dorado</i>	227
The rule of rehabilitation in criminal justice and the federal constitutional court as its institutional epitome <i>Erol Pohlreich</i>	235

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

Anna Maria Maugeri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La valorizzazione della funzione rieducativa da parte del legislatore europeo. – 3. La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 3 CEDU). – 3.1. Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena sulla base di altre disposizioni della CEDU. – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rieducazione. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Parte della dottrina ritiene che l'affermazione del c.d. populismo politico è favorita da due attori della normazione criminale “post moderni”, oltre al legislatore nazionale, e cioè: a livello endoistituzionale o istituzionale *tout court* il legislatore sovrastale (politiche securitarie del legislatore europeo); a livello esoitituzionale il “formante mediatico” che «ha assunto un ruolo squisitamente politico criminale ormai assunto a pieno regime»¹.

¹ Così C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, 1456. Cfr. C. PRITWITZ, “*Diritto penale del nemico*”, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, 144 che evidenzia il ruolo di questi due formanti parlando di *tendenza alla denazionalizzazione* del diritto criminale (di per sé non dannosa, ma che accentua) e dell'importanza crescente dei mass media, in particolare elettronici; E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Cedam, Padova, 2014, *passim*; R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, Milano, 2018, XXII: «Per essere espliciti, con questo lavoro ci si pone dalla parte di coloro che pensano che la comunicazione di massa, benché sia il fulcro della modernizzazione e si mostri essere all'apparenza liberale ed

In relazione al primo attore della normazione, si enfatizza la tendenza del legislatore europeo ad adottare la logica del diritto penale di lotta, che «si candida a diventare *una costante epistemologica* del diritto penale europeo, e quindi, a pioggia, nazionale»²; in questa direzione sono inquadrare le più recenti decisioni quadro in tema di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori, tratta degli esseri umani, ecc.³. Addirittura in una certa lettura (non pienamente condivisibi-

alquanto democratica, abbia in realtà un'anima paternalistica, utile a sviluppare, anche con distorsioni o enfattizzazioni della realtà, modelli di gestione eterodiretti, per mezzo dei quali essa tende ad omologare, su pseudo-valori, la cultura di massa e a governare, su soluzioni per lo più simboliche, la cosiddetta coscienza collettiva». Ed ancora: «L'erosione culturale che sta avvenendo è graduale, sottile e costante ed è contrassegnata, nonostante la diffusione di sempre più performanti strumenti mobili di comunicazione, dall'impoverimento progressivo delle nostre capacità di comprensione, di ragionamento, di critica e di giudizio» (9). Per concludere che: «[I]n pratica, i *massmedia* ci hanno reso tutti più barbari» (575). Cfr. F. PALAZZO, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2018, 18: «Oggi, invece, i mass media rovesciano nel cono esperienziale di ciascuno di noi una mole di fenomeni criminosi quali-quantitativamente immensa, così da rendere quel meccanismo di gestione psicologica del male criminale (esorcizzazione mediante dislocazione) una componente protagonista del nostro essere sociale e pertanto della nostra richiesta di intervento da parte degli organi istituzionali deputati al disciplinamento del vivere in comunità. Ancora una volta, dunque, fenomeno criminale, sua rappresentazione massmediatica, strato emotivo profondo diventano componenti essenziali dei processi sostanziali di elaborazione delle risposte istituzionali, dalla legge alla sentenza fino all'esecuzione della pena. Se a tutto ciò si aggiunge che la rappresentazione televisiva del crimine è quella in grado di raggiungere il maggior numero di persone, senza distinzioni di ceto e di condizioni sociali e personali, ne viene che la "sostanza democratica" così prodotta è quella di una democrazia massiva, in cui il coinvolgimento emotivo amalgama le reazioni individuali in un indistinto *sentire* tale da annullare alla fine l'esercizio critico per sua natura sempre individuale. Con la conseguenza ultima che la "sostanza democratica" delle scelte politico-legislative alimentate da tale rappresentazione visiva della criminalità finisce per essere costituita più dalla massa amorfa che dalle persone dotate di autonomia di pensiero. Sembra quasi che qui si profili la storica alternativa tra democrazia collettivistica e democrazia personalista, e che essa sia risolta a vantaggio della prima; F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *PD*, 2009, 2, 202 ss.

² M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007, 132-144.

³ Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 57 ss. : «il *novum* della legislazione europea e internazionale vigente è costituito da due aspetti: *a*) l'idea della lotta e l'impegno a una prassi conforme sono inseriti espressamente all'interno delle leggi penali o quanto meno delle leggi che 'fanno corpo' con quelle penali nel definire la compiuta strategia di tutela; *b*) il clima di lotta, l'utilizzo lessicale di questo termine giuridico, di questo impegno collettivo al quale sono chiamati i pubblici poteri, giudici compresi sono ormai estesi a tutti i campi di interven-

le), in ambito europeo si assisterebbe a una “normalizzazione” del diritto penale di lotta: da diritto dell’emergenza a tratto saliente della legislazione europea in materia di giustizia penale, in quanto l’attuale diritto penale di lotta non si presenta affatto come un diritto eccezionale, ma come il diritto penale normale della politica criminale europea: se gli interessi in gioco sono di rilevanza comunitaria, il diritto penale che li tutela è di lotta⁴.

Tale ruolo nevralgico del legislatore europeo nel favorire il fenomeno del populismo politico si realizzerebbe anche sotto il profilo sanzionatorio, ad avviso di chi evidenzia come il generale e consolidato richiamo negli strumenti normativi europei alla necessità di introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive è stato interpretato come espressione dell’adozione da parte del legislatore europeo di una concezione polifunzionale della pena volta a prediligere la funzione retributiva (“proporzione”) e di prevenzione generale (“dissuasività”)⁵.

Una tale preoccupazione è accentuata dalla constatazione di un generale orientamento del legislatore europeo all’exasperazione dell’intervento penale in chiave securitaria, ad esempio in settori come il terrorismo o la pornografia minorile; il diritto penale è utilizzato in un’ottica neoretribuzionista, nel senso che la severità della pena è destinata a soddisfare l’irrazionale “bisogno di pena” avvertito dalla collettività, incrementato da una irrazionale e bieca politica criminale. In tale ottica la dottrina evidenzia una sorta di iperproduzione di norme minime (art. 83 TFUE) che danno indicazioni più precise sul tipo e sulle misure delle sanzioni da attuare nel diritto nazionale, imponendo spesso il minimo del massimo della pena⁶, nonché la caratura essenzialmente generalpreventiva del diritto dell’Unione Europea post-Lisbona, che emergerebbe dalle direttive di armonizzazione⁷.

to della ‘giustizia penale’ dell’Unione Europea: dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale. Fenomeni estremi e fenomeni diffusi sortiscono il medesimo trattamento».

⁴ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 60.

⁵ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d’indicateurs de gravité et d’efficacité*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de législation compare, Parigi, 2003, 19, 585 ss.; S. MOCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 921 ss.; D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell’unione europea. Quali implicazioni in prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio?*, in *DPC*, 2015, 3, 26.

⁶ D. VOZZA, *op. cit.*, 26.

⁷ A. WEYEMBERGH, *The functions of approximation of penal legislation within the European Union*, in *MJECL*, 2005, 149 ss.; M. VENTUROLI, *I modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Giappichelli, Torino, 2020, 214 ss.; L.

Si teme, inoltre, che l'imposizione di un intervento penale da parte del legislatore europeo rappresenti un serio ostacolo a una scelta del legislatore nazionale di depenalizzazione del settore⁸.

Tale approccio securitario del legislatore europeo sarebbe confermato dalla mancanza nel diritto europeo, sia della grande Europa (Consiglio d'Europa) sia della piccola Europa (UE), di una norma che riconosca la funzione rieducativa della pena, nonché di una norma che prenda esattamente posizione sulla funzione della pena; manca una norma corrispondente all'art. 27, c. 3 Cost.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prevede in maniera esplicita, infatti, il riconoscimento della finalità rieducativa⁹, anche se – come vedremo – la Corte Europea la considera un diritto connesso all'art. 3 CEDU, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti¹⁰.

E anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rappresenta un'occasione mancata, non avendo il legislatore europeo introdotto una norma specifica in tale direzione. La Carta si limita a prevedere il principio di proporzione in senso stretto all'art. 49.

L'unica Convenzione che riconosce la funzione rieducativa della pena è il Patto Internazionale dei diritti civili e politici di New York del 1966, all'art. 10 § 3, come evidenzia la Corte EDU nel caso *Dickson*¹¹ e nel caso *Vinter*¹² («3. Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»). Nel commentario a tale norma della Commissione per i diritti umani si afferma inoltre che «nessun

FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *DPC*, 2014, 3/4, 71; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *R.E. KOSTORIS*, R. ORLANDI (a cura di), cit., 19 ss.

⁸ Cfr. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 203 ss.

⁹ Per tutti cfr. E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2018, 1667 ss.; ID., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979, *passim*.

¹⁰ Non è mancato chi in termini teorici ha rilevato che il principio di rieducazione possa ricavarsi dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dal diritto alla tutela della vita privata e familiare del condannato riconosciuti sia nella CEDU sia nella CDFUE: così V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'Unione europea. Questioni controverse e prospettive future*, Cedam, Padova, 2005, 34; G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, 452.

¹¹ Corte EDU, *Dickson v. the United Kingdom*, 4 dicembre 2007, n. 44362/04, § 29.

¹² Corte EDU, Grand Chamber, *Vinter and Others v. The United Kingdom*, 9 luglio 2013, n. 66069/09, 130/10/3896/10.

sistema penitenziario dovrebbe essere solo retributivo; dovrebbe essenzialmente cercare il ravvedimento e la riabilitazione sociale del prigioniero».

Anche le Regole minime standard delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri (1957) contengono dei principi guida volti a valorizzare la finalità della rieducazione e risocializzazione (in particolare 57, 58 e 59). E sempre a livello internazionale, come evidenziato dal giudice Albuquerque nella sua *dissenting opinion* in *Öcalan v. Turkey*¹³ (n. 2), la funzione rieducativa della pena è presupposta dall'art. 37 (a) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia che stabilisce che «né la pena capitale né l'ergastolo senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni»; e, inoltre, tale funzione sarebbe sottesa anche all'art. 9 della Inter-American Convention on Extradition nel vietare l'estradizione nel caso in cui si tema la pena di morte, l'ergastolo o pene degradanti.

Nonostante, allora, un pieno riconoscimento della funzione rieducativa solo a livello internazionale e nonostante la mancanza di un'espressa norma «europea», la Corte costituzionale italiana ha affermato già nel 1990 che la finalità rieducativa, a cui la pena deve tendere «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», è un principio che «seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il 'principio di proporzione' fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 313 del 1990).

E, allora, malgrado le accuse rivolte al legislatore europeo di essere uno degli attori che fomenta il populismo penale, nel prosieguo si cercherà di far emergere l'importanza che la rieducazione riveste nell'ordinamento e nella giurisprudenza europea, quale principio della cultura giuridica europea, assurgendo al ruolo di fondamentale funzione della pena. Pur mancando, infatti, una precisa disposizione nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella CEDU, una pluralità di prese di posizione a favore della finalità rieducativa della pena emergono nella legislazione europea (sia *hard law*, sia *soft law*) e nella giurisprudenza delle Corti europee, e cioè della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹³ Corte EDU, *Öcalan v. Turkey* (n. 2), 18 marzo 2014, nn. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, *dissenting opinion*, § 4, 55.

2. La valorizzazione della funzione rieducativa da parte del legislatore europeo

Recentemente la dottrina per definire la rieducazione ha affermato «Il senso della penalità che si contrappone al vuoto di significato della afflizione è, quindi, innanzitutto che la violenza della sanzione possa condurre l'autore a riconsiderare il fatto commesso riconoscendone il disvalore»¹⁴. In tale ottica è significativo che l'affermazione della rieducazione si trovi innanzitutto a livello europeo in un documento relativo alla sanzione quale espressione di violenza per eccellenza, il carcere, e cioè nella raccomandazione R (87) 3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle *regole penitenziarie europee*, adottata il 12 febbraio 1987 e sostituita dalla raccomandazione Racc. (2006) 2, adottata l'11 gennaio 2006, nel prevedere le regole minime che devono applicarsi ai soggetti in stato di detenzione si sancisce che la *risocializzazione* rappresenta un elemento chiave dell'esecuzione della pena privativa della libertà, dovendo preparare il condannato al rientro in società (Regola n. 6). Come evidenziato dalla Corte EDU nel caso *Dickson*¹⁵ e nel caso *Vinter*¹⁶ gli Stati sono incoraggiati non solo a seguire tali regole nella loro legislazione e nelle politiche in materia, ma anche ad assicurare la diffusione di queste regole tra le autorità giudiziarie e il personale delle prigioni.

Nella versione del 1987 si affermava il seguente principio fondamentale: «*The purposes of the treatment of persons in custody shall be such as to sustain their health and self-respect and, so far as the length of sentence permits, to develop their sense of responsibility and encourage those attitudes and skills that will assist them to return to society with the best chance of leading law-abiding and self-supporting lives after their release*».

Tale principio è stato sostituito nella versione del 2006 con tre principi.

«*Rule 2: Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody. Rule 5: Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community. Rule 6: All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty*».

Nel commentario a tali regole a cura dell'*European Committee on Crime Problems* – «*the CDPC*», si sottolinea come la regola 2 evidenzia che la perdita della

¹⁴ R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*.

¹⁵ Corte EDU, *Dickson v. the United Kingdom*, cit., § 31.

¹⁶ Corte EDU, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, cit.

libertà non comporta automaticamente la presunzione che i detenuti perdano gli altri diritti politici, civili, sociali, economici e culturali: infatti, le restrizioni dovrebbero essere le più limitate possibili. Come ha scritto la Corte costituzionale italiana nella sent. n. 349 del 1993, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Ne consegue che tutte le restrizioni all'esercizio dei diritti che non siano puntualmente giustificate da esigenze di ordine e sicurezza devono ritenersi contrarie alla finalità rieducativa della pena. Anche la Corte europea nel caso *Golder* ha specificato che la privazione della libertà personale non comporta, di per sé, il venire meno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, con il conseguente divieto di sottoporre i diritti delle persone recluse a restrizioni che non siano giustificate dalle «normali e ragionevoli» esigenze di custodia proprie della detenzione; «la giustizia non si ferma dinanzi alla porta del carcere», come precisato nel caso *Campbell*, e anzi, come precisato nel caso *Kudla*, si riconosce il diritto di tutti i detenuti a condizioni dignitose di detenzione»¹⁷.

Nella Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti in materia penale del 1972 («the Transfer of Proceedings Convention»), all'art. 6, lettera f) è stabilito che la decisione di trasferimento si deve basare sul principio che il trasferimento dovrebbe favorire le prospettive di riabilitazione del condannato, come da ultimo sottolineato dalla Corte europea¹⁸.

Anche la Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento dei condannati del 21 marzo 1983 menziona la funzione rieducativa della pena e parimenti la risoluzione del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti dell'uomo nell'Unione europea (1997)¹⁹, in cui si precisa che la pena ha una funzione di riparazione e risocializzazione perseguendo l'obiettivo del reinserimento umano e sociale del detenuto (punto 78).

La prospettiva rieducativa emerge anche nella Convenzione europea del 1964 (entrata in vigore il 22 agosto 1975) sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione, la quale si prefigge di consentire a tali soggetti di lasciare lo Stato e di trasferirsi in un altro sotto la sorveglianza delle autorità competenti; i principi fondamentali della Convenzione richiedono che le Parti si impegnino ad una reciproca assistenza per la riabilitazione delle persone condan-

¹⁷ *Golder c. Regno Unito*, 21/2/1975, n. 18/75; 28/6/1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 69, 26/10/2000, *Kudla c. Polonia*, n. 30210/96, § 92.

¹⁸ Corte EDU, *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*, 29 gennaio 2019, n. 36925/07, § 156.

¹⁹ GU 1999, C 98, 279.

nate all'estero al fine di facilitare la loro buona condotta ed il loro riadattamento alla vita sociale.

Nel 1987 è stata, inoltre, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa la Convenzione europea per la prevenzione della tortura, basata innanzitutto sull'art. 3 CEDU²⁰, che proibisce proprio la tortura e i trattamenti disumani e degradanti; e proprio su tale norma la Corte EDU fonda il riconoscimento del diritto al rispetto della dignità umana²¹, quale fondamento del "diritto alla risocializzazione" del soggetto detenuto, come si esaminerà nel prosieguo.

A livello europeo in senso stretto nella decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, 27) – che si applica del pari, *mutatis mutandis*, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 –, si esalta la finalità rieducativa laddove l'art. 3, n. 1, precisa che il suo scopo è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro, al fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, debba riconoscere una sentenza ed eseguire la pena; si sancisce, quindi, in tale disposizione che la pena detentiva ha lo scopo di «favorire il reinserimento sociale della persona condannata»²².

La funzione rieducativa è sottesa a tutti gli strumenti che favoriscono misure alternative rispetto alla pena detentiva, come la decisione quadro 94/2008 che all'art. 4 elenca dettagliatamente le misure sospensive e sostitutive oggetto di riconoscimento reciproco da parte degli organi giudiziari dei Paesi membri; tale decisione quadro è finalizzata al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie aventi ad oggetto misure a carattere non detentivo, e non all'armonizzazione, ma tuttavia la Commissione ha precisato che «è necessario che gli Stati membri prevedano almeno le misure di sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive di cui all'articolo 4, § 1», cosicché un altro effetto positivo di tale decisione quadro sarà la promozione e il ravvicinamento delle misure alternative alla detenzione nei vari Stati membri.

Ancora le direttive che prevedono sanzioni non detentive possono avere in funzione rieducativa l'effetto di erodere la pena carceraria, come l'art. 10 della direttiva 2011/92/UE «in tema di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale di

²⁰ M.K. ADDO, N. GRIEF, "Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", in *Eur. Journ. Int. Law*, 1998, 512 ss.

²¹ *Idem*.

²² A. MARTUFI, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework decision Framework Decision 2008/909/JHA*, in *NJECL*, 4 aprile 2018.

minore e la pornografia minorile» che obbliga a introdurre sanzioni interdittive di carattere temporaneo o permanente nei confronti degli autori di taluni reati (anche se sono previste come sanzioni integrative, e non alternative).

Numerose sono poi le fonti di *soft law* in cui si incoraggia l'adozione di misure alternative come la più recente risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione, che muovendo dal sovraffollamento degli istituti di pena, capace di incidere negativamente sul rispetto dei diritti fondamentali nonché sull'effettività degli strumenti di cooperazione giudiziaria, «incoraggia gli Stati membri a garantire che, oltre all'aspetto punitivo della pena, si prestì altresì attenzione allo sviluppo di competenze pratiche e alla riabilitazione dei detenuti onde consentire una migliore gestione della pena, il buon esito del reinserimento sociale e una riduzione della recidiva» (§ 16), e ancora «incoraggia gli Stati membri ad attuare misure di ristrutturazione delle pene, in particolare per le pene brevi, segnatamente attraverso il ricorso alla semilibertà... ai lavori socialmente utili...», e infine ritiene che «sia opportuno rafforzare l'individualizzazione della pena per consentirne una migliore esecuzione» (§ 17). Nella medesima direzione la risoluzione del Parlamento europeo del 2011 sulle condizioni detentive nell'UE 2011/2897/(RSP) in cui si dice che gli Stati membri devono onorare gli impegni, assunti nelle sedi internazionali ed europee, a fare maggiore ricorso a misure probatorie e sanzioni che offrano un'alternativa all'incarcerazione; la raccomandazione CM/Rec(2014)4 sulla sorveglianza elettronica; la raccomandazione CM/Racc.(2010)1 sulle regole del Consiglio d'Europa relative alla messa in prova; la raccomandazione R(2003)22 sulla liberazione condizionale (*parole*); la raccomandazione R(2000)22 sul miglioramento dell'applicazione delle regole europee e sulle sanzioni e misure nella comunità; la raccomandazione R(92)17 relativa alla coerenza nella commisurazione della pena, che esorta a ridurre il ricorso agli strumenti detentivi e ad utilizzare misure di *diversion* e misure e sanzioni nella comunità; la raccomandazione R(92)16 relativa alle regole europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione; la raccomandazione del 1979 concernente l'applicazione della Convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate condizionalmente; la risoluzione del 1976 relativa a talune misure penali sostitutive delle pene detentive; la risoluzione del 1965 relativa alla sospensione condizionale, alla messa alla prova e alle altre misure sostitutive delle pene detentive. In tale direzione anche il «Libro verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali dell'Unione europea»²³, che sancisce al § 4.1.2 che «La soppressione della

²³ Libro verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea / * COM/2004/0334 def. */ , 30 aprile 2004, EUR-Lex –

pena detentiva perpetua sarebbe giustificata dal punto di vista dell'obiettivo della rieducazione e del reinserimento del condannato che subisce la pena. È noto che una persona può modificare il suo comportamento nel corso del tempo trascorso in carcere e la mancanza di speranza di poter un giorno uscirne non stimola gli sforzi volti al reinserimento»; per poi evidenziare che da una parte «attraverso il gioco di varie circostanze previste dalla legge, (buona condotta, studi, formazione professionale durante la detenzione, ad esempio), la pena detentiva perpetua può essere sostanzialmente ridotta in uno Stato che la prevede, mentre, in un altro Stato che non la prevede, una pena a lungo termine può, in pratica, rappresentare il carcere a vita».

3. La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (art. 3 CEDU)

Pur mancando nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo una norma che stabilisca la funzione della pena o meglio che assuma la rieducazione a fine della pena nell'ambito della tradizione giuridica dei Paesi del Consiglio d'Europa, la Corte europea ha accolto quegli orientamenti che valorizzano la funzione della rieducazione e risocializzazione della pena, rispetto ad altre finalità tradizionalmente assegnate alla pena, – inclusa la retribuzione, la prevenzione generale, la protezione del pubblico –, sottolineando come negli ultimi anni sia emerso un trend volto a valorizzare la “*rehabilitation*” come emerge dagli strumenti in materia del Consiglio d'Europa. La Corte EDU evidenzia che mentre nel passato si considerava la rieducazione (*rehabilitation*) come uno strumento per prevenire la recidiva, recentemente e in chiave positiva si accentua l'idea della risocializzazione attraverso l'implementazione dell'assunzione della responsabilità personale (la responsabilizzazione)²⁴.

Questo obiettivo, evidenzia inoltre la Corte, è rinforzato dall'affermazione del “principio di progressione”: «durante l'esecuzione di una condanna, il detenuto

52004DC0334 – IT.

²⁴ Corte EDU, *Dickson*, cit., § 28: “*While rehabilitation was recognised as a means of preventing recidivism, more recently and more positively it constitutes rather the idea of re-socialisation through the fostering of personal responsibility*” [«Mentre la riabilitazione era riconosciuta come un mezzo per prevenire la recidiva, più recentemente e in modo più positivo costituisce piuttosto l'idea di risocializzazione attraverso la promozione della responsabilità personale»]. Cfr. I. BLANCO CORDERO, *La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in C. JUANATEY DORADO, N. SÁNCHEZ-MORALEDA, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, 261 ss.

dovrebbe progressivamente progredire (muoversi) attraverso il sistema penitenziario passando dai primi giorni di detenzione, in cui si accentua la funzione punitiva e retributiva, agli ultimi in cui si accentua la preparazione per il rilascio»²⁵.

Sviluppando in maniera significativa tale linea interpretativa la Grande Camera della Corte Europea nel caso *Vinter c. Regno Unito*²⁶, pur non disconoscendo altre finalità della pena detentiva, ha solennemente eretto la rieducazione a fondamentale scopo che possa legittimamente giustificare in uno Stato di diritto una pena, come quella detentiva, che limita i diritti fondamentali del soggetto condannato.

In questa sentenza la Corte EDU non solo riconosce la rieducazione come funzione della pena, ma riconosce il “diritto alla risocializzazione” del soggetto detenuto; diritto fondato, poi, sul diritto assoluto e inderogabile al rispetto della dignità della persona umana *ex art. 3 CEDU*²⁷, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, lasciando intendere che una pena detentiva che non tenda alla rieducazione diventerebbe come minimo un trattamento disumano e degradante.

La Corte ricorda, come già aveva avuto occasione di rilevare in precedenti pronunce²⁸ e come ribadisce in successive, che l'accento nella politica penale europea è adesso posto sullo scopo riabilitativo (*rehabilitative aim*) della detenzione, in particolare nella prospettiva della fine della lunga carcerazione. In tale direzione la Grande Camera valorizza la legislazione e la giurisprudenza costituzionale di diversi Paesi europei e non solo²⁹, e, in particolare, adotta l'orientamento della Corte costituzionale federale tedesca che concepisce la risocializzazione come *condicio sine qua non* delle pene detentive, incluso l'ergastolo³⁰, sancendo che «sarebbe contrario alle disposizioni della Costituzione che riconosce la dignità

²⁵ § 28: «*In the course of serving a sentence, a prisoner should move progressively through the prison system thereby moving from the early days of a sentence, when the emphasis may be on punishment and retribution, to the latter stages, when the emphasis should be on preparation for release*» [«Nel corso dell'esecuzione della pena, il detenuto dovrebbe spostarsi progressivamente all'interno del sistema penitenziario, passando così dai primi giorni della pena, in cui l'accento può essere posto sulla punizione e sul castigo, alle ultime fasi, in cui l'accento dovrebbe essere posto sulla preparazione alla scarcerazione»].

²⁶ Corte EDU, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, cit.

²⁷ M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 512 ss.

²⁸ Cita Corte EDU, *Dickson*, cit., § 75; *Boulois c. Lussemburgo* [GS], 3 aprile 2012, n. 37575/04; da ultimo *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 91.

²⁹ Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 274 ss.

³⁰ V. VINTER, *supra cit.*, § 113-118; si v. le sentenze della Corte costituzionale tedesca del 21 giugno 1977, e Corte Cost., 27 settembre 1987, e Corte Cost. francese, 20 gennaio 1994, nn. 93-334.

della persona umana che lo Stato privi con la forza una persona della sua libertà senza darle l'opportunità, in alcun momento, di recuperarla. Questa conclusione ha indotto il Tribunale costituzionale federale tedesco ad affermare che le autorità penitenziarie hanno il dovere di sforzarsi di perseguire la riabilitazione del detenuto e che la rieducazione sia costituzionalmente necessaria in ogni società che si fonda sul rispetto della dignità umana»³¹.

La Corte europea anche in sentenze successive insiste nell'enfatizzare che la rieducazione e reintegrazione (risocializzazione) sono diventate un fattore vincolante che ogni Stato membro deve necessariamente prendere in considerazione nel delineare le politiche penali (*Khoroshenko*, § 121)³², ricordando che il detenuto – come ripetutamente ribadito nella sua giurisprudenza – continua a godere di tutti i suoi diritti e libertà fondamentali, tranne che il diritto alla libertà³³. La Corte sottolinea che gli Stati, nel curare che le misure volte a scopi punitivi rispettino il principio di proporzionalità, devono realizzare un corretto bilanciamento tra la risocializzazione e lo scopo punitivo.

In particolare in questa sentenza la Corte ha stabilito, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena, che l'ergastolo è compatibile con l'art. 3 nella misura in cui esiste sia la «prospettiva della liberazione che la possibilità di revisione», che devono essere concretamente prevedibili nel senso che il condannato deve sapere chiaramente le condizioni e i tempi per accedere alla liberazione; la violazione dell'articolo 3 si potrà ritenere sussistente solo quando si dimostra: (i) che la prosecuzione della detenzione del ricorrente non può più essere giustificata per legittimi motivi penitenziali (come la punizione, la deterrenza, la protezione della collettività o la riabilitazione); e (ii) la pena è irriducibile, *de facto* e *de iure*.

Non solo la Corte europea riconosce la risocializzazione come funzione della pena, ma addirittura nel caso *Murray v. The Netherlands*³⁴ la considera oggetto di un obbligo positivo da parte dello Stato nel senso che non solo lo Stato deve riconoscere e garantire la rieducazione come finalità della pena³⁵, ma nel senso che ha l'obbligo di intraprendere tutte le azioni positive volte a realizzare tale

³¹ *Ibidem*, n. 113.

³² Corte EDU, *Khoroshenko v. Russia* [GC], n. 41418/04, § 121; *Michno v. Lithuania*, 4 dicembre 2018, n. 29826/15, § 67; *Harachiev and Tolumov v. Bulgaria*, 8 luglio 2014, nn. 15018/11 e 61199/12, § 243-46.

³³ Corte EDU, *Michno v. Lithuania*, cit., § 68-9; *Dickson*, cit., § 67, e *Khoroshenko*, cit., § 116.

³⁴ Corte EDU, *Murray v. The Netherlands* (GC), 26 aprile 2016, n. 10511/10.

³⁵ S. MEIJER, *Rehabilitation as a Positive Obligation*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 25, 2017, 159 ss.

fine³⁶; tale obbligo positivo si fonda sull'art. 3 CEDU e quindi sul rispetto della dignità umana, diritto assoluto e inderogabile. In tale direzione gli Stati devono prevedere un regime carcerario, in particolare per i condannati all'ergastolo, compatibile con l'obiettivo della risocializzazione e che permetta al detenuto di progredire verso il raggiungimento di quell'obiettivo. Lo Stato, insomma, dovrebbe offrire gli strumenti, i programmi, le condizioni che consentano di perseguire tale obiettivo. È incompatibile con la dignità umana privare una persona di libertà senza consentire a lui o lei di rieducarsi e reinserirsi nella società, cioè senza fornire a lui o a lei i mezzi per la risocializzazione³⁷. Sebbene gli Stati non siano responsabili per il raggiungimento dell'obiettivo della risocializzazione dei soggetti privati della libertà³⁸, hanno il dovere di renderlo possibile (obbligo dei mezzi e non di risultato). I detenuti dovrebbero avere reali possibilità di progredire verso il reinserimento sociale, soprattutto se la loro liberazione dipende da esso (come nel caso dell'ergastolo). Questo può essere ottenuto attraverso l'istituzione e la revisione periodica di un programma individualizzato che incoraggi il detenuto a risocializzarsi per sé stesso, al fine di condurre una vita responsabile. Ciò impedisce che la funzione risocializzatrice della pena sia condizionata dalle mutevoli situazioni che possono vivere gli Stati, come una particolare congiuntura economica o l'ideologia del partito politico al potere³⁹. Lo Stato che non fornisce in modo positivo questa reale opportunità di rieducazione e reinserimento sociale sta violando il suo obbligo di rispettare la CEDU⁴⁰.

Nella sua opinione parzialmente concorrente il giudice Pinto de Albuquerque evidenzia proprio l'obbligo dello Stato di promuovere la risocializzazione con piani individuali e l'obbligo di garantire meccanismi giudiziari, giusti e obiettivi, di revisione della pena, verificando la necessità della prosecuzione della detenzione dal punto di vista della funzione della pena; questi due obblighi rappresentano due facce della stessa medaglia. Non solo, ma soprattutto mentre il primo rappresenta una mera obbligazione di mezzi da parte dello Stato, il secondo, – e cioè l'offerta di un piano fattuale di risocializzazione, accompagnata dalla predisposizione dei necessari strumenti concreti volti a favorirla e, quindi, innanzitutto

³⁶ Sulle obbligazioni positive si v. ampiamente C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, in *InDret* 3/2016, *passim*.

³⁷ *Murray*, cit., § 103. B. MAPELLI CAFARENA, *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1983, 151.

³⁸ In tale direzione la Corte costituzionale spagnola SSTC 19/1998, 150/1991, 55/1996; 119/1996.

³⁹ Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 278 ss.; S. MEIJER, *op. cit.*, 161.

⁴⁰ Corte EDU, *Murray*, cit., § 104; conforme *Hutchinson c. Regno Unito* [GC], 17 gennaio 2017, n. 57592/08, § 42-45.

la predisposizione di adeguati trattamenti psichiatrici, psicologici e medici –, rappresenta correttamente un obbligo di risultato e non di mezzi, come emerge dal combinato disposto dei § 103 e III della sentenza *Murray*.

La Corte Europea non solo fonda la funzione rieducativa sulla dignità della persona umana *ex art. 3 CEDU*, ma proprio sulla base di tale disposizione negli ultimi anni si è occupata delle misure che incidono sulla libertà residua del condannato, a partire dai regimi speciali sino alle condizioni della detenzione (sovraffollamento carcerario, igiene, condizioni di salute, ecc.) al fine di garantire la loro compatibilità con il perseguimento di tale funzione⁴¹. In questa sede ci si limita a ricordare che la Corte ha recentemente condannato l'Italia per l'incompatibilità con l'art. 3 CEDU del regime dell'ergastolo ostativo (art. 4-*bis* ord. pen., l. 354/75, introdotto dalla l. 356/92) che subordina alla collaborazione giudiziaria (art. 58-*ter* ord. pen.) l'accesso alla liberazione, in relazione a soggetti condannati per determinati gravi reati. La Corte, partendo dalla sentenza 313 del 1990 di Corte costituzionale e dalla funzione centrale della risocializzazione della pena, ricorda che la tutela della dignità umana impedisce di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima persona e senza fornirle la possibilità di essere rimessa in libertà (obbligazione positiva di mezzi, cfr. § 113), anche in considerazione dell'importanza riconosciuta al principio della progressione trattamentale del detenuto⁴². Pur riconoscendo la possibilità per gli Stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ritiene che l'equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale significa ancorare la valutazione di pericolosità al momento della commissione del fatto senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi

⁴¹ Cfr. A.M. MAUGERI, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei detenuti tra istanze garantiste e compromessi politici*, in D. GALLIANI (a cura di), *Sul mestiere del giudice. Lavori in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, 503 ss. e giurisprudenza ivi citata; ID., *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos acerca de los derechos de las personas privadas de libertad: entre garantismo y compromisos políticos*, in C. JUANATEY DORADO, N. SÁNCHEZ-MORALEDA, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, *passim*; M. VENTUROLI, *op. cit.*, 149 ss.; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 299 ss.

⁴² «§ III. La Corte osserva che il sistema penitenziario italiano si basa sul principio della progressione trattamentale del detenuto, secondo il quale la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo possono produrre effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società».

compiuti nel corso dell'esecuzione; la scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti, non deriva sempre da una scelta libera e volontaria di adesione ai valori criminali e di mantenimento di legami con l'organizzazione di appartenenza, come già affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 306/1993⁴³. La Corte evidenzia che «la lotta contro questo flagello [la mafia] non può giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti» (principio di umanità della pena); l'ergastolo ostativo viola «la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione» (§ 136)⁴⁴. Il 23 ottobre 2019 la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4-bis, c. 1 ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata⁴⁵.

⁴³ Corte EDU, I sez., 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), ric. n. 77633/16m, in particolare § 108 ss.; cfr. M.S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. Pen.* 2019, f. 6, *passim*; E. DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, *passim*.

⁴⁴ Uno degli argomenti fondamentali contro la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è rappresentato dalla violazione del principio della rieducazione. Già nella sentenza n. 149/2018 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58-quater, c. 4 ord. penit., – poiché determina l'«appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4-bis ord. penit.» –, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena; nella medesima direzione l'ordinanza n. 97 del 2021. Il decreto legge n. 162 del 2022 ha introdotto una nuova disciplina della ostatività, eliminando la presunzione assoluta di non rieducazione. Cfr. M. IADEVITO, *L'ergastolo ostativo nella sua attuale formulazione: le maggiori e persistenti criticità rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 12 settembre 2024, che denuncia che «il nuovo art. 4-bis ord. penit. si allontana ancor di più, rispetto alla precedente disciplina, dalla fisionomia della pena delineata in Costituzione; infatti, non basta l'eliminazione di una presunzione assoluta di non rieducazione, trasformata in una preclusione comunque semi-assoluta, per ritenere il nuovo ergastolo ostativo più vicino al principio rieducativo poiché, in cambio di ciò, sono adesso previsti, come si evidenzierà, tutta una serie di peggioramenti come, ad esempio, l'eliminazione della collaborazione impossibile». Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *DPC*, 2018, 7, 146.

⁴⁵ Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 253.

3.1. *Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena sulla base di altre disposizioni della CEDU*

In alcune sentenze la Corte europea ha riconosciuto la finalità rieducativa della pena in base a norme diverse rispetto all'art. 3 CEDU, condannando delle situazioni in cui si comprometteva la riabilitazione.

In particolare sulla base dell'art. 5 CEDU nel caso *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*⁴⁶ il Tribunale ha esaminato la sezione 225 del *Criminal Justice Act 2003* (introdotta nel 2005 e abolita nel 2012), una legge del Regno Unito, che prevedeva pene detentive indeterminate per la protezione pubblica in relazione a soggetti che commettono dei crimini che non meritano l'ergastolo, ma manifestano una particolare pericolosità sociale al punto da ritenere troppo pericoloso rilasciarli dopo l'espiazione dell'originale sentenza (come reati sessuali). Accanto, allora, al “*punitive tariff*” proporzionato alla gravità del crimine, si prevedeva un periodo ulteriore indeterminato da scontare sino a quando il *Parole Board* riteneva che il detenuto non rappresentasse più un pericolo per la collettività e potesse essere rilasciato. La pericolosità era presunta nell'ipotesi in cui sussisteva una precedente condanna per crimini violenti o sessuali, a meno che il giudice ritenesse la presunzione irragionevole nel caso di specie⁴⁷. La Corte europea ha ritenuto che la detenzione indeterminata per la protezione della collettività potesse essere giustificata in conformità con le disposizioni dell'articolo 5 § 1 CEDH (diritto alla libertà), purché fossero stati garantiti gli strumenti per la rieducazione (altrimenti si sarebbe trattato di una limitazione arbitraria della libertà) e, quindi, si sarebbero dovuti offrire ai ricorrenti opportunità ragionevoli per condurre corsi mirati a trattare la loro pericolosità (che invece non sono stati concessi, nonostante il *Parole Board* lo ritenesse necessario per la loro riabilitazione)⁴⁸.

Ai fini del presente lavoro, è interessante mettere in rilievo che la Corte, nel valutare l'eventuale arbitrarietà di tale disciplina, prende in considerazione proprio la finalità rieducativa (*rehabilitation*) della pena, che considera, accanto allo scopo centrale di tale normativa e cioè la protezione della collettività, uno scopo implicito. Ciò emerge – ad avviso della Corte – anche dai lavori preparatori, anche alla luce degli “obblighi internazionali” che uno Stato dovrebbe voler rispettare quando introduce una nuova legislazione; nel caso di specie proprio gli obblighi sovranazionali rilevanti stabiliscono che lo scopo essenziale della

⁴⁶ Corte EDU, 18 settembre 2012, *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, nn. 25119/09, 57715/09 e 57877/09; cfr. S.C., 10 dicembre 2014, *Haney and others, Regina (On The Application Of) v. The Secretary of State for Justice*. Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 270 ss.

⁴⁷ Corte EDU, *Mastromatteo v. Italy* [GC], 24 ottobre 2002, n. 37703/97.

⁴⁸ Cfr. § 206.

pena detentiva sia la rieducazione⁴⁹. La Corte evidenzia, inoltre, che non solo non erano stati offerti gli strumenti necessari per la rieducazione, ma a monte la pericolosità dei ricorrenti era per lo più il frutto della mera applicazione di una presunzione.

Sempre in considerazione della finalità rieducativa della pena la Corte europea ha considerato in contrasto con l'art. 5 l'imposizione di una misura di sicurezza detentiva (§ 66 StGB) prevista nell'ordinamento tedesco, da applicarsi dopo l'esecuzione della pena stabilita nella sentenza di condanna, nei confronti di detenuti pericolosi, ribadendo che una simile sanzione detentiva anche se connessa al timore per la pericolosità del soggetto e per scopi di riabilitazione viola l'art. 9 § 1 *of the International Covenant on Civil and Political Rights*⁵⁰. In particolare si evidenzia che se tale misura di sicurezza custodiale fosse effettivamente considerata «una misura terapeutica mirata principalmente alla riabilitazione dei detenuti», il controllo psicologico periodico (che può determinare il rilascio o la diminuzione del periodo di custodia) non sarebbe considerato come una sorta di «graziosa concessione» ai detenuti, ma una caratteristica fondamentale da cui dipende la «funzionalità stessa della detenzione»; il fatto, invece, che tale controllo è considerato solo come espressione dello sforzo volto a ridurre la severità, rivela fino a che punto anche la maggioranza non possa non riconoscere il suo evidente carattere punitivo (§ 102)⁵¹. In tal modo gli scopi della pena detentiva e della

⁴⁹ § 209: “The court is [...] satisfied that in cases concerning indeterminate sentences of imprisonment for the protection of the public, a real opportunity for rehabilitation is a necessary element of any part of the detention which is to be justified solely by reference to public protection. In the case of the IPP sentence, it is in any event clear that the legislation was premised on the understanding that rehabilitative treatment would be made available to those prisoners on whom an IPP sentence was imposed, even if this was not an express objective of the legislation itself” [«La Corte è convinta che, nei casi di pene detentive indeterminate a tutela della collettività, una reale possibilità di riabilitazione sia un elemento necessario di qualsiasi parte della detenzione che debba essere giustificata unicamente in riferimento alla tutela della collettività. Nel caso della pena IPP, è in ogni caso chiaro che la legislazione era basata sull'intesa che il trattamento riabilitativo sarebbe stato messo a disposizione dei detenuti a cui era stata inflitta una pena IPP, anche se questo non era un obiettivo esplicito della legislazione stessa»].

⁵⁰ Corte EDU, *Ilseher v. Germany*, 4 dicembre 2018, nn. 10211/12 e 27505/14, § 75 ss.

⁵¹ Corte EDU, *M. v. Germany*, 13 dicembre 2011, nn. 6587/04, 86 ss. – 125; *Kalweitt v. Germany*, 13 gennaio 2011, n. 17792/07; *Mautes v. Germany*, 13 gennaio 2011, n. 20008/07; *Schummer v. Germany*, 13 gennaio 2011, nn. 27360/04 e 42225/07. Successivamente, con sentenza datata 4 maggio 2011, la Corte di Karlsruhe ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina della custodia di sicurezza postuma, sottolineando in particolare la violazione del principio di proporzione e di differenziazione tra pene e misure di sicurezza, invitando il legislatore a modificare detta misura preventiva. In seguito a tale pronuncia, il legislatore che aveva già provveduto ad una riforma nel 2010 – *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der*

custodia di sicurezza finiscono per sovrapporsi: in base alle sezioni 2 e 129 dell'ordinamento penitenziario, da una parte la difesa sociale e dall'altra la rieducazione (*"to help the detainee to become capable of leading a socially responsible life outside prison"*)⁵². La Corte ritiene, infatti, anche in base ad un'analisi alla luce dei criteri Engel, che tale misura rappresenta una pena tra le più severe dell'ordinamento tedesco⁵³, se non la più severa⁵⁴; ne consegue che dovrebbe essere sottoposta alle garanzie del principio di legalità/irretroattività *ex art. 7 CEDU*⁵⁵. Nonostante il rilievo, comunque, attribuito alla finalità rieducativa, in queste sentenze emerge qualche ambiguità laddove la Corte EDU sembra ritenere che la finalità rieducativa rappresenti una priorità per la misura di sicurezza, e non per la pena detentiva (in cui prevarrebbe la finalità punitiva/retributiva); teoria ben nota nel dibattito italiano in relazione alla distinzione tra pene e misure di sicurezza⁵⁶. Il giudice Pinto de Albuquerque contesta correttamente che a monte la previsione della custodia di sicurezza si pone in contrasto con il principio che la pena debba svolgere la finalità rieducativa⁵⁷.

Nella stessa direzione nel caso di *Rangelov c. Germania*⁵⁸ la Corte ha ritenuto che rappresentasse una violazione dell'articolo 5 (1) della CEDU (divieto di detenzione arbitraria) e dell'art. 14 CEDU (diritto alla non discriminazione) il fatto che a un detenuto di nazionalità bulgara fosse negato l'accesso a un programma terapeutico, consentito invece al cittadino tedesco, così contribuendo alla conti-

Sicherungsverwahrung – in seguito alla sentenza della Corte EDU, emanava la legge 5 dicembre 2012 (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*), con la quale recepiva i criteri fissati dal giudice costituzionale, tra l'altro prevedendo istituti appositi e trattamenti terapeutici individualizzati. Corte EDU, *Rangelov v. Germania*, 22 marzo 2012, n. 5123/07. Da ultimo Corte EDU, *Ilseher v. Germany*, 4 dicembre 2018, nn. 10211/12 e 27505/14.

⁵² Corte EDU, *M. v. Germany*, cit., § 132.

⁵³ Ibidem, § 133.

⁵⁴ Ibidem, § 132.

⁵⁵ Ibidem, § 128.

⁵⁶ Cfr. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffrè, Milano, 1978, 226 ss.; G. FIAN-DACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2018, 737.

⁵⁷ § 40-41.

⁵⁸ Corte EDU, *Rangelov v. Germania*, 22 marzo 2012, n. 5123/07.

nuazione della custodia di sicurezza detentiva per mancato perseguimento dell'obiettivo della rieducazione.

In altri casi la Corte EDU ha difeso la finalità rieducativa contro dei ricorsi nei confronti di uno Stato proprio in conseguenza dell'applicazione di misure risocializzatrici, come permessi premio o la liberazione condizionale, concesse a detenuti condannati per reati violenti, che hanno poi commesso dei reati violenti durante il godimento di tali misure (*Alba Bromiley contro il Regno Unito*⁵⁹, *Maiorano e altri c. Italia*⁶⁰, *Choreftakis e Choreftaki contro Grecia*⁶¹). In una delle cause contro l'Italia, *Mastromatteo contro Italia*, il figlio del querelante è stato ucciso da due detenuti a cui erano stati concessi dei permessi premio di cui hanno approfittato per fuggire. La Corte ha ritenuto, confortata dalle statistiche fornite dallo Stato convenuto, che i requisiti previsti nel sistema italiano per la concessione dei permessi di uscita garantissero una protezione sufficiente per la società, e non vi era nulla che potesse suggerire che il regime delle misure di reinserimento applicabile in Italia all'epoca dei fatti non fosse conforme all'obbligo di proteggere la vita ai sensi dell'articolo 2 della CEDU.

In un altro caso sempre contro l'Italia e in cui il detenuto che usufruiva del permesso era un ergastolano, la Corte ribadisce gli argomenti esaminati, sottolineando che «la Corte ha riconosciuto il *fine legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive* [corsivo aggiunto]. Quest'ultima si basa su misure – quali i permessi di uscita temporanea – che permettono il reinserimento sociale del detenuto, anche quando costui è stato condannato per crimini violenti»⁶². Emerge anche in questo caso come la Corte europea valorizzi la finalità rieducativa della pena, difendendone i meccanismi di attuazione – come i permessi premio, ecc. – anche nel caso di un fallimento nel caso concreto.

In altre decisioni la Corte EDU enfatizza sempre l'importanza della funzione rieducativa della pena, ritenendo sulla base dell'art. 8 della CEDU (diritto alla vita familiare) che il successo della risocializzazione può talvolta dipendere dal grado in cui un detenuto può mantenere legami con il mondo esterno, sancendo che i detenuti hanno il diritto di mantenere i contatti con le loro famiglie attraverso visite coniugali e familiari nel rispetto, appunto, dell'art. 8 in questio-

⁵⁹ Corte EDU, 23 novembre 1999, *Dawn Bromiley v. the United Kingdom*, n. 33747/96.

⁶⁰ Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano and Others v. Italy*, n. 28634/06.

⁶¹ Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, n. 46846/08. Cfr. su tale giurisprudenza I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 271 ss.

⁶² Corte EDU, *Maiorano e Altri c. Italia*, 15 dicembre 2009, n. 28634/06, § 108.

ne⁶³ (anche proibire visite lunghe può rappresentare, laddove non necessario, una violazione dell'art. 8 alla luce della finalità rieducativa); fermo restando che la Corte non nega che la limitazione del numero delle visite, la loro supervisione o la sottoposizione del detenuto a speciali regimi possano essere misure necessarie in considerazione della natura del reato e delle caratteristiche specifiche del detenuto⁶⁴. Lo Stato, però, non è libero di introdurre simili restrizioni, ma si deve limitare a prevedere quelle strettamente necessarie e appropriate⁶⁵.

In tale direzione in una recentissima pronuncia, *Ukraine V. Russia (Re Crimea)*⁶⁶, la Grande Camera ha condannato come violazione del rispetto alla vita familiare dei prigionieri ai sensi dell'art. 8 la prassi del trasferimento di detenuti dalla Crimea alla Russia – denunciata nel 2017 *OHCHR Report*, A 102, nel 2023 *Commissioner's Report*, A 74 e nel 2016 *IPHR Report*, A 116 –, in quanto la lunga distanza, la situazione geografica delle colonie e la situazione del sistema dei trasporti in Russia tramutava in un'impresa lunga e faticosa il viaggio dalla città di origine dei richiedenti alle loro colonie, soprattutto per i bambini piccoli, con la conseguenza che il ricorrente aveva ricevuto poche visite e le prospettive erano ancora peggiori in tempo di guerra; ciò in contrasto con l'articolo 8 della Convenzione che «impone allo Stato di aiutare i detenuti, per quanto possibile, a creare e sostenere legami con persone esterne al carcere, al fine di promuovere la riabilitazione sociale dei detenuti. In questo contesto, l'ubicazione del luogo di detenzione è rilevante (cfr. *Khodorkovskiy e Lebedev*, sopra citato, § 837)»⁶⁷. «In-

⁶³ Corte EDU, *Khoroshenko v. Russia*, Grand Chamber, 30 giugno 2015, n. 41418/04, § 110-121 ss. in cui la Corte evidenzia “the principle of rehabilitation, that is, the reintegration into society of a convicted person”; *Trosin v. Ucraina*, 23 febbraio 2012, n. 39758/05, perché le restrizioni sulle visite di famiglia erano sproporzionate, poiché la valutazione del loro bisogno non era richiesta in base alle circostanze particolari di ciascun detenuto.

⁶⁴ Corte EDU, *Hagyó v. Hungary*, 23 aprile 2013, n. 52624/10, § 84; *Michno*, cit., § 69.

⁶⁵ Corte EDU, *Andrey Smirnov v. Russia*, 13 February 2018, n. 43149/10, § 54; *Michno*, cit., § 70.

⁶⁶ Corte EDU, 25 giugno 2024, Grand Chamber, *Ukraine V. Russia (Re Crimea)*, nos. 20958/14 and 38334/18, 1290 ss. – 1305.

⁶⁷ Idem, § 1290 che cita Corte EDU, *Polyakova and Others v. Russia*, 7 marzo 2017, nos. 35090/09 and 3 others, § «89. Per quanto riguarda il diritto di visita, lo Stato non ha mano libera nell'introdurre restrizioni in modo generale senza concedere alcun grado di flessibilità per determinare se le limitazioni in casi specifici siano appropriate o addirittura necessarie, soprattutto per quanto riguarda i detenuti in fase di post-condanna (si veda, con ulteriori riferimenti, *Khoroshenko*, sopracitato, § 126). Secondo le Regole penitenziarie europee [...], le autorità nazionali hanno l'obbligo di prevenire la rottura dei legami familiari e di fornire ai detenuti un livello ragionevolmente buono di contatti con le loro famiglie, con visite organizzate il più spesso possibile e nel modo più normale possibile (*ibidem*, § 134). Il margine di apprezzamento lasciato allo Stato convenuto nella valutazione dei limiti ammissibili dell'in-

deed, the relevant IHL provisions not only prohibit the transfer of protected persons to the territory of the occupying power, regardless of the reason, but classify such a transfer as a 'grave breach' of the Fourth Geneva Convention (A 49)».

Questa sentenza è significativa perché la Corte, citando innanzitutto la pronuncia *Polyakova and Others v. Russia*⁶⁸, che a sua volta cita le due significative pronunce *Vinter e Murray*, ribadisce inoltre che “la riabilitazione, ossia il reinserimento nella società di un condannato, è necessaria in qualsiasi comunità che abbia posto al centro la dignità umana (cfr. *Vinter e altri c. Regno Unito* [GC], nn. 66069/09 e altri 2, § 113) e «che sebbene la pena rimanga uno degli obiettivi della detenzione, la politica penale europea pone ora l'accento sull'obiettivo riabilitativo della detenzione, in particolare verso la fine di una lunga pena detentiva (cfr. *Vinter e altri*, sopra citata, § 115). *Il principio della riabilitazione non solo è stato riconosciuto*, ma nel corso del tempo ha anche acquisito *un'importanza crescente* nella giurisprudenza della Corte ai sensi di varie disposizioni della Convenzione (si veda, con ulteriori riferimenti, *Murray c. Paesi Bassi* [GC], n. 10511/10, § 102, CEDU 2016)»; per poi icasticamente sancire quanto evidenziato in dottrina, che «nonostante la Convenzione non garantisca, in quanto tale, un diritto alla riabilitazione, la giurisprudenza della Corte presuppone quindi che i condannati, compresi gli ergastolani, debbano avere la possibilità di riabilitarsi (ibidem, § 103)»⁶⁹.

Non solo «la Corte ribadisce che l'essenza stessa della Convenzione è il rispetto della dignità umana» (cfr. *Pretty*, cit., § 65), ma in tale prospettiva evidenzia che «i detenuti in generale *continuano a godere di tutti i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione*, ad eccezione del diritto alla libertà, laddove la detenzione legittimamente imposta rientra espressamente nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 della Convenzione»; ne deriva che se «non vi è dubbio che un detenuto perda i diritti della Convenzione a causa del suo *status* di persona detenuta a seguito di una condanna (si veda *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* [GC], n. 74025/01, § 69-70, CEDU 2005-IX)», rimane comunque fermo che «qualsiasi

terferenza con la vita privata e familiare nell'ambito della regolamentazione del diritto di visita dei detenuti si è ristretto (*ibidem*, § 136)» 1291. La Corte sottolinea che i principi generali sull'articolo 8 relativi al diritto dei detenuti al rispetto della loro vita familiare sopra esposti sono stati sviluppati in situazioni intrastatali, vale a dire quando gli individui sono processati, condannati e incarcerati in uno Stato convenuto e poi collocati in carcere lontano, all'interno della giurisdizione di tale Stato, dalle loro famiglie. Ritiene tuttavia che tali principi siano applicabili, *mutatis mutandis*, anche al presente contesto relativo al trasferimento di prigionieri dalla Crimea alla Federazione Russa.

⁶⁸ Corte EDU, *Polyakova and Others v. Russia*, 7 marzo 2017, nos. 35090/09 and 3 others, § 81, 84-85 and 87-89.

⁶⁹ *Polyakova and Others v. Russia*, cit., § 88; *Ukraine V. Russia*, cit., § 1290.

restrizione ai diritti della Convenzione di un detenuto *deve essere giustificata in ogni singolo caso*. Tale giustificazione può derivare, tra l'altro, dalle conseguenze necessarie e inevitabili della detenzione o da un legame adeguato tra la restrizione e le circostanze del detenuto in questione (si veda *Dickson c. Regno Unito* [GC], n. 44362/04, § 68, CEDU 2007-V)⁷⁰.

Nella stessa direzione la Corte EDU⁷¹ ha recentemente stabilito che non esiste un diritto a uscire dal carcere per partecipare al funerale del proprio padre, ma che comunque le autorità devono valutare nel merito ciascuna richiesta; l'art. 8 è violato laddove le autorità non hanno bilanciato i contrastanti interessi e hanno basato il loro rifiuto solo sulla mancanza di una disposizione interna che preveda tale diritto⁷². La Corte evidenzia, quindi, che sebbene si possano prendere in considerazione diverse legittime finalità della pena, considerando l'importanza che la funzione rieducativa della pena detentiva ha assunto nella politica penale europea, la decisione deve tenere conto proprio del perseguimento della finalità rieducativa, indipendentemente dal crimine commesso, dalla durata della pena, dal sesso dell'imputato. Proprio il mantenimento dei legami familiari viene considerato «un mezzo essenziale per aiutare la reintegrazione e la riabilitazione di tutti i prigionieri, indipendentemente dal sesso»⁷³, così come le uscite dalla prigione facilitano la reintegrazione sociale di tutti i prigionieri⁷⁴.

Sempre sulla base dell'art. 8 e il rispetto alla vita privata e familiare la Corte ha valutato una procedura di espulsione nel caso *Cabucak v. Germany*⁷⁵, prendendo in considerazione anche la finalità rieducativa della pena oltre che l'esigenza di garantire la prevenzione del crimine e di disordini.

O sempre sulla base di tale disposizione convenzionale intesa, però, come espressione del diritto al rispetto della vita privata, la Corte ha stabilito che era stata realizzata una violazione dell'art. 8 CEDU laddove si prevedeva la conservazione a tempo indeterminato dei dati relativi ai precedenti penali di una persona e la divulgazione di queste informazioni nei certificati relativi ai precedenti penali, poiché in tal modo si rende difficile per un soggetto accedere a un lavoro

⁷⁰ Corte EDU, 25 giugno 2024, Grand Chamber, *Ukraine V. Russia (Re Crimea)*, nos. 20958/14 and 38334/18, § 87.

⁷¹ Corte EDU, *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 12879/09, 91-92.

⁷² Corte EDU, *Ēcis*, cit., 91; *Csász v. Hungary*, 21 ottobre 2014, n. 14447/11, § 20; *Feldman v. Ukraine* (n. 2), 12 gennaio 2012, n. 42921/09, § 35; *Giszczak v. Poland*, 29 febbraio 2012, 40195/08, § 36, e *Płoski*, 12 febbraio 2003, n. 26761/95, § 38.

⁷³ Corte EDU, *Khoroshenko*, cit., § 144.

⁷⁴ Corte EDU, *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 12879/09, 92, che cita Mastromatteo, cit., § 72 e *Schemkamper v. France*, 18 ottobre 2005, n. 75833/01, § 31.

⁷⁵ Corte EDU, *Cabucak v. Germany*, 20 dicembre 2018, n. 18706/16.

quando ha una fedina penale che i potenziali datori di lavoro potrebbero conoscere (*MM v. the United Kingdom*)⁷⁶. In materia, del resto, la finalità rieducativa è evidenziata dal principio n. 7 (*Principle 7 – length and storage of updating of data states*) del *Committee of Ministers' Resolution (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector*.

Tra le misure che devono essere favorite in chiave rieducatrice la Corte europea prevede anche il diritto alla *scolarizzazione* e, in generale, all'*istruzione* o, comunque, a sviluppare nuove competenze in virtù dell'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 20 marzo 1952, nel senso, perlomeno, che si considera arbitraria la negazione di tale diritto laddove esistono strutture disponibili (come la scuola all'interno del carcere), pur non sussistendo – ad avviso della Corte – l'obbligo per le autorità statali di adottare misure per consentire a una persona di ottenere un'istruzione durante la sua permanenza in carcere (*Velyo Velev c. Bulgaria*)⁷⁷.

Qualche riferimento alla rieducazione è presente in due sentenze della Corte EDU che si occupano del diritto di accedere a Internet da parte dei detenuti⁷⁸. In una prima sentenza si dichiara la violazione dell'art. 10 della Convenzione per la negazione al detenuto da parte della legislazione estone della possibilità di accedere a taluni siti internet negando il suo diritto a informarsi (la Corte sostanzialmente ritiene che la possibilità di accedere a siti che hanno una sorta di “patente” di sicurezza non può subire alcuna restrizione a danno dei detenuti che intendono svolgere ricerche di tipo normativo – leggi, sentenze, atti –, poiché non appare necessaria in una società democratica). Anche la seconda sentenza, con riferimento all'art. 10 CEDU⁷⁹, nega la “necessità” in una società democratica di talune limitazioni all'accesso a Internet (siti sicuri) e, soprattutto, fa esplicito riferimento alla *rieducazione* ritenendo che le informazioni, alle quali il ricorrente vorrebbe attingere, sicuramente potrebbero avere non poca rilevanza per la sua risocializzazione e di conseguenza per il suo reinserimento sociale. La dottrina evidenzia la stretta connessione con l'art. 3 Conv., nel senso che Internet è uno strumento che contribuisce al soddisfacimento della funzione rieducativa della pena in virtù di una stretta e necessaria relazione tra una pena rieducativa, un trattamento conforme alla dignità umana e il diritto di accedere a Internet⁸⁰.

⁷⁶ Corte EDU, *MM v. the United Kingdom*, 13 novembre 2012, n. 24029/07; cfr. Corte EDU, *Catt v. The United Kingdom*, 24 gennaio 2019, n. 43514/15.

⁷⁷ Corte EDU, *Velyo Velev v. Bulgaria*, 27 maggio 2014, n. 16032/07.

⁷⁸ Corte EDU, *Kalda v. Estonia*, 19 gennaio 2016, n. 17429/10.

⁷⁹ Corte EDU, *Jankovskis v. Lituania*, 17 gennaio 2017, n. 21575/08.

⁸⁰ D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in *DPC*, 2 maggio 2017, 3 ss. e, in particolare, p. 6; pubblicato anche in O. POLLICINO, M. BASSINI,

Da quanto esaminato emerge l'impegno della Corte EDU per garantire che l'obiettivo della risocializzazione della pena detentiva sia soddisfatto. È consapevole che le risorse sono scarse e che a volte può esserci una tensione tra la risocializzazione e altri fini della carcerazione, in particolare la protezione della società e la retribuzione. Tuttavia, quando le restrizioni alle possibilità dei detenuti di prepararsi per il rilascio siano arbitrarie o irrazionali, la Corte ritiene che i diritti della CEDU siano violati⁸¹.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rieducazione

Nell'ambito della giurisprudenza delle Corti dell'Unione europea, possiamo ricordare, innanzitutto, delle interessanti prese di posizione che testimoniano come anche in tale contesto la finalità rieducativa viene, più o meno consapevolmente ed espressamente, considerata la fondamentale funzione della pena detentiva⁸².

In tale direzione si è pronunciato nelle sue conclusioni l'avvocato generale Yves Bot nel caso *Trayan Beshkov / Sofiyska rayonna prokuratura*⁸³, che ricorda come «la funzione della pena, pur non essendo espressa in quanto tale né nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, costituisce tuttavia il vettore di un valore che esprime la concezione sia dei rapporti umani in una società sia della capacità dell'uomo di correggersi e di reinserirsi. Originariamente concepita come vendetta, la pena è evoluta nel senso di una sanzione dapprima vissuta come corrispettivo, poi come riparazione e, infine, – questa è la sua concezione moderna – come diretta a consentire il reinserimento del condannato nella società. La recidiva degli atti delittuosi ha immediatamente posto la questione della sua prevenzione. Ben presto è apparso chiaro che l'allontanamento del reo costituito dalla pena detentiva, pur essendo inevitabile in un certo numero di casi, lungi dall'evitare la recidiva, poteva al contrario favorirla. Così si è sviluppata la funzione di reinserimento (rieducazione) della pena che si ricollega, nella fase della sua esecuzione, al principio fondamentale della sua personalizzazione». Si riconosce ampiamente che nell'ambito di una concezione

E. APA, T.E. FROSINI (a cura di), *Le libertà fondamentali nell'era di Internet*, Mondadori, Milano, 2017, *passim*.

⁸¹ I. BLANCO, *op. cit.*, 283.

⁸² Cfr. con toni critici A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, in *MJECL*, 25(6), 2018, 681 ss.

⁸³ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 17 maggio 2017, C171/16, *Trayan Beshkov / Sofiyska rayonna prokuratura*, § 47 ss.

moderna della pena, a partire dalla detentiva, la priorità debba essere riconosciuta, nel rispetto della dignità della persona umana, alla risocializzazione che poi, come bene mette in evidenza l'Avvocato, meglio consente di combattere il fenomeno della recidiva e quindi di soddisfare le esigenze di prevenzione.

Sempre l'avvocato generale Yves Bot, nel caso *Wolzenburg*⁸⁴ e nel più recente caso *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*⁸⁵, evidenzia che «L'importanza attribuita dal legislatore dell'Unione all'obiettivo del reinserimento sociale è esplicitamente confermata da altri atti del diritto dell'Unione e, in particolare, dalla decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, 27) (che si applica del pari, *mutatis mutandis*, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584), il cui articolo 3, paragrafo 1, precisa che essa ha lo scopo di 'favorire il reinserimento sociale della persona condannata'». «La decisione quadro ha per obiettivo principale quello di favorire il reinserimento sociale delle persone condannate a una pena detentiva, consentendo all'individuo privato della sua libertà personale a causa di una condanna penale di scontare la sua pena o il residuo di quest'ultima nel suo ambiente sociale d'origine. Ciò traspare chiaramente dal considerando 9 e dall'articolo 3, paragrafo 1 della decisione quadro. Ciò implica che tutte le misure relative all'esecuzione e all'adattamento delle pene siano individualizzate dalle autorità giudiziarie in modo tale da favorire, nel rispetto degli interessi della società e dei diritti delle vittime, oltre alla prevenzione della recidiva, l'inserimento o il reinserimento sociale della persona condannata»⁸⁶.

Anche in altre pronunce la Corte di giustizia sottolinea che «dall'articolo 3, paragrafo 1 della decisione quadro 2008/909 risulta che il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena da parte di uno Stato membro diverso da quello che ha pronunciato detta sentenza, hanno lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata»⁸⁷; e ad avviso dell'avvocato generale Yves Bot, a tale finalità deve essere ispirata anche l'esecuzione della pena e cioè «tutte le misure volte, da un lato, a garantire l'esecuzione materiale della pena, quali il

⁸⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 24 marzo 2009, C123/08, *Dominic Wolzenburg*.

⁸⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 15 febbraio 2017, C579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 34.

⁸⁶ Conclusioni Dell'avvocato generale Yves Bot, 3 maggio 2016, C554/14, *Procedimento penale contro Atanas Ognyanov*, § 85 ss.

⁸⁷ Corte di giustizia (Grande Sezione), 8 novembre 2016, C554/14, *Atanas Ognyanov*, § 50.

mandato d'arresto e, dall'altro, ad assicurare il reinserimento sociale della persona condannata»⁸⁸.

Nella medesima direzione, come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁸⁹, il motivo di rifiuto facoltativo di esecuzione del mandato di arresto europeo previsto dall'art. 4, n. 6 della decisione quadro 2002/584 (se il mandato è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, tale Stato può impegnarsi a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno) «mira, segnatamente, a consentire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui è stata condannata (v. sentenze citate *Kozłowski*, punto 45; *Wolzenburg*, punti 62 e 67, nonché *B.*, punto 52)»⁹⁰.

Sempre nella prospettiva del rispetto del principio della rieducazione la Corte di giustizia europea nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 del 2016⁹¹, ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato⁹². Nei casi citati (cause riunite C-404/15 e C-659/15) nell'ambito della procedura di consegna, il tribunale di Brema rilevava l'assenza di indicazioni convincenti rispetto al fatto che, se consegnato all'autorità giudiziaria ungherese, il condannato non sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 CEDU, nonché coi diritti fondamentali e coi principi generali del diritto sanciti dall'articolo 6 TUE. Il giudice tedesco motivava tale conclusione osservando che l'Ungheria è stata recentemente condannata per violazione dell'art. 3

⁸⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 3 maggio 2016, C554/14, *Atanas Ognyanov*, § 72.

⁸⁹ Openbaar Ministerie, 2017.

⁹⁰ Corte EDU, 5 settembre 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C42/11, EU:C:2012:517, punto 32, cfr. § 33 in cui si specifica che «Nondimeno, gli Stati membri dispongono di un potere discrezionale certo nell'attuazione di tale disposizione. Infatti, uno Stato membro di esecuzione può legittimamente perseguire un simile obiettivo solamente nei confronti delle persone che abbiano dimostrato un sicuro grado di integrazione nella società di detto Stato (v., in tal senso, sentenza *Wolzenburg*, cit., punti 61, 67 e 73)»; conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 15 febbraio 2017, C579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 36-37.

⁹¹ Corte di giustizia UE, Grande Camera, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU.

⁹² Corte di giustizia, Prima Sezione, ML con l'intervento di Generalstaatsanwaltschaft Bremen, 25 luglio 2018, C220/18 PPU.

CEDU a causa dello strutturale sovraffollamento carcerario⁹³, fenomeno altresì riscontrato dal Comitato per la prevenzione della tortura tra il 2009 e il 2013.

La primaria esigenza di realizzare la funzione rieducativa della pena guida la giurisprudenza della Corte di giustizia nell'applicazione della direttiva 2004/38 (sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione) in relazione alla possibilità di adottare una decisione di allontanamento per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza; si afferma che «occorre in particolare ponderare, da un lato, il carattere eccezionale della minaccia di pregiudizio alla pubblica sicurezza a causa del comportamento personale della persona di cui trattasi⁹⁴ [...], alla luce in particolare delle pene previste e di quelle irrogate, del grado di coinvolgimento nell'attività criminosa, della portata del danno e, eventualmente, della tendenza alla recidiva⁹⁵ [...], e, dall'altro, il rischio di compromettere il *reinserimento sociale* del cittadino dell'Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell'interesse di quest'ultimo, bensì dell'Unione europea in generale, come ha rilevato l'Avvocato generale al paragrafo 95 delle sue conclusioni»⁹⁶. Sembra assolutamente apprezzabile la concezione positiva di risocializzazione espressa dalla Corte in queste affermazioni all'interno di un'idea di Stato sociale di diritto, che considera il reinserimento sociale dei propri cittadini come un valore positivo e un interesse da perseguire per la stessa Unione europea.

Un altro settore in cui emerge l'assunzione della funzione rieducativa a faro ispiratore della concezione della pena nell'ambito della giurisprudenza e della legislazione dell'Unione europea emerge nell'interpretazione della disciplina dell'espulsione in seguito ad esecuzione di pena detentiva ai sensi della direttiva 2004/38. Come evidenzia nelle sue conclusioni l'avvocato generale Yves Bot⁹⁷, «la decisione del *Regierungspräsidium Stuttgart* debba non soltanto rispondere alle condizioni imposte dalla direttiva 2004/38, ma anche, trattandosi di una decisione presa quale conseguenza di una condanna penale che si applicherebbe al termine della relativa esecuzione, rispettare i principi fondamentali che riguar-

⁹³ Corte di giustizia, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, C-14907/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13; *Vociu c. Romania* (n. 22015/10), *Bujorean c. Romania* (C-13054/12), *Burlacu Constantin Aureliano c. Romania* (C-51318/12) e *Mihai Laurentiu Marin c. Romania* (C. 79857/12), tutte del 10 giugno 2014.

⁹⁴ Cfr., in particolare, Corte di giustizia, 29 aprile 2004, *Orfanopoulos e Oliveri*, cause riunite da C482/01 a C493/01, Racc. pag. I5257, § 7779.

⁹⁵ Cfr. Corte di giustizia, 27 ottobre 1977, *Bouchereau*, C-30/77, Racc. pag. 1999, punto 29.

⁹⁶ Corte di giustizia, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*, C145/09.

⁹⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 8 giugno 2010, C145/09, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, § 46.

dano la funzione della pena», principi che vengono fatti rientrare tra i principi fondamentali che proprio per tale carattere costituiscono «una norma comune da cui, nell'ambito dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, le questioni connesse principalmente alla cittadinanza dell'Unione non possono prescindere». Fatta tale premessa l'Avvocato generale considera proprio la rieducazione la funzione della pena accolta nell'ambito dei Paesi membri dell'UE: «Già presente nell'antichità presso i teologi, i filosofi o i teorici, l'idea che una pena debba avere una funzione di reinserimento del condannato è oggi un principio condiviso e affermato da tutti i diritti moderni, in particolare da quelli degli Stati membri»; anzi, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, si ritiene che «il rispetto del principio della funzione di reinserimento della pena non sia dissociabile dalla nozione di dignità umana e, in quanto tale, che esso appartenga alla famiglia dei principi generali del diritto dell'Unione». Si citano a sostegno di tale assunto proprio la raccomandazione sulle regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa del 2006 secondo cui «la detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà»; il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e firmato a New York il 16 dicembre 1966, che all'art. 10, n. 3, stabilisce che «[i]l regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»; nonché la giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, il caso *Mastromatteo/Italia* (2002) sopra esaminato in cui la Corte ribadisce che essa «riconosce il fine legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive. In quest'ottica ravvisa la fondatezza di misure – quali i permessi di uscita temporanea – che consentono il reinserimento sociale del detenuto»⁹⁸. Anche la Corte di giustizia nel caso in questione ritiene che nell'applicazione della direttiva 2004/38, occorre prendere in considerazione ai fini dell'applicazione dell'ordine di espulsione «il rischio di compromettere il reinserimento sociale del cittadino dell'Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell'interesse di quest'ultimo, bensì dell'Unione europea in generale, come ha rilevato l'Avvocato generale al paragrafo 95 delle sue conclusioni»⁹⁹. Alla luce della funzione rieducativa della pena si ritiene eccessiva la decisione di allontanamento alla scadenza di una misura di liberazione condizionale, che è una modalità di esecuzione della pena mirante al reinserimento, in relazione al sig. Tsakouridis, nato e vissuto quasi tutta la sua vita in Germania,

⁹⁸ Corte EDU, *Mastromatteo*, cit., § 72. 2.

⁹⁹ § 50.

per essere stato condannato a sei anni e sei mesi di reclusione per traffico organizzato di stupefacenti¹⁰⁰.

Nella medesima direzione l'avvocato generale Maciej Szpunar ritiene che secondo la «politica penale attuale degli Stati membri» «la risocializzazione del soggetto condannato che consenta al medesimo di ritrovare il proprio posto nella società dopo l'episodio detentivo costituisce la funzione fondamentale della pena», alla luce della quale decidere sempre sullo *status* di protezione rinforzato ai fini dell'allontanamento di un cittadino dell'Unione che ha soggiornato nello Stato membro ospitante durante i precedenti dieci anni¹⁰¹. La valorizzazione del principio della rieducazione sembra particolarmente meritevole in contrapposizione a quella logica del nemico che sembra spesso ispirare certe politiche nazionali nei confronti degli stranieri e dei delinquenti (già sottoposti a pena), tanto più se stranieri.

In materia di mediazione sono interessanti le conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott nel caso *Szombathelyi Városi Ügyészség contro Emil Eredics e Mária Vassné Sári*¹⁰², che proprio in considerazione della risocializzazione come primaria funzione della pena, ammette il rifiuto della mediazione da parte dell'autore del reato: «considerando che alla pretesa punitiva statale non sono associate soltanto valutazioni inerenti la tutela delle vittime, ma che la pena è rivolta in particolare alla risocializzazione del reo e a finalità preventive, può senz'altro essere ammissibile il rifiuto della mediazione nonostante la presenza del consenso della vittima».

5. Conclusioni

Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena emerge, in conclusione, sia da taluni strumenti normativi, anche di *soft law*, a livello europeo, sia dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia in materia, che fondano tale principio sul rispetto della dignità della persona umana alla base del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti (artt. 3 CEDU e 4 Carta europea dei diritti fondamentali). Pur non negando del tutto la concezione poli-

¹⁰⁰ Corte di giustizia (Grande Sezione), 23 novembre 2010, C145/09, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*.

¹⁰¹ Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar, 24 ottobre 2017, cause riunite da C316/16 a C424/16, *B contro Land Baden-Württemberg*, § 110-109.

¹⁰² Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, 1° luglio 2010, C205/09, *Szombathelyi Városi Ügyészség contro Emil Eredics e Mária Vassné Sári*, § 68.

funzionale della pena¹⁰³, la Corte ha fatto assurgere la funzione rieducativa, limite al potere punitivo, a un diritto fondamentale, nonché oggetto di un obbligo positivo degli Stati che si concretizza nella necessità di offrire strumenti di risocializzazione e di individualizzazione del trattamento¹⁰⁴.

Non è possibile un ulteriore approfondimento della tematica in questa sede, ma sia consentito ricordare che la giurisprudenza della Corte di giustizia già a partire dalla fine degli anni '60 ha riconosciuto i diritti e i principi fondamentali fondati sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tra cui il principio della proporzionalità della pena¹⁰⁵ – oggi espressamente previsto dall'art. 49 della Carta di Nizza –, che rappresenta un imprescindibile presupposto del perseguimento della funzione rieducativa della pena, come sancito dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 223 del 2016¹⁰⁶; principio che «rappresenta, tra l'altro, parte

¹⁰³ Si veda l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek nel caso Viola, § 7, in cui evidenzia che «la pena è uno strumento legale multidimensionale. La risocializzazione del criminale è un obiettivo fondamentale, ma non è l'unico», sottolineando anche la funzione retributiva e deterrente.

¹⁰⁴ Cfr. A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, in *MJECL*, 2018, 25(6), 681.

¹⁰⁵ Cfr. A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali della "materia penale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, 108 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, 67 ss.

¹⁰⁶ Sul rispetto del principio di proporzionalità della pena, tra le altre cfr., in relazione anche alle pene accessorie, Corte Cost. n. 222/2018, in materia di illeciti amministrativi Corte Cost. n. 112/2019 e, più di recente, n. 95/2022; Cost. n. 40/2019 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 73, primo comma del Testo unico sugli stupefacenti (d.P.R. n. 309/1990) là dove prevede come pena minima edittale la reclusione di otto anni invece che di sei, o con la decisione n. 150/2021 che ritiene che si possa applicare la reclusione alla fattispecie di diffamazione a mezzo stampa (art. 595, co. 3, c.p.) solo nei casi di «eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, [...] mentre dovrà limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi». Il principio di proporzionalità è stato invocato anche in relazione al meccanismo di conversione delle pene detentive brevi in pena pecuniaria, come disciplinato dall'art. 53, comma 2 della L. 24 novembre 1981, n. 689, oggetto di una recente sentenza della Corte Cost. n. 28/2022, che ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità. Il principio di proporzionalità della pena è stato invocato dalla Corte costituzionale tra i parametri violati dalla disciplina dell'art. 69, comma 4 c.p., dichiarato con sent. 73/2020 incostituzionale «nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.»; nella medesima dire-

esclusiva o funzionale del principio di individualizzazione (a seconda della sua coniugazione)¹⁰⁷. Tale principio non solo è riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per verificare se la sanzione, in quanto limitazione di un diritto fondamentale, è necessaria e adeguata allo scopo perseguito¹⁰⁸, ma la giurisprudenza comunitaria applicando tale principio ha favorito il rispetto del principio di *extrema ratio* a livello nazionale: «attraverso il ricorso all'art. 10.2 Tr. CE i giudici di Lussemburgo hanno innescato un processo di armonizzazione sanzionatoria che, diversamente da quello realizzato nell'ambito del terzo pilastro, appare teso non già a potenziare il momento repressivo, ma al contrario a valorizzare il principio di *extrema ratio* della sanzione criminale e dunque a favorire la depenalizzazione»¹⁰⁹. Il principio di proporzionalità della pena assume, poi, un particolare rilievo da quando l'Unione, alla luce delle competenze previste dall'art. 83 del Trattato di Lisbona, può formulare ipotesi di reato.

In connessione con il principio di proporzione un ruolo fondamentale per l'affermazione della funzione rieducativa della pena assumono, inoltre, gli strumenti legislativi, anche di *soft law*, che incoraggiano l'adozione di misure alternative alla detenzione¹¹⁰, al punto che in dottrina si ritiene che «l'asse principale della politica del Consiglio d'Europa in materia di sanzioni penali» è per l'appun-

zione nn. 55/2021 e 143/2021. Cfr. Corte Cost. n. 63/2022 in ordine alla pena prevista per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare aggravato, considerato dal giudice *a quo* contrastante con il principio di proporzionalità, in quanto manifestamente eccessivo e tale da pregiudicare il percorso rieducativo del reo. Da ultimo Corte Cost., 16 aprile 2024, n. 86, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, co. 1 e co. 2 c.p. nella parte in cui non è previsto che la pena comminata è diminuita di un terzo per i casi nei quali il fatto risulti di lieve entità per la violazione degli artt. 3 e 27, co. 1 e co. 3 Cost. Cfr. CGUE, 08.3.2022, C-205/20. Per tutti cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*.

¹⁰⁷ M. VENTUROLI, *op. cit.*, 149.

¹⁰⁸ Cfr. S. TRECHSEL, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in RIDU, 1997, 2, 234.

¹⁰⁹ A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., 429; CGE, 15 dicembre 1976, C 41/76, *Donckerwolcke*, in Racc. 1976, § 1936.

¹¹⁰ Cfr. A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in Riv. it. di dir. e proc., 2016, 1, 51 ss.; ID., *Linee evolutive delle misure alternative nel panorama europeo*, in A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Jovene, Napoli, 2018, 3 ss. Cfr. sulla giurisprudenza della Corte EDU a tal proposito M. VENTUROLI, *op. cit.*, 158 ss.

to rappresentato dalla «promozione delle [...] alternative alla pena detentiva»¹¹¹; misure alternative al carcere, – rispetto alle quali si è svolto un processo di armonizzazione sia orizzontale (comparazione), sia verticale a livello europeo¹¹² –, che sono funzionali alla rieducazione, non solo perché come minimo evitano gli effetti desocializzanti della pena detentiva, ma soprattutto perché sono mediamente rivolte a favorire la reintegrazione del condannato nel tessuto sociale.

In tale ottica in sede di negoziazione per l'adesione all'Unione da parte di nuovi Stati si richiede sia il rispetto dei valori fondamentali a carattere universale, a partire da quelli riconosciuti nella Carta e nelle tradizioni costituzionali comuni, come il riconoscimento di standard minimi concernenti i diritti delle persone *in vinculis*, sia la previsione nelle rispettive legislazioni di particolari strumenti sanzionatori non carcerari, come il *probation*, che trovano una regolamentazione nei testi del Consiglio d'Europa¹¹³.

Ancora si deve ricordare che anche se talora l'attenzione alla vittima è stata considerata una delle ragioni di un certo populismo penale, neoretributivismo e ipercriminalizzazione¹¹⁴, un'altra importante indicazione nell'ottica dell'affermazione della funzione rieducativa a livello europeo deriva dagli strumenti legislativi che promuovono la *restorative justice*, che tende innanzitutto a responsabilizzare l'autore del reato, primo passo per la rieducazione (ad esempio la raccomandazione del 2003 del Consiglio d'Europa; direttiva 2012/29/UE che cerca di coniugare istanze di specialprevenzione, di risocializzazione e di deflazione giudiziaria, restituendo al diritto penale il suo naturale ruolo sussidiario).

Il cammino verso l'affermazione della funzione rieducativa si dovrebbe accompagnare, infine, a un più pieno e assoluto riconoscimento – rispetto quanto già affermato nella giurisprudenza delle Corti europee¹¹⁵ – di un altro principio fondamentale della materia penale che purtroppo non trova espressa affermazione né nella Convenzione EDU né nella Carta di Nizza, e cioè il principio di

¹¹¹ P. PONCELA, R. ROTH, *Quelles sanctions pour quelle Europe?* in APC, 2005, 105 ss.: conforme M. VENTUROLI, *op. cit.*, 138.

¹¹² A. BERNARDI, *op. ult. cit.*

¹¹³ M. VENTUROLI, *op. cit.*, 135.

¹¹⁴ Cfr. C.E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia. Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2018, 1486.

¹¹⁵ Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali*, cit., 130 ss.; ID., *La nozione e i principi della "materia penale" nella giurisprudenza delle corti europee*, in B. MONTANARI (a cura di), *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Giappichelli, Torino, 2013, 387 ss.

colpevolezza, che rappresenta il presupposto per il corretto perseguimento della funzione rieducativa della pena¹¹⁶.

¹¹⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 326 e 802 ss.; G. LOSAPPPIO, *La speranza della "rieducazione" e del cambiamento contro la "disperanza" dell'afflizione*, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2022, commentando il Libro di R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2022, 63, che afferma «È fin troppo agevole intendere come si colleghi a questa premessa la necessità di un'esigente considerazione dei principi-criteri di precisione della norma penale, offensività e colpevolezza: solo in relazione ad un fatto offensivo, tipico e colpevole è possibile che l'autore ripensi criticamente alla propria condotta»; A.M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento*, in *AP*, 2022, 3, 1 ss.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SULLA FUNZIONE DELLA PENA: LA RIEDUCAZIONE

*Raffaele Sabato**

La funzione rieducativa della pena è assurda, in Europa, al ruolo di uno dei pilastri fondamentali del diritto penale e penitenziario contemporaneo. Essa, infatti, estrinseca l'anelito dei moderni Stati di diritto verso la "umanizzazione" dello strumento punitivo per antonomasia, onde farlo divergere dalla sua tradizionale funzione retributiva verso un più marcato ruolo riabilitativo, che possa favorire il reinserimento sociale del reo. Non è tale – purtroppo – la funzione della pena in altre parti del mondo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, Corte) si è occupata della funzione rieducativa della pena in diversi e ben noti procedimenti, ponendo tale funzione in rapporto alla dignità del condannato, così contribuendo ad asseverare la moderna fisionomia dell'istituto affermata da importanti scuole penologiche. Si spiega così – con il richiamo al rispetto della dignità – perché la Corte abbia trattato la questione prevalentemente dal punto di vista dell'art. 3 della Convenzione, che stabilisce il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti.

Prima di passare a qualche cenno in ordine alla giurisprudenza della Corte in materia, giova, però, premettere che la mutata sensibilità verso la questione della rieducazione si inserisce nel più generale dibattito quanto all'opportunità, e all'umanità, della sanzione penale in generale, che ha inevitabilmente mosso i primi passi nelle riflessioni critiche sulla sua forma più invasiva, e oggi fortunatamente ripudiata in via di principio, costituita dalla pena di morte: particolarmente significativo, in tal prospettiva, è il ragionamento svolto dalla Corte in occasione della sentenza *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*¹⁷, concernente il potenziale

* Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo. Le opinioni espresse sono personali e non sono riferibili all'istituzione di appartenenza. Pur nella fedeltà allo spirito dell'intervento oralmente svolto in data 25 maggio 2023, il testo contiene, pur nella necessaria sintesi, gli op-

rischio di morte – e trattamenti inumani e degradanti – cui andavano incontro i ricorrenti in seguito al loro trasferimento alle autorità irachene. Qui, nell'identificare il diritto applicabile, la Corte nota che, sebbene la pena di morte non fosse proscriotta al momento della redazione della Convenzione, vi è da allora stata un'evoluzione verso la sua completa abolizione, *de jure* o *de facto*, da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Da ciò, oltre che dalla ratifica del protocollo 13 (sull'abolizione della pena di morte perfino in tempo di guerra) da parte di quasi tutti gli Stati parti alla Convenzione, viene allora tratta la sua sopravvenuta inaccettabilità in tutte le circostanze, nonché la sua qualificabilità sopravvenuta come trattamento inumano e degradante.

Così espunta dal dominio del legale la pena di morte, per sua natura incompatibile con una funzione rieducativa della pena, il dibattito giurisprudenziale sulla compatibilità con la Convenzione della sanzione penale non poteva che proseguire in relazione alla più gravosa misura rimasta – l'ergastolo irriducibile – e ai suoi rapporti con la necessaria funzione rieducativa della pena. Un importante approdo in tal prospettiva è raggiunto nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*¹¹⁸. A tutti e tre i ricorrenti erano state irrogate condanne per omicidio, che nel regime giuridico britannico avrebbero comportato la detenzione a vita, a meno che il Segretario di Stato non avesse esercitato la sua discrezionalità per ordinare il rilascio per motivi compassionevoli, ove sussistenti circostanze eccezionali quali una malattia terminale o grave incapacità. Ritenendo che tale ristretto margine di revisione rendesse di fatto il loro ergastolo irriducibile, essi lamentavano quindi la contrarietà della misura all'art. 3. Invertendo rotta rispetto alla Camera, la Grande Camera dà loro ragione: secondo quest'ultima agli Stati contraenti deve, infatti, essere concesso un margine di apprezzamento nel decidere la durata appropriata delle pene detentive e una sfera di libertà nell'imporre l'ergastolo a delinquenti adulti per reati particolarmente gravi. Tuttavia, l'imposizione di una condanna irriducibile all'ergastolo pone problemi in relazione al rispetto dell'articolo 3. Perciò è necessario che la Corte valuti se una condanna all'ergastolo in un determinato caso possa essere considerata irriducibile: la Corte deve accertare se il prigioniero abbia qualche prospettiva di rilascio, essendo sufficiente ad assicurare il rispetto della Convenzione che il diritto nazionale preveda la possibilità di rivedere la condanna ai fini della commutazione, remissione, cessazione o liberazione condizionale.

portuni aggiornamenti al gennaio 2024 allorché si è proceduto alla resa per iscritto. Si ringrazia il dott. Paolo Viafora, giurista *stage* presso la Corte, per il cortese aiuto redazionale fornito.

¹¹⁷ Corte EDU, 2 marzo 2010, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ricorso n. 61498/08.

¹¹⁸ Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ricorsi nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10.

La panoramica delle ragioni per cui devono coesistere prospettiva di rilascio e possibilità di revisione fa così emergere, per la prima volta, il ruolo della rieducazione come finalità/condizione di umanità della pena, nonché della criteriizzazione penologica: una persona non può essere detenuta a meno che non sussistano legittimi motivi penologici per tale detenzione. L'intrinseca mutevolezza nel corso della pena degli equilibri tra le giustificazioni per la detenzione rende conseguentemente necessario che questi vengano rivalutati al momento appropriato, in vista di una potenziale rimodulazione della sanzione o delle sue modalità. Infatti, l'incarcerazione senza alcuna prospettiva di rilascio o revisione comporta il rischio che il detenuto non sia mai in grado di espiare la pena, qualunque cosa faccia in prigione e per quanto eccezionali siano i suoi progressi verso la riabilitazione; ciò risultando evidentemente incompatibile con il rispetto della sua dignità umana e con il diritto europeo ed internazionale, i quali danno un chiaro sostegno al principio secondo cui a tutti i detenuti, compresi quelli condannati all'ergastolo, debba essere offerta la possibilità di rieducazione e la prospettiva di rilascio se la riabilitazione sia stata raggiunta. Di conseguenza, l'articolo 3 deve essere interpretato nel senso di imporre la riducibilità delle condanne all'ergastolo ogni qual volta siano stati compiuti nel corso dell'espiatione della pena progressi verso la riabilitazione tali da significare che la detenzione continuata non appare più giustificata da legittimi motivi penologici.

In tale prospettiva, sebbene non spetti alla Corte prescrivere la forma (esecutiva o giudiziaria) che tale controllo deve assumere, o determinare quando debba aver luogo, gli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale mostrano un chiaro sostegno all'istituzione di un meccanismo specifico che garantisca un riesame entro venticinque anni dall'imposizione di una condanna all'ergastolo, seguito da ulteriori revisioni periodiche. Pur essendo vero, infatti, che la revisione costituisce un evento necessariamente successivo all'irrogazione della pena, un detenuto a vita non deve essere obbligato ad attendere e scontare un numero indeterminato di anni prima di poter lamentare che le condizioni giuridiche connesse alla sua condanna non sono (più) conformi ai requisiti dell'articolo 3. Vero, semmai, è il contrario: essi hanno il diritto di conoscere, all'inizio della pena, quando questa verrà rivista e a quali condizioni ciò potrà condurre al loro rilascio. Da cui un importante corollario: laddove il diritto interno non preveda alcun meccanismo o possibilità di revisione di una condanna perpetua, l'incompatibilità con l'articolo 3 sorgerà al momento della condanna e non in una fase successiva della detenzione. Da tali considerazioni discende nel caso *Vinter* l'accertamento di una violazione, essendo la prospettiva di rilascio prevista dall'ordinamento inglese più teorica che reale, tanto per il ristretto novero di casi "compassionevoli" idonei a motivarla, quanto per la considerazione che nella maggior parte di tali casi il ma-

lato terminale rilasciato per tale via sarebbe comunque costretto, per via della sua malattia, a rimanere confinato a casa o in una struttura medica, non diventando perciò autenticamente libero.

Fissati questi principi in tema di ergastolo irriducibile da scontarsi in uno Stato vincolato dalla Convenzione, il passo logicamente successivo è stato fatto dalla Corte con l'esame del suo profilo estradizionale, nel quale l'espiazione è solo eventuale e futura, in quanto il ricorrente innanzi alla Corte chiede di valutare decisioni interne che ne autorizzino la consegna a Stati extra-Convenzione, dove potrebbe in prospettiva subire la temuta condanna irriducibile. A ciò segue la questione: se è stato ormai acclarato che la pena che non rispetta i criteri *Vinter* violi l'articolo 3, *quid iuris* laddove tale pena venga inflitta (potenzialmente) all'estero a seguito di estradizione da uno Stato d'invio europeo, esso solo soggetto alla Convenzione?

Un primo approccio della Corte alla questione si realizza con la sentenza *Trabelsi c. Belgio*¹¹⁹, che – applicando i criteri *Vinter* enunciati l'anno precedente – al caso di un cittadino tunisino estradato negli Stati Uniti per accuse di terrorismo, conclude dichiarando una violazione dell'art. 3. Dirimente è in tal caso la considerazione che nessuna delle procedure previste nello Stato richiedente imponeva alle autorità nazionali di accertare, mediante criteri penologici prestabiliti di cui il detenuto avesse precisa conoscenza al momento dell'irrogazione dell'ergastolo, che – se nella futura espiazione della pena questi avesse fatto registrare progressi nel processo riabilitativo al punto che il proseguimento della detenzione non potesse più essere giustificato da legittimi motivi penologici – tali progressi avrebbero, dopo un certo lasso di tempo parimenti noto preventivamente, condotto alla liberazione.

A distanza di qualche anno tale approccio ha tuttavia mostrato evidenti limiti, onde ha conosciuto un sostanziale rimaneggiamento ad opera di due coeve pronunce: la sentenza *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*¹²⁰ e la decisione *McCallum c. Italia* (che alla prima rimanda)¹²¹. Alla base dell'esplicito ripudio di *Trabelsi* da parte di tali successive pronunce vi è un'importante considerazione: *Vinter e altri* non riguardava un'extradizione, per cui la posizione giuridica del ricorrente nell'ordinamento nazionale e le prospettive di revisione della pena che gli si aprivano in caso di condanna erano note in tutta la loro portata alle autorità nazionali su cui incombeva il rispetto della Convenzione. I casi di estradizione, invece, in cui il ricorrente spesso non è neppure ancora condannato, si caratte-

¹¹⁹ Corte EDU, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*, ricorso n. 140/10.

¹²⁰ Corte EDU, 3 novembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, ricorso n. 22854/20.

¹²¹ Corte EDU, 21 settembre 2022, *McCallum c. Italia* (decisione), ricorso n. 20863/21.

rizzano per una prognosi provvisoria da operarsi da parte dello Stato di invio, inevitabilmente caratterizzata da un livello di incertezza molto diverso rispetto al contesto interno.

Così stando le cose, ne consegue – secondo la Grande Camera in *Sanchez-Sanchez e McCallum* – che gli Stati contraenti non possono essere ritenuti corresponsabili, ai sensi della Convenzione, delle eventuali carenze del sistema di uno Stato terzo rispetto ai criteri *Vinter* nella loro interezza, i quali impongono tanto garanzie “sostanziali” – volte ad assicurare che l’ergastolo non diventi nel tempo una pena incompatibile con l’articolo 3 – quanto “procedurali”. Queste ultime, infatti, a differenza delle prime, sono riferibili esclusivamente all’irrogazione (già avvenuta) di un ergastolo in un contesto puramente interno e alla sua esecuzione futura, prevedibile dallo Stato e verificabile dalla Corte europea; esse, invece, non sono predicabili in relazione ad una (normalmente futura) pena (eventualmente non ancora irrogata) in rapporto alla estradizione di una persona richiesta da uno Stato terzo: in diversa ipotesi si imporrebbe allo Stato contraente che procede all’extradizione (e alla stessa Corte) di dover valutare, in dettaglio ed *ex ante*, la legge e la prassi pertinenti dello Stato di destinazione, cosa che potrebbe rivelarsi eccessivamente difficile per le autorità di invio.

Inoltre, nel contesto estradizionale, l’accertamento di una violazione dell’articolo 3 ancorata alla mancata verifica dei presupposti “procedurali” di riducibilità dell’ergastolo avrebbe l’effetto (paradossale) di sottrarre al processo la persona contro la quale sono state mosse gravi accuse, a meno che non possa essere perseguita nello Stato d’invio, o che lo Stato richiedente non fornisca le assicurazioni diplomatiche necessarie. Permettere a un sospettato di restare impunito è un risultato difficile da conciliare con l’interesse generale della società a che sia resa giustizia. Parimenti difficile sarebbe conciliare tale esito con gli obblighi derivanti in capo agli Stati dai trattati internazionali, che mirano a impedire la creazione di Paesi-rifugio per coloro che sono accusati dei reati più gravi.

È alla luce di tali considerazioni, dunque, che la Corte opta per una revisione della sua precedente giurisprudenza, attraverso l’individuazione di un test bifasico (test *Sanchez-Sanchez*). Nella prima fase si stabilisce se il ricorrente abbia fornito sufficienti elementi di prova per ritenere che, in caso di estradizione e conseguente condanna, egli possa andare incontro ad un concreto rischio di irrogazione di una pena di ergastolo irriducibile. Spetta, dunque, all’imputato dimostrare che una siffatta sanzione possa essere inflitta¹²²; ciò che sarà facilmente accertabile laddove egli affronti, come in certi Paesi, una imputazione con condanna obbligatoria all’ergastolo irriducibile. La seconda parte dell’indagine si

¹²² Sul punto vedasi anche i casi Corte EDU, 12 dicembre 2017, *López Elorza c. Spagna*, ricorso n. 30614/15 e Corte EDU, 7 giugno 2016, *Findikoglu c. Germania*, ricorso n. 20672/15.

concentra, invece, alla luce dei principi *Vinter*, sulla presenza delle sole garanzie sostanziali. Le competenti autorità dello Stato d'invio devono quindi accertare, prima di autorizzare l'estradizione, che esista nello Stato richiedente un meccanismo di revisione della pena che consenta di valutare se i progressi dell'ergastolano siano così significativi da rendere ingiustificato il proseguimento della sua detenzione ovvero sussista – e qui è la novità – qualsiasi altra ragione di scarcerazione basata sul suo comportamento o su altre circostanze personali (anche, quindi, circostanze esulanti dall'avvenuta rieducazione, come quelle di impedimento sanitario o compassionevole all'espiazione della pena, come detto precedentemente escluso da ogni considerazione da parte della Corte, o come quelle della disponibilità di poteri di grazia o comunque di clemenza in capo alle autorità, senza che rilevi la loro natura puramente discrezionale, ciò che ha valenza solo procedurale e non sostanziale)¹²³. Per contro non è più condizione per il rispetto dell'articolo 3 la presenza di garanzie procedurali. Viene così a realizzarsi – cosa molto rara nella giurisprudenza della Corte – un *overruling* esplicito della giurisprudenza *Trabelsi* e una corrispondente limitazione della giurisprudenza “procedurale” *Vinter* alle sole ipotesi di ergastolo irriducibile interno.

Pur costituendo questo il più avanzato punto dell'elaborazione giurisprudenziale in materia¹²⁴, alcune questioni rimangono nondimeno aperte e altre sono in via di soluzione. In particolare, *quid iuris* per livelli di pene tali da consentire una revisione della condanna solo dopo un numero di anni eccedente l'aspettativa di vita del condannato (il quale, quindi, non potrà cogliere il frutto della sua rieducazione, rendendola vana)? Il problema si pone in generale, ma in riferimento ad alcuni sistemi penitenziari stranieri esso è molto acuto.

Una risposta è venuta dalla Corte con la sentenza resa nel caso *Bijan Balahan c. Svezia*¹²⁵, successiva alla data in cui è stato anticipato oralmente questo contributo. Con essa la Corte ha ritenuto che non vi fosse alcun rischio reale che il ricorrente ricevesse una condanna all'ergastolo irriducibile, potendo egli al limite affrontare la prospettiva dell'ergastolo con liberazione a termine, così non sussistendo il primo passaggio del test stabilito nella sentenza *Sanchez-Sanchez*. Il

¹²³ Esemplare a tal proposito è quanto avvenuto nel caso *McCallum*, ove la Corte ha respinto l'argomento della ricorrente (secondo cui la sua condanna all'ergastolo con possibilità di liberazione condizionale potesse essere considerata di fatto come un ergastolo non riducibile a causa del ruolo del governatore del Michigan nel sistema della liberazione condizionale) ritenendo il meccanismo una garanzia procedurale piuttosto che sostanziale, come tale sottratta all'onere di controllo dello Stato parte della Convenzione.

¹²⁴ Si aggiunga alle pronunce in *Sanchez-Sanchez* e *McCallum* menzionate nel testo altresì la decisione Corte EDU, 28 marzo 2023, *Hafeez c. Regno Unito*, ricorso n. 14198/20.

¹²⁵ Corte EDU, 29 giugno 2023, *Bijan Balahan c. Svezia*, ricorso n. 9839/22.

ricorrente aveva sostenuto, tuttavia, che una condanna all'ergastolo con possibilità di liberazione anticipata equivarrebbe, nel suo caso, a una condanna di fatto all'ergastolo irriducibile, in quanto avrebbe dovuto scontare un periodo minimo fino a sessantuno anni¹²⁶ prima di poter beneficiare della liberazione, essendo ciò incompatibile con la sua aspettativa di vita. Il problema era di rilievo: infatti, nel contesto interno, sebbene non spetti alla Corte stabilire quando debba aver luogo una revisione di una condanna all'ergastolo, essa aveva constatato che, quando era condizione per la liberazione l'aver scontato un minimo di quarant'anni, tali condanne non potessero essere considerate riducibili; tuttavia, nel caso di specie, collocato nell'ambito dell'extradizione, in base a *Sanchez-Sanchez e McCallum* lo Stato contraente d'invio non poteva ritenersi tenuto ad esaminare la disponibilità di garanzie procedurali nello Stato richiedente (come già avvenuto per i poteri discrezionali di grazia in *McCallum*).

Il contesto estradizionale, su cui è stato utile soffermarsi, rappresenta un utile terreno di verifica del dato innegabile che, nel tempo, sia maturata un'accresciuta sensibilità rispetto al tema della rieducazione penale, che trova riflesso nel crescente numero di casi che di essa trattano, direttamente o indirettamente¹²⁷. L'extradizione rappresenta una parziale eccezione a una regola, ma è questa che conta, non quella. In questa logica, le presenti riflessioni hanno voluto offrire una breve panoramica sui tratti essenziali della vicenda, pur nella consapevolezza che la discussione sul tema è tutt'altro che esaurita.

¹²⁶ È interessante notare come al rischio di condanna indicato il ricorrente pervenisse in relazione alla vigenza in California della regola dei "tre colpi" in materia di recidiva ("*three strikes law*"). Il ricorrente aveva precedenti condanne per due reati che avrebbero potuto rendere applicabile la regola dei tre colpi, con applicazione dell'ergastolo per una durata minima di reclusione di sessantuno anni. Ai sensi di tale disciplina, se sussistenti due precedenti condanne per reati gravi o per fatti di violenza, una terza condanna per reato non grave e non violento avrebbe comportato l'irrogazione di una pena doppia rispetto a quella ordinaria, mentre una terza condanna per reato grave o violento avrebbe comportato l'ergastolo con una durata minima di venticinque anni.

¹²⁷ Non deve infatti dimenticarsi che altre pronunce, pur non direttamente incidenti sulla finalità rieducativa delle pene, contribuiscono indirettamente a individuare la fisionomia della nozione. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle pronunce in tema di: condizioni di detenzione; contatti del condannato con il mondo esterno; tutela della salute nel sistema penitenziario; regimi speciali di detenzione; libertà di pensiero, coscienza e religione; libertà di espressione; lavoro e istruzione in carcere; nonché esercizio del diritto di voto.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE SULLA FUNZIONE DELLA PENA

Giovanni Petroni

Vorrei anzitutto ringraziare l'Università di Catania – ed in particolare le professoresse Rosaria Sicurella e Anna Maria Maugeri – per la splendida accoglienza ricevuta.

È un grande onore per me, oltre che un privilegio, intervenire accanto e dinanzi a studiosi così illustri per provare ad introdurre il delicato tema della funzione della pena nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Prima di ogni altra considerazione, bisogna osservare che – nonostante il crescente impatto del diritto dell'Unione europea sul sistema penale interno – non c'è una disposizione dei Trattati che esplicitamente riguardi la funzione della pena.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce, infatti, da un lato, il divieto di pena di morte (art. 2, par. 2), di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 4) e, dall'altro, il principio di non sproporzione della pena rispetto al reato (art. 49, par. 3). Si tratta di principi che, almeno ad una prima lettura, possono dirsi compatibili con diverse concezioni della funzione della pena.

La Corte di giustizia, d'altra parte, non ha ancora affrontato in modo organico l'argomento, pur avendo fornito alcune importanti indicazioni, soprattutto con riguardo alla materia della cooperazione giudiziaria, nel senso della centralità della finalità rieducativa della pena.

È, tuttavia, evidente che la progressiva europeizzazione della giustizia penale rende più pressante l'esigenza di una riflessione sul tema, il quale peraltro – come è a tutti noto – è oggetto di grande attenzione anche nell'ambito dell'ordinamento interno.

Nei limiti del tempo a mia disposizione, cercherò, perciò, di trattare la tematica seguendo tre linee direttrici: – in primo luogo mi occuperò della funzione della pena nel contesto dell'armonizzazione del diritto penale sostanziale; – in secondo luogo mi soffermerò, sia pur rapidamente, sul medesimo tema, per come trattato con riguardo agli strumenti di cooperazione giudiziaria; – infine, cer-

cherò di svolgere alcune brevi considerazioni conclusive, anche nell'ottica di una possibile evoluzione giurisprudenziale, fondata sui principi generali dell'ordinamento unionale.

Come è noto, ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE, l'Unione ha una competenza, concorrente con quella degli Stati membri, in materia di "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

In tale ambito si collocano le competenze unionali sostanzial-penalistiche, disciplinate dall'art. 83 TFUE, che si traducono nella previsione di norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni *"in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale"*.

Tali competenze possono essere esercitate tramite direttive – strumenti normativi che, come è noto, necessitano dell'attuazione da parte degli Stati membri – ed esplicarsi unicamente negli ambiti materiali individuati dal Trattato, ossia: *"terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata"*. È comunque fatta salva la possibilità di estensione di tali materie attraverso una procedura legislativa aggravata.

La competenza in materia penale comprende, inoltre, i casi in cui il ravvicinamento della normativa degli Stati membri sia indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in ambiti che sono già oggetto di misure di armonizzazione.

È opinione comunemente diffusa quella secondo cui le direttive di armonizzazione del diritto penale sostanziale abbiano quale finalità principale la dissuasione rispetto alla commissione di illeciti lesivi degli interessi dell'Unione.

Si tratta di un parametro affine alla concezione general-preventiva, in chiave negativa, che fa leva sugli effetti di intimidazione correlati al contenuto afflittivo della pena e lascia in secondo piano le esigenze di risocializzazione del condannato.

L'idea di intimidazione e deterrenza trova fondamento proprio nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che, in relazione alle sanzioni penali relative a violazioni del diritto dell'Unione o lesive dei suoi interessi, ha stabilito che esse dovessero essere dotate di "capacità dissuasiva".

In proposito va senz'altro richiamata la sentenza della Corte di giustizia nota come "Mais Greco" (sentenza del 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, C-68/88), alla quale si fa tradizionalmente risalire l'origine della potestà sanzionatoria penale dell'Unione europea.

Con tale sentenza fu accolto un ricorso per infrazione proposto dalla Commissione contro la Grecia, in quanto lo Stato in questione non aveva adottato

misure penali sufficientemente dissuasive per tutelare gli interessi dell'allora Comunità europea e, segnatamente, per garantire la puntuale riscossione dei tributi doganali.

Lo scopo di deterrenza è poi confluito espressamente – nel contesto di quella che si definisce l'Europa “a pilastri” – in varie decisioni quadro e – in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – nelle direttive adottate in materia sostanzial-penalistica.

Tali atti, da un lato, enunciano il principio della necessaria “capacità dissuasiva” della sanzione penale; dall'altro indicano la soglia minima del massimo edittale che gli Stati devono prevedere in relazione ai reati oggetto di armonizzazione, all'evidente fine di garantire una certa afflittività delle pene.

Tra gli esempi più recenti possono essere richiamate: la direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta al terrorismo, che prevede, tra l'altro, l'obbligo degli Stati di stabilire, per il reato di direzione di un gruppo terroristico, una pena detentiva il cui massimo edittale non sia inferiore a 15 anni di detenzione e, per il reato di partecipazione ad un gruppo terroristico, non inferiore ad 8 anni; la direttiva (UE) 2018/1673 del 23 ottobre 2018 sulla lotta al riciclaggio, che indica per i reati di riciclaggio, quale limite minimo della pena detentiva massima, la soglia di quattro anni.

In questo quadro, merita senz'altro di essere menzionato anche l'art. 325 TFUE, ai sensi del quale “[l']Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure [...] che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”.

La celebre sentenza *Taricco* (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 settembre 2015, *Taricco*, C-105/14) ha affermato che, in base al diritto dell'Unione e, in particolare, del citato art. 325 TFUE, per combattere in modo effettivo e dissuasivo le frodi in materia di IVA, sono di regola indispensabili sanzioni penali, comprendenti, almeno nei casi di frode grave, anche pene privative della libertà personale.

È noto il primo esito che tale affermazione ha avuto, nel senso della necessaria disapplicazione della normativa italiana in tema di prescrizione, in quanto contrastante con l'art. 325 TFUE.

È altrettanto conosciuto il successivo dispiegarsi della vicenda giurisprudenziale, che – nell'ambito di un proficuo dialogo tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia – ha trovato una soluzione nella sentenza cosiddetta “*Taricco-bis*” (sentenza del 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.N., C-42/17), con cui la Corte di Lussemburgo ha permesso al giudice nazionale di sottrarsi alla disapplicazione della disciplina in materia di prescrizione, qualora l'avesse ritenuta in contrasto

con il principio di legalità, enunciato non solo dall'art. 25, co. 2 Cost. ma anche dall'art. 49, par. 1, della Carta di Nizza.

Per quanto interessa in questa sede, va però evidenziato che nel sollevare la questione di legittimità costituzionale con riguardo alla ipotizzata violazione dei "controlimiti", la Corte di cassazione (ordinanza dell'8 luglio 2016, n. 28346) aveva ritenuto che la regola enunciata dalla sentenza *Taricco* fosse contraria, non solo al principio di legalità e di irretroattività della norma penale sfavorevole, ma anche al principio della finalità rieducativa della pena sancito dall'art. 27, co. 3 Cost.

Aveva evidenziato, in questo senso, che l'impostazione seguita dalla Corte di Lussemburgo, nell'indicare quale finalità della pena unicamente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, avrebbe pregiudicato la sua funzione rieducativa, compromessa dal decorso di un notevole lasso di tempo rispetto alla commissione del fatto e, dunque, sottesa all'istituto della prescrizione.

Nello stadio dell'armonizzazione legislativa, l'ordinamento europeo sembra dunque fondarsi essenzialmente sull'intimidazione correlata al contenuto afflittivo della pena, in un'ottica di prevenzione generale.

Ciò ha determinato, nel caso *Taricco*, l'emersione di potenziali frizioni con il sistema interno, più fortemente radicato sul principio della funzione rieducativa della pena, poi risolte, seppure sotto altro profilo, grazie al costruttivo dialogo tra le Corti, cui mi sono dianzi riferito.

Nell'ambito dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" si colloca anche la disciplina unionale in materia di cooperazione giudiziaria, prevista dall'art. 82 TFUE, che si fonda sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

Si tratta di istituti che assumono per lo più rilievo nel momento in cui la misura restrittiva della libertà personale è stata già disposta dal giudice (di uno Stato membro) e deve essere eseguita (da quello di altro Stato membro), quali il mandato di arresto europeo ed il trasferimento di persone detenute.

I principali riconoscimenti giurisprudenziali dello scopo rieducativo della pena, come accennato, sono stati svolti proprio in questo settore.

Con riguardo alla fase esecutiva, se da un lato è evidente, in base ad una elementare esigenza di prevenzione generale, la necessità che le pene inflitte trovino effettiva attuazione, dall'altro è principio ormai consolidato, anche nell'ordinamento unionale, che essa debba essere orientata verso la rieducazione del condannato, proponendosi di aumentare le *chances* di reinserimento nella società.

Come si evidenzierà di seguito, di entrambe le citate esigenze si è fatta carico la Corte di giustizia, calandole nel contesto dello spazio giudiziario europeo.

Il mandato di arresto europeo – che, come noto, è disciplinato in ambito sovranazionale dalla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 – è un

procedimento giudiziario semplificato di consegna del reo, ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà.

Un mandato emesso dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro è valido in tutto il territorio dell'Unione europea, in forza del principio del mutuo riconoscimento. Sono però previste delle ipotesi in cui lo Stato richiesto può rifiutare la consegna della persona ricercata.

In particolare, l'articolo 4, par. 6 della decisione quadro prevede, tra le altre, la possibilità dello Stato richiesto di rifiutare la consegna quando la *“persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda”*.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l'istituto mira a preservare ed accrescere le possibilità di *“reinserimento sociale del ricercato una volta scontata la pena cui è stato condannato”*.

In questo senso si sono espresse le sentenze *Lopes Da Silva Jorge* (sentenza del 5 settembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11) e *Wolzenburg* (sentenza del 6 ottobre 2009, Wolzenburg, C-123/08).

La funzione rieducativa viene dunque posta a fondamento dell'istituto, che la persegue facendo in modo che la pena sia eseguita nel luogo in cui la persona ricercata abbia stabilito la propria residenza effettiva ovvero – come precisato nella sentenza *Kozłowski* (sentenza del 17 luglio 2008, Kozłowski, C-66/08) – in cui abbia acquisito, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata, *“legami di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza”*.

Quando una di queste condizioni è soddisfatta, lo Stato richiesto può rifiutare la consegna, a condizione che *“si impegni a eseguire esso stesso la pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno”* (art. 4, par. 6 della decisione quadro).

Sicché, se l'esecuzione della pena da parte dello Stato membro che riceve la richiesta di consegna non sia possibile, per una qualsiasi ragione, il mandato d'arresto europeo dev'essere eseguito e la persona ricercata deve essere consegnata allo Stato emittente.

Riemerge così anche l'esigenza, che si pone in una prospettiva general-prevenitiva, di evitare che l'applicazione dell'istituto si traduca nell'impunità del ricercato, come evidenziato dall'avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni rese nella menzionata causa *Lopes Da Silva Jorge* (conclusioni del 20 marzo 2011, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11).

La Corte di giustizia – nella sentenza *Popławski* (sentenza del 29 giugno 2017, Popławski, C-579/15) – ha anche avuto modo di chiarire che, nell'ottica di presidiare l'interesse alla circolazione delle decisioni giudiziarie, le condizioni legittimanti il rifiuto devono essere interpretate in senso restrittivo, costituendo esse eccezioni al principio generale del mutuo riconoscimento.

I principi ora richiamati sono confluiti nella decisione quadro sul trasferimento di persone detenute (decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008) che, in estrema sintesi, consente il trasferimento dei detenuti nel Paese di cui sono cittadini o hanno residenza abituale.

Ciò avviene perché si ritiene più probabile che i detenuti possano riabilitarsi scontando la pena in tale luogo, il quale, come chiarito dal considerando 9 della direttiva, presuppone l'esistenza di legami sociali, familiari, culturali e linguistici, e risulta perciò più favorevole per "*il reinserimento sociale della persona condannata*", finalità questa in tale modo espressamente elevata a scopo primario della normativa dall'art. 3, par. 1.

Tale previsione è stata particolarmente valorizzata dall'avvocato generale Yves Bot, il quale, nelle conclusioni rese nella menzionata causa *Poplawski* (conclusioni del 15 febbraio 2017, *Poplawski*, C-579/15) ha da essa tratto la generale importanza assegnata dal diritto unionale allo scopo di reinserimento sociale del condannato.

Lo stesso Avvocato generale, molto sensibile al tema – e, come di consueto, in ragione del suo ruolo, più aperto ad un approfondimento scritto delle tematiche di carattere generale rispetto agli organi giudicanti della Corte – ha descritto il percorso che ha condotto a riconoscimento della centralità della funzione rieducativa della pena nelle conclusioni rese nel caso *Trayan Beshkov* (conclusioni rese il 17 maggio 2017, *Trayan Beshkov*, C171/16), riguardante la decisione quadro 2008/675/GAI.

Si tratta della normativa che consente di prendere in considerazione le decisioni di condanna adottate da altri Stati membri in occasione di un nuovo procedimento penale, al fine di valutare, tra l'altro, la personalità dell'imputato, lo status di recidivo, la concedibilità della sospensione condizionale della pena o l'applicazione della disciplina del reato continuato.

L'avvocato generale Bot, le cui parole meritano di essere riportate e condivise, ha ricordato che "[O]ltre alle questioni di dignità attinenti alle condizioni materiali di detenzione, l'esecuzione di una sanzione penale deve altresì rispondere alle esigenze della funzione che deve svolgere una pena"; tale funzione "*pur non essendo espressa in quanto tale (...) nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, costituisce tuttavia il vettore di un valore che esprime la concezione sia dei rapporti umani in una società sia della capacità dell'uomo di correggersi e di reinserirsi. Originariamente concepita come vendetta, la pena è evoluta nel senso di una sanzione dapprima vissuta come corrispettivo, poi come riparazione e, infine, – questa è la sua concezione moderna – come diretta a consentire il reinserimento del condannato nella società. (...) Ben presto è apparso chiaro che l'allontanamento del reo costituito dalla pena detentiva, pur essendo inevitabile in un certo numero di casi, lungi dall'e-*

vitare la recidiva, poteva al contrario favorirla. Così si è sviluppata la funzione di reinserimento della pena che si ricollega, nella fase della sua esecuzione, al principio fondamentale della sua personalizzazione”.

Dalle brevi considerazioni svolte, emerge che, se da un lato l’approccio della Corte di giustizia assegna un valore primario alla tutela degli interessi dell’Unione, siano essi gli interessi finanziari o siano essi interessi relativi alla agevole circolazione delle decisioni giudiziarie, dall’altro sta più di recente emergendo una significativa sensibilità rispetto alla funzione rieducativa della pena, quale valore fondante il sistema penale dell’Unione.

Si tratta di una evoluzione coerente con la sempre maggiore importanza assunta in ambito unionale dai diritti dell’individuo, quale può senz’altro essere considerato quello del condannato a scontare una pena che sia funzionale alla sua rieducazione.

In questo contesto è di assoluta evidenza che il ruolo della Corte di giustizia assume una rilevanza fondamentale, essendo essa il garante del rispetto dei diritti fondamentali, le cui sentenze sono dotate di effetti *erga omnes*.

Sono evidenti le difficoltà che la Corte di giustizia, quale interprete dell’ordinamento unionale, può incontrare nell’affrontare un tema tanto delicato. Il particolare atteggiarsi dei tre poteri fondamentali – legislativo, giudiziario, esecutivo – nell’ordinamento dell’Unione e la varietà delle tradizioni culturali degli Stati membri accrescono senz’altro gli ostacoli alla ricerca di una soluzione valida in assoluto per il problema della legittimazione del sistema sanzionatorio penale.

Sembra in ogni caso necessario un approccio sistematico – non più limitato all’angolo visuale del diritto secondario, ma – basato sui principi fondamentali enunciati dal diritto primario.

Tra di essi spicca in primo luogo il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, sancito dall’art. 4 del Trattato di Nizza.

Proprio in virtù di tale disposizione, la Corte di giustizia, nella nota sentenza *Aranyosi* (sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15), ha stabilito che l’esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere quanto meno rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell’interessato nello Stato membro di emissione del mandato.

La possibilità di sospendere la consegna a causa del rischio che la persona ricercata sia sottoposta a trattamenti inumani e degradanti implicitamente riconosce che le condizioni della detenzione possono esacerbare il distacco dei detenuti dalla società, determinando una crescita del rischio di recidiva. Si tratta, dunque, di una lettura di un principio espressamente sancito dalla Carta di Nizza del tutto coerente con la funzione rieducativa della pena.

Del resto, la forte protezione del diritto garantito dall'articolo 4 della Carta, anche nell'ottica della funzione rieducativa della pena, si pone a presidio del nucleo essenziale di un principio generale dell'Unione, vale a dire il rispetto e la tutela della dignità umana, espressamente sancito dall'art. 2 TUE e ricavabile, ai sensi dell'art. 6, par. 3 TUE, dai costituzionalismi nazionali, oltre che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Una ulteriore chiave di lettura delle linee di intervento della normativa unionale nella materia sanzionatoria può essere rinvenuta nel principio di proporzionalità delle pene, al quale la Corte, nella recente sentenza NE *Bezirkshauptmannschaft* (sentenza dell'8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstentfeld*, C-205/20), ha riconosciuto effetto diretto.

Tale principio, in forza del quale le pene inflitte non devono andare al di là di quanto è strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo legittimamente perseguito, esprime un ragionamento relazionale, che impone di assegnare preliminarmente importanza ad una chiara individuazione di tale obiettivo.

Se dunque, in un'ottica retributiva, il principio di proporzionalità esige che “la sanzione inflitta rifletta la gravità della violazione”, in un'ottica special-preventiva in chiave positiva è essenziale che, nella determinazione della pena, si tenga conto delle specifiche esigenze di rieducazione del condannato.

L'auspicio, a conclusione di queste brevi note, è che il cammino della Corte di giustizia nell'approfondimento del tema della funzione della pena e nella valorizzazione della prospettiva rieducativa possa continuare, non mancando nella realizzazione di tale percorso gli addentellati normativi, anche di rango primario, sui quali basarsi.

DALLA POLIFUNZIONALITÀ ALLA PROPORZIONALITÀ. LA CORTE COSTITUZIONALE E GLI SCOPI DELLA PENA*

Davide Galliani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alte aspettative e ragionevole cautela. – 3. L'importanza della comparazione. – 4. Dagli inizi alla fine degli anni Ottanta: la polifunzionalità eclettica. – 5. Dagli anni Novanta in avanti: la polifunzionalità dialogica. – 6. La proporzionalità della pena. – 7. Pene fisse e proporzionalità: dalla non armonia alla incostituzionalità. – 8. Un trittico sulla fissità della pena perpetua.

1. Introduzione

In questo scritto vorrei tracciare dapprima un breve quadro della giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena e poi prestare attenzione a quella che appare oggi la questione più rilevante. In estrema sintesi, mi occuperò di polifunzionalità e di proporzionalità della pena.

Si possono individuare tre periodi e tre argomenti chiave. Fino alla fine degli anni Ottanta è stato il tempo della polifunzionalità eclettica, mentre dagli anni Novanta in avanti quello della polifunzionalità dialogica, per usare la terminologia di Giovanni Fiandaca¹²⁸. Senza dubbio, in questo secondo periodo assume

* Lo scritto trae spunto dalla relazione *La Corte costituzionale e gli scopi della pena. A che punto siamo, verso dove andremo?* che ho tenuto al convegno *Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali: la riscoperta della funzione rieducativa come essenza riformatrice del sistema sanzionatorio*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania il 25-26 maggio 2023. Ringrazio sentitamente Anna Maria Maugeri per l'invito e i numerosi scambi di riflessioni. Pubblicato in *Sistema Penale* il 12 settembre 2023, una versione più limitata è in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

¹²⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giurisdiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 131 ss.

pregnanza la rieducazione, che si laicizza e scala i piani della palazzina penale. L'emenda diviene risocializzazione ed esce dallo scantinato dell'esecuzione penitenziaria, per arrivare prima alla cognizione e dopo al legislatore, anche se non muta la regola aurea: nemmeno la risocializzazione può dirsi tiranna, deve dialogare con gli altri scopi della pena. Si arriva al nostro presente, il terzo periodo: e sono i giorni della proporzionalità della pena, una questione di formidabile rilievo, teorico e concreto.

Chiaro che ogni tentativo di periodizzare la giurisprudenza costituzionale non deve servirsi dell'accetta. Il giudice delle leggi è molto attento ai suoi precedenti. Come ha scritto Sabino Cassese: «fortissima la preoccupazione del precedente fissato dalla Corte stessa», tanto che «la base di tutta l'analisi è il precedente o i precedenti», al punto che «la sentenza è un esercizio logico intorno al precedente», il quale, aggiungo, raramente si travolge, piuttosto all'occorrenza si cerca un pertugio per andare oltre, quasi sempre comunque con cautela¹²⁹.

2. Alte aspettative e ragionevole cautela

Due considerazioni di premessa. In primo luogo, le aspettative che si nutrono nei confronti della Consulta sono alte, non solo oggi. Se si ragiona attorno alle questioni penali, prima ci si attendeva una ripulitura ordinamentale, visto che il legislatore repubblicano non procedeva o lo faceva con parsimonia; e dopo, negli ultimi decenni, si attendono prestazioni di argine al populismo penale.

D'altro canto, l'attesa di giustizia costituzionale è inversamente proporzionale allo stato del tessuto sociale. Più questo si frantuma, individualizzandosi, più sono necessari antidoti di unità, solidarizzanti. E la Corte resta pur sempre il primo (anche se non l'unico) interprete di un testo nato per unire, non per spaccare la società.

Non di meno, per quanto siano giustificate alte aspettative, è utile accompagnarle con buone dosi di cautela. Non tanto per la (forse) banale considerazione che la Corte non decide su Marte: se fosse questo, staremmo sminuendo la rilevanza della persuasione che necessariamente caratterizza il ragionamento giuridico, incompatibile con i paradigmi del fermento illiberale del nostro passato e del più recente populismo penale¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, 20, 25.

¹³⁰ Sulla esistenza del ragionamento giuridico, con specifici tratti distintivi, cfr. F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci, Roma, 2016. Quanto al populismo penale, è una questione tremendamente seria, non chiama in causa solo i "cattivi"

L'invito alla cautela si motiva riferendosi ad altre due questioni. Da un lato, se non si trova il "portiere" la "cuspidè" rimane al palo. A volte si rimane esterrefatti: la rilevanza esiste, la non manifesta infondatezza è lampante, eppure niente da fare, non solo non si solleva la *quaestio*, ma nemmeno si spiega alla parte perché tutto va bene così¹³¹. Dall'altro lato, una volta acceso il semaforo verde, i poteri della Corte sono limitati, in particolare rispetto a quelli del legislatore. Tiranni nello Stato costituzionale non ne possono esistere, nemmeno se si chiamano giudici costituzionali.

Un solo (significativo) esempio. L'applicazione, la proroga e la revoca del regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* ord. pen. ad opera del Ministro della giustizia. Esistono convincenti ragioni per ritenere incostituzionale la competenza ministeriale, da ultimo rinforzate grazie alla sciagurata disposizione introdotta dal Governo Meloni in sede di approvazione del decreto legge in materia (anche) di ergastolo ostativo, poi confermata dalla conversione in legge. Nel momento in cui si obbliga la magistratura di sorveglianza a dichiarare inammissibili tutte le domande di benefici penitenziari, avanzate da persone sottoposte al regime detentivo speciale, si sta chiarendo in modo esplicito che il Ministro non interviene solo sul trattamento penitenziario. Al contrario, influisce sulla qualità della pena,

politici, ma ci riguarda tutti, affonda le sue radici in un preoccupante problema sociale: «Il nostro destino nella società moderna è quello di vivere fra estranei» e «la distanza sociale è una delle condizioni per un uso pesante del sistema penale» (cfr. N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine. Società mono-istituzionale e cultura della pena*, Colibri, Milano, 2012, 35 e 94).

¹³¹ In sé, optare per una risposta in motivazione e non con un'apposita ordinanza può lasciare perplessi, rispetto al chiaro tenore letterale dell'art. 24 della legge 87/1953. Anche ammettendo questa possibilità, la risposta deve riguardare tutti gli argomenti avanzati dalla parte, non solo alcuni. E tale risposta non può essere "estremamente stringata", come spesso avviene (cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, 104). Non solo. Sembra esistere un limite invalicabile alla possibilità del giudice di rispondere in motivazione, vale a dire quando l'eccezione di incostituzionalità riguarda disposizioni processuali ad effetto anticipato: usando la motivazione come contenitore nel quale si risponde alla parte queste disposizioni sono state oramai applicate. Infine, ed è un problema della giustizia amministrativa, risultano incomprensibili le decisioni di inammissibilità di una eccezione di incostituzionalità avanzata per la prima volta in sede di appello: anche se non è motivo di ricorso, la *quaestio* non può dichiararsi inammissibile, altrimenti vi sarebbe una introduzione in via pretoria di un ulteriore requisito, oltre alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza (cfr. P. Zicchittu, *Le disarmonie tra giudizio di costituzionalità e processo amministrativo: alcune brevi riflessioni*, in *federalismi.it*, 8/2016, I ss.). Critiche al comportamento dei giudici nelle due interviste a P. Carrozza e M. Luciani in *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, a cura di P. Passaglia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 241 ss. e 258 ss.

che diviene completamente intramuraria, tutto questo a dispetto della riserva di giurisdizione sancita dall'art. 13 Cost.¹³².

Ebbene, si metta caso che dopo tre decenni esatti – il tempo trascorso dalla sentenza 343/1993 della Corte, nella quale si avanzava appunto la tesi della legittimità del potere ministeriale perché riguardante il mero trattamento penitenziario – si decida di riaprire le porte della giustizia costituzionale. E si ipotizzi un *revirement* da parte del giudice delle leggi, difficile, ma non irrealistico. Il punto è che ci si può attendere dalla Corte una sentenza monito, al massimo un accertamento della incostituzionalità, con il differimento della dichiarazione. Questo per la pesante ragione che la Corte non è il legislatore: tolto quel potere al Ministro, a chi si dovrebbe attribuire?

Non vi è dubbio, esistono precedenti che fanno ben sperare, se solo si considera quanto accadde con la sentenza 204/1974. In quella occasione, la Consulta tolse il potere di accordare o meno la liberazione condizionale sempre al Ministro della giustizia, senza preoccuparsi minimamente del vuoto legislativo conseguente. Ci pensò il legislatore ad intervenire, decidendo a quale giudice andava attribuita la competenza in materia di liberazione condizionale¹³³.

Anche di recente, sempre attorno ad un tema particolarmente delicato (le misure di prevenzione personali), la Corte ha mostrato i muscoli (sentenza 2/2023). Il divieto di possedere e utilizzare il telefono cellulare, contenuto in un avviso orale rinforzato, non può essere disposto dal Questore, vale la riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost. Nulla la Corte dice rispetto al vuoto legislativo creatosi, se non quando sostiene (e poteva anche non dire) che il legislatore dovrà intervenire per stabilire procedure, modalità e tempistiche del nuovo intervento dell'autorità giudiziaria¹³⁴.

Riassumendo la prima premessa: sono comprensibili alte aspettative quando si guarda alla Corte, il cui compito è rendere giustizia costituzionale, non di meno va adoperata anche una buona dose di ragionevole cautela¹³⁵.

¹³² Se si vuole, cfr. D. GALLIANI, *La sospensione del trattamento penitenziario, disposta dal Ministro, compie mezzo secolo di vita. E se implodesse?*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 1/2023, 51 ss. (numero monografico dedicato al regime detentivo speciale, reperibile on line: www.cross.unimi.it).

¹³³ La *quaestio* fu sollevata dal giudice di sorveglianza in sede di parere sull'istanza di liberazione condizionale presentata al Ministro della giustizia.

¹³⁴ Per un primo commento, cfr. D. GALLIANI, M. OROFINO, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto, imponibile dal Questore, di possedere ed utilizzare il telefono mobile e riapre il dibattito sulle misure di prevenzione personali*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 1/2023, 302 ss. (reperibile on line: www.medialaws.eu).

¹³⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 24 ss. e M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costi-*

3. L'importanza della comparazione

In secondo luogo, sempre come premessa, vorrei sottolineare l'importanza che riveste la comparazione per il nostro giudice delle leggi. Il tema merita più approfondimento, non di meno mi sembra utile spendere qualche osservazione riferendosi agli interventi della Corte nelle sempre complesse questioni penali.

Provo a dirlo in questo modo. Ricorrere alla comparazione, per la Corte, significa anche calare le proprie sentenze in un contesto più ampio, quasi ricorrere ad argomenti oggettivi, in ambiti caratterizzati da un forte concentrato di soggettività, vuoi perché delle tante cittadelle che stanno perdendo progressivamente i connotati della statualità è proprio quella penale a dimostrarsi più indomita, ma vuoi anche perché, quando la Corte prende posizione su una questione penale, è consapevole di intervenire in ambiti ove la reazione del tessuto sociale, e quindi anche del pensiero della maggioranza delle persone, è caratterizzata da molte dinamiche, poche improntate alla razionalità, molte all'istinto individuale, soggettivo.

Iniziamo col dire che la Corte compara in diversi modi. A volte è pressoché obbligata a farlo, quando è chiamata a confrontarsi con il diritto dell'Unione e con quello convenzionale. Anche questa è comparazione, altro non è che guardarsi intorno, per valutare come fanno gli altri. Altre volte la comparazione è discrezionale, nel senso che la Corte sceglie di rifarsi ad altre legislazioni e giurisprudenze (dentro e fuori il continente europeo), soprattutto per fortificare il bagaglio motivazionale¹³⁶.

Ad ogni modo, questa la domanda alla quale vorrei tentare di rispondere: se la comparazione è uno strumento al quale la Corte ha fatto (e fa) ricorso – in modo più o meno marcato, più o meno discrezionale, non quotidiano ma nemmeno episodico, insomma “con una certa assiduità” – dove va ricercata la causa? Non “se compara”, ma “perché compara”¹³⁷.

tuzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di “rendere giustizia costituzionale”, in Rivista AIC, 1/2015, 1 ss.

¹³⁶ Vedremo che sono proprio gli interventi della Corte (anche) sugli scopi della pena che permettono di dire che, in realtà, il ricorso alla comparazione non è un fenomeno solo recente. Che caratterizzi il periodo più recente è vero, e basti menzionare due straordinarie effigi, la sentenza 32/2020 sulla irretroattività delle modifiche *in peius* riguardanti quantità e qualità della pena e la sentenza 141/2019 sul favoreggiamento della prostituzione.

¹³⁷ In questo paragrafo di sicuro intendo la comparazione in senso molto ampio. Questo perché mi interessa mettere in rilievo la sensibilità al confronto con altri ordinamenti (compreso quello dell'Unione e quello convenzionale), piuttosto che il singolo uso, specifico ed esplicito, di leggi e decisioni straniere. Non considerando il confronto con il diritto dell'Unione e con quello convenzionale, in modo *esplicito* il ricorso alla comparazione è avvenuto

Provo a dare una risposta. Nel collegio di giudici che compongono la Corte sono (da sempre) in maggioranza numerica i professori universitari. Non così altrove, ad esempio in quella che (non a caso) è una corte che appare (da sempre) timida rispetto alla comparazione, e mi riferisco alla Corte Suprema degli Stati Uniti, entro la quale la maggioranza numerica premia coloro che in precedenza hanno svolto il mestiere di giudice, *prosecutor* o avvocato.

Verissimo, essere professore universitario non significa per definizione essere propenso alla comparazione, ma la sensibilità non può che essere particolarmente significativa. Un esempio. Il costituzionalista compara da sempre, mentre il penalista da meno, ma non si può negare che anche il secondo si confronta con ciò che avviene nel mondo, in Europa o in un altro singolo Stato. Il costituzionalista, quando affronta, mettiamo caso, il tema delle forme di governo, non può che usare la comparazione, ma anche il penalista è da sempre attentissimo osservatore della dottrina giuridica straniera, valga il nostrano riferimento alla dottrina giuridica penalistica tedesca.

In altri termini, in modo più o meno esteso, da più o meno tempo, il professore universitario conosce l'importanza della comparazione, che utilizza nelle sue attività quotidiane di didattica e di ricerca. Perché quindi la nostra Corte costituzionale (non da oggi) è una corte che si guarda intorno, sensibile alla comparazione? Uno dei motivi è che i suoi membri sono in maggioranza professori universitari. Se mettiamo in un terreno vergine di alta montagna una cinquantina di marmotte, inizieranno presto a scavare tunnel sotterranei, e dopo qualche tempo la superficie avrà assunto una diversa fisionomia, anche se insieme alle marmotte nel terreno vivono alcuni caprioli e ogni tanto si vede qualche lupo¹³⁸.

Vi è di più. L'uso della comparazione presso il nostro giudice delle leggi ha una sorta di effetto pedagogico-propulsivo. Più si confronta con quanto hanno detto altre corti, formalmente o materialmente costituzionali, più le induce a compiere lo stesso passo: «elementare, Watson»¹³⁹.

in trentadue casi nel decennio 2005-2015. Questi dati inducono cautela in dottrina, non di meno la conclusione è che, anche considerando l'*implicita* rilevanza dell'argomento comparatistico, questo è stato utilizzato "con una certa assiduità", sempre nel decennio di riferimento: cfr. P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015*, in *Consulta on line*, II/2015, 589 ss.

¹³⁸ Si veda comunque la sezione *Studi* nel sito internet della Corte, in particolare *Area di diritto comparato*, ove si possono ritrovare, oltre a *Studi* veri e propri, un *Archivio segnalazioni*, le *Segnalazioni correnti* e i *Bollettini*. Una messe di documenti significativi, che non solo preparano l'uso della comparazione, ma tengono alta l'attenzione.

¹³⁹ Scorrendo la versione inglese del sito internet della Corte si trovano tradotte in inglese non poche sentenze. Al 1° settembre 2023, se ne possono leggere 263, riferite a 17 anni di giurisprudenza costituzionale (dal 2006 al 2022, compreso). Una media annuale di 15 sentenze,

Anche qui, un solo esempio. Nel 1974 la Consulta ritiene che la pena perpetua non contrasta con la Costituzione, e ci torneremo. Qualche decennio dopo, e siamo nel 2013, dovendosi occupare di ergastolo, la Corte di Strasburgo in *Vinter* (che aveva come parte resistente il Regno Unito) richiama due sole giurisprudenze costituzionali degli Stati parti della Convenzione, quella della Corte di Karlsruhe e quella della Corte costituzionale italiana. Passa poco tempo, la Consulta ricambia: con la sentenza 149/2018, siamo sempre in materia di ergastolo, si usa *Vinter*. A questo punto, pronta la risposta alsaziana: in *Viola vs Italia* del 2019 ci si riferisce proprio alla sentenza 149. E tutto “finisce” nel migliore dei modi: il nostro giudice delle leggi, anche grazie a *Viola*, accerta l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo.

Questa la seconda premessa. La nostra Corte costituzionale è sensibile alla comparazione, e questo dipende anche dal fatto che i suoi componenti sono in maggioranza numerica professori universitari, abituati alla comparazione. Le ripercussioni sono al quadrato: rispetto ai temi che di volta in volta affronta, rispetto ai quali riesce ad offrire dati razionali (dei quali nelle questioni penali vi è bisogno come dell’acqua nel deserto), ma anche rispetto all’atteggiamento di altre corti: il rispetto si paga con il rispetto.

4. Dagli inizi alla fine degli anni Ottanta: la polifunzionalità eclettica

Iniziamo la ricostruzione, con il primo periodo e il primo argomento chiave. Vale per ogni periodo, quindi anche per il primo: si può ravvisare una significativa vicinanza tra la giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena e quelle che sono le opinioni maggiormente sostenute in dottrina. A volte è un matrimonio, altre una convivenza, quasi mai è indifferenza.

Dagli inizi e sino alla fine degli anni Ottanta, l’argomento chiave è la polifunzionalità eclettica, che significa posizionare in un grande piatto ogni scopo immaginabile della pena, e alla bisogna utilizzarne uno, due, anche di più. Si va dalla retribuzione pura e semplice fino alla rieducazione intesa come emenda interiore, passando per tutte le molteplici varianti che assumono la prevenzione generale e quella speciale.

Per quanto riguarda la dottrina, basti citare Francesco Carrara e Giuliano Vassalli. Il primo ha lasciato talmente il segno che la sua concezione della riedu-

con il picco di 23 raggiunto rispetto a quelle del 2019. Basta scorgere i siti internet di altre corti costituzionali per rendersi conto che la scelta di quella italiana non è per niente isolata.

cazione, quasi animistica, la si può riscontrare viva e vegeta nel periodo al quale ci stiamo riferendo¹⁴⁰. Ed il secondo si è fatto alfiere proprio della polifunzionalità eclettica, anche se, dando a Cesare quel che è di Cesare, in riferimento alla rieducazione si ragionava in termini laici e, soprattutto, siamo nel 1961 (!), si prospettava un'applicazione della rieducazione anche fuori dalla sola esecuzione penitenziaria¹⁴¹.

Venendo alla giurisprudenza costituzionale, l'emblema della polifunzionalità eclettica sono un binomio di decisioni. La sentenza 12/1966 sulle pene pecuniarie e la sentenza 264/1974 sulla pena perpetua.

Le pene pecuniarie non sono incostituzionali: la rieducazione riguarda solo il trattamento penitenziario e, al di fuori di questo, esistono altri scopi della pena, tutti legittimi. Ma l'archetipo è la pronuncia sull'ergastolo: se la rieducazione opera solo in fase esecutiva, alla Corte non si può domandare di valutare l'efficacia rieducativa della pena edittale, che spetterà al legislatore, il quale può abbuffarsi nel ricchissimo piatto offerto dalla polifunzionalità eclettica, la polifunzionalità vera e propria. Del resto, sono parole della Corte, il riadattamento sociale non sempre è perseguibile, e la Costituzione non ha proscritto la pena dell'ergastolo, come avrebbe potuto fare. E così la partita si chiude: a prescindere dalla retribuzione (la pena per il male commesso) e dal positivismo (esistono gli incorreggibili), il punto è che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione e difesa sociale siano non meno della sperata emenda alla radice della pena».

Amen. La lenzuolata di scopi della pena è servita, il legislatore ci si abbuffi.

¹⁴⁰ Francesco Carrara combatté strenuamente la pena di morte, dando rilevante importanza alla pena perpetua, in un modo però diverso da Cesare Beccaria, che ragionava in termini utilitaristici. Per il grande giurista di Lucca la morte per pena sancisce l'impunità del colpevole, in quanto colpisce il corpo e non l'anima, la vera colpevole. «Chiudete il malfattore in una cella», sostenne, «preservandone con cura la vita, affinché l'espiazione duri più a lungo possibile. Solo così si avrà la certezza che l'anima del colpevole sarà punita, e patirà lunghi dolori ed angosce, che lo condurranno a deplorare il suo delitto. Per quanto dura, l'anima prima o poi cede, riconoscendo la supremazia della legge». Una sorta di condanna alla vita, in sostituzione della condanna alla morte. Non mancava la risposta a chi metteva in discussione tutto il ragionamento in termini di umanità: «se si sbaglia a pensare al giovamento ottenibile con i patimenti dell'anima, si tolga la parola pena dal codice penale!». Ho riassunto alla lettera il pensiero esposto in F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, *Il diritto penale e la procedura penale*, Giusti, Lucca, 1874, 59 ss.

¹⁴¹ Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), in F. PALAZZO (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 79 ss.

5. Dagli anni Novanta in avanti: la polifunzionalità dialogica

Siffatto orientamento durerà fino alla fine degli anni Ottanta, quando si registra il cambio di passo della Corte, che disegna i contorni del tracciato che seguirà fino ai nostri giorni.

Per meglio intendere il nuovo approccio, e quindi la polifunzionalità dialogica, deve essere spesa una duplice considerazione sul contesto. La prima per mettere in evidenza una nuda e cruda verità: tutto il decennio degli anni Settanta, ed anche i primi anni Ottanta, hanno riconsegnato un'immagine agghiacciante dello stato di salute del carcere in Italia. Non è una battuta: le carceri erano uno dei luoghi meno sicuri della Penisola, teatri di quotidiane evasioni, rivolte, violenze di ogni genere. Tanto che la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 è stata approvata anche per tentare di placare questo drammatico scenario¹⁴².

La seconda considerazione è la seguente: neanche il tempo di affermarsi che l'ideale rieducativo è entrato in crisi. Da questo punto di vista, la legge Gozzini del 1986 può anche essere interpretata come la presa d'atto della crisi: il carcere, per come era, difficilmente poteva rieducare, pertanto la strada da percorrere era la de-carcerizzazione, quanto meno fare stare le persone in carcere il meno possibile. Non a caso, nascono, proprio con la legge Gozzini, i permessi premio, non previsti nel 1975, quando si disciplinarono solo i permessi di necessità.

Questo scenario (il disastro del carcere e della rieducazione) riesce bene a spiegare il nuovo approccio della Corte sugli scopi della pena, giudice delle leggi che in tre passaggi compie il cambio di rotta, supportato e spinto dalla dottrina (e qui i nomi sarebbero molti, se solo si considera l'influsso che ha avuto l'opera di Franco Bricola: mi limito a ricordare Emilio Dolcini e la sua *commisurazione della pena* del 1979)¹⁴³.

Si inizia con la sentenza 364/1988, grazie alla quale si getta la prima pesantissima pietra: la rieducazione viene portata alla fase della cognizione, visto che solo

¹⁴² Serve sempre ripeterlo: il carcere è uno spaccato della società, violenta la seconda, violento il primo. E come la società si dissociò dall'uso della violenza, così in carcere la dissociazione contribuì alla sconfitta del partito armato delle carceri.

¹⁴³ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1974. Quanto a Franco Bricola, mi piace ricordarne l'importanza non solo per la lettura costituzionalmente orientata del diritto penale, ma anche per una significativa circostanza. Chiamato da Sassari a Bologna, l'allievo di Pietro Nuvolone insegnò non solo diritto penale, non solo diritto penale commerciale, ma anche diritto costituzionale e pure diritto pubblico comparato. Lo ricorda Nicola Mazzacava, che da studente frequentò tutti i quattro insegnamenti tenuti dal Maestro: si veda la registrazione su www.radioradicale.it dell'incontro *Costituzione e diritto penale: in ricordo di Franco Bricola venticinque anni dopo*, Bologna, 29 maggio 2019.

la ricostruzione della responsabilità penale in termini di colpevolezza è in grado di assicurare lo scopo rieducativo della pena.

Si passa poi per la sentenza 282/1989, ai nostri fini parimenti fondamentale, perché afferma in modo esplicito il senso ultimo della polifunzionalità dialogica, visto che non possono esistere gerarchie tra gli scopi della pena. Il dialogo tra gli scopi della pena si chiama bilanciamento, in nessuna delle fasi della pena uno scopo può schiacciarne un altro, nessuno può diventare tiranno. Il caso era il calcolo della pena scontata in liberazione condizionale, una volta avutasi l'ipotesi di revoca. E si sostiene che la liberazione condizionale, nella sostanza, rende più umana la pena, evitando di far scontare da detenuto la parte centrale e finale della stessa pena, quella "più inumanamente afflittiva". Sembrano parole di Aldo Moro, in realtà sono del suo allievo-relatore, Renato Dell'Andro, che scrive una sentenza-trattato (che nostalgia, nostalgia canaglia).

Infine, il macigno, la sentenza 313/1990, relatore Ettore Gallo, indimenticabile persona e giurista. Una cosa mancava da fare, portare la rieducazione alla fase legislativa. Detto fatto: la rieducazione deve permeare tutte le fasi della pena, legislatore compreso, altrimenti si corre il rischio di strumentalizzare la persona, ricorrendo alla difesa sociale. Nel caso di specie, il legislatore, vietando al giudice di valutare l'esito del patteggiamento, vieta anche la valutazione circa la proporzione tra la gravità dell'offesa e la quantità della pena. Impedisce ciò che non può impedire, la valutazione sulla rieducazione.

Vi è di più. Non solo la rieducazione ne esce potenziata, visto che deve permeare l'esecuzione, la cognizione e la legislazione, ma viene definita «principio che, seppur variamente profilato, è diventato patrimonio della cultura giuridica europea, in particolare per il suo collegamento con il principio di proporzione».

Vero, calando la sentenza nel contesto, non si può fare a meno di evidenziare che la prevenzione generale non ne esce tramortita, in un certo modo la Corte sembra non volere assecondare patteggiamenti troppo miti¹⁴⁴.

Resta però una sterzata di straordinaria importanza, dalla quale non si è più tornati indietro. In alcune occasioni, la difesa sociale è tornata a farsi sentire, in specie quando la Corte è stata chiamata a prendere posizione sulla legislazione di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Questo "concetto-

¹⁴⁴ Se si vuole, questo è il rovescio della medaglia del clima degli anni Settanta. Un clima di violenza, come abbiamo detto, ma anche un clima di rinnovamento, che in alcune esperienze, come quella statunitense, ha portato la politica a reagire in modo drastico, con le prime politiche penali della "tolleranza zero". Da noi è stato invece l'erompere della criminalità organizzata di stampo mafioso che ha segnato la sterzata, non poche volte certo ispirandosi alle misure emergenziali approvate nel periodo del terrorismo.

sfinge”, come usava chiamarla Franco Bricola¹⁴⁵, riemerge a fasi alterne, anche di recente, ad esempio nella sentenza 188/2019, nella quale la Corte ha spiegato (dal suo punto di vista) il senso dell’estensione dell’elenco dei reati ostativi, riferendosi ad un concetto simile, quello di “allarme sociale”. Nonostante questo, vi è da dire che il discorso attorno alla difesa sociale, se riferito agli scopi della pena, non ha mai raggiunto la pervasività che si può registrare in tema di misure di prevenzione, le quali, per la Corte, sono costituzionalmente legittime perché “immanenti” ad ogni ordinamento che voglia garantire la pacifica convivenza, un modo raffinato per dire difesa sociale.

Quel che però più conta è che dagli anni Novanta in avanti, e sino ad oggi compreso, la (nuova) regola aurea non è cambiata, l’argomento chiave si è sempre più rinsaldato: gli scopi della pena devono dialogare tra loro, serve mettere in campo il bilanciamento, entro il quale certo la rieducazione, variamente profilata, è diventata patrimonio della cultura giuridica europea, grazie al suo legame con la proporzione.

6. La proporzionalità della pena

Siamo giunti all’argomento chiave del nostro tempo, il terzo periodo. La proporzionalità della pena è un tema tremendamente concreto e allo stesso tempo capace di mettere in discussione addirittura il cuore dello stesso diritto penale.

La dottrina non poteva mancare. Francesco Viganò ha scritto la prima monografia in Italia tutta dedicata a questo argomento, e lo ha fatto da giudice costituzionale¹⁴⁶. Ma anche al di fuori della dottrina giuridica si è colmata una lacuna, e non poteva che essere un filosofo a mettere in evidenza tutta la capacità dirompente insita nella proporzionalità della pena¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione* (1975), in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, il Mulino, Bologna, 1997, 35.

¹⁴⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021. Uno degli argomenti più importanti dell’Autore è la caratterizzazione della proporzionalità della pena al pari di un vero e proprio diritto umano, capace di lavorare al pari di uno scudo, anche rispetto alle legittime esigenze di prevenzione speciale negativa, il cui sacrificio è il costo da pagare al diritto umano alla proporzionalità della pena.

¹⁴⁷ Cfr. U. CURI, *Il colore dell’inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019. Riassumo qui il pensiero dell’Autore. Il diritto penale si basa su di una aporia ineliminabile: il rapporto tra colpa e pena può esistere solo se la pena è vista come qualcosa capace di reintegrare l’ordine, al pari della purificazione in ambito religioso. Tutto questo proprio laddove dovrebbe dominare la razionalità, la misurazione tra colpa e pena in termini di proporzionalità. Servirebbe la matematica, si usa ancora la metafisica, se non la religione.

Mi prefiggo un compito (molto) più limitato. Vorrei catapultarmi dentro il nostro presente, che si sta svolgendo proprio mentre scrivo. In particolare, stimolare la lettura di un recente trittico di decisioni del giudice costituzionale che riguardano (direttamente e indirettamente) ciò che più contrasta con la proporzionalità della pena, la pena fissa dell'ergastolo.

Solo qualche breve cenno a ciò che nel tempo è accaduto. La proporzionalità della pena ha questa caratteristica, tra le altre: fino a che lavora nel "sommerso" non crea grossi problemi, e questo perché si aggancia ad altri principi costituzionali.

Intanto, la proporzionalità si lega con l'offensività. In questo caso, la Corte costituzionale è netta, da tempo. Tre casi dovrebbero bastare.

La sentenza 409/1989: si puniva diversamente il rifiuto della recluta alla chiamata al servizio militare, a seconda che fosse motivato da obiezione di coscienza o da futili (o assenti) motivi. La Corte cancella la pena da due a quattro anni per obiezione di coscienza, portando tutto alla pena da sei mesi a due anni.

Rilevante anche la sentenza 343/1993, sulla cd. "spirale delle condanne", la cui parte era Alfredo Cospito. La Corte pone fine alla spirale delle condanne per il disertore, aggiungendo alla normativa l'esonero dal servizio militare in caso di detenzione per un tempo non inferiore al periodo del servizio militare stesso. I motivi addotti per rifiutare la leva non erano stati né l'obiezione di coscienza né futili motivi, ma il credo nell'anarchia. Anche se Alfredo Cospito, dopo uno sciopero della fame, ottenne la grazia, alle due precedenti condanne per diserzione si sommò un'ulteriore imputazione, la terza, da qui la questione di costituzionalità.

Infine, la sentenza 341/1994, sul minimo edittale di sei mesi per oltraggio a pubblico ufficiale. In questa decisione non si accetta che il minimo edittale per oltraggio a pubblico ufficiale fosse dodici volte superiore al minimo per l'ingiuria, quindici giorni: «in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio». Per la Corte, emergeva una concezione autoritaria del rapporto tra cittadini e pubblici ufficiali, ed il legame tra offensività

Eliminando l'aporia, cadrebbe lo stesso diritto penale, la cui base teomorfa ha sì origini antiche, ma si è rinforzata (non indebolita) nella modernità e ai giorni nostri. Per dimostrare l'aporia l'Autore usa due calzanti esempi, la pena capitale e la pena perpetua. Nel primo caso, si decide quando dare la morte ad una persona, nel secondo si vanifica l'elemento del futuro, e quindi in entrambi i casi non si è più al cospetto di una vera e propria pena. Insomma, la pena in senso giuridico è razionale solo in un contesto metafisico-religioso, come espiazione-purificazione: crolla il secondo, la prima non ha più senso, è solo memoria del suo opposto, la fallibilità degli uomini, è solo dolore.

e proporzionalità in questo caso si arricchisce anche grazie al riferimento alla coscienza sociale.

In tutti questi casi, la Corte risolve il problema, ma corre il rischio di crearne di nuovi. Il giudizio triadico lavora in termini di riequilibratore del sistema, senza però risolvere il problema di fondo, quello della “vera” giusta pena per lo specifico reato. Non vi è dubbio, la Corte riesce a sdrammatizzare la questione del suo rapporto con il legislatore, poiché non inventa niente, ma utilizza il già esistente. I germi per la voltata sono però gettati, e nel tempo si inizierà a valutare la proporzionalità intrinseca (e siamo al nostro presente), il tutto inquadrabile nel passaggio dalle “rime obbligate” alle “rime adeguate”, in una chiara ottica di garantismo costituzionale, contro le zone franche, a favore di un rinsaldato ruolo dello stesso giudice costituzionale¹⁴⁸.

E quando si utilizza la proporzionalità intrinseca lo si fa in modo chiaro e diretto, al fine di perseguire “fini di giustizia”, anche se si tengono comunque in considerazione “precisi punti di riferimento” esistenti: è la “proporzione senza geometrie” delineata dalla sentenza 236/2016, che sostituisce la forbice edittale per false dichiarazioni/certificazioni che alterano lo stato civile¹⁴⁹. Va però detto che altre volte la Corte è costretta ad alzare bandiera bianca: così nella sentenza 22/2017 sulla pena detentiva da uno a quattro anni per violazione dell’ordine di allontanarsi diretto allo straniero. In questo caso, la Corte si ferma, ma è evidente che lo fa perché non esistevano alternative, anzi in realtà una esisteva, togliere di mezzo la pena in sé, ma il passo sarebbe stato (forse) più lungo della gamba.

Oltre che con l’offensività, la proporzionalità si è legata con l’eguaglianza e con la legalità. E va da sé: lo stesso è accaduto con la rieducazione, se solo si considera quanto le presunzioni legislative assolute di pericolosità sono state utilizzate dal legislatore, postosi al di fuori del perimetro costituzionale, entro il quale la Corte lo ha riportato di continuo, relativizzandole.

Qualche parola in più sulla *liason* che si registra quando la proporzionalità incontra la legalità, anche perché in questo caso l’attacco alle pene fisse è frontale, quale che siano (detentive, accessorie, pecuniarie).

Il punto di partenza è indubbio: il presupposto della legalità è la presenza di una forbice edittale non eccessivamente ampia, altrimenti non si avrebbe più discrezionalità ma arbitrio del giudice. Lo dice in modo nettissimo la sentenza 299/1992, che abbatte la forbice edittale tra due e ventiquattro anni per violata

¹⁴⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena* e R. BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena, tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, risp., 2/2019, 785 ss. e 4/2022, 1441 ss.

¹⁴⁹ Cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2105 ss.

consegna di cosa da parte di un militare. Era (forse) un *unicum*, ma comunque insopportabile in un ordinamento centrato sul rispetto della legalità¹⁵⁰.

La Corte sostiene in modo ineccepibile che d'altro canto la legalità non impone pene fisse, ma qui va posta una domanda: la legalità non impone pene fisse, va bene, ma le pene fisse sono compatibili con la legalità? Per andare al cinema non è obbligatorio avere tra le mani un chilo di popcorn, ma con tutto quel "cibo" puoi entrare al cinema? È una compatibilità sotto osservazione o è una incompatibilità?

Qualche erede dei rivoluzionari francesi sarebbe disposto a ribadire che l'unico modo per fare del giudice la *bouche de la loi* risiede proprio nella predisposizione di pene fisse. In realtà, le cose sono più complicate: se la forbice edittale (almeno, in Italia) non può essere eccessivamente ampia, possiamo ammetterne l'assenza, è costituzionalmente legittimo fare del giudice una sorta di disoccupato, ricorrendo alle pene fisse? Proviamo ad indagare.

7. Pene fisse e proporzionalità: dalla non armonia alla incostituzionalità

Se la proporzionalità della pena si prende sul serio sono evidenti i problemi che si ingenerano nei confronti delle pene fisse, qualunque siano¹⁵¹.

¹⁵⁰ Un *unicum* al quale si dovrebbero aggiungere i casi nei quali il legislatore disciplina unicamente il minimo edittale della reclusione, senza esplicitamente indicare il massimo. In questi casi, il massimo corrisponderà al massimo della pena di reclusione. Chiaro che, per non trasformare in arbitrio la discrezionalità del giudice, molto dipende dalla entità di volta in volta decisa per il minimo edittale. La Corte può intervenire (ed è intervenuta) sullo stesso limite edittale, ad esempio e di recente quando non è modulabile ricorrendo alla lieve entità dei fatti: così la sentenza 244/2022 in materia di sabotaggio temporaneo di mezzi ed opere militari da parte di un militare, punito "solo" con la reclusione nel minimo di otto anni. Ad ogni modo, il problema esposto in questa nota non è di facile soluzione. Di là della questione ergastolo, che formalmente è una pena principale differente dalla reclusione, e di là dell'approccio caso per caso (onde comprendere l'eccessiva o meno divaricazione della forbice edittale), andrebbe svolto un approfondimento anche rispetto legalità-prevedibilità della pena: basta che il massimo della pena sia previsto solo implicitamente, il massimo edittale può non essere indicato in modo esplicito?

¹⁵¹ Una precisazione. Una pena fissa può anche non essere una pena obbligatoria. Sono due cose differenti, a volte si incrociano, altre no. Il risultato è identico, l'azzeramento della discrezionalità del giudice, ma non devono confondersi. Un esempio spiega bene. L'ergastolo è una pena fissa in sé, non ha scadenza, il fine pena è mai. Ma di norma non è anche una pena obbligatoria, visto che il giudice può decidere tra un minimo determinato e un massimo che appunto corrisponde alla pena perpetua. Esistono però casi nei quali l'ergastolo è anche una pena obbligatoria, oltre ad essere fissa: in Europa l'unico esempio è il Regno Unito, ove per

In questo caso, esiste un inizio. La sentenza 50/1980 è la madre dei tanti figli poi nel tempo partoriti. Una marea di giudici, i pretori d'assalto, invasero la Consulta con una ventina di ordinanze di remissione sulla pena fissa di 800.000 lire più quindici giorni di arresto nei confronti dei camionisti che circolavano eccedendo di oltre trenta quintali il carico consentito.

Anche se d'assalto, indicativo che nessun pretore si riferì alla rieducazione. Dal canto suo, l'Avvocatura dello Stato non sapeva che pesci pigliare: sostiene che il giudice non perde del tutto la sua discrezionalità, dal momento in cui mantiene il compito di accertare il fatto, lavorando quindi in termini di responsabilità penale.

La Consulta in motivazione utilizza il termine "proporzione", che serve per adeguare la risposta punitiva ai casi concreti, quindi per rendere personale la responsabilità penale, in questo modo potendosi ottenere il fine rieducativo. Ma non è solo questione di utilizzare il termine. In questa sentenza, la Corte scrive una frase che successivamente non mancherà mai negli scritti della dottrina che si occupa di queste tematiche, nonché non mancherà mai di essere richiamata dalla stessa Consulta.

Il relatore era Alberto Malagugini, confinato durante il fascismo, poi per tre legislature deputato comunista e avvocato, tra gli altri, del gruppo dei 166 firmatari del manifesto che incolpava la polizia per la morte di Franco Serantini, denunciati per vilipendio alla polizia. Questa la storica frase contenuta nella sentenza del 1980: la discrezionalità del giudice è la norma, pertanto le sanzioni fisse «non appaiono in armonia con il 'volto costituzionale' del sistema penale».

Non vi è nulla da aggiungere, se non un secondo interessante passaggio contenuto nella motivazione. La norma è la proporzionalità, non vi possono essere eccezioni, se non quando, per la natura dell'illecito e per la misura della sanzione, questa seconda appare "ragionevolmente proporzionata" rispetto alla intera gamma di comportamenti desumibili entro lo specifico tipo di reato. Detto altrimenti: quando il reato ingloba fatti che hanno un diverso disvalore non possono

ogni omicidio il giudice deve irrogare l'ergastolo, avendo solo la possibilità di decidere dopo quanto tempo è possibile domandare la parole (e può anche decidere che non possa essere mai domandata, e di fatto questo avviene, con il placito della Corte di Strasburgo, che dopo il coraggio dimostrato in *Vinter* è ritornata ipocritamente sui propri passi in *Hutchinson*). Anche la Germania e Cipro prevedono l'ergastolo obbligatorio, ma in realtà solo in presenza di determinate aggravanti. Fuori Europa basti l'esempio degli Stati Uniti, ove non solo l'ergastolo in sé è spesso obbligatorio, ma lo è l'ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale. Sull'Italia si veda il prosieguito a proposito della pena perpetua inflessibile. Per un quadro completo, se si vuole, cfr. D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2022, 109 ss.

essere puniti tutti allo stesso modo, a meno che la pena fissa non appaia comunque “ragionevolmente proporzionata”.

Il sintagma “ragionevolmente proporzionata” può sembrare un gioco di parole, se non una scappatoia, invero serve per risolvere il caso di specie e apre comunque notevoli conseguenze. Sul caso di specie la Corte svolge il seguente ragionamento. La misura fissa della sanzione appare ragionevolmente rapportabile al tipo di illecito, un illecito di pericolo posto a prevenzione di sinistri stradali, la cui realizzazione presuppone quasi sempre la realizzazione di un’attività lucrativa: «il fine di lucro è perseguito a costo d’aumentare i pericoli inerenti alla circolazione stradale». Di conseguenza, la pena pecuniaria (ammenda di 800.000 lire) non è sproporzionata rispetto al contenuto oggettivo e soggettivo tipico dell’illecito sanzionato, e dal canto suo la pena detentiva (15 giorni d’arresto) è fissata ai livelli minimi della stessa pena detentiva.

Una volta ravvisata non sproporzionata la scelta legislativa, le differenti ipotesi che pur si possono verificare non assumono un rilievo tale da imporre diversificazioni nella sanzione. Non la differenza tra fatti dolosi e colposi, poiché, anche se di norma trattati con cornici edittali aperte, sono di regola considerati congiuntamente in materia contravvenzionale. E nemmeno la differenza tra i carichi eccedenti i trenta quintali può avere rilievo: in sé è una differenza notevolissima di eccedenza di carico, tale da far ritenere trascurabili altre variazioni in aumento. La conclusione è segnata: dato che si possono sempre tenere in considerazione aggravanti e attenuanti, il sistema sanzionatorio disegnato dal legislatore ne esce indenne. Che lo si faccia dolosamente o colpevolmente, che si trasportino cinque o dieci quintali in più rispetto ai trenta di eccedenza già consentiti, in ogni caso la sanzione fissa appare ragionevolmente proporzionata.

Come a dire: proporzionata non lo può essere, essendo fissa, e questo vale per dire che le sanzioni fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale; ma è ragionevole la fissità nel caso di specie, dolo e colpa essendo trattate congiuntamente nelle contravvenzioni e non facendo molta differenza il quanto si eccede l’eccedenza di carico già consentita. Del resto, di norma il tutto avviene per fini di lucro.

Rispetto alle conseguenze di questa sentenza, basta riferirsi al destino al quale sono andate incontro le pene fisse nel nostro ordinamento, che ai giorni nostri iniziano a cadere come birilli.

Si dirà: ma il problema rimane sempre il sostituto della pena fissa. Questo è vero, ma fino ad un certo punto. La sentenza 222/2018 sostituisce alla pena accessoria fissa di dieci anni per bancarotta fraudolenta una pena «fino a dieci anni». Il motivo per il quale si compie questa sostituzione è evidente: non poteva certo inserire, proprio il giudice costituzionale, una nuova fissità, la pena accessoria

uguale alla pena principale, ferma la chiara posizione della Consulta a favore delle interdizioni, visto il pietoso stato del carcere.

Ancora più significativa la sentenza 185/2021, grazie alla quale si elimina (senza sé e senza ma) la sanzione pecuniaria fissa di € 50.000 per chi non espone i cartelli sul rischio ludopatia all'interno di sale da gioco e bar. Sul sostituto la Corte è stoica, quasi voglia chiudere la partita, almeno teorico-concettuale: non esistono sostituzioni possibili, si deve andare con la incostituzionalità "secca" della sanzione pecuniaria fissa, se vorrà il legislatore potrà sempre intervenire.

Proviamo a scriverlo in modo differente: la fissità è talmente contro la proporzionalità che l'ordinamento può permettersi, al fine di far vincere la differenza contro l'uniformità, la mobilità contro la fissità della pena, di non avere alcuna sanzione. Ci pensi il legislatore, se vuole, intanto la Corte difende, tra le altre cose, il giudice e la sua discrezionalità.

8. Un tritico sulla fissità della pena perpetua

Queste brevemente tracciate sono le premesse di uno straordinario recente tritico di sentenze della Corte che hanno un comune denominatore: affrontano il problema della tenuta costituzionale della pena fissa per definizione, la pena perpetua. Tre relatori differenti, tre tematiche non perfettamente sovrapponibili, ma in ogni caso segnano il punto al quale oggi è giunta la Corte ragionando attorno alla pena dell'ergastolo, in particolare al suo stare dentro o fuori il perimetro costituzionale, con specifico riferimento alla proporzionalità della pena.

La prima è la sentenza 260/2020, relatore Francesco Viganò, sulla esclusione del giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo. In questa sentenza, «motivatissima»¹⁵², il giudice delle leggi espone un ragionamento estremamente chiaro, immediatamente confermato da due successive ordinanze (ordinanza 214/2021 e ordinanza 207/2022, che riguardano il caso di vizio parziale di mente che, rispettivamente, non dovrebbe condurre o non conduce all'ergastolo, e nonostante questo vale comunque l'esclusione del giudizio abbreviato).

Nella sentenza 260 la Corte dice ai tre giudici remittenti: non posso rimeditare i miei precedenti sulle preclusioni ai riti speciali, ritenute sindacabili solo se arbitrarie, perché non vi è proprio nulla su cui rimeditare. Il motivo? La questione di costituzionalità non andava sollevata sulla legge che esclude il giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo, andava sollevata direttamente

¹⁵² Cfr. F. PALAZZO, *Ergastolo e giudizio abbreviato: un test esemplare sul controllo di costituzionalità in materia penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, 208.

sull'ergastolo in sé, che proprio i giudici rimettenti considerano una pena fissa, incapace di lavorare con la proporzionalità rispetto al differente disvalore dei fatti per i quali sono in corso i processi agli imputati. La Consulta nel suo argomentare utilizza proprio gli esempi avanzati dai giudici *a quibus*, quando sostengono che un omicidio aggravato dall'ira non può essere punito allo stesso modo di un omicidio aggravato dal metodo mafioso, oppure l'omicidio del coniuge separato allo stesso modo dell'omicidio del coniuge divorziato.

Poco o niente da aggiungere. Se l'ergastolo ostativo era un problema della magistratura di sorveglianza (e della Cassazione), l'ergastolo senza aggettivi è un problema del giudice della cognizione (e della Cassazione). E dato che il numero di condanne annue alla pena perpetua è letteralmente esploso negli ultimi due decenni, non dovrebbe essere così difficile trovare presto un giudice capace, né più né meno, di fare quello che la Corte ha chiesto di fare: prendere sul serio il principio di proporzionalità della pena, che non può operare laddove esistono fatti di differente disvalore, punibili comunque con la pena fissa dell'ergastolo¹⁵³.

Serve coraggio? Sì, ma intanto ne ha mostrato molto la Corte, se si considera che due dei tre casi sui quali si è confrontata erano femminicidi¹⁵⁴.

¹⁵³ Dal 1955 al 1974 si sono registrati in media 490 omicidi volontari ogni anno. Le condanne all'ergastolo sono state 4,5, sempre in media annuale. Dal 2000 al 2019 la media annuale di omicidi volontari non esplode, sono 551, ma il numero medio annuale di condanne alla pena perpetua diviene 138,5. Come non definirla una esplosione? Il numero annuo di omicidi volontari è aumentato del 12,5%, quello delle condanne all'ergastolo del 2938%. Cfr. S. MARIETTI, *“L'ergastolo in Italia non esiste”*. *I numeri di un pregiudizio*, in *Contro gli ergastoli*, a cura di S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, prefazione di V. ONIDA, Futura, Roma, 2021, 93 ss.

¹⁵⁴ Peraltro, nell'ordinanza 207/2022 già richiamata, nella quale in incidente probatorio si era accertato il vizio parziale di mente, la parte aveva chiesto al giudice di sollevare la *questio* sulla pena dell'ergastolo, ma il giudice aveva rigettato, decidendo invece di sollevare la questione sulla legge che esclude il giudizio abbreviato. Una minuta aggiunta: si considerino i casi nei quali il giudice deve procedere nei confronti di una persona che in passato si è vista riconosciuta un'attenuante, che ha condotto alla esclusione dell'ergastolo. Ebbene, cosa dovrebbe accadere se, in un nuovo processo, il giudice si deve nuovamente confrontare con l'attenuante? Non sono pochi questi casi, se solo si considera ad esempio la dissociazione dal precedente gruppo criminale. Se poi vi è la continuazione, il problema diviene evidente: non sto affermando che il giudice del nuovo processo è obbligato a riconoscere anche lui l'attenuante, non di meno sembra difficile immaginare una persona che prima si è dissociata e dopo invece non lo è più. La dissociazione non è la collaborazione, ma se la prima è stata confermata in diversi procedimenti precedenti, certo il giudice del nuovo processo non avrà davanti a sé un compito semplice, e lo dico in riferimento proprio ad un'eventuale domanda di accesso al giudizio abbreviato, che dovrebbe essere rigettata se il reato per il quale si procede è punibile con l'ergastolo...che riconosciuta l'attenuante non sarà più ergastolo.

Il secondo intervento di questo trittico lo si deve alla sentenza 66/2023, relatore Nicolò Zanon. Anche se il tema principale non era l'ergastolo, la decisione contiene rilevanti spunti. La *quaestio* riguardava la libertà vigilata automatica e fissa in cinque anni per tutti gli ergastolani che accedono alla liberazione condizionale¹⁵⁵.

Per la Corte, libertà vigilata e liberazione condizionale sono inscindibili, insieme costituiscono una misura alternativa alla detenzione. La libertà vigilata non è una misura di sicurezza, né una nuova pena. La premessa ricostruttiva della Corte la porta a sostenere che la liberazione condizionale costituisce una “prova” del sicuro ravvedimento, stimolata dalla libertà vigilata, che in ogni caso serve anche per tutelare la collettività.

E si arriva al dunque. La mobilità della pena non opera in questo caso, poiché, essendo la liberazione condizionale e la libertà vigilata un tutto inscindibile, un modo diverso di espiare la pena, questa, la pena, è già stata individualizzata dal legislatore prima e dal giudice dopo. Che poi la libertà vigilata sia fissa dipende dalla scelta *ad hoc* compiuta dal legislatore, che non poteva non tenere in considerazione la perpetuità dell'ergastolo.

La riflessione della Corte è lineare, non di meno lascia aperti due interrogativi. Il primo: davvero il giudice della cognizione e prima ancora il legislatore hanno utilizzato la mobilità della pena, visto che si sta pur sempre parlando della liberazione condizionale e della libertà vigilata riferite all'ergastolo? Ci tornerò a breve, in chiusura. Il secondo: se è vero che i cinque anni della libertà vigilata sono una scelta del legislatore per così dire obbligata (il fine pena mai obbliga a stabilire un determinato numero), non ha tutti i torti il giudice remittente, il quale altro non voleva fare che revocare prima la libertà vigilata (cosa che gli è precluso fare).

Del resto, è la stessa Corte che si mostra sensibile alla questione, quando sostiene che la libertà vigilata può essere flessibilizzata e individualizzata grazie alle prescrizioni. Questo potrebbe anche essere vero (se le prescrizioni fossero sempre mirate al caso di specie, e non facili copia e incolla), ma ciò che manca nel ragionamento della Corte è la considerazione in sé della fissità della libertà vigilata, che in definitiva si salva solo perché con la liberazione condizionale si lega ad una pena già a suo tempo individualizzata dal legislatore prima e dal giudice dopo.

Si potrebbe trattare di un'occasione persa. Ha contato molto la ricostruzione teorico-concettuale, forse un attimo meno la contezza di cosa significhi concretamente la libertà vigilata, vale a dire una forte restrizione dei diritti di una persona

¹⁵⁵ Per un commento, cfr. R. DE VITO, *La fisionomia del binomio liberazione condizionale-libertà vigilata nella ricostruzione della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2023, 792 ss.

che ha raggiunto il sicuro ravvedimento, che dovrebbe durare fino a quando il giudice, e non il legislatore in modo eguale per tutti, ritiene che sussistano specifiche esigenze di prevenzione da salvaguardare.

Non sarebbe stata la fine del mondo se, come nel caso della bancarotta fraudolenta, anche in questo il giudice delle leggi avesse modificato la durata della libertà vigilata in «fino a cinque anni». Anche accettando la ricostruzione della Corte, liberazione condizionale e libertà vigilata non si possono separare e costituiscono una misura alternativa alla detenzione, la perpetuità della pena dell'ergastolo non significa necessariamente fissità della durata della libertà vigilata.

Infine, il trittico è chiuso dalla recentissima sentenza 94/2023, relatore Giovanni Amoroso. Il caso riguardava il divieto di prevalenza della lieve entità del fatto rispetto alla recidiva reiterata. Il divieto in parola conduceva dritto alla pena perpetua, al posto di una pena tra i venti e i ventiquattro anni, anzi alla pena perpetua indefettibile, il nostrano ergastolo obbligatorio, non potendo il giudice pronunciare altra pena, se non la pena perpetua.

La sentenza è convincente, per quello che dice e per come lo dice. Abbatte il divieto di prevalenza usando insieme, al pari di una triade efficientissima, il principio di eguaglianza, il principio di offensività e quella che si chiama, se non sbaglio per la prima volta in una pronuncia della Corte, la «necessaria proporzionalità della pena tendente alla rieducazione». In questa triade sono racchiusi decenni di giurisprudenza costituzionale, e la «necessaria proporzionalità della pena tendente alla rieducazione» suggella l'inestricabile dinamica che lega tutto in termini di individualizzazione.

Anche il passaggio finale non è da meno. La incostituzionalità del divieto di prevalenza non si ferma alla strage politica (il caso riguardava Alfredo Cospito): in motivazione la Corte sostiene che anche negli altri cinque casi di pena perpetua indefettibile (cittadino in armi contro lo Stato, attentato al Presidente della Repubblica, insurrezione armata, guerra civile, epidemia) varrà la stessa regola, anzi la estende ad ogni altra attenuante, comprese le generiche.

Quale il profondo messaggio della Corte? La pena fissa dell'ergastolo non può essere l'unica pena che il giudice può decidere, quindi è costituzionalmente legittima solo se esiste un'alternativa. Nel 1974 la Corte disse che la pena perpetua non è incostituzionale perché può non essere perpetua, dato che il giudice può accordare la liberazione condizionale. Oggi, nel 2023, la Corte dice che la pena perpetua è costituzionale solo se esiste un'alternativa per il giudice della cognizione.

Non ha detto che la pena perpetua è incostituzionale, ed alcuni potrebbero sostenere che in fondo la decisione cristallizza la costituzionalità dell'ergastolo, quando non è una pena indefettibile. Lo stesso che si può sostenere dopo l'espulsione dal nostro ordinamento dell'ergastolo ostativo: non sta dentro il perimetro

costituzionale proprio perché l'unico a stare dentro è l'ergastolo non ostativo. Tutto questo è vero. Ma resta quanto la Corte ha lasciato scritto nero su bianco in un passaggio della sentenza 94, che dovrebbe essere letto e riletto da ogni giudice della cognizione, ogni qual volta è sul tappeto la possibilità di pronunciare il fine pena mai.

Nel momento in cui si convince oltre ogni ragionevole dubbio che deve pronunciare il fine pena mai, e quindi anche nel momento in cui non è obbligato a farlo, il giudice tenga a mente queste parole della Corte: una cosa è avere una forbice edittale, nel caso di specie da venti a ventiquattro anni, altra è la pena perpetua, la quale «non è graduabile quanto alla durata, proprio perché è (una pena) perpetua e tale è nel momento in cui viene irrogata con sentenza passata in giudicato; in quel momento la prospettiva per il condannato è una pena che non ha mai fine».

«In quel momento», sostiene la Corte¹⁵⁶. E allora mi domando: «in quel momento» quanto può fare la differenza il fatto che il giudice sceglie discrezionalmente la pena perpetua, invece di doverla indefettibilmente pronunciare? Esiste una reale differenza, «in quel momento», considerando che «la prospettiva per il condannato è una pena che non ha mai fine»? La pena perpetua non può essere obbligatoria. Fino a qui ci siamo. Ma una pena, anche se discrezionale, può essere perpetua, può il giudice pronunciare una pena che ha come fine pena il mai?

Anche se la prospettiva incrementale non è da mettere in disparte – si può ipotizzare un intervento della Corte caso per caso, nel momento in cui il giudice dubita di poter pronunciare la stessa pena per fatti di diverso disvalore – si dovrà prima o poi arrivare al dunque: qualunque sia il fatto, anche il più riprovevole, come può lavorare la proporzionalità della pena se affidiamo allo Stato un potere punitivo che può non finire mai? Per quale motivo ripudiamo la pena capitale, anche per il peggiore degli omicidi (se lo facciamo), e invece facciamo distinzioni (se le facciamo) quando ragioniamo di pena perpetua? La proporzionalità non lavora a seconda del reato. Certo che guarda al passato, ma per dirci che un fatto più grave di un altro si deve punire di più, non allo stesso modo.

La proporzionalità, se inserita nelle trame della Costituzione, si deve legare anche al senso di umanità, che non possiamo utilizzare ad intermittenza. La

¹⁵⁶ A me ricorda molto un passaggio motivazionale che la Corte di Strasburgo utilizza da mezzo secolo quando discute di dignità umana (da *Tyrer* del 1978) e da una decina di anni nel momento in cui si occupa di ergastolo (da *Vinter* del 2013). Per comprendere se un trattamento è inumano o degradante ci si deve mettere nei panni di chi si rivolge ai giudici, per comprendere se l'ergastolo è una pena inumana e degradante lo si deve valutare “*from the outset*”, che significa sin da quando il giudice pronuncia la sentenza. In entrambi i casi, siamo vicinissimi a quanto sostiene la Consulta, utilizzando “in quel momento”.

fissità è incompatibile con l'inesauribile ventaglio di fatti dei quali una persona può essere ritenuta colpevole. Colpevoli diversamente, responsabili diversamente, puniti allo stesso modo?

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA E IL CARCERE: UN OSSIMORO SOSTENIBILE?

Fabio Gianfilippi

Quando un anno fa iniziò l'emergenza pandemica ero impegnato a presiedere la commissione che elabora il regolamento interno dell'istituto penitenziario di cui mi occupo e, poiché l'opera è poi rimasta incompiuta, proprio nei prossimi giorni abbiamo deciso di riprenderla, sperando così di avere tempo per riflettere bene sulle scelte che si impongono. Non posso però negare che sia tuttavia una decisione per molti versi controintuitiva, perché si tratta di ragionare di una normalità penitenziaria che forse neppure esisteva quando non conoscevamo il COVID-19, ma di certo nell'ultimo anno è stata spazzata via.

Eppure a me pare decisivo uscire da una lettura sempre emergenziale della realtà, in particolare ora qui del sistema penitenziario. È un approccio che non è dissimile da quello sotteso ad un momento di confronto, come quello da voi lodevolmente promosso, che ritorna sui fondamentali, sul senso stesso dell'esecuzione penale.

Vorrei provare a rispondere subito alla domanda che fa da titolo al convegno: "La funzione rieducativa e il carcere: un ossimoro sostenibile?", cercando poi di argomentare per come mi riesce mediante alcuni *flash*. La mia è forse una risposta scontata. Se, da giudice preposto alla tutela dei diritti delle persone detenute e alla propulsione dei percorsi rieducativi, non credessi alle potenzialità risocializzanti del carcere, non riuscirei a fare il mio lavoro. Anche se questo lavoro presuppone di conoscere i principi costituzionali e le molte fonti normative che pongono al centro la funzione rieducativa, ma poi impone di confrontarsi con la realtà del carcere, che spesso è assai distante da ciò che vorremmo fosse e che dovrebbe essere.

Tre nemici, a mio avviso, si frappongono ad un carcere che svolge la sua funzione risocializzante. Li cito soltanto: l'emergenza, il sovraffollamento e i regimi assolutamente ostativi.

La lettura emergenziale del carcere è una parte rilevante del problema. Una lettura che finisce per far propendere per la risposta negativa circa la capacità del

sistema penitenziario di svolgere l'unica funzione espressamente riconosciuta in Costituzione, l'unica che, come la Corte costituzionale ci ha insegnato più e più volte, non può mai essere pretermessa. Lo si comprende bene esaminando i prodotti normativi che periodicamente se ne occupano e che, con maree e risacche, intervengono nel tentativo di tamponare situazioni ormai non oltre rinviabili (si pensi alla normativa del 2020 in materia penitenziaria), con aperture a volte con tratti di automatismo concessivo e subito dopo con controsinte di automatismi preclusivi.

Dunque ritornare a guardare al carcere in una dimensione di prospettiva, invece che limitarsi a governare l'emergenza, potrebbe consentirci di rileggerne il significato e di riscoprirne le potenzialità risocializzanti, alla luce di un tessuto normativo fondamentale che è denso di insegnamenti in tal senso.

Si era tentata questa strada, attraverso l'esperienza degli Stati Generali e delle Commissioni di riforma, tra luci e ombre di una stagione insieme intensa e drammatica per il mondo penitenziario, segnata da grandi speranze di cambiamento e tonfi sonori nella realtà di un resistentissimo universo autoreferenziale e pieno di problemi (e forse pieno di problemi proprio perché autoreferenziale).

Al di là delle troppo parziali modifiche normative realizzate nel 2018, quel che resta è uno straordinario deposito di interventi possibili e un formidabile metodo (multiprofessionale, di studio a più voci) di fare laboratorio per costruire strade praticabili, solo a volerle intraprendere. Forse il tempo della ricostruzione post pandemica, che sembra prospettarsi, potrebbe anche essere quello di un recupero di questi materiali.

D'altra parte proprio il mondo del carcere dovrebbe, per essere credibile, quando domanda cambiamenti intensi – palingenesi vere e proprie – alle persone che eseguono le pene, dimostrarsi capace di incamminarsi su una strada che metta in discussione i meccanismi consolidati e si riproponga di sperimentarsi in cambiamenti. E invece il carcere troppo spesso rinvia una idea di assoluta immutabilità, che pervade persino i luoghi ove si svolgono le pene. Quando è invece vero che una architettura di spazi aperti alla polifunzionalità sarebbe più adatto di quei cubicoli dagli scopi ossessivamente separati, nei quali le persone ristrette finiscono inevitabilmente per riconoscersi, specchiandovi le proprie resistenze al cambiamento.

In questo senso l'effettività della funzione rieducativa passa attraverso dimensioni spazio-temporali della pena maggiormente idonei a costruire percorsi risocializzanti, e naturalmente attraverso una apertura alla società esterna, al volontariato e alla cittadinanza, che è l'esatto opposto di ciò che oggi domandano le restrizioni collegate al COVID-19.

E passa attraverso il potenziamento di misure alternative cui sia restituita la loro natura di percorsi di accompagnamento al rientro in società, insieme aperti

alle esperienze e prudentemente costruiti, e non concepiti soltanto come valvole per ridurre la pressione insopportabile del sovraffollamento penitenziario.

Il secondo profilo critico è naturalmente proprio quello del sovraffollamento. L'art. 1 ord. penit., in particolare nella sua nuova formulazione, richiede moltissimo: diritto alla parità di trattamento e modelli trattamentali che favoriscano l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione. L'art. 13, poi, anche questo modificato con la miniriforma del 2018, declina i principi attraverso l'individualizzazione del trattamento e l'approntamento di un tempo e di uno spazio idonei all'elaborazione di una riflessione sul fatto di reato, sulle motivazioni, sulle conseguenze che si producono. Si tratta di disposizioni ricchissime di senso, che però corrono il rischio di rimanere lettera morta se il tempo, lo spazio e le risorse umane e materiali, scarsi tutti, debbono essere suddivisi tra troppe persone detenute. Pochissimi operatori giuridico-pedagogici, cui viene chiesto di occuparsi di numerose decine (a volte oltre cento) persone ristrette, con le quali, per come si è provato a dire, occorrerebbe costruire un rapporto di fiducia e confezionare un programma di trattamento individualizzato.

Il terzo profilo di criticità è costituito dai regimi ostativi. Il percorso individualizzante non può essere come una ciclabile di certe nostre città che, per un errore del pianificatore, finisce contro un muro. Le preclusioni assolute non tengono conto della dimensione diacronica dell'esperienza dell'esecuzione penale. La loro progressiva rimozione, attraverso soprattutto l'insegnamento della Consulta e secondo un percorso che, per quanto possa incontrare degli arresti, sembra avviato in una prospettiva convenzionale e costituzionale chiara, comporta il pieno reintegro della funzione della magistratura di sorveglianza, che sta tutta nel vaglio discrezionale, prudente ed informato, dei percorsi individuali compiuti dalle persone, secondo un meccanismo per il quale si domanda responsabilizzazione alle persone detenute e si offre loro la prospettiva di vedersi riconosciuto il proprio cambiamento, a prescindere dalla gravità del reato che un tempo si è commesso (basta qui citare le sent. Corte cost. 149/2018 e 253/2019 ma anche la *Viola c. Italia* della CEDU per trovare le tracce di quel che potrà essere la pronuncia fondamentale sull'ergastolo ostativo, che ci attende a fine marzo).

Come noto non sono mancati nel tempo accenti fortemente critici sul carcere e sulla sua capacità di costituire un ponte verso la risocializzazione. Penso alle riflessioni di Massimo Pavarini, da *Carcere e Fabbrica* sino a *No Prison*, in cui la finalità specialpreventiva della pena carceraria è riguardata come un'utopia che si è dimostrata fallimentare, e la rieducazione è letta come un principio che, al di là del suo fondamento costituzionale, sottende possibili derive moralistiche e pecca di un velleitarismo che serve appena a coprire con un velo la cruda realtà di esclusione sociale che è rappresentata dalla detenzione.

Sotto questo profilo è evidente che il compito dalla legge assegnato al magistrato di sorveglianza, quale propulsore della funzione rieducativa della pena, incontra una domanda di senso tanto aspra quanto realistica, che al di là degli enunciati di principio, ci interpella nel nostro lavoro quotidiano con le persone detenute.

Io credo che una risposta possa pervenire da un certo modo di lavorare del magistrato di sorveglianza, se sa essere un giudice di prossimità con i piedi ben piantati nella realtà penitenziaria. E se è vero che i fatti possono sconfiggere le ricostruzioni teoriche, accade nel carcere, anche in una stagione di drammatico sovraffollamento, di pandemia dietro le mura, una stagione che eredita legislazioni fortemente carcerocentriche e carcerogene, anche nel carcere dove si moltiplicano le differenziazioni e i circuiti per stringere il cerchio intorno ai nemici volta a volta (e non sempre con coerenza) individuati, che la funzione rieducativa della pena, così utopica, possa trovare una sua declinazione nella concretezza dell'incontro e del dialogo, tra chi spesso non ha avuto altra possibilità di incontro e di dialogo che con il contesto socio-familiare-economico che lo ha condotto al delinquere.

E da quel vedere e confrontarsi scaturisce l'impegno, pure richiesto dalla CEDU, del magistrato di sorveglianza nella tutela dei diritti fondamentali nel corso della detenzione, premessa indispensabile per il dispiegarsi di un percorso che, attraverso il riconoscimento della dignità della persona, conduca effettivamente alla risocializzazione.

Certo, ci confrontiamo nell'attualità con il rischio di un nuovo oblio per il mondo del carcere, dopo le grandi delusioni della stagione riformatrice mancata e anche di una sostanziale non applicazione delle, pur poche, novità normative confluite nei d.lgs. 123 e 124/2018.

Il rischio che il carcere più umano, per quanto sempre carcere, non si possa fare neppure oggi, il rischio che la riduzione degli automatismi o il loro abbattimento, per quanto prudente per come consentito dalla politica, possa restare sulla carta, è quello di un orizzonte fosco di nuovo oblio e di nuova esclusione per i condannati.

È il trionfo di quell'idea, per tornare ancora una volta a Pavarini, del vagheggiamento del diritto alla sicurezza, quando invece la sicurezza dei diritti, per tutte e per tutti, passerebbe per un sistema penitenziario e di esecuzione penale esterna umano, quindi legale.

Sono consapevole che questi rischi esistono e che l'attuale emergenza pandemica, ancora una volta, fa distogliere lo sguardo dall'urgenza di un intervento di sistema sul carcere. Incontri come quello da voi patrocinato militano in direzione contraria e, io credo, ci aiutano a riflettere su ciò che nel carcere, e nonostante

tutti i mali del carcere, sa essere in grado di costruire il cambiamento delle persone e di indirizzarle verso il rientro in società, che è l'obiettivo dell'esecuzione penale. Si tratta di puntare sulla valorizzazione della dignità delle persone e farne discendere spazio e tempo per l'ascolto, il dialogo, il confronto. Da questo soltanto potrà forse dipendere la sostenibilità dell'ossimoro nel titolo.

REGIME DETENTIVO DEL 41-BIS E RIEDUCAZIONE DEL CONDANNATO: UN'APPARENTE CONTRADDIZIONE DA SCIogliere ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Angela Della Bella

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una dieta dimagrante per il 41-bis sulla base del principio di proporzionalità. – 2.1. Proporzionalità in senso stretto e diritto del condannato alla rieducazione.

1. Premessa

Mi rendo ben conto che parlare di “41-bis” in un Convegno dedicato al tema della funzione rieducativa della pena sia un’impresa quantomeno temeraria, non essendoci luogo dell’ordinamento penitenziario più lontano dall’idea rieducativa del regime detentivo speciale.

Che tale regime non contempli lo svolgimento di attività di stampo rieducativo è un dato di fatto, non esplicitato nella disciplina legislativa, ma certamente non in discussione nella prassi, anche se ora, a più di trenta anni dall’introduzione di questo istituto nell’ordinamento, sarebbe opportuno dedicare una riflessione a questo problematico profilo.

Della necessità di ripensare a fondo il ruolo e la disciplina del regime detentivo di cui all’art. 41-bis ord. penit. si è parlato nei mesi scorsi – ricordo, in particolare, un intervento molto denso del prof. Giovanni Fiandaca che era apparso sulle pagine del *Foglio*¹⁵⁷ – quando il “caso Cospito” aveva per un attimo riacceso l’interesse su questi temi. Ora i riflettori si sono spenti, ma è necessario che non

¹⁵⁷ G. FIANDACA, *Il carcere da salvare*, in *Il Foglio Quotidiano*, 10 febbraio 2023.

si spenga anche l'interesse della dottrina: oggi, grazie a questo importante convegno catanese, ci si consente di tornare sul tema.

Per cominciare, possiamo osservare che la vicenda di Cospito ha reso evidente l'assoluta inadeguatezza della disciplina della misura sotto vari aspetti. Un primo aspetto che necessita urgentemente di essere ripensato è quello dell'Autorità competente ad applicare, prorogare e revocare la misura. Il tema, tuttavia, esula dall'oggetto del convegno e mi limiterò dunque in questa sede ad evidenziare che attraverso il caso *Cospito* si è potuto toccare con mano quali siano le conseguenze della attuale disciplina legislativa, che attribuisce al Ministro della giustizia il potere di applicare un provvedimento pesantemente invasivo dei diritti fondamentali della persona¹⁵⁸.

Se la scelta del legislatore del 1992 si spiega considerando il contesto di emergenza nel quale il 41-bis è nato, ciò che non si giustifica è il fatto che essa non sia stata più messa in discussione¹⁵⁹. La soluzione adottata dal nostro legislatore è inopportuna e illegittima: inopportuna perché laddove si sia in presenza di una vicenda esposta mediaticamente e politicamente sensibile – come appunto nella vicenda di Cospito – l'attribuzione al Ministro della giustizia della competenza in materia crea il rischio molto concreto che le decisioni da prendere (nel caso di specie, l'istanza era quella della revoca del regime detentivo speciale) siano influenzate da considerazioni che esulano dalla valutazione giuridica relativa alla sussistenza dei presupposti applicativi e, in particolare, della effettiva capacità del detenuto di orientare le condotte criminali dei sodali all'esterno. Nel caso di Cospito, è risultato subito evidente che, in un contesto in cui il Governo andava declamando che “lo Stato non arretra” e che accogliere la richiesta del detenuto sarebbe stato un “cedimento dello Stato”, sarebbe risultato molto difficile per il Ministro pronunciarsi a favore della revoca, anche laddove l'istruttoria avesse evidenziato elementi tali da mettere in dubbio l'effettiva necessità del 41-bis per contenere la pericolosità sociale del detenuto.

Ma l'attribuzione al Ministro della giustizia del potere di decidere sull'applicazione e sulla revoca del regime detentivo speciale presenta pure degli evidenti

¹⁵⁸ Su tale profilo sia consentito rinviare a A. DELLA BELLA, *Carcere e 41-bis: tra poteri del Ministro della Giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della Cassazione*, in *SP*, 20 marzo 2023.

¹⁵⁹ In realtà, durante i lavori preparatori per la riforma della disciplina del 41-bis, attuata poi con la l. 279/2021, la scelta di attribuire al Ministro della giustizia il potere di applicare e revocare il regime detentivo speciale era stata messa in discussione. Tuttavia, le ragioni a favore della soluzione esistente – legate essenzialmente alla tempestività delle decisioni ed al coordinamento delle informazioni – sono risultate prevalenti. Cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016, 269 ss.

profili di illegittimità, per contrasto con l'art. 13 Cost.: tale disposizione costituzionale, infatti, impone di attribuire ad un giudice, e non al Ministro, una misura – quale appunto il 41-bis – che è caratterizzata da un carico afflittivo certamente ulteriore rispetto a quello proprio della pena detentiva “ordinaria” e tale da generare un'ulteriore compressione del, già compresso, spazio di libertà del detenuto.

Tuttavia, non essendo il profilo sul quale deve vertere il mio intervento di oggi, accantonano tale questione, confidando che si possa presto trovare una nuova occasione di confronto.

2. Una dieta dimagrante per il 41-bis sulla base del principio di proporzionalità

L'altro aspetto su cui, grazie alla vicenda *Cospito*, si è aperto un (veloce) confronto nei mesi scorsi è quello della proporzionalità: si è preso atto da parte di molti studiosi che il regime detentivo speciale non appare più proporzionato, o per lo meno non appare sempre proporzionato, rispetto alle esigenze che assolve: la necessità che si avverte, per lo meno in dottrina, non certo nel mondo politico, è quella di una riduzione del 41-bis, riduzione tanto nella sua estensione, quanto nella sua intensità. Ed è questo il tema su cui intendo soffermarmi e che mi porterà poi a parlare più specificamente della questione del trattamento rieducativo.

L'idea su cui vorrei articolare qualche prima riflessione è la possibilità di operare tale riduzione alla luce del principio di proporzionalità.

In via preliminare occorre precisare, anche se forse è superfluo, ciò di cui intendo parlare quando mi riferisco al principio di proporzionalità.

Per evitare fraintendimenti, è bene subito chiarire che il riferimento non è al principio della proporzione sanzionatoria (ossia alla relazione tra gravità del fatto e entità della sanzione), ma al principio al quale lo Stato deve ispirarsi allorché, con l'esercizio dei suoi poteri, interferisca nella sfera individuale dei cittadini: sulla base di tale principio, il legislatore è tenuto a bilanciare gli interessi in gioco, al fine di realizzare gli obiettivi che si propone con il minor sacrificio possibile dei diritti e delle libertà individuali¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Sul principio di proporzionalità, all'interno di una sterminata letteratura, si consiglia A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Nell'elaborazione dottrinale italiana S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC* 3/2017. Con specifico riferimento all'esecuzione penitenziaria cfr. G.M. NAPOLI,

Benché non sia espressamente menzionato nella Costituzione, è indubbio che il principio di proporzionalità trovi un implicito riconoscimento nel nostro sistema costituzionale, potendosi rinvenire un ancoraggio implicito negli artt. 2 e 3 Cost.

Questo principio, come certamente a tutti noto, è impiegato con grandissimo successo nella giurisprudenza dalle corti costituzionali di molti ordinamenti, nonché nei giudizi delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo dove è stato tradotto in uno schema argomentativo a tre fasi: sulla base di tale schema trifasico, la misura limitativa dei diritti o delle libertà individuale si può considerare conforme al principio di proporzionalità in quanto risponda ai parametri di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Con il controllo di idoneità si valuta se la misura predisposta è adeguata rispetto all'obiettivo che il legislatore persegue; con il giudizio di necessità, si verifica se lo stesso risultato non possa essere perseguito con misure meno afflittive; infine, con il controllo di proporzionalità in senso stretto, si verifica se si è realizzato un contemperamento degli interessi in gioco, senza sacrificarne nessuno dei due¹⁶¹.

Prima di ragionare sugli interventi che andrebbero ipotizzati per fare del regime detentivo speciale una misura realmente conforme al principio di proporzionalità, è necessario fare una premessa:

quando ci chiediamo se una determinata misura restrittiva (in questo caso il 41-bis) sia conforme ai canoni della proporzionalità, dobbiamo aver preventivamente risolto un'altra questione, dobbiamo cioè aver valutato se il fine che il legislatore intende perseguire con la misura restrittiva sia legittimo.

Ora, con riferimento al 41-bis, la legittimità del fine non è in discussione: l'obiettivo dell'interruzione dei collegamenti tra il detenuto e l'associazione di appartenenza, laddove tali collegamenti siano pericolosi per la sicurezza pubblica, è certamente un obiettivo legittimo, non essendovi dubbio che lo Stato abbia l'obbligo di adottare misure adeguate alla protezione della collettività dalle condotte dei soggetti di cui sia stata accertata la pericolosità.

Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria, in DPC, 6 febbraio 2015 e, di recente, le riflessioni di A. MENGHINI, *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Editoriale scientifico, Napoli, 2022, 458 ss.

¹⁶¹ Alla base del principio di proporzionalità vi è l'idea che all'interno delle Carte dei diritti sovranazionali o delle Costituzioni i diritti e gli altri interessi protetti non ricevono una tutela assoluta, ma che, potendo essere tra loro confliggenti, essi necessitano di un reciproco contemperamento attraverso operazioni di bilanciamento. In questo senso cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, 2013.

Una volta individuato come legittimo il fine che si intende perseguire, si tratta di ragionare sui limiti entro i quali, in uno Stato di diritto, possono essere compressi i diritti fondamentali della persona. Questa prospettiva, che è quella che intendo adottare, dovrebbe anche indurre ad abbassare i toni che sono sempre molto accesi quando si parla di 41-*bis*: non è indubbio, infatti, che il tema è molto divisivo e porta facilmente a schierarsi, ad essere “contro” o “a favore”. Si tratta invece di un terreno laddove, a mio avviso, occorrerebbe sforzarsi di abbandonare la logica degli schieramenti e adottare appunto la logica del bilanciamento.

Riprendendo il filo del discorso, l’obiettivo che mi propongo – come ho già anticipato – è quello di una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità.

Tale rilettura potrebbe far “dimagrire” l’art. 41-*bis* sotto diversi profili: per quanto riguarda innanzitutto l’ambito di operatività, l’obiettivo dovrebbe essere quello di restringere l’utilizzo del regime detentivo speciale ai soli casi in cui esso si possa ritenere *idoneo* e *necessario* rispetto allo scopo che si prefigge, ossia quello dell’interruzione dei collegamenti tra il detenuto e l’associazione criminale di appartenenza. Da questo punto di vista, il “dimagrimento” dovrebbe interessare sia l’area dei reati presupposto – da circoscrivere alle figure criminose che rivelino l’appartenenza del detenuto ad organizzazioni caratterizzate, secondo l’*id quod plerumque accidit*, dalla stabilità del vincolo associativo, da una struttura gerarchica e da una stabile rete di collegamenti sul territorio (e dunque, in sostanza, ai soli reati di stampo mafioso e di stampo terroristico-eversivo) –, sia il presupposto della pericolosità, nel senso di subordinare l’applicazione del 41-*bis* alla dimostrazione che il regime detentivo ordinario non è in grado di contenere la spinta criminogena del detenuto. Anche sotto il profilo della durata del regime, una rilettura della disciplina alla luce del principio di proporzionalità dovrebbe portare a riflettere sull’opportunità di prevederne dei termini finali di applicazione o, quanto meno, a ridurre l’intensità con il decorrere del tempo¹⁶².

Un altro profilo su cui il filtro del principio di proporzionalità potrebbe esercitare un effetto “dimagrante” è quello del contenuto ed è questo il tema sul quale intendo concentrarmi in questa relazione. Come a tutti noto, il 41-*bis* si caratterizza per il carattere estremamente afflittivo delle restrizioni imposte ai suoi destinatari: il co. 2-*quater* individua, infatti, una serie di restrizioni, da applicarsi congiuntamente, relative al numero e alle modalità dei colloqui con i familiari, alla corrispondenza epistolare ed a quella telefonica, alla possibilità di ricevere

¹⁶² Per una riflessione su questi profili si rinvia a A. DELLA BELLA, *Spunti per una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità*, in *Riv. studi crim. org.* 1/2023, 39 ss.

o inviare beni all'esterno, così come anche alla riduzione delle ore che possono essere trascorse all'aria e comunque fuori dalla cella.

A queste restrizioni tipizzate, si aggiungono poi tutta un'altra serie di restrizioni atipiche, che trovano fonte in atti amministrativi, siano essi circolari dell'amministrazione penitenziaria o regolamenti dei singoli istituti detentivi. Come noto, il potere di integrare il contenuto del regime detentivo speciale con ulteriori restrizioni trova la sua fonte nella previsione legislativa (art. 2-*quater* art. 41-*bis* lett. a), che attribuisce all'amministrazione penitenziaria il compito di adottare non meglio definite "misure di elevata sicurezza interna ed esterna". Si tratta di prescrizioni e divieti che incidono sulla quotidianità della vita detentiva e che non sempre trovano giustificazione nel fine dell'interruzione dei collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza: si pensi, ad esempio, alla rigida e persino ossessiva regolamentazione contenuta nella Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017 in merito ai generi alimentari che possono o non possono essere acquistati "al sopravvitto", piuttosto che alla rigida determinazione del numero e della dimensione degli oggetti che possono essere detenuti all'interno della cella (dai libri, alla cancelleria, alle fotografie o alle stoviglie)¹⁶³. Si tratta di restrizioni apparentemente poco significative, ma in realtà fortemente afflittive se considerate nel loro insieme, perché incidono sullo spazio vitale residuo di soggetti già fortemente limitati nell'esercizio dei loro diritti.

Nel valutare l'afflittività della misura occorre considerare anche che tali restrizioni vengono applicate per periodi di tempo molto lunghi: il decreto ministeriale che, secondo quanto stabilito dal comma 2-*bis*, ha la durata di quattro anni è infatti di regola prorogato plurime volte e non sono rari i casi di detenuti che rimangono in regime detentivo speciale per dieci o addirittura venti anni. È evidente quindi che l'intensità e la durata di tale regime di rigore determinano una severa compressione dei diritti fondamentali della persona: del diritto alla salute (soprattutto nella sua dimensione psichica), del diritto alle relazioni familiari, del diritto alla rieducazione e, più in generale, del diritto ad un trattamento umano, ossia rispettoso della dignità della persona.

Ora, una rilettura della disciplina legislativa alla luce del principio di proporzionalità impone di considerare legittime quelle sole restrizioni che siano idonee e necessarie rispetto allo scopo di interruzione dei legami con le organizzazioni di riferimento.

Occorre osservare che la Corte costituzionale ha sempre vigilato in modo attento su questo profilo: come essa stessa ha chiarito sin dalle primissime sentenze

¹⁶³ Circolare DAP, 2 ottobre 2017, 3676/6126, rubricata "*Organizzazione del circuito detentivo previsto dall'articolo 41-bis o.p.*".

in cui si è occupata del tema, il regime detentivo speciale può considerarsi legittimo nella misura in cui è limitato “a quelle sole restrizioni che siano concretamente *idonee*” a perseguire l’obiettivo della misura, ossia l’interruzione dei collegamenti tra il detenuto e l’associazione di appartenenza. Sul punto, la Corte ha quindi affermato che, laddove non fossero funzionali ad un tale obiettivo, le restrizioni acquisterebbero un significato diverso, “divenendo ingiustificate deroghe all’ordinario regime carcerario, con una portata puramente affittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale”¹⁶⁴. Il requisito della necessità è poi espressamente preso in considerazione dal legislatore, come si evince dal co. 2 dell’art. 41-*bis*, ove si precisa che “la sospensione comporta le restrizioni *necessarie* per il soddisfacimento delle predette esigenze [di ordine e di sicurezza] e per impedire i collegamenti con l’associazione [criminale]”.

Coerentemente con queste premesse, la Corte costituzionale, laddove chiamata a pronunciarsi, ha sempre operato nel senso di “alleggerire” il contenuto del regime detentivo speciale, dichiarando l’illegittimità costituzionale, tanto sotto il profilo dell’art. 3 Cost., quanto dell’art. 27 Cost., delle restrizioni “inutili” e pertanto gratuitamente affittive: così, ha dichiarato l’incostituzionalità della previsione che prevedeva limitazioni quantitative nei colloqui con i difensori¹⁶⁵; del divieto di cuocere cibi¹⁶⁶; del divieto di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità¹⁶⁷.

Occorre tuttavia considerare che gli interventi della Corte costituzionale hanno riguardato solamente le restrizioni “tipizzate” dal legislatore, perché quelle atipiche – contenute nelle fonti amministrative – sfuggono al suo sindacato, potendo la loro illegittimità essere rilevata solamente dal magistrato di sorveglianza in sede di reclamo, ai sensi dell’art. 35-*bis* ord. penit.

Ecco che allora, in una prospettiva *de iure condendo*, per adeguare la disciplina del regime detentivo speciale al principio di proporzionalità – e garantire maggiore espansione ai diritti compressi – si dovrebbe limitare la discrezionalità dell’amministrazione penitenziaria nell’adozione delle restrizioni “atipiche”, vincolandola in modo più rigido ad un criterio di congruità rispetto agli obiettivi di prevenzione, ad esempio imponendole un serio onere motivazionale.

¹⁶⁴ Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376; nello stesso senso anche sent. 14 ottobre 1996, n. 351.

¹⁶⁵ Corte cost. 20 giugno, n. 143.

¹⁶⁶ Corte cost. 26 settembre 2018, n. 186.

¹⁶⁷ Corte cost. 22 maggio 2020, n. 97.

2.1. *Proporzionalità in senso stretto e diritto del condannato alla rieducazione*

Il principio di proporzionalità, tuttavia, oltre ad un vaglio sull'idoneità e sulla necessità delle restrizioni, richiede anche una valutazione sulla proporzionalità in senso stretto. Come si è già ricordato, con tale tipo di controllo si effettua la vera e propria operazione di bilanciamento, finalizzata ad individuare la soluzione che meglio contempera i contrapposti interessi in gioco: istanze di difesa sociale, da un lato, e diritti fondamentali della persona, dall'altro. Come già anticipato, tale operazione di bilanciamento non può portare alla totale compromissione di uno dei due valori in gioco¹⁶⁸.

È proprio su questo piano che si coglie la frizione della disciplina contenuta nel 41-bis con il principio di proporzionalità, con riferimento in particolare al diritto alla rieducazione del condannato.

Benché la legge non preveda espressamente la limitazione o la sospensione delle attività trattamentali nei confronti di coloro che sono sottoposti al regime detentivo speciale, di fatto nella prassi il trattamento rieducativo nelle sezioni deputate all'esecuzione del 41-bis non esiste.

Sul punto occorre fare una precisazione, distinguendo tra il trattamento rieducativo intramurario e quello extramurario. Ora, il trattamento rieducativo extramurario, ossia il percorso di progressivo reinserimento sociale per mezzo della fruizione di benefici e misure alternative, è di fatto precluso ai condannati sottoposti al 41-bis. E la ragione è chiara: trattandosi di soggetti ai quali il regime è applicato in forza dell'attualità dei collegamenti con le organizzazioni criminali, e dunque di soggetti gravati da una prognosi di elevata pericolosità, è molto remota la possibilità che un tribunale di sorveglianza ritenga sussistenti i presupposti per la concessione di una misura alternativa o di un beneficio da eseguire all'esterno.

Di recente, tuttavia, tale circostanza, che si verificava nella prassi, è stata "cristallizzata" in una norma: il d.l. 162/2022, modificando il co. 2 dell'art. 4-bis ord. penit., ha infatti stabilito espressamente il divieto di applicazione di benefici e misure alternative (salvo sempre la liberazione anticipata) ai detenuti o internati sottoposti al regime detentivo speciale¹⁶⁹. Si tratta, a mio avviso, di un interven-

¹⁶⁸ Osserva a questo proposito M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., II che "l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale".

¹⁶⁹ In particolare, l'ultimo periodo dell'art. 4-bis o.p., così come modificato dal d.l. 162/2022, prevede che "I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi al detenuto o internato sottoposto a regime speciale di detenzione previsto dall'art. 41-bis, solamente dopo che il provvedimento applicativo di tale regime sia stato revocato o non prorogato".

to criticabile sotto due profili. Innanzitutto, di una tale norma non si sentiva il bisogno: come più sopra si è illustrato, l'applicazione di benefici e misure alternative a soggetti sottoposti al 41-*bis* è un'ipotesi che nella prassi non si realizza, in considerazione dell'accentuata pericolosità sociale che deriva dall'attualità dei legami con le associazioni criminali di appartenenza. In secondo luogo, la norma è di dubbia legittimità, facendo discendere il divieto di accesso agli strumenti rieducativi dall'applicazione del 41-*bis* e dunque da una decisione del Ministro della giustizia, in palese contrasto con l'art. 13, co. 2 Cost.

Veniamo ora al trattamento rieducativo intramurario, quello cioè che viene "ritagliato" sulla persona del condannato, sulla base dell'osservazione scientifica della personalità di cui all'art. 13 ord. penit. e che si realizza avvalendosi degli strumenti di cui all'art. 15 ord. penit., ossia dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali. Ciò che può affermarsi, senza timore di esagerare, è che per i condannati sottoposti al regime detentivo speciale il trattamento rieducativo intramurario non esiste. Nella prassi, infatti, non viene svolta l'osservazione scientifica della personalità, né quindi si elaborano programmi individuali di trattamento. Di regola, salvo qualche rarissima esperienza, il tempo della detenzione in 41-*bis* – che è un tempo lungo, quando non lunghissimo – è un tempo completamente vuoto.

Che questa sia la situazione nelle sezioni del 41-*bis* trova conferma nella recente Relazione del Garante nazionale, dedicata al regime detentivo speciale¹⁷⁰. Il Garante, a questo proposito, parla di "impalpabile presenza degli operatori della funzione giuridico-pedagogica all'interno di queste sezioni", aggiungendo poi che "il passo tra 'sospensione del trattamento' e abbandono della finalità costituzionale di una pena che sempre deve tendere alla rieducazione è molto breve".

È dunque agevole arrivare alla conclusione secondo cui sotto questo profilo la disciplina del 41-*bis* non è rispettosa del principio di proporzionalità. Nell'attuale disciplina, il bilanciamento tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali della persona è in gran parte effettuato dal legislatore che, nel "tipizzare" il contenuto della misura, ha adottato una prospettiva compromissoria, individuando per ogni prescrizione il punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti. Questo sforzo, tuttavia, è mancato con riferimento alle attività trattamentali, con

¹⁷⁰ Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, 23 marzo 2023 (reperibile sul sito internet del Garante). Nel senso poi che "attualmente nelle sezioni di Alta sicurezza i percorsi rieducativi non esistono" (e quindi, evidentemente, nemmeno nelle sezioni di 41-*bis*) cfr. l'intervista a M. BORTOLATO nello speciale su *Che cosa significa rieducare soggetti appartenenti alla criminalità organizzata?*, in *Ristretti Orizzonti* 3/2022, 15.

la conseguenza che, nella prassi, il diritto alla rieducazione non è compresso, ma è totalmente sacrificato.

Ora, che anche i condannati sottoposti al 41-bis siano titolari di un diritto alla rieducazione non può essere messo in dubbio e la Corte costituzionale lo dice chiaramente. Il riferimento è innanzitutto alla recente sentenza 149/2018, che parla della rieducazione come di una “finalità ineliminabile” della pena, che deve essere sempre garantita anche nei confronti di autori di delitti gravissimi; ma il riferimento è anche a numerose sentenze, anche risalenti, aventi ad oggetto proprio il regime detentivo speciale. A questo proposito si consideri, ad esempio, la sentenza 376/1997, ove si afferma che “le misure disposte non possono comunque violare il divieto di trattamenti contrari al senso d’umanità né vanificare la finalità rieducativa della pena”, precisando poi che “l’applicazione del regime differenziato non può precludere la partecipazione della persona reclusa alle varie attività di valenza risocializzante, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare. L’applicazione dell’art. 41-bis non può dunque equivalere [...] a riconoscere una categoria di detenuti che “sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di risocializzazione”. Punti fermi, questi, costantemente ribaditi nelle successive sentenze che la Corte ha pronunciato in relazione al regime detentivo speciale.

Dunque, allo Stato non è consentito di abdicare alla funzione rieducativa neanche nei confronti di condannati dei quali sia dimostrata la persistenza di legami con l’associazione criminale (tali sono i condannati in 41-bis) e dunque condannati il cui atteggiamento si pone in antitesi con quella adesione al progetto trattamentale, che costituisce *condicio sine qua non* per intraprendere il percorso rieducativo.

Se partiamo da tale presupposto – ossia che la Costituzione, secondo l’interpretazione che ne dà la Corte costituzionale, impone allo Stato di mantenere aperta l’offerta trattamentale nei confronti di qualsiasi condannato e dunque anche di coloro che sono sottoposti al regime detentivo speciale – diventa necessario interrogarsi su come declinare l’offerta trattamentale nei confronti di soggetti di cui si è accertata la persistenza di legami con le associazioni criminali di appartenenza.

A dire il vero le riflessioni della dottrina penalistica su modalità e contenuti del percorso trattamentale dei condannati in 41-bis sono poche¹⁷¹. Si consideri poi

¹⁷¹ Di recente cfr. sul punto l’intervista a G. FIANDACA in *Che cosa significa rieducare soggetti appartenenti alla criminalità organizzata?*, cit., 5, ove il Professore si chiede anche se lo stesso Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria si sia mai preoccupato di promuovere una riflessione specifica e approfondita su che cosa significa rieducare soggetti appartenenti alla criminalità organizzata.

che non è questo un tema su cui le riflessioni dei penalisti possano ritenersi sufficienti, dal momento che, come è evidente, non si può prescindere dall'apporto di altri sapere: delle scienze sociali, della psicologia, della criminologia.

Un primo paletto però può essere già fissato, perché è la stessa Corte costituzionale ad individuarlo. Mi riferisco, in particolare, alla sentenza 197/2021, ove si afferma che “l'applicazione del regime detentivo speciale non fa venire meno l'obbligo sancito nell'art. 13 ord. penit. di svolgere attività fondamentali ai fini del reinserimento sociale dell'interessato, tra le quali l'osservazione scientifica della personalità e la predisposizione di un programma individualizzato di rieducazione”.

Il passaggio mi sembra rilevante non solo perché la Corte ribadisce l'esistenza di un vero e proprio obbligo, fondato sulla legge, ma nella prassi del tutto pretermesso, di predisporre anche per i condannati sottoposti al 41-*bis* un programma individualizzato di rieducazione sulla base dell'osservazione scientifica della personalità, ma anche perché mette in evidenza un aspetto apparentemente scontato ma di fatto non considerato: che cioè anche gli autori dei reati di criminalità organizzata necessitano di un percorso individualizzato. Nel considerare i condannati in 41-*bis* come membri di una stessa “categoria”, non ci si sofferma sul fatto che, come ovvio, ciascuno di essi ha un vissuto diverso e diversa è la tipologia e l'intensità dell'appartenenza con l'associazione criminale: da qui la necessità di una prospettiva individualizzante nella elaborazione dei percorsi che possono indurre a scelte di affrancamento dal contesto criminale di appartenenza.

Quanto poi agli strumenti del trattamento, in attesa di più articolate riflessioni, si può intuitivamente ritenere che occorra puntare sull'istruzione, ma più in generale su occasioni di crescita culturale che consentano processi di responsabilizzazione e di ripensamento del proprio vissuto¹⁷².

A convincere dell'opportunità di aprire una seria riflessione su questo tema la considerazione secondo cui “promuovere percorsi rieducativi credibili degli stessi criminali organizzati non è un favore che si farebbe al singolo mafioso, ma costituisce un obiettivo di utilità generale, anche in termini di prevenzione

¹⁷² Nel senso che solo un percorso rieducativo finalizzato alla responsabilizzazione dell'autore nei confronti dei beni offesi, e dunque caratterizzato da un approccio “motivazionale” e non “intimidativo”, sembrerebbe essere quello maggiormente idoneo al contrasto della criminalità organizzata, in quanto suscettibile di destabilizzare i legami di appartenenza associativa sui quali essa si fonda, cfr. L. EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, il mercato della penality*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, Milano, 2022, 389 ss.

generale, perché tentare di rieducare significa sempre perseguire un obiettivo di prevenzione, quindi un obiettivo di utilità generale”¹⁷³.

Detto in modo più spiccio, e con specifico riferimento alla popolazione dei soggetti in 41-bis, vale la considerazione che dei 750 detenuti attualmente sottoposti al regime detentivo speciale circa 200 sono ergastolani, mentre gli altri 500 sono soggetti destinati a rientrare nel consorzio sociale. Mi scuso per la brutalità dell’osservazione: non intendo ovviamente negare che il problema della rieducazione riguardi anche gli ergastolani ostativi, ma per loro il processo di reinserimento sociale è certamente più complesso. Limitiamoci quindi a considerare quei 500 soggetti che certamente ritorneranno a vivere nella società: poiché la regola è che il regime detentivo speciale venga prorogato sino al fine pena, costoro passeranno dall’isolamento quasi assoluto proprio delle sezioni di 41-bis alla piena libertà, senza che, durante la detenzione, abbiano avuto alcuna opportunità di scambio e di confronto; dunque, senza alcuna occasione per ripensare il proprio vissuto, senza che si sia tentato nulla per “rieducarli”, cioè per avvicinarli al rispetto dei valori della convivenza.

Credo allora che questo tema, che fino ad ora si è sempre “schivato”, debba essere oggi affrontato. E se questi non sembrano essere i tempi giusti per parlare di riforme, specie sul terreno del 41-bis, possono comunque essere i tempi per riflettere e confrontarsi e per aprire un dibattito, che sarà necessariamente lungo ed articolato, su di una questione che merita di essere ripensata a tutela dei diritti fondamentali ma anche a tutela della collettività.

¹⁷³ G. FIANDACA, in *Che cosa significa rieducare soggetti appartenenti alla criminalità organizzata?*, cit., 7.

PERDURANTI DISMISURE E CAPARBIE RESISTENZE. LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ COME OSTACOLO AI PERCORSI DI RIEDUCAZIONE

Stefania Carnevale

SOMMARIO: 1. Le preclusioni penitenziarie e lo stentato affermarsi del principio rieducativo. – 2. Il rapporto anomalo con la fase di cognizione come perno del sistema dei reati ostativi. – 3. Gli spiragli aperti dalla riforma del 2022 e i confini sfocati dei nuovi presupposti per l'accesso a misure esterne. – 4. Gli indici normativi di rottura dei legami con il passato criminale e i rigidi recinti del vaglio giudiziale. – 5. Gli elementi su cui fondare la decisione: eccessi e distonie di una procedura rafforzata. 6. La pronuncia del giudice e le ingerenze della legge: i segnali di un rapporto ancora sbilanciato.

1. Le preclusioni penitenziarie e lo stentato affermarsi del principio rieducativo

È da ormai più di trent'anni che i percorsi rieducativi di un grande, e sempre crescente, numero di condannati sono impediti, ostacolati o intralciati da norme preclusive: la legge di ordinamento penitenziario è cosparsa di disposizioni che vietano la progressiva risocializzazione, la ritardano o la rendono molto difficoltosa¹⁷⁴. Simili previsioni trovano copertura giustificativa in una serie di presun-

¹⁷⁴ Si vedano ad es., per limitarsi ai casi di detenzione per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., gli artt. 20 comma 6, 21 comma 1, 30-*ter* comma 4 lett. c), 47-*ter* comma 1, 47-*ter* comma 1-*bis*, 58-*quater* comma 5 ord. penit., nonché, prima delle declaratorie di illegittimità costituzionale che li hanno colpiti, gli artt. 21-*bis* (Corte cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174) e 47-*quinqies* comma 1-*bis* (Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76) ord. penit. V. anche l'art. 2 comma 1 della l. 15 luglio 1991, n. 203 per i limiti all'applicazione della liberazione condizionale, l'art. 1 comma 2 lett. a) della l. 26 novembre 2010, n. 199 per il divieto di esecuzione

zioni di pericolosità fondate sul titolo di reato. Il rapporto tra rieducazione, nel suo significato costituzionale di possibile restituzione positiva dei rei alla società libera, i suoi freni, i suoi impedimenti, i suoi blocchi normativi e le costruzioni teoretiche addotte a loro sostegno è il nodo più complesso che attanaglia da decenni la fase dell'esecuzione penale.

La recente legge 30 dicembre 2022, n. 199 dovrebbe segnare un nuovo assetto di questa disciplina, aprire una nuova era, tracciare un punto di svolta e una rinnovata adesione ai valori delle Carte fondamentali. Sono state infatti superate, pur con un cumulo quasi ossessivo di severe condizioni, le più arcigne e contestate presunzioni accolte dal nostro ordinamento penitenziario, quelle assolute di irrecuperabilità legate alla commissione di una serie di reati e alla mancata collaborazione con la giustizia. Ma le nuove regole, quasi strappate a forza a un Parlamento recalcitrante¹⁷⁵, s'inscrivono ancora in un clima ostile e sospettoso, se non renitente ai corollari del paradigma rieducativo.

L'ultima stesura dell'art. 4-*bis* ord. penit. e la soluzione offerta alla questione più spinosa che questo meccanismo pone, ossia quella dell'ergastolo senza speranza di rientro in società, interviene all'esito di un percorso travagliatissimo, innescato dall'*escalation* delle violenze mafiose giunte nei primi anni Novanta all'acme della loro brutalità e al culmine della loro ferocia. Un cammino le cui cause sono tuttavia da rinvenire anche nella mai compiuta accettazione delle implicazioni della vocazione rieducativa della pena, intesa come graduato rientro in

della pena presso il domicilio, l'art. 4 comma 1 della l. 21 febbraio 2014, n. 10 per l'esclusione della liberazione anticipata speciale, l'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. per l'inibizione della sospensione dell'ordine di esecuzione. Sulle radici «antiche, profonde e di difficile rimozione» di simili scelte e sui vani tentativi di riforma degli ultimi anni, v. F. SIRACUSANO, «Cronaca di una morte annunciata»: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della «riforma tradita», in *Arch. pen.*, 2019, f. 3, 2 ss.

¹⁷⁵ La Corte costituzionale ha pazientemente atteso un legislatore refrattario a seguire le sue indicazioni, concedendo per ben due volte (con l'ord. 11 maggio 2021, n. 97 e l'ord. 10 maggio 2022, n. 127) una dilazione alla prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non lasciava agli ergastolani non collaboranti con la giustizia per scelta alcuna *chance* di ottenere la liberazione condizionale. Un «prolungato arresto cardiaco del principio di legalità costituzionale» per A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 762. Sul monito al Parlamento v. anche R. DE VITO, *Ergastolo ostativo: dalla Corte costituzionale la parola al legislatore, non al magistrato di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1125 ss.; A. LOLLO, *L'ergastolo ostativo alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Critica dir.*, 2021, f. 2, 23 ss.; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *QG*, 27 maggio 2021.

società, come orizzonte possibile – seppur non scontato – di ritorno al consorzio civile delle persone condannate per *qualunque* reato. A ben vedere, la storia dei meccanismi ostativi è anche e soprattutto la storia del rifiuto dell'idea che *tutti* i condannati debbano avere la *chance* (non la garanzia) di una graduale attenuazione delle restrizioni proprie della pena detentiva, se il percorso rieducativo imposto dalla Costituzione porta i suoi frutti; e della conseguente diffidenza per i vagli del giudice che, allo scopo di restituire frammenti di libertà, possa valutare i percorsi penitenziari compiuti. L'espandersi delle preclusioni risiede allora in una sorta di atavica e perdurante sfiducia verso la magistratura di sorveglianza, istituzionalmente chiamata a vigilare sull'attuazione concreta dei compiti special-preventivi delle sanzioni penali.

L'art. 4-*bis* non è perciò solo una scoria avvelenata della deflagrante spietatezza mafiosa di trent'anni fa. Ma è la breccia, divenuta crepaccio e poi voragine, in cui si è dapprima insinuato e poi allargato a dismisura qualcosa di più profondo: il ripudio dell'ideale rieducativo e lo scetticismo verso gli organi che vi presiedono.

Del resto l'Italia ha accettato l'idea della vocazione risocializzante delle pene con enorme ritardo rispetto ad altri ordinamenti. La progressione nel trattamento, i meccanismi premiali, il reingresso accompagnato in società sono stati accolti in alcuni Paesi sin dalla metà dell'Ottocento in via sperimentale¹⁷⁶, mentre agli inizi del Novecento erano ufficialmente contemplati da molte legislazioni¹⁷⁷. Nel nostro sistema simili concezioni si sono fatte strada con fatica, grazie allo sprone

¹⁷⁶ Le origini della liberazione condizionale (*parole*) sono da ricercare nel *mark system*, un metodo premiale sviluppato nella prima metà del XIX secolo da Alexander Maconchie nella colonia penale australiana di Norfolk Island: v. a riguardo A. MACONCHIE, *Benevolence in punishment, or transportation made reformatory*, Seeley, Burnside, and Seeley, London, 1845, 120 ss. Nel 1853 con l'emanazione del primo *Penal Servitude Act* in Inghilterra veniva adottato un sistema a punti che poteva condurre all'*early release* dei prigionieri. V., per una ricostruzione di sintesi, E. JHONSTON, *Development of early release mechanisms in the Victorian convict prison system, 1853-1895*, in *Prison Service Journal*, 2018, n. 237; *Special edition on 50 Years of the Parole System for England and Wales*, 10 ss.

¹⁷⁷ Nel 1907 nello Stato di New York veniva già adottato un *parole system*. L'istituto ebbe una rapida evoluzione e nel 1927 tutti gli Stati americani, tranne tre, lo avevano accolto. Nel 1942 anche le ultime legislazioni si erano adeguate. Per l'evoluzione del sistema negli Stati Uniti, v. J. PETERSILIA, *When Prisoners Come Home. Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, New York, 2003, 55 ss. Anche in Australia all'inizio del XX secolo accoglieva un embrionale *Parole Board*, chiamato a vigilare sulle *indeterminate sentences* (V.A. FREIBERG, *Three strikes and you're out. It's not cricket. Colonization and resistance in Australian sentencing*, in M.H. TONRY, R.S. FRASE (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford University Press, New York, 2001, 30 ss.).

della Corte costituzionale¹⁷⁸ e dopo una stagione di violente rivolte, soltanto a metà degli anni Settanta del secolo scorso, per giungere a maturazione e compimento nel 1986 con la legge Gozzini.

Nondimeno, un assetto normativo dell'esecuzione penale primariamente incentrato, come vorrebbe la Costituzione, sulla funzione di recupero sociale di tutte le persone condannate in via definitiva, così stentatamente e tardivamente raggiunto, è durato appena quattro anni: si riduce a questo angusto intervallo la durata della fiducia nel sistema rieducativo in Italia. È un dato sconcertante, se si pone mente al lentissimo sviluppo del percorso che aveva portato a porre finalmente in discussione l'inintoccabile centralità e fissità del carcere. Già alla fine del 1990 e nei primi mesi del 1991 venivano infatti emanati i primi decreti legge che vietavano ai detenuti per alcuni gravi reati l'accesso a percorsi esterni di progressivo reinserimento¹⁷⁹. Quei provvedimenti non furono convertiti, ma vennero ripresentati e riproposti ancora sino a che, nella drammatica stagione dello stragismo mafioso, prese forma il divieto – durato trent'anni – di qualunque misura di graduale reingresso in società in assenza di collaborazione con la giustizia¹⁸⁰.

Da allora, le preclusioni penitenziarie, nel frattempo lievitate e proliferate, si pongono in un rapporto alterato ed estremamente problematico con la fase di cognizione, che per loro tramite mantiene il sopravvento su quella di esecuzione. La prima esercita sulla seconda una supremazia ultrattiva, non cedendole il passo e impedendo al finalismo rieducativo di essere attuato per larghe fasce di detenuti.

¹⁷⁸ Corte cost., sent. 5 aprile 1974, n. 204, che aprì la via alla riforma dell'ordinamento penitenziario, in attesa da decenni di essere varata. La storica sentenza fu commentata da G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *GCost*, 1974, 3523 ss.; G. La GRECA, *La liberazione condizionale tra Corte costituzionale e legislatore*, *ivi*, 2148 ss.

¹⁷⁹ D.l. 13 novembre 1990, n. 324, seguito dai d.l. 12 gennaio 1991 n. 5 e 13 marzo 1991 n. 76. Ancor prima, la l. 19 marzo 1990, n. 55, aveva già fortemente ristretto l'accesso ai permessi premio per i condannati per reati di criminalità organizzata, terrorismo, eversione e sequestri, richiedendo per la prima volta l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». Sulle origini del doppio binario penitenziario, v. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, 241 ss.

¹⁸⁰ Ne ripercorrono le tappe A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, f. 4; L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e "governo dell'insicurezza sociale"*, in *Costituzionalismo.it*, 2025, f. 2; F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Giappichelli, Torino, 2020, 63 ss.; S. METRANGOLO, *"Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate": l'ergastolo ostativo e la sua problematica compatibilità con i principi costituzionali*, in *AP*, 2023, f. 3, 7 ss.

2. Il rapporto anormale con la fase di cognizione come perno del sistema dei reati ostativi

Da un lato infatti i meccanismi ostativi hanno come fulcro il reato commesso e dunque un elemento inalterabile, accertato nel processo e cristallizzato nella sentenza di condanna, refrattario a tutto ciò che accade in seguito: i tentativi di recupero esperiti, i programmi seguiti, gli sforzi dei tecnici del trattamento, i fallimenti, i successi, gli anni che passano, i corpi e le menti che invecchiano non possono modificare la condotta criminosa. Ancorate al momento del *dictum* giudiziale, le preclusioni normative riducono la variegata umanità di chi abita le nostre carceri a un paradigma astratto, uniforme e immutabile di pericolosità. La incatenano a marchi di irrecuperabilità stabiliti dalla legge in anticipo, senza verifiche posteriori sull'efficacia o inefficacia dei percorsi compiuti¹⁸¹.

Le persone sono però sempre diverse le une dalle altre e così i loro destini individuali. Il tempo normalmente le segna, la detenzione generalmente sottrae forze, smussa rancori, smorza volontà e la rieducazione talvolta porta a dei risultati che non possono essere scartati a priori aderendo ad un ideal-tipo di criminale, immutabile per legge, ibernato nel suo passato criminale. Le presunzioni assolute sul sentire degli individui, sulle loro aspirazioni, intenzioni e attitudini appaiono perciò contrarie non solo al finalismo rieducativo, ma anche al principio di umanità delle pene, giacché disumanizzano i reclusi sostituendo la loro irriducibile singolarità con un'astrazione normativa. Per questa ragione, a ben vedere, la Corte europea le riconduce alla violazione dell'art. 3 della Convenzione, che compendia i concetti ripartiti nel nostro art. 27 comma 3 Cost. amalgamandoli in quello di dignità umana¹⁸².

¹⁸¹ Come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza 7 agosto 1993, n. 306 «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di 'tipi di autore', per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

¹⁸² La questione presenta naturalmente i risvolti più problematici in caso di pena perpetua ed è su questo terreno che la Corte europea ha sviluppato la sua giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (v. sul punto S. BERNARDI, *La disciplina dell'ergastolo senza possibilità di liberazione alla luce delle più recenti sentenze di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1215 ss.; D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Cosituzionalismo.it.*, 2013, f. 3). Il diritto a un concreto esame giudiziale per i *whole life prisoners* ha trovato un compiuto riconoscimento nella sentenza della Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, pietra miliare della materia che ha preparato il terreno per la sentenza 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, a sua volta pungolo e matrice per la sentenza costituzionale 4 dicembre 2019, n. 253 (v. a riguardo,

Si tratta invero di previsioni che legittimano letteralmente un *pregiudizio* sull'autore, sulla sua indole e personalità, sulle sue possibilità future di reinserimento, frutto del *giudizio* operato in sede di cognizione e dal quale non ci si riesce a distaccare, nemmeno dopo che il condannato ha patito decenni di detenzione, o ha passato una vita intera in carcere sottoposto ai prescritti tentativi di rieducazione. In questo modo le preclusioni riportano a una visione della pena prerepubblicana, precostituzionale, pressoché identica a quella che precedeva la legge di ordinamento penitenziario ed era affidata ai regolamenti del periodo fascista, quando la condanna andava eseguita fino in fondo, senza possibilità di modifiche legate ai progressi nel trattamento e la giurisdizione era assente. L'assetto di quel sistema, come noto, si fondava su pene refrattarie al percorso individuale del reo, su trattamenti sanzionatori senza possibilità di attenuazioni legate all'impegno nel recupero sociale, su concezioni monolitiche del castigo, dove il carcere troneggiava senza concedere spazi per mettere alla prova i detenuti con gradualità esperimenti in libertà e sulla conseguente assenza di controlli giurisdizionali. Le preclusioni tengono infatti ai margini la magistratura di sorveglianza, a cui è impedita la valutazione dei condannati e così, indirettamente,

ex multis, E. DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in AA. VV., *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, 87 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio Cost. AIC*, 2019, fasc. 4, 191 ss.; A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2019, 3769 ss.; S. TALINI, *"Viola c. Italia": una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *QCost*, 2019, 931 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *DPC*, 1 luglio 2019; E. SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *AP*, 2019, f. 3. Sulle affinità e le differenze tra l'art. 27 comma 3 e l'art. 3 Conv. EDU, v. V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva "fino alla fine" e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2019, f. 10, 15 ss.; D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 126 ss. Sulla centralità del concetto di dignità umana nelle pronunce della Corte europea, v. P. GONNELLA, *Antigone. Dignità. Rieducazione*, in *QG*, 2015, f. 2, 86 ss., v. altresì S. CIUFFOLETTI, *Reinserimento e ostatività nella giurisprudenza della Corte EDU*, in M.A. GULINO, I. GAROSI, S. CARNEVALE, S. CIUFFOLETTI, M. BORTOLATO, G. LO VERSO, D. PAJARDI (a cura di), *L'osservazione della personalità di fronte alla complessità dei reati ostativi*, in *Quaderni della Fondazione dell'Ordine degli psicologi della Toscana*, n. 1/2022, 18 ss.

portano a un maggiore disimpegno anche i tecnici del trattamento, poiché diviene superfluo il momento cruciale della sintesi sui progressi compiuti, quello in cui si ricompongono i tasselli di un *puzzle* complesso e si tirano le somme delle attività di recupero e dei loro risultati. È in quella sede, difatti, che si scrutinano le competenze acquisite da chi aspira a riguadagnare spazi di libertà, i progetti di vita percorribili, le opportunità di riassorbimento nel tessuto sociale. Ne deriva un'inevitabile – e tanto illogica quanto controproducente – inversione dei naturali corollari del finalismo rieducativo: più il caso è grave, più il sistema normativo ed organizzativo dovrebbe insistere sul processo di rieducazione, dedicandovi speciali sforzi ed energie, e non dar per perse o irrecuperabili proprio le persone che necessitano di interventi più intensi ed accurati.

Dall'altro lato gli ostacoli e le preclusioni sono concepiti per cadere se si collabora con la giustizia. L'antidoto individuato dalla legge ai guasti del congegno ostativo finisce così per porlo in un rapporto doppiamente alterato con la fase di cognizione, sancendo una ancor più smaccata e percepibile subordinazione di quella penitenziaria e dei suoi principi a esigenze di utilità processuale: ottenere apporti dichiarativi utili a formare prove in procedimenti diversi da quelli per cui il condannato sta scontando la sua pena.

È questa, come noto, la maggiore anomalia del sistema, quella che ha portato alle censure della Corte europea nel caso *Viola contro Italia* e alla storica declaratoria d'illegittimità del 2019¹⁸³. La Corte costituzionale, beninteso, rilevò con lucidità la stortura già nel 1993, bollandola come tale, ma l'accettò in ragione del drammatico clima in cui la decisione doveva calare¹⁸⁴. Sono occorsi ben trent'anni perché vi fosse un ripensamento sugli inflessibili impedimenti ai percorsi rieducativi. Ad indurlo è stata l'esperienza sul campo, la concretezza delle vite delle

¹⁸³ Non a caso, alla subordinazione delle esigenze di rieducazione ad obiettivi di politica investigativa e criminale estranei alla fase di esecuzione della pena è dedicato il primo blocco argomentativo che ha sorretto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte relativa alla mancata concessione dei permessi premio a chi non collabora con la giustizia (Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253, § 8.1).

¹⁸⁴ Per Corte cost., sent. n. 306 del 1996, il primo pronunciamento sulla compatibilità costituzionale del neo introdotto art. 4-*bis* ord. penit., la differenziazione di trattamento «che certo rappresenta un forte incentivo alla collaborazione – è essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale, e non penitenziaria». La decisione rimarcava come la novità normativa fosse dovuta all'«acuto allarme sociale creatosi nella contingenza in cui il decreto fu emanato – ampiamente testimoniato dai lavori parlamentari». L'adozione di «una misura drastica» appariva «rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa». Ma non si poteva «tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena».

persone recluse, la testimonianza dei magistrati di sorveglianza e degli operatori penitenziari. La realtà multiforme e tangibile delle pratiche trattamentali ha infatti mostrato con sempre maggiore chiarezza come la mancata collaborazione non sia sempre sintomo di perdurante pericolosità¹⁸⁵.

Del resto, la giustificazione teorica alla base del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., secondo cui chi non collabora sarebbe da presumere irrimediabilmente affiliato ai sodalizi criminali per tutta la durata della sua vita e quale che sia il suo percorso individuale, è sempre stata artificiosa. Basta ripercorrere la genesi della disciplina per rendersi conto di come la *ratio* fondata sulla invincibilità del vincolo associativo e dunque l'impossibilità di raggiungere il fine rieducativo della pena sia stata costruita prevalentemente *ex post*, per riportare al piano penitenziario e ai suoi principi una disciplina nata con altri scopi, tutti processuali: il sistema dell'ostatività sorge infatti avendo direttamente di mira la sola utilità processuale degli apporti collaborativi¹⁸⁶, senza riflessioni, indagini o ricerche sulla reattività o meno dei condannati non cooperanti alle offerte trattamentali¹⁸⁷; e benché l'esperienza concreta di quegli anni avesse, invero, già

¹⁸⁵ Nesso che era già stato spezzato dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 306 del 1993, dove si rilevava che «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto – come i giudici rimettenti sottolineano – di incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare». Sulla rilevanza del tempo nell'attenuazione della pericolosità, v. D. PULITANÒ, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Atti del Seminario – Ferrara, 27 settembre 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, fasc. n. 10, 2019, 154 ss. e in *Dir. Pen. Uomo*, 23 ottobre 2019.

¹⁸⁶ Per G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *DPC*, 15 settembre 2011, 25, «sembra ovvio che la relativa disciplina avesse ed abbia soprattutto una spregiudicata funzione sollecitatoria nei confronti dei detenuti provenienti dal contesto della criminalità organizzata, politica o mafiosa. Ma nella giustificazione formale delle deroghe ai divieti di accesso ai benefici prevale la configurazione della scelta collaborativa quale sintomo del distacco dall'opzione criminale». Si veda ancora, sul punto, le lucide considerazioni della Corte costituzionale nella sent. n. 306 del 1993, dove si osservava che «il requisito della collaborazione con la giustizia» non era «coerente» con i principi costituzionali regolanti la materia penitenziaria «perché nell'ottica della norma esso è strumento di politica criminale e non indice di colpevolezza o criterio di individualizzazione del trattamento».

¹⁸⁷ Se ne trova conferma nella ricostruzione dei concitati momenti che precedettero e seguirono il varo della disciplina di cui al d.l. 8 giugno 1992, n. 8, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356, fatta da chi ne assunse la responsabilità politica, l'allora Ministro della Giustizia Claudio Martelli. La *ratio* delle nuove norme penitenziarie, che includevano anche il regime

dimostrato come fossero possibili proficue esperienze di reinserimento di affiliati alle organizzazioni criminali, anche mafiose, che non avevano dato apporti alle indagini e ai dibattimenti¹⁸⁸. Ciò nondimeno, con un'evidente torsione dei meccanismi giuridici d'incentivo alla collaborazione con la giustizia, a partire dagli anni Novanta i detenuti in espiatione di sentenze definitive vennero stimolati a rendere dichiarazioni rilevanti per i processi non più con premi, com'era sempre accaduto e come accade in altri ordinamenti che ricompensano il contributo agli inquirenti, ma con una forzatura, fondata sull'assoggettamento a trattamenti penitenziari deteriori rispetto al resto della popolazione detenuta di chi non collabora con la giustizia, per indurlo a farlo¹⁸⁹.

penitenziario di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., veniva ricondotta chiaramente alla volontà di ottenere, con le buone o le cattive, apporti collaborativi: «si dovette fare il massimo sforzo per ottenere la rapida conversione in legge del decreto che ancora non era passato al Senato. I frutti del decreto si videro molto presto perché la *morsa* [corsivo nostro] della legislazione sui pentiti con la formula del 'se parli e collabori, ci sarà protezione per te e la tua famiglia; se non parli, andrai incontro al carcere duro' si dimostrò efficace. Naturalmente sto banalizzando, oltre che rendendo le cose chiare e semplici. Nell'arco circa di un anno e mezzo, comunque, ci furono quasi mille pentimenti di collaboratori di giustizia» (Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, seduta del 25 ottobre 2010, Audizione del dottor Claudio Martelli, sui grandi delitti e le stragi di mafia degli anni 1992-1993, in qualità di Ministro della Giustizia pro tempore. Resoconto stenografico, 12). Anche la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 306 del 1993, si mostrava ben consapevole dell'origine della normativa, rilevando che «dalla stessa dichiarazione del Ministro Guardasigilli proponente (Assemblea del Senato, seduta del 6 agosto 1992, resoconto stenografico, 61)» si vinceva come il congegno fosse «l'arma più efficace ... per contrastare la criminalità organizzata», dato che «praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato [...] sono stati fondati [...] sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso».

¹⁸⁸ Plurimi interventi censori della Corte costituzionale furono volti a impedire l'interruzione di percorsi rieducativi già in atto, muovendo proprio da questa constatazione (Corte cost., sent. n. 306 del 1993, che si impediva la revoca delle misure alternative in corso; Corte cost., sent. 14 dicembre 1995, n. 504, avente ad oggetto il divieto di concedere nuovi permessi premio; Corte cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 445 e sent. 22 aprile 1999, n. 137 sulla possibilità di fruire, rispettivamente, della semilibertà e dei permessi premio per chi avesse già raggiunto un adeguato grado di rieducazione). La catena di pronunce degli anni Novanta avrebbe già di per sé dovuto essere sufficiente ad escludere la valenza generalizzata della presunzione assoluta di persistente pericolosità dei non collaboratori, sulla base del parametro dell'*id quod plerumque accidit*.

¹⁸⁹ Il complesso sistema delineato dagli artt. 4-*bis*, 58-*ter*, 21 comma 1, 30-*ter* comma 4 e 50 comma 2 ord. penit. comporta infatti un innalzamento della soglia di severità dei requisiti oggettivi necessari per accedere ai percorsi extramurari. Quello che talvolta viene presentato come "premio" per chi collabora (anche dalla Corte costituzionale: così ad es. nella sent. 4 dicembre 2019, n. 253 o nella sent. 14 dicembre 1995, n. 504), ossia il mero ritorno alle regole

E così i conti col finalismo rieducativo non sono mai tornati. Dapprima, per giustificare la deviazione dai canoni ordinatori della fase esecutiva, si cercò di sostenere che solo chi offre contributi dichiarativi nei processi è rieducato, assunto smentito dai fatti in moltissimi casi di collaborazioni rese per evidenti ragioni utilitaristiche¹⁹⁰. E allora si tentò l'altra strada, che ha avuto decisamente più successo¹⁹¹ assurgendo per decenni a dogma indiscutibile, ossia asserire che chi non collabora con la giustizia è sicuramente non rieducato e va anzi reputato ancora contiguo al mondo criminale.

Simile presunzione assoluta si è posta per decenni in frizione con i principi dell'ordinamento penitenziario, penale e processuale, smentendoli tutti insieme: per i condannati a pene temporanee ha impedito il graduale e controllato rientro in società e ha perciò comportato passaggi bruschi dalla completa restrizione alla completa libertà, con effetti deleteri sulla sicurezza collettiva; per i condannati all'ergastolo ha vanificato l'imperativo costituzionale e convenzionale di lasciare ad ogni essere umano almeno la speranza di non morire in carcere; per tutti, è entrata in un rapporto estremamente problematico con il diritto al silenzio e con la libertà di non collaborare.

ordinarie valevoli per tutti gli altri detenuti, era chiaramente inquadrato dai commentatori dell'epoca come un evidente "irrigidimento" delle condizioni di accesso alle misure extramurarie (D. MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. 152/91 e l.203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Lp*, 1992, 858. Lo rilevava, ancora, la Corte costituzionale nella pronuncia 306/1993, dove chiaramente si riferiva non già a benefici per i collaboratori ma ad una mera «esenzione dagli inasprimenti della quota di pena necessaria per l'ammissione a taluni benefici penitenziari». La stessa espressione è utilizzata, più di recente, da Cass. 30 febbraio 2016, n. 37578, Modeo, in *CED Cass.*, n. 268250. V. altresì, Corte cost. 1 marzo 1995, n. 68. Quando il meccanismo dell'art. 4-*bis* ord. penit. si salda con quello dell'art. 41-*bis* ord. penit. il passaggio dalla previsione di premi per chi collabora a quello di castighi per chi non lo fa diviene ancor più smaccato: v. G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1507.

¹⁹⁰ Dato di realtà che fu subito posto in luce dalla Corte costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 306 del 1993: «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione».

¹⁹¹ Essendo stata accolta anche dalla Corte costituzionale in molteplici pronunce. V. ad es. Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 308; Corte cost., 24 aprile 2023, n. 135.

3. Gli spiragli aperti dalla riforma del 2022 e i confini sfocati dei nuovi presupposti per l'accesso a misure esterne

La recente riforma, senza dubbio, muta gli assetti di questo sistema, superando la presunzione assoluta di persistenza del vincolo associativo e rendendola relativa. Nondimeno il legislatore, costretto suo malgrado ad intaccare la rigidità del congegno, è andato ben al di là di quanto la Corte costituzionale aveva richiesto. La legge n. 199 del 2022 ha inondato il sistema con un'alluvione di condizioni, requisiti, passaggi procedurali, prescrizioni aggiuntive, allungamento dei tempi di espiazione e di sperimentazione all'esterno, oltre ad aver indefinitamente ampliato lo spettro dei reati ostativi, aggiungendovi ogni ipotesi criminosa ad essi legata da vincoli teleologici¹⁹² e dunque slabbrando ancora le maglie del meccanismo preclusivo, la cui *ratio* risulta in tal modo ulteriormente appannata¹⁹³. Nelle parti che hanno inteso restare fedeli alle decisioni del giudice delle leggi, le nuove previsioni ricalcano il lessico proprio degli apparati motivazionali e non delle prescrizioni normative. Alcune delle espressioni più ambigue della novella sono state pedissequamente mutate, difatti, dai passaggi argomentativi della sentenza costituzionale n. 253 del 2019, con una mera traslazione in legge d'indicazioni che avrebbero richiesto non certo un copia-incolla ma un accorto innesto in un sistema ormai fuori squadra e molto difficile da raddrizzare.

Per fruire di qualunque misura di risocializzazione esterna la nuova versione dell'art. 4-*bis* ord. penit. aggiunge oggi ai consueti presupposti un blocco di condizioni ulteriori, che vertono su un differente oggetto di accertamento, su un diverso *thema probandum*, non del tutto sovrapponibile al rischio di recidiva, già richiesto da molte norme dell'ordinamento penitenziario per riguadagnare spiragli di libertà¹⁹⁴. Si tratta invero di qualcosa di più sfumato, specie dopo le manipolazioni della formula – assai più limpida – che era stata delineata dalla Corte costituzionale¹⁹⁵. Per i reati di criminalità organizzata, terroristica o eversi-

¹⁹² V. sul punto A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di "divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia"*, in *Giur. pen. web*, 2022, f. II, 10 ss.

¹⁹³ Ritene che la novella offra "un quadro normativo per molti versi deteriore rispetto al precedente" F. MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sist. pen.*, 2025, f. p. 110; S. METRANGOLO, *op. cit.*, 45, sostiene che le «previsioni messe a punto dal d.l. 162/2022 superano soltanto formalmente gli automatismi legislativi che caratterizzavano la previgente versione dell'art. 4-*bis*».

¹⁹⁴ Così dispongono ad es. gli artt. 20-*ter* comma 6, 47 commi 2 e 3-*ter*, 47 comma 1-*bis*, 47-*quinquies* commi 1 e 1-*bis* ord. penit.

¹⁹⁵ Nella sentenza n. 253 del 2019, per vero criticata per l'introduzione di simile criterio. V., tra i molti, M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent.*

va (art. 4-*bis* comma 1-*bis* ord. penit.) occorre infatti escludere non solo l'attualità di collegamenti con i gruppi criminali di provenienza, e il pericolo del loro ripristino, ma anche l'assenza, presente e futura, di legami con il mero "contesto" nel quale il reato è stato commesso, anche indiretti o tramite terzi. Il lemma, che per le fattispecie di maggiore allarme obbliga a verifiche aggiuntive rispetto alla centrale questione dei rapporti con le associazioni per delinquere, per le residue ipotesi di "prima fascia" non ricollegabili alle attività di gruppi strutturati (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*.1 ord. penit.) diviene addirittura unico cardine del giudizio sulla possibile fruizione di strumenti di risocializzazione: escludere rapporti in essere, anche mediati, con il contesto di commissione del reato è la soluzione, tutt'altro che ingegnosa e persuasiva, che il legislatore ha escogitato per rimediare alle vistose incoerenze da cui è affetto l'impianto ormai informe dell'art. 4-*bis*, evocate anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza monito del 2021¹⁹⁶.

Rispetto al rischio di commissione di altri reati, e di riallacciare rapporti con sodalizi strutturati, la previsione introduce una soglia di allerta estremamente anticipata: chi aspiri a percorsi di risocializzazione parrebbe dover dimostrare l'implausibilità di qualsivoglia contatto con un certo *humus* sociale, un *milieu* che neppure sembra dover essere necessariamente criminale, poiché il lemma, inafferrabile, potrebbe intendersi riferito al mero ambiente di provenienza del condannato, se in quell'area territoriale (come accade nella più parte dei casi) la legge penale è stata violata¹⁹⁷. La lettera dell'art. 4-*bis* ord. penit. avvalorava questa

n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019, che riconosceva al neo-introdotta criterio la natura di "presunzione semi-assoluta"; M. MICHETTI, *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducativa della pena ed esigenze di politica criminale*, in *GCost*, 2019, 3129 che osservava come "l'aggravio probatorio" rischiasse di "risolversi in un elemento discriminatorio ed invincibile", in grado di riportare di fatto ad una situazione non troppo diversa da quella censurata. Sulla pronuncia, vera pietra miliare nella materia in esame, v. anche A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *GCost*, 2019, 3323 ss.; M. BORTOLATO, *Il futuro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Brevi riflessioni sulla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *DPP*, 2020, 632 ss.; S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio AIC*, 2020, f. 2, 324 ss.; R. DE VITO, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 349 ss.; A. MENGhini, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.*, in *GI*, 2020, 410 ss.

¹⁹⁶ Corte cost., ord. n. 97 del 2021, § 10.

¹⁹⁷ Il comma 1-*bis* prevede infatti che gli elementi da produrre consentano «di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e [corsivo nostro] con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di

lettura, poiché utilizza la congiunzione “e” con riferimento ai possibili legami con il contesto della condotta illecita, ulteriori rispetto ai temuti collegamenti con i gruppi organizzati, la cui accertata rottura dovrebbe invece rappresentare l’unico obiettivo delle condizioni poste dalla legge. L’oggettiva difficoltà delle prognosi su comportamenti futuri, unita all’impalpabilità di questo requisito¹⁹⁸, su cui si giocano decisioni importantissime, cala la norma in una genericità concettuale e una vaghezza talmente densa da rendere urgente una riflessione sul lessico delle fattispecie penitenziarie che, come la Corte costituzionale ha finalmente ammesso, attengono alla materia penale, specie quando delineano l’accesso alle misure alternative¹⁹⁹. Ciò dovrebbe implicare, come conseguenza necessitata, un obbligo di maggiore determinatezza dei presupposti da vagliare per via giudiziale nella fase esecutiva.

Nel caso di specie, oltretutto, la formula mal si concilia con gli obiettivi e gli orizzonti del trattamento rieducativo che postulano la possibilità di contatti, sani, con il contesto d’origine del condannato e la sua capacità di farvi ritorno senza violare la legge. E rischia altresì d’impedire in radice la praticabilità dei percorsi di reinserimento, poiché sembra supporre una pretesa – tanto irrealizzabile quanto non avanzabile in uno Stato liberale – di rottura di ogni legame

tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi», mentre il comma 1-bis.1 allude alla sola necessità di «escludere l’attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso».

¹⁹⁸ F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l’interprete*, in *Giust. insieme*, 2 novembre 2022, rileva l’“assoluta novità” della “comparsa sulla scena della nozione di ‘contesto nel quale il reato è stato commesso’, segnata da una genericità che soltanto la giurisprudenza di merito, e poi di legittimità, potrà tentare di colmare”; R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”? Riflessioni e interrogativi sul decreto legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. giust.*, 2 novembre 2022, biasima l’introduzione di “concetti elastici”, “privi di riferimenti a una materialità dimostrabile”. F. FIORENTIN, *I criteri per l’accesso ai benefici rischiano l’incostituzionalità*, in *GD*, 2022, f. 42, 29, solleva a riguardo dubbi di costituzionalità.

¹⁹⁹ Corte cost. 26 febbraio 2020, n. 32, salutata unanimemente come decisione necessaria. V. tra i molti V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020, che rimarcano la portata storica della pronuncia, anche per resa con la «livrea, solenne, della sentenza di accoglimento» (6); C. SCACCIAOCE, *La Corte costituzionale apre al divieto di retroattività del novum penitenziario in malam partem*, in *PPG*, 2020, 1170 ss., che la definisce “coraggiosa”; A. GARGANI, *L’estensione ‘selettiva’ del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione ‘storica’*, in *GCost*, 2020, 263 ss. pone in risalto l’“indubbia innovatività” e il “pregnante significato giuridico e civile” della pronuncia.

con la vita passata, familiare, amicale, territoriale²⁰⁰, ancorché non connessa a un definito pericolo di commissione di specifici reati; con la correlata necessità di costruire dal carcere nuove possibilità abitative, lavorative, di sostentamento e di relazione in ambienti del tutto estranei, casomai dopo una prolungata cattività. Per riportare la previsione nell'alveo dell'art. 27, comma 3 Cost. occorre allora dare un significato rigoroso al termine «contesto nel quale il reato è stato commesso», da leggere come riferito a specifiche realtà criminali, senza ampliarne le maglie sino ad includere ambiti meramente territoriali, familiari o sociali non chiaramente, e soggettivamente, correlati alla possibile realizzazione di condotte penalmente illecite. Seppure la precisazione sull'idoneità preclusiva di meri «collegamenti indiretti o tramite terzi» con l'ambiente da cui il richiedente andrebbe sradicato e isolato (e dunque anche legami di parentela, amicizia, lavoro?) appaia ulteriormente l'esigenza di ancorare il giudizio a pericoli dotati di concretezza, offrendo la sponda a una discrezionalità *contra reum* senza confini. La previsione può tuttavia essere letta alla luce del comma 1-bis.1 dell'art. 4-bis ord. penit., dedicato alle prescrizioni suscettibili d'essere imposte al condannato. Con espressioni dotate di maggiore determinatezza e coerenza, vi si specifica che i vincoli vadano concepiti per scongiurare il pericolo di nuovi collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e per impedire attività o rapporti personali che possano portare al compimento di altri reati. Anche il quarto periodo dell'art. 4-bis, comma 2 ord. penit., dedicato alle verifiche procedurali sulla fondatezza delle istanze avanzate, allude opportunamente alla raccolta di informazioni sul solo contesto «criminale» di consumazione del reato.

4. Gli indici normativi di rottura dei legami con il passato criminale e i rigidi recinti del vaglio giudiziale

L'assenza di legami col contesto criminale, oggetto di prova, va tratta da indici con cui la legge intende guidare, o più probabilmente imbrigliare, le decisioni della magistratura²⁰¹.

²⁰⁰ Ritiene che non debba essere ricompreso nell'alveo applicativo della disposizione lo sganciamento territoriale, poiché si imporrebbe «al condannato una scelta che può rivelarsi drammatica, non solo per sé ma per il suo nucleo familiare», F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit.

²⁰¹ R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto legge che riscrive il 4-bis*, in *QG*, 2 novembre 2022 trae dalle nuove previsioni «il legittimo sospetto» che il legislatore «abbia inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo. Insomma, che si sia passati dalla presunzione assoluta di

Tra di essi, spicca la quasi irrilevanza dei percorsi rieducativi, nominati solo per chiarire che non bastano, non sono sufficienti²⁰². Gli elementi su cui soffermarsi devono essere “diversi e ulteriori” rispetto alla regolare condotta carceraria e alla fruizione delle occasioni di reintegrazione sociale. Il secondo aggettivo lascia indirettamente intendere che un percorso penitenziario positivo sia necessario, relegando comunque simile esito ad un ruolo che appare paradossalmente marginale. Viene tuttavia da chiedersi quali aspetti differenti dalla sua vita in carcere e dall’adesione proficua al programma rieducativo potrà mai addurre un condannato che davvero non abbia più contatti, da lungo tempo, con il mondo delinquenziale, ma si sia impegnato nel cammino di reinserimento proposto e guidato dal personale penitenziario²⁰³.

pericolosità sociale alla prova impossibile di non pericolosità». P. CORVI, *Ergastolo ostativo: la risposta del legislatore alla Consulta*, in *PPG*, 2023, f., 3, 728 riconosce a sua volta molti «segnali che tradiscono l'intento del legislatore di inasprire la disciplina dell'ostatività penitenziaria, una volta apportate, *obtorto collo*, le modifiche necessarie a scongiurare il pericolo di una declaratoria di incostituzionalità». Per F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piovve: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio cost. AIC*, 2023, f. 3, 39, la riforma «sembra animata dall'esigenza di preservare il complessivo impianto di rigore anziché da quella di rimodularlo secondo le indicazioni della Corte costituzionale».

²⁰² Art. 4-*bis* commi 1-*bis* e 1-*bis*.1, meccanicamente tratti da un passaggio motivazionale della sent. n. 253 del 2019 (§ 9: «la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta» può essere «superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi»).

²⁰³ Emblematica di pretese inappagabili la posizione del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che emerge dall'ordinanza di inammissibilità, annullata da Cass., Sez., I, 14 luglio 2021, n. 33743, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2021, di una istanza di permesso premio avanzata da un ergastolano ostativo prima della riforma del 2022 ma dopo la sentenza costituzionale n. 253 del 2019. È il giudice di legittimità a riportare il cuore della decisione di quello di merito, secondo cui «pur avendo il detenuto rappresentato la regolarità del proprio percorso trattamentale, la partecipazione alle attività rieducative proposte, l'avvenuta concessione di liberazione anticipata, il lungo periodo di detenzione sofferto, l'assenza di trattenimento di missive, l'assenza di carichi pendenti e l'assenza di segnalazioni di polizia», nulla veniva riportato «circa il contesto mafioso di appartenenza», la «sorte degli altri sodali» e la «eventuale operatività della associazione nel territorio di origine». Come giustamente replica la Cassazione, l'istante non può essere obbligato a riferire «circostanze di fatto estranee alla sua esperienza percettiva e, soprattutto non può fornire – in via diretta – la prova negativa 'diretta' di una condizione relazionale, quale è il 'pericolo di ripristino' dei contatti. Il pericolo è, infatti, sempre frutto di un giudizio prognostico – spettante al giudice – su cui la parte può incidere in modo solo relativo, manifestando la correttezza del percorso rieducativo».

La Cassazione nelle pronunce rese sui parametri posti dalla sentenza n. 253 del 2019 era stata cristallina sul punto: i percorsi rieducativi, il tempo trascorso dal reato commesso, l'evoluzione concreta del comportamento del condannato sono il cuore del vaglio che la Corte costituzionale ha imposto di restituire alla giurisdizione. La questione del vincolo associativo non è perciò demandata solo a procure e polizia, chiamate a fornire dati preziosi sul contesto delittuoso di provenienza dell'interessato, ma deve inglobare e valorizzare informazioni sui traguardi conseguiti sulla via del recupero sociale²⁰⁴. La magistratura di sorveglianza e la giurisprudenza di legittimità dovrebbero continuare a muoversi entro queste coordinate, le sole rispettose della giurisprudenza costituzionale.

Gli altri indici di rottura del vincolo, quelli considerati invece rilevanti dal nuovo assetto normativo, sembrano distinguersi in necessari – il risarcimento del danno e le iniziative riparatorie verso le vittime – ed eventuali, ossia non meglio definite circostanze personali e ambientali²⁰⁵, possibili spiegazioni sui motivi della mancata collaborazione, la revisione critica della condotta criminosa. Quest'ultima, in verità, data l'ambigua formulazione del periodo, non si comprende se sia da intendere come sempre indispensabile e con quali gradazioni.

Il legislatore avrebbe fatto meglio a indicare tutti questi gesti, comportamenti e condizioni come elementi a cui il giudice può appoggiarsi, attingendo all'uno o all'altro a seconda della misura chiesta, del reato commesso, dell'entità della pena. È senz'altro condivisibile, posta la delicatezza della valutazione, cercare di tipizzare le condotte rilevanti così da offrire agli organi decidenti una rosa di segnali positivi che, in via generale, possono risultare rivelatori del definitivo allontanamento dalle organizzazioni criminali. Ma esigere sempre tutto insieme, per ogni tipologia di reato incluso nella lista, per qualsiasi misura della pena da scontare, per qualunque strumento risocializzativo richiesto, e prevedere in anticipo e in astratto cosa sia determinante e cosa non lo sia incide pesantemente, oltre che sul convincimento del giudice, su un terreno dotato di propri equilibri interni che risultano così scompaginati.

La previsione anzitutto appiattisce i gradini della progressione nel trattamento²⁰⁶, livellandoli: il risarcimento del danno viene richiesto per ogni misura, an-

²⁰⁴ Cass., Sez. V, sent. 28 febbraio 2022, n. 19536, Barranca, in *CED Cass.* n. 283096.

²⁰⁵ Anche questa espressione è tratta da un passaggio della motivazione di Corte cost., sent. n. 253 del 2019 (§ 9).

²⁰⁶ Per R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"?*, cit., «suona incongruente» e «rischia di svilire il principio di gradualità», mentre per F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piove*, cit. 44, l'«omologazione annichilisce il connotato della progressione trattamentale». Scorge nell'uniformità dei requisiti possibili vizi di irragionevolezza e dunque di violazione dell'art. 3 Cost. M. PASSIONE, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di*

che per il lavoro all'esterno, mentre, all'opposto, la revisione critica viene suggerita anche per la liberazione condizionale, quando la legge imporrebbe in tal caso un traguardo più avanzato, in grado di includerla, ossia il sicuro ravvedimento del reo; almeno il tentativo di avviare percorsi di giustizia riparativa, d'altro canto, sembra in ogni caso obbligatorio mentre i canoni fondativi di questa forma alternativa di risposta ai comportamenti criminali – immediatamente smentiti – la vorrebbero del tutto volontaria e spontanea²⁰⁷. Stando così le cose, l'unico modo per restituire coerenza al sistema sarebbe imporre per legge una precisa successione tra misure risocializzative, come avevano suggerito le proposte della Commissione Giostra²⁰⁸. Se i requisiti si uniformano, e la sequenza degli strumenti di reintegrazione non è imposta, l'interessato punterà sempre e prioritariamente alle possibilità maggiormente liberatorie, con una vanificazione della progressività trattamentale.

La necessaria, contestuale ricorrenza della messe di verifiche e requisiti aggiuntivi rispetto agli ordinari presupposti delle misure di riavvicinamento alla società esterna crea poi vistose incongruenze con i reati di seconda fascia: nessuna di queste condizioni è imposta all'omicida o al pluriomicida (non per mafia) né a chi sia dedito ad estorsioni; le iniziative riparatorie e i risarcimenti, la revisione critica, i tagli netti con il passato si chiedono però a chi abbia contrabbandato tabacco, o allo straniero che abbia fatto entrare cinque parenti irregolari nel nostro

modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-bis o.p., in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022. Critica anche L. SIRACUSA, *Il decreto-legge n. 162/2022 e la riforma del regime ostativo*, in *DisCrimen*, 16 dicembre 2022, 4 ss.

²⁰⁷ L'art. 4-*bis* commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 dispone infatti che «al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta», verbo imperativo, «la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Si sofferma sulla incongruenza M. PASSIONE, *loc. ult. cit.*

²⁰⁸ Nell'intento di «accentuare il valore della gradualità del trattamento» si suggerivano modifiche, vevoli per gli ergastolani, al regime di semilibertà, da rendere accessibile dopo vent'anni di detenzione e cinque anni consecutivi di permessi premio fruiti positivamente, e a quello della liberazione condizionale, ottenibile dopo cinque anni consecutivi di positiva sperimentazione del regime di semilibertà (v. Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, Nuova editrice universitaria, Roma, 2019, 227 e 235 ss.).

Stato²⁰⁹ e persino per i reati connessi con simili fattispecie²¹⁰. Il sistema barocco dell'art. 4-bis è oramai impossibile da raddrizzare, non riesce a diventare coerente: si regge su un viluppo sempre più contorto d'irragionevolezza che saranno da sciogliere una ad una, come un groviglio di nodi. Le plurime condizioni introdotte dalla novella, difatti, non hanno tutte a che fare con legami criminali da appurare e da sciogliere, atteggiandosi piuttosto a meri segnali di un trattamento genericamente più severo, svincolato dallo scopo primario e dalla giustificazione razionale dei “doppi binari”. L'operazione legislativa di esplicitazione e parametrazione del vaglio giudiziale finisce perciò per far risaltare in modo più netto l'arbitrarietà dell'inclusione e dell'esclusione di fattispecie nelle diverse categorie.

5. Gli elementi su cui fondare la decisione: eccessi e distonie di una procedura rafforzata

La legge interviene poi sul compendio probatorio a sostegno delle delicate decisioni, imponendo una rigorosa raccolta d'informazioni, dati e pareri. Per i reati di loro competenza le procure antimafia si stanno organizzando: la Direzione nazionale ha diramato istruzioni che impongono di censire i detenuti che potrebbero avvalersi delle nuove possibilità e di creare per ciascuno una cartella personale, che raccolga – grazie alle potenti banche dati centralizzate – qualunque dato rilevante²¹¹. Censimento da salutare con favore perché finalmente porterà alla luce

²⁰⁹ Evenienza sufficiente ad integrare un reato di prima fascia, così come aver procurato l'ingresso illegale di stranieri, o averci anche solo provato, se il fatto è commesso insieme ad altre due persone in concorso, o utilizzando documenti contraffatti, oppure servizi internazionali di trasporto (art. 12, comma 3 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Le incoerenze interne all'art. 4-bis sono da tempo denunciate: v. per tutti G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 59 ss.

²¹⁰ Sui problemi posti dalla nuova lista “aperta” dei reati ostativi per connessione e sul possibile contrasto con Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, v. Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sul D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, contenente disposizioni di particolare rilevanza per il sistema giudiziario*, delibera 22 dicembre 2022, 7 ss. Le ripercussioni sui severi oneri di allegazione imposti al condannato di reato connesso, che potrebbe essere rimasto del tutto estraneo all'organizzazione criminale ed essere stato coinvolto solo occasionalmente e marginalmente negli episodi delittuosi ad essa collegati, sono evidenziate da R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”?*, cit.

²¹¹ Protocollo d'intesa del 29 dicembre 2022 tra Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ed i Procuratori distrettuali della Repubblica, reperibile in *Sist. pen.*, 5 maggio 2023. A commento, v. G. FILOCAMO, *Nuovo art. 4-bis ord. penit.: il Protocollo operativo della DNAA e i risvolti applicativi del “regime probatorio rafforzato” per i condannati non collaboranti*, *ivi*, 2023, f. 5., 213 ss.

il numero (seppur ridotto ai reati di primissima fascia) delle persone soggette alla disciplina dell'art. 4-*bis*, mai calcolato e perciò sempre rimasto sommerso²¹², mentre sarebbe fondamentale percepire la vastità del fenomeno preclusivo.

Queste informazioni non devono tuttavia limitarsi, come troppo spesso accade, ad evocare il profilo criminale dell'istante e la perdurante operatività dell'organizzazione a cui apparteneva: il primo dato è infatti imm modificabile, appartenendo al passato; il secondo, pur rilevante, è indipendente dalla volontà dell'interessato e del tutto sottratto alla sua sfera di potere. Il gruppo criminale può certo sopravvivere nel tempo ma non è detto che dopo decenni dai fatti sia propenso a riaccogliere il già affiliato, né, soprattutto, che questi intenda farvi rientro. I contenuti dei *dossier* inviati dagli inquirenti vanno perciò necessariamente aggiornati e individualizzati, dovendo recare specificazioni – queste sì preziose per la magistratura di sorveglianza – su eventuali tentativi di riavvicinare il condannato, su movimentazioni atte a prepararne il ritorno, su plausibili ruoli che potrebbero ancora essergli assegnati in seno al sodalizio. In ogni caso il giudice non potrebbe appagarsi di informazioni radicate nel passato o non riferibili direttamente alla situazione corrente del detenuto; altrimenti, come di nuovo la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato, la disciplina in esame striderebbe ancora con i postulati del principio risocializzativo e con i tratti propri del giudizio di sorveglianza: il trascorso delittuoso, che d'altra parte è ben noto all'organo giudicante, deve porsi «in bilanciamento con il percorso rieducativo» e non può essere «pregiudizialmente assorbente delle verifiche cui è tenuto il giudice di sorveglianza, la cui funzione altrimenti sarebbe svilita e ridotta a quella di mera constatazione dell'insuperabile gravità dei delitti commessi dal condannato»²¹³. Se il profilo criminale del reo fosse sempre soverchiante rispetto al tempo della riabilitazione rientrerebbe insomma dalla finestra la presunzione assoluta d'irrecuperabilità che la Corte costituzionale ed europea hanno inteso espungere dal sistema.

La magistratura di sorveglianza non dovrà poi dar per provata qualunque segnalazione ricevuta, con atteggiamento condiscendente o remissivo. Ove ad esempio le venisse offerto, come si evince dal tenore del Protocollo, il risultato di mere consultazioni delle banche dati a disposizione delle procure antimafia, la cautela valutativa sarebbe d'obbligo. Simili elementi hanno il valore di meri spunti investigativi, o fungono da sprone per il coordinamento tra inquirenti, ma

²¹² Ne tenta una stima D. GALLIANI, *Il decreto-legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2022.

²¹³ Sono le parole limpide e del tutto condivisibili di Cass., Sez. V, sent. 28 febbraio 2022, n. 19536, Barranca, cit.

non sono basi conoscitive solide e verificate, da accettare pedissequamente in giudizio come per forza convincenti. Quando è in gioco il fondamentale diritto alla speranza dei condannati il materiale prospettato va sottoposto a vagli rigosi. Sep pure in fase esecutiva si rinunci (purtroppo) al *gold standard* del contraddittorio nella formazione della prova, ciò non significa che ogni prospettazione pervenuta dagli organi inquirenti vada accolta come incontrovertibile. Occorrerà perciò indagare l'origine delle informazioni ricevute, distinguere la fase (processuale, investigativa o pre-procedimentale) in cui sono emerse, considerarne le modalità di acquisizione e in ogni caso verificarne la tenuta dimostrativa.

Il forte peso che il passato del detenuto conserva in questa delicata fase decisoria trapela anche dalla disciplina del parere da richiedere al pubblico ministero del primo grado di giudizio²¹⁴. Viene da domandarsi cosa possa aggiungere questo interlocutore a quanto risulta cristallizzato nella sentenza definitiva, casomai frutto dello scrutinio di più giudici d'impugnazione. Sulla ricostruzione dei fatti, dopo il giudicato, non fa più fede la visione dell'accusa, specie di primo grado, ma la verità processuale è quella ricostruita dal dispositivo e dalla motivazione della pronuncia irrevocabile. Se scopo dell'interpello è invece ottenere aggiornamenti su possibili vicende successive e collegate, non è affatto detto che gli stessi pubblici ministeri siano chiamati ad occuparsene, date le complesse regole che radicano la cognizione delle cause²¹⁵. La previsione sembra piuttosto esprimere una sorta di concezione proprietaria delle procure sui condannati nei cui confronti hanno proceduto, anche in tempi ormai lontani; concezione, trapelante anche dall'art. 4-bis, comma 2-ter ord. penit., che non si addice a una funzione impersonale come quella del pubblico ministero.

Senza dubbio utili possono dimostrarsi le indagini sui redditi, i beni, il tenore di vita dei familiari dell'istante²¹⁶. La legge le prevede tuttavia in maniera indifferenziata, anche per reati per i quali simili approfondimenti non sembrano assumere particolare significato, come ad esempio la pedopornografia, o la violenza

²¹⁴ Art. 4-bis comma 2, quinto periodo ord. penit. Nulla esclude, oltretutto, che proprio in primo grado il processo si sia concluso con un proscioglimento (v. F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit.; F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piove*, cit., 49).

²¹⁵ Sebbene il riferimento a veri e propri "pareri" induca a ritenere che nella comunicazione vadano incluse componenti valutative, che E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sist. pen.*, 7 novembre 2022, ritiene inopportuno non siano riservate al giudice. V. anche ID., *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1499.

²¹⁶ Anch'esse contemplate dal quinto periodo del comma 2 dell'art. 4-bis ord. penit. e che la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo affida allo SCICO della Guardia di Finanza e alla polizia giudiziaria eventualmente impegnata in attività investigative «sul contesto associativo riferibile al detenuto istante» (così il Protocollo citato in nota 38).

sessuale di gruppo. La disposizione, che indica come obiettivo delle inchieste patrimoniali non solo gli appartenenti al nucleo familiare del reo, ma anche «le persone ad esso collegate» traccia inoltre un orizzonte applicativo talmente vago e dilatato da rendere le attività previste ingiustificate e probabilmente irrealizzabili. Le persone che entrano genericamente in relazione con una famiglia possono essere centinaia, giacché non si specifica quanto intensi debbano essere i vincoli o i contatti tra i conoscenti. Ma soprattutto, ed è l'aspetto più inquietante della previsione, il fondamento di un simile potere statale di avviare indagini a tappeto sulle condizioni patrimoniali ed economiche di persone ignare e non coinvolte in vicende penali appare non sufficientemente saldo e convincente, date la sua estensione e l'occasione del suo conferimento: gli accertamenti richiesti scattano, indistintamente e ineluttabilmente, solo perché qualcuno ha l'avventura di conoscere un familiare di una persona detenuta che abbia chiesto un permesso, il lavoro all'esterno o una misura alternativa. La norma consegna in tal modo alle pubbliche autorità un potere intenso e pervasivo che non sembra rispettoso dei canoni di proporzione. Anche in questo caso, la disposizione sarebbe stata, invero, del tutto condivisibile se la sua formulazione ne avesse assicurato maggiore determinatezza e se avesse offerto alla magistratura di sorveglianza la *possibilità* di disporre simili inchieste, *all'occorrenza* e non in via obbligata. È infatti ben possibile che in certi casi, specie per delitti di stampo mafioso, verifiche patrimoniali accurate possano disvelare legami ancora vitali, o fornire segnali di preparazione del rientro dell'affiliato nel gruppo criminale. Ma l'obbligo di simili istruttorie, insieme al vaporoso concetto di "collegamenti" con un certo nucleo familiare, finiscono per trasformare uno strumento prezioso, se opportunamente dosato a seconda della specificità dei casi concreti, in un potere eccessivo e irragionevole. Anche questa sarà pertanto una norma da ridimensionare in sede interpretativa, o sarà la forza della realtà a smussarne comunque i confini.

La prevista messe di indagini, pareri, verifiche è da replicare trimestralmente per le misure che comportano ripetuti ingressi e uscite dal carcere, come lavoro all'esterno e permessi premio²¹⁷. L'obbligo di meccanica reiterazione produrrà inevitabili ripercussioni sulla continuità dei percorsi trattamentali, che risulteranno di fatto rallentati e disseminati di lunghe stasi. L'endemica scarsità di risorse che connota la giurisdizione di sorveglianza già oggi rende estremamente laboriose, anche fuori dai regimi speciali, le decisioni sui primi contatti con l'ambiente esterno, con un recupero di fluidità nelle valutazioni successive. Nei casi in esame gli ostacoli giuridici si salderanno con quelli pratici, organizzativi, umani, con un'alleanza che sembra quasi sperata dalla legge.

²¹⁷ Art. 4-*bis* comma 2-*bis*.I ord. penit.

Se poi da tutto questo dispiegamento imponente di mezzi e forze emergessero meri “indizi” di possibili legami col tessuto criminale, graverebbe oggi sul condannato, recluso in carcere e con minime possibilità di raccolta di elementi a favore, un paradossale onere di dar “prova” del contrario²¹⁸. Lo squilibrio anche giuridico tra gradi di conoscenza ammessi (quello inferiore, accettato per pubblici ministeri e organi di polizia) e pretesi (quello superiore, richiesto al detenuto) non potrà che essere sanato e appianato dalla giurisprudenza di sorveglianza. Gli approdi, ormai pacifici, sulla ripartizione tra obblighi di allegazione dell’istante e doveri di integrazione officiosa dell’accertamento ad opera del giudice²¹⁹ dovranno essere ancora una volta riproposti, giacché resta immutata la struttura del rito così come il deficit di possibilità dimostrative praticabili dal condannato. Seppure lo slittamento da concetti più elastici, come quello di elementi tali da escludere la sussistenza di collegamenti o il rischio del loro ripristino, a categorie più nette, come il vero e proprio “onere” di «fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria» potrebbero rendere più difficoltose mitigazioni giurisprudenziali della rigidità normativa.

²¹⁸ Art. 4-*bis* comma 2, nono periodo ord. penit. Il requisito è stato acriticamente mutuato da un passaggio (§ 9) di Corte cost., sent. n. 253 del 2019, che a sua volta lo giustificava richiamando approdi giurisprudenziali risalenti (Cass., Sez. I, 13 aprile 1992 n. 1639, Giampalolo, in *CED Cass.* n. 190111) e in verità pronunciati a favore del condannato. Nella sentenza citata, difatti, la Corte di cassazione chiariva che la concessione di un beneficio non poteva essere esclusa «solo sulla base di un apodittico ed immotivato parere negativo del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica (al quale in realtà non compete di formulare ‘pareri’ ma solo di fungere da tramite per l’acquisizione delle ‘dettagliate informazioni’ di cui al secondo comma dell’art. 1 del citato D.L. n. 152/91)», dovendo invece il giudice «quanto meno prendere in esame anche gli elementi eventualmente adottati dalla difesa, volti a dimostrare, in positivo, la insussistenza dei collegamenti».

²¹⁹ La giurisprudenza, ormai consolidata, sulla possibilità di pretendere dalle persone detenute soli oneri di allegazione si è sviluppata in materia di collaborazione impossibile e inesigibile (v. ad es. Cass., Sez. I, sent. 12 ottobre 2017, n. 47044, Sorice, in *CED Cass.* n. 271474; Cass. Sez. I, sent. 8 luglio 2019, n. 29869, Lamberti in *CED Cass.* n. 276405) ed è stata confermata dalle più recenti pronunce successive a Corte cost., sent. n. 253 del 2019 con riguardo ai parametri fissati dalla pronuncia per la concessione al non collaborante per scelta dei permessi premio (Cass., Sez. I, 14 luglio 2021, n. 33743, cit.). È stato così chiarito che l’interessato è chiamato a produrre “indicazioni di massima” dal valore antagonista rispetto alla presunzione della sua pericolosità che devono essere sì specifiche ma non complete, spettando al giudice il compito di integrarle mediante l’esercizio dei suoi poteri officiosi. V. F. GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell’ergastolano non collaborante*, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2021.

6. La pronuncia del giudice e le ingerenze della legge: i segnali di un rapporto ancora sbilanciato

La legge, dopo aver guidato passo-passo la magistratura di sorveglianza nelle scelte da adottare, con l'enunciazione dei temi di prova, i cataloghi degli indici dimostrativi, i vincoli all'attività istruttoria, esige anche obblighi motivazionali rafforzati²²⁰. V'è da supporre che, anche in assenza dell'esplicita condizione normativa, le pronunce in una materia così delicata sarebbero state accurate nel dar conto delle ragioni a loro fondamento e degli elementi eventualmente disattesi²²¹. La forma dell'ordinanza, del resto, esige già una esplicitazione compiuta dei passaggi che preludono alla decisione. L'imposizione ha perciò il sapore di un ulteriore segnale di diffidente sfiducia verso la giurisdizione rieducativa, a cui si impartisce una sorta di occhiuta pedagogia.

Con lo stesso intento d'ingerirsi anche nel tenore della pronuncia giudiziale, la riforma impone specifici contenuti alla speciale libertà vigilata decennale, misura di controllo da impartire agli ergastolani che ottengano la liberazione condizionale senza aver collaborato con la giustizia. Invece di lasciare al giudice, come vorrebbe l'art. 228 c.p., l'individuazione delle prescrizioni più idonee nel caso concreto ad evitare la commissione di reati, è la legge ad imporre dall'alto e in via generale un netto divieto d'incontro, e di qualsiasi contatto, con persone condannate per una lunga lista di reati o sottoposte a misure di prevenzione personali²²². Si è di nuovo al cospetto di una norma che, per assolutezza e rigidità, travalica i limiti che il potere statale può esercitare sugli individui: si finisce infatti per impedire al liberato condizionalmente di mantenere rapporti anche con il suo nucleo familiare più stretto, ove uno dei prossimi congiunti sia stato, anche in un passato lontano, coinvolto in una vicenda penale, o sia attualmente sottoposto alle misure previste dal codice antimafia. Non si fa eccezione nemmeno per genitori, figli o coniugi, né si tiene conto di eventuali provvedimenti di riabilitazione nel frattempo intervenuti, laddove i detenuti, e anche quelli ristretti al 41-*bis*, possono coltivare gli affetti familiari senza condizioni di questo genere. Il comune obbligo giudiziale di «non frequentare pregiudicati», modulabile nei singoli casi concreti, diviene norma valevole *erga omnes* e senza eccezioni. La disciplina dei reati ostativi continua così a non trovare un sano punto di equili-

²²⁰ Il decimo periodo dell'art. 4-*bis* comma 2 ord. penit. impone al giudice di indicare in modo specifico le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza, soffermandosi obbligatoriamente sui pareri delle procure.

²²¹ F. GIANFILIPPI, *op. cit.*, osserva giustamente che ciò non è altro che «il cuore del mestiere del giudice».

²²² Art. 2 comma 2, secondo periodo l. n. 203 del 1991.

brio tra i compiti propri della legge e quelli tipici del giudice²²³, che in materia di libertà personale – della sua privazione così come della sua restituzione – dovrebbero secondo la Costituzione essere distribuiti senza che i primi si sostituiscano ai secondi, e viceversa. Accade infatti che, finché il procedimento è in corso e si tratta di decidere sulla perdita della libertà, è il giudice che tende a travalicare limiti della legalità processuale; dopo il giudicato, quando occorre invece valutare se le restrizioni imposte debbano attenuarsi, è il legislatore a confinare la magistratura in recinti irragionevolmente angusti, come la ricchissima giurisprudenza costituzionale in materia di ordinamento penitenziario continua da decenni a rilevare. Come si è visto, la recente riforma, pur chiamata dalle Corti ad ammorbidire le ristrettezze normative, utilizza una tecnica mista per salvaguardare il più possibile la forza impeditiva delle ostatività: cosparge di freni i passaggi della decisione liberatoria e al contempo allarga a dismisura le clausole che consentono di mantenere il condannato in stato detentivo (il «contesto», i «legami indiretti», le «circostanze personali e ambientali»).

In fondo, anche l'innalzamento dei tempi necessari all'ergastolano non collaborante per avanzare istanza di liberazione condizionale²²⁴, oltre a incrementare l'allontanamento dalle soglie indicate dalla giurisprudenza della Corte europea per il riesame sulla pretesa punitiva²²⁵, sembra voler neutralizzare, seppure in via indiretta, gli effetti di un ulteriore spazio di valutazione giudiziale sui concreti progressi rieducativi, quello cadenzato della liberazione anticipata, e così assicurare periodi oltremodo prolungati di effettivo soggiorno in carcere. La scelta le-

²²³ Cfr. D. GALLIANI, *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1523, che ritiene si poggino in questo campo questioni di rispetto della separazione dei poteri. Sul problematico rapporto tra legge e giurisdizione nei sistemi presuntivi v. altresì F. DELVECCHIO, *op. cit.*, 5 ss.

²²⁴ Che può chiedere la liberazione condizionale, nei casi di cui all'art. 4-*bis* comma 1, dopo trent'anni di pena (così dispone il novellato art. 2 comma 2 della l. 15 luglio 1991, n. 203). Ravvisa profili di irragionevolezza, comparando tale soglia con quella prevista per la collaborazione qualificata con la giustizia di cui alla l. 15 marzo 1991, n. 82, così come modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45 (art. 16-*nonies*), E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato*, cit., 7.

²²⁵ V. Corte EDU, § 117, 118 e 120, ove «dagli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale» viene ricavata «una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo speciale che garantisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta, e poi, successivamente, dei riesami periodici». Su tale parametro, v. tra gli altri E. FASSONE, *Fine pena ora. Appendice*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 215 ss. e 218 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato*, cit., 7 ss., che prospetta vizi di illegittimità costituzionale per mancato rispetto dell'art. 117 Cost. a causa del distacco dalle indicazioni sovranazionali.

gislativa ha l'aria di un *escamotage* per aggirare la sentenza costituzionale 11 luglio 2018, n. 149, che aveva censurato l'“arco temporale assai esteso” (ventisei anni) di ininterrotta reclusione per i colpevoli di reati gravissimi²²⁶.

Per la Corte, quella fu l'occasione per dipingere in modo mirabile il senso del finalismo rieducativo, che impone di riconoscere in ogni essere umano, a prescindere dalla gravità del reato commesso, una possibilità di cambiamento. È questa, del resto, la forza dello Stato di diritto, in grado di non eccedere nell'esercizio del suo potere anche di fronte a fatti deprecabili che continuano a scuotere la coscienza collettiva. Il valore conferito alla dignità e all'umanità di ciascuno, così come la salvaguardia degli altri diritti fondamentali (anche di chi di quei fatti si sia reso responsabile) sono proprio i segni che marciano la più profonda distanza dalle logiche cupe e spietate delle organizzazioni criminali. Il superamento dell'ergastolo ostativo, e più in generale dei meccanismi presuntivi che bloccano la riabilitazione sociale, non è pertanto un cedimento nel contrasto ai delitti più allarmanti, bensì una prova di saldezza dell'architettura fondante il nostro ordinamento. Starà ora alla magistratura di sorveglianza e di legittimità far scorrere in queste norme, ora asfittiche, ora nebulose, la linfa della recente giurisprudenza costituzionale e, dove non sarà possibile per le loro eccessive strettoie, riconsegnare alla Corte il giudizio su una disciplina ancora estremamente problematica.

²²⁶ *Ex multis*, M. PELLISERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *GCost*, 2018, 1646; F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del “doppio binario penitenziario” e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, *ivi*, 1657 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *DPC*, 18 luglio 2018.

IL TRATTAMENTO E L'AFFETTIVITÀ COME STRUMENTI DI RIEDUCAZIONE

Roberto Bezzi

Il dibattito pubblico e politico in merito alla pena si muove tra alcune polarità, nonché visioni e auspici su di essa: certa, severa, umana, ecc. ma il *focus* sul quale ci si dovrebbe concentrare è la sua “efficacia”, sugli effetti finali e non solo sull’impatto nel qui e ora.

In realtà, proprio perché muove anche dei piani emotivi (e proiettivi), il pensiero comune non è interessato alla pena utile, basta che ci sia e sia severa, a prescindere dagli effetti che essa avrà (e quindi non solo sul reo ma in termini di sicurezza sociale).

Addentrarsi nel piano del come la pena viene eseguita permette di comprendere quanto sia necessario che il servizio (pubblico) che il carcere offre risponda non solo al dettato costituzionale ma ad approcci che restituiscano alla società una persona, il più possibile, non disadattata ma anzi lecitamente socializzata, competente e autonoma.

Con la riforma dell’ordinamento penitenziario del 1975, uno degli elementi di grande innovazione è stato quello sintetizzabile nel concetto di “trattamento”. Questo termine, già di per sé ambiguo, negli anni è stato interpretato in modo diverso rispetto alle correnti psico-criminologiche e all’assetto penitenziario, sia in merito ai detenuti, sia agli operatori.

All’alba della riforma erano le teorie di derivazione medica ad animare il legislatore (osservazione scientifica della personalità, criminologia clinica, ecc.) e venivano sollevate critiche sul timore della manipolazione e della modificazione della personalità e sulla necessità di una rieducazione neutrale rispetto ai valori²²⁷.

Oggi è l’attuale formulazione dell’art. 13 ord. pen. che al primo comma chiarisce il significato del termine, prevedendo espressamente il dovere di “incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il

²²⁷ F. FERRACUTI (a cura di), *Carcere e trattamento*, Giuffrè, Milano, 1989.

reinserimento sociale”, quindi di fare emergere le parti funzionali della persona, prima ancora di indagarne le carenze.

Negli anni il rischio maggiore è stato quello di interpretare questo complesso concetto in termini passivizzanti, cioè ponendo l'altro (il detenuto) come oggetto di una serie di interventi. Al contrario, è necessario organizzare l'intervento rieducativo sulla base delle modalità di cambiamento delle persone adulte, incentrate, *in primis*, sulla motivazione personale e sul *background* del singolo, dato che “solo recuperando un pensiero educativo che riconosca al detenuto la sua adulthood, è possibile lavorare sul piano della responsabilità e del danno al fine di rendere la detenzione il più possibile efficace”²²⁸.

Al di là delle spinte teoriche, del mito del trattamento, in realtà il *focus* è sempre stato nella modalità di porsi nella relazione con la persona condannata: da un lato il rischio dell'accettazione passiva (e strumentale) e dall'altro l'interpretazione del ruolo da parte degli operatori penitenziari, talvolta rigidamente stereotipata.

L'amministrazione penitenziaria, negli anni, ha fornito indicazioni sulla postura dell'operatore, in particolare sulla necessità di un coinvolgimento attivo del detenuto anche nella fase di progettazione, ad esempio la circolare del 2003²²⁹, in merito al patto trattamentale²³⁰ sottolinea la necessità di acquisire “formalmente l'adesione del detenuto. Quest'ultimo sarà pertanto invitato a sottoscrivere un vero e proprio patto trattamentale”. Ciò, però, per molto tempo, è stata una previsione di natura formale e non ha, automaticamente, inciso sulla visione adulta del detenuto da parte della cultura organizzativa degli Istituti.

Il termine “trattamento” è stato superato dalla circolare del 2 febbraio 2022²³¹ che lo declina con la definizione di “coprogettazione individuale”, proprio perché deve sostenere il processo di autodeterminazione e libera adesione del detenuto.

Si tratta di un'innovazione non solo lessicale ma di un'importante svolta nello sguardo pedagogico (anzi andragogico) degli interventi educativi con le persone adulte (peraltro la medesima circolare definisce conoscenza quel processo che la normativa chiama “osservazione scientifica della personalità”).

²²⁸ R. BEZZI, *Apprendimento andragogico e detenzione. Riflessioni sul trattamento*, in R. BEZZI, F. OGGIONI (a cura di), *Educazione in carcere. Sguardi sulla complessità*, FrancoAngeli, Milano, 2021, 41.

²²⁹ Circolare 9 ottobre 2003 – Le aree educative degli Istituti – Prot. n. 3593/6043.

²³⁰ Che sarà poi oggetto della circolare 14 giugno 2005 – L'area educativa: il documento di sintesi ed il patto trattamentale – Prot. 0217584-2005.

²³¹ Circolare 02.02.2022 – Incremento pianta organica funzionario giuridico pedagogico – valorizzazione del ruolo e della figura professionale 0040928.U (Direzione Generale del Personale).

Partire dalle competenze, dalle aspettative e dalle motivazioni dell'altro significa riconoscergli quell'adulità di cui è portatore anche durante la detenzione, comporta un'evoluzione da modelli infantilizzanti e mette al centro il tema della responsabilità adulta (la medesima che, di fatto, si chiede in merito alle azioni devianti).

Questo approccio, necessario, unitamente all'attivismo positivo del detenuto (ad esempio nelle rappresentanze all'interno dell'istituto) è coerente con le teorie di educazione degli adulti che da tempo si sono interessate alle modalità peculiari di apprendimento in questa ampia fascia di età.

Infatti, oltre che nel superamento della visione statica dell'adulità come punto di arrivo immutabile, gli autori che hanno approfondito le tematiche hanno evidenziato alcune peculiarità: Malcom Knowles²³² con l'approccio andragogico ritiene che l'apprendimento dell'adulto prenda avvio dalla motivazione della persona, dalle esperienze pregresse e debba essere quanto più concordato, Jack Mezirov²³³ ritiene che soltanto di fronte a una situazione nuova, che l'autore definisce "dilemma disorientante", l'adulto, costretto a modificare i suoi schemi mentali, sperimenti un cambiamento rilevante.

In generale, quindi, si tratta di attraversare attivamente esperienze, con la necessità di elaborarle per renderle educative²³⁴ che vedono l'educando come attore principale, eppure «talvolta le prassi penitenziarie vedono l'operatore decidere per il detenuto, in una dimensione che lo mette sul piano di "fare sull'altro" o "al posto" dell'altro, anziché "con" l'altro, prerogativa dell'intervento educativo»²³⁵ non solo, si registra "il rischio che le esigenze dei formandi e quelle dei formatori abitino universi paralleli che procedono nella loro espansione senza mai incrociarsi e particolarmente alto in contesti che molto limitano la libertà individuale"²³⁶.

Si tratta, pertanto, di partire da un paradigma che riconosca l'adulità (con tutti gli onori e gli oneri) che dovrebbe ispirare l'intera organizzazione penitenziaria, se si intende, realmente, adempiere alla tensione rieducativa sancita dalla costituzione.

²³² M.S. KNOWLES, E.F. HOLTON III, R.A. SWANSON, *Quando l'adulto impara. Andragogia e sviluppo della persona*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

²³³ J. MEZIROV, *La teoria dell'apprendimento trasformativo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016.

²³⁴ J. DEWEY, *Esperienza e educazione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014.

²³⁵ R. BEZZI, *Interventi educativi in ambito penitenziario: (a)simmetrie tra dentro e fuori*, in S. SAMBATI, C. TROTTO (a cura di), *Fratelli (quasi) tutti*, Il Saggiatore, Milano, 2022, 31.

²³⁶ S. TRAMMA, *Ruolo dell'educazione degli adulti e della pedagogia dell'emancipazione nei luoghi di reclusione*, in R. BEZZI, F. OGGIONNI (a cura di), cit., 72.

Infine, proprio perché la povertà culturale e l'adesione ceca a modelli devianti sono spesso alla base della commissione di reati, un'educazione con e degli adulti non può che sollecitare lo spirito critico, strumento per una rilettura profonda della realtà e per poter scegliere altri possibili modi di essere. Semplificando, la detenzione dovrebbe occuparsi di creare "bravi cittadini" anziché "bravi detenuti".

Il lavoro, la professionalizzazione, l'istruzione, le esperienze artistiche e di solidarietà, come prevede l'art. 15 ord. pen. sono gli strumenti operativi della co-progettazione individuale che, però, acquisiscono il loro significato educativo se collocati in una cornice organizzativa e relazionale idonea.

Uno degli elementi del trattamento è il contatto con i familiari e con la comunità esterna, quindi, l'affettività non è solo un diritto (colloqui, telefonate, ecc.) ma ha in sé anche una valenza educativa, pur prendendo atto che molte persone che sperimentano la devianza, portano con sé vissuti di privazione affettiva e problemi nelle esperienze di attaccamento.

Il tema sempre più discusso resta il come si coltivano gli affetti, quindi se sono o meno sufficienti i colloqui visivi e le telefonate previste, se è possibile ipotizzare una maggiore intimità, ecc.

Gli strumenti offerti dall'attuale normativa, rivisti dopo l'avvento della pandemia da COVID-19, limitano i contatti non solo in termini di quantità ma di qualità, dato che l'art. 18 ord. pen. prevede che i colloqui avvengano "sotto in controllo a vista e non auditivo del personale di custodia" (e la normativa inasprisce la quantità per taluni reati e anche le modalità di controllo per il regime di cui all'art. 41-bis).

Al di là dei quesiti sollevati anche in sede giurisdizionale, la possibilità dei colloqui intimi riporta a questioni organizzative non trascurabili: *in primis* si deve capire con chi sarebbe possibile effettuarli (mogli, mariti, compagni, terze persone), quindi se anche la sessualità si dovrebbe incorniciare – unicamente – nei legami affettivi stabili oppure no. Da tale scelta deriverebbe un'eventuale disparità tra chi ha un coniuge/compagno stabile e chi non ce l'ha, inoltre, per ragioni di tempo e spazi, dovrebbe essere creata una sorta di lista di attesa o turnazione che, su un piano pratico, ricadrebbe notevolmente sulla reale fattibilità di questo tipo di colloqui.

Si dovrebbe poi comprendere quanto la possibilità di coltivare in modo più intimo le relazioni possa incidere (sia tra gli operatori sia tra i magistrati di sorveglianza) nel ritenere assolto il diritto all'affettività (intramuraria), limitando, quindi, la fruizione di spazi (extramurari) a ciò dedicati, quali i permessi premio.

Se da un lato si tratta di un diritto, però, come sopra riportato, i contatti con i familiari sono inseriti anche tra gli elementi del trattamento e hanno, pertanto, anche un valore educativo.

È indubbio l'effetto positivo sull'emotività che tali rapporti hanno (anche in termini di sostegno alla persona reclusa), non sempre però sono portatori di cultura, modelli e stimoli positivi, tema questo poco consono in un'ottica di *morally correct*.

Infatti, spesso, gli operatori si trovano a dover progettare il rientro di una persona detenuta presso la famiglia, magari dopo un significativo percorso di riqualificazione professionale e ristrutturazione di sé del recluso, consapevoli che proprio il legame con quelle persone potrebbe avere effetti involutivi, ancor più se contestualizzato in alcuni ambienti sociali, palesemente criminogeni.

“Gli operatori dell'educazione, quindi, si trovano di fronte a un complesso intreccio di elementi e comprendono che non sarebbe possibile, né lecito, chiedere o suggerire un divorzio emotivo dalle persone di riferimento, pur sapendo l'effetto nefasto in termini criminogeni delle stesse, né è possibile chiedere/imporre alle persone libere, che rappresentano il mondo affettivo del detenuto, di attivare meccanismi metabologici”²³⁷. Pur sapendo che i rapporti affettivi sono necessari e insostituibili, un'analisi attenta dell'art. 15 ord. pen. ci porta a cogliere quanto il legislatore abbia inserito altresì la locuzione “opportuni contatti con il mondo esterno”, a riprova che a fianco delle relazioni che facevano parte della quotidianità del soggetto prima della detenzione – da mantenere – è necessario affiancare persone di diversa appartenenza culturale che possano – oltre che lenire la sensazione di isolamento e le eventuali sindromi penitenziarie – mettere il soggetto in contatto con modelli diversi, in una sorta di “creolizzazione culturale”, con ovvie ricadute educative.

Si dovrebbe, in sintesi, approfittare della delicata condizione di adulto in bilico²³⁸ per agire come elemento che, anziché spingere nel baratro, offra un'esperienza di ricostruzione, un'opportunità per conoscere ambiti nuovi, dentro e fuori da sé.

Se davvero si persegue l'efficacia della pena, si devono mettere in atto tutti quei meccanismi che, partendo da azioni di riduzione del danno, pongano la persona nella condizione di scegliere, all'interno di una relazione tra adulti che non temono il confronto.

Ripulita da retropensieri di natura emotiva, la detenzione dovrebbe porsi come un servizio alla persona e solo abbassando la percezione di vittimizzazione

²³⁷ R. BEZZI, *Detenzione, mantenimento dei rapporti affettivi, necessità di emancipazione. Una questione educativa*, in *Pedagogika (rivista di educazione, formazione e cultura)*, 23 aprile 2019, 83.

²³⁸ F. OGGIONNI, *Cosa resta dell'identità adulta nell'esperienza carceraria*, in M. CORNACCHIA, S. TRAMMA (a cura di), *Vulnerabilità in età adulta. Uno sguardo pedagogico*, Carocci, Roma, 2019.

che il detenuto molto spesso vive, quindi riducendo la sofferenza, si può inserire nel percorso rieducativo il dolore dell'altro, cioè quello della parte offesa e proprio sul danno avviare un processo di rilettura delle proprie responsabilità.

Una sfida che l'amministrazione penitenziaria può cogliere, pur nella complessità e nella liquefazione emotiva e organizzativa²³⁹ che la gestione della pandemia ha prodotto, solo se tutti gli operatori si muovono verso l'obiettivo della pena utile.

²³⁹ P. BUFFA, *Carcere e COVID-19. Diario di una pandemia*, Edizioni Scientifica, Napoli, 2022.

LIBERARSI DAL PASSATO

Michele Passione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il necessario controllo costante delle finalità della pena costituzionalmente orientata. – 3. Presente e futuro; una “caut(el)a” pena e Giano bifronte. – 4. Quello che ci manca.

1. Premessa

Le parole che seguono riprendono le riflessioni consegnate ad una più ampia analisi svolta in forma collettanea in un bel volume edito nel 2022 (*Temi, problemi e prospettive del sistema penale*), per la cui pubblicazione qui rivista si ringrazia l'Editore, ed hanno trovato spazio all'interno del convegno catanese, straordinario per la profondità dei contributi scientifici che l'Università degli Studi ha saputo raccogliere, in occasione della relazione svolta da chi scrive, avente ad oggetto *Il ruolo dell'avvocato per la tutela dei diritti del detenuto*.

Con la consapevolezza che riportare allo scritto un pensiero arricchito da chi mi ha preceduto nella due giorni siciliana è opera improba, riprenderò qui dunque alcune delle cose precedentemente consegnate ad altro fine, poiché (come accade a chi entra in libreria per comprare un libro, uscendone con altri), c'è sempre un filo che lega pensieri e parole.

In questo capitolo accanto ad alcune annotazioni sulla pena in sé si tenterà di proporre una breve riflessione sui punti di contatto tra cautela e sanzione, nella consapevolezza della distinzione profonda che contraddistingue i due istituti. Vista con la lente del pratico, di chi ogni settimana entra in prigione, resta sempre sullo sfondo il rumore sordo delle porte che sbattono, il clangore metallico e non il suono e il significato dell'etimo (*clangor, -oris*), lo squillo di tromba.

Vissuta sulla pelle di chi è chiuso in un luogo, pur nella diversa prospettiva di uscirne prima o poi (non tutti, non sempre), la galera resta quel che ancora non

siamo riusciti a superare, la risposta primitiva e terribile prevista per i consociati che deviano dalle regole e si discostano dai precetti così presidiati.

2. Il necessario controllo costante della finalità della pena costituzionalmente orientata

Se per Durkheim il crimine è «ogni atto che, a un qualche livello, determina contro il suo autore quella reazione caratteristica che chiamiamo pena»²⁴⁰, ed è la pena a determinare il reato, più di un secolo dopo è stato giustamente osservato che «dovremmo evitare la trappola cognitiva di assumere in partenza la pena come principale e ineluttabile dimensione di senso cui orientare la nostra attività di riflessione e ricerca; al contrario, dovremmo lavorare guidati dall'idea che la pena non è lo scontato punto di partenza né di arrivo, ma costituisce essa stessa la vera questione»²⁴¹.

Eppure, sappiamo bene che non è così.

Infatti, come ci ricorda Fassin, «in linea di principio di fronte ai disordini vissuti da una società, alla violazione delle norme e all'infrazione delle leggi i suoi membri si affidano a una risposta fatta di sanzioni che alla maggior parte degli individui appaiono utili e necessarie. Il crimine è il problema, e il castigo la sua soluzione. Con il momento punitivo, è il castigo a diventare il problema»²⁴².

Dovremmo dire pene, al plurale; potremmo dire altro (su questo, si tornerà più avanti).

Invece l'ambiguità semantica del termine retribuzione consente una lettura speculare, come *ciò che si guadagna* e *punizione* per un torto subito. Da qui, anche, l'idea che la punizione è meritata, e dunque tanto basta; saranno altri a verificare se essa debba quantitativamente e qualitativamente cambiare nel corso del tempo, ma non il giudice che scrive la cifra.

Forse è anche per questo che il controllo sulla corrispondenza della pena alle finalità scolpite nell'art. 27, comma 3 Cost., stenta a farsi strada nell'esperienza quotidiana del processo di cognizione (sebbene l'art. 187, comma 1 del codice di rito contempli la determinazione della pena quale oggetto della prova), di merito e legittimità. Eppure, prerogativa inalienabile del giudice del merito è, tra le al-

²⁴⁰ Cfr. É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, F. Alcan, Paris, 1893 (tr. it. Di F. AIROLDI NAMER, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, 102), secondo cui, comunque, più si sviluppa la divisione del lavoro sociale, più il diritto restitutivo prevale su quello repressivo.

²⁴¹ G. FIANDACA, *Epilogo. Tra presente e futuro*, in www.dirittopenaleuomo.org, 13.11.2019.

²⁴² D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

tre, l'irrogazione della pena, la cui corretta applicazione è del resto presidiata dal controllo di legittimità.

L'art. 656 c.p.p. è norma che trova applicazione da parte del pubblico ministero, titolare esclusivo del potere di dare esecuzione alla pena, attraverso l'emissione dell'ordine di esecuzione.

Nondimeno tale previsione (unitamente a tutte le altre relative all'esecuzione concreta della sanzione), disciplinando la modalità di espiatione della pena, ovvero la sua imprescindibile proiezione in termini di privazione della libertà personale, costituisce il necessario perfezionamento della sua irrogazione astratta.

Ritenere che il giudice di merito (o, per quanto sopra chiarito, quello di legittimità) debba occuparsi solo del calcolo di quest'ultima, disinteressandosi delle vicende successive, anche laddove si tratti di conseguenze immediate e ineludibili (com'è, appunto, l'eventuale mancata sospensione dell'ordine di esecuzione), equivarrebbe a riconoscere alla pena una mera funzione retributiva, in aperto contrasto con le svariate pronunce della stessa Corte costituzionale che ribadiscono l'irrinunciabile struttura della sanzione penale, che mai può obnubilare quella (prevalente) della rieducazione²⁴³.

L'adeguamento della pena al caso concreto da parte del giudice, infatti, rappresenta attuazione e sviluppo dei principi costituzionali di eguaglianza, di personalità della responsabilità penale e di finalizzazione della pena alla rieducazione.

Il giudice non può limitarsi, in effetti, a quantificare aritmeticamente la pena corrispondente alla gravità del reato commesso, alla mera stregua della teoria retributiva, ma deve ponderare anche (e soprattutto) le ricadute di altro tipo.

Nell'ottica di una accezione costituzionale (come sopra chiarita), la verifica della legittimità non potrà più ridursi alla sola fase esecutiva: l'imprescindibile presenza di ciascuna delle componenti della pena (soprattutto quella rieducativa) deve poter essere verificata in ogni suo aspetto, ed in relazione a qualsiasi momento della sua esistenza²⁴⁴.

In ciascuna delle tre fasi che scandiscono l'ontologia della complessiva vicenda sanzionatoria (fase edittale, commisurazione ed esecuzione), la pena deve risultare caratterizzata, già in astratto, da una complessiva legalità e funzionalità. La rieducazione, pertanto, che costituisce lo scopo principale della pena nella fase della sua esecuzione (se non addirittura esclusivo), ha un indiscusso diritto di cittadinanza anche nella fase edittale e commisurativa.

²⁴³ Cfr., *ex multis*, sent. Corte cost. n. 149/2018, § 7 *Considerato in diritto*, n. 40/2019, § 5.2 *Considerato in diritto*).

²⁴⁴ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 marzo 2013.

Il giudice del processo, quindi, non può disinteressarsi dell' idoneità astratta del titolo esecutivo a consentire una esecuzione che sia coerente con le finalità rieducative imposte dalla Costituzione.

Allo stesso modo, è indubitabile che spetti al giudice del merito (e/o di legittimità) valutare la razionalità, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, della scelta legislativa che commisuri la risposta punitiva (complessivamente intesa) ad un determinato atteggiamento antisociale.

Valutazione, quest'ultima, che non può limitarsi alla comparazione delle cornici edittali delle fattispecie, dovendosi analizzare il complessivo assetto di tutti quegli elementi che determinano la concreta afflittività di una sanzione.

Tra queste, un ruolo fondamentale è rivestito, senza alcun dubbio, da eventuali meccanismi di automatica ostatività (di cui si dirà meglio nel paragrafo che segue): a parità di previsioni edittali astratte è infatti evidente che il reato che impedisca la sospensione dell'ordine di esecuzione sia punito, nella sostanza, in misura sicuramente più grave di quello che non preveda tale "effetto collaterale".

L'unico "giudizio", peraltro, nel quale è possibile un vaglio sul profilo qui tratteggiato è quello che precede la fase esecutiva.

Proprio negli ultimi anni si è assistito a ripetuti interventi di legittimità, con i quali la Corte, anche a Sezioni Unite, ha preso posizione in ordine alla necessità di tutela rispetto a questioni afferenti l'esecuzione penale di norme incostituzionali.

Si allude, all'evidenza, a quanto stabilito ad esempio dalla Corte a proposito degli effetti della declaratoria di incostituzionalità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. II-*bis* c.p., e successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite sul divieto previsto dall'art. 69, n. 4 c.p., in correlazione con l'attenuante del fatto di lieve entità ex art. 73, comma 5 T.U.L.S., con le quali la Corte ha incluso tra i principi costituzionali sull'intervento repressivo penale quelli che «impediscono di ritenere costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche solo una frazione di pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria alla Costituzione».

Ancora, per usare le parole delle Sezioni Unite nel noto caso *Ercolano*, «il dogma del giudicato non può e non deve ostacolare la doverosa eliminazione dello stigma dell'ingiustizia connesso alle evidenti e pregnanti compromissioni in atto, con effetti negativi perduranti, di un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà».

Come si vede, se da un lato si è ormai definitivamente evidenziata la necessità (costituzionale) di erosione del giudicato ove venga in gioco il bene della libertà personale, compromessa da una norma ingiusta, sarebbe paradossale, e contrario all'art. III Cost., ledere un diritto primario, di cui già si segnala il *vulnus*, per tentare di porvi rimedio successivamente.

Del resto, la necessità di raccordo tra la fase della cognizione e quanto avviene in *executivis* sembra ormai definitivamente compresa dal legislatore; ed infatti, l'art. 8 del D.L. n. 92/2014 ha modificato l'art. 275 del codice di rito, prevedendo che “non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni”. Anche di questo, si darà conto in seguito.

Si è già osservato che il giudice, nell'operare il giudizio di individualizzazione della pena, non potrà trascurare anche tutte quelle norme che trovino applicazione, in maniera automatica e non mediata, in conseguenza dell'irrogazione della sanzione per un determinato titolo di reato.

Limitare la funzione di personalizzazione della pena, con gli ovvi richiami ordinamentali agli articoli 3 e 27 Costituzione, alla sola determinazione quantitativa della stessa, equivarrebbe a svuotarla di significato, riducendola ad un calcolo meramente formale.

Ed infatti, nel giudizio un ruolo imprescindibile è costituito proprio dalla astratta idoneità della pena a rispettare il precetto di cui all'articolo 27 Cost. (ma non solo), da valutarsi (e non potrebbe essere altrimenti) alla luce dell'intero sistema dell'esecuzione, che quindi entra direttamente in gioco in tale valutazione di merito e di legittimità.

La giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. V, 08/07/1999, n. 8743), sul punto, ha precisato che «l'apprezzamento sulla congruità o meno della pena proposta non può costituire espressione di un giudizio arbitrario, svincolato da qualsivoglia parametro, non solo di legittimità, ma anche di ragionevolezza» sottolineando che “tale valutazione deve costituire l'esito di un giudizio complesso che, utilizzando i criteri normativamente previsti nel comma 2 dell'art. 444 e tenendo conto delle finalità della pena indicate dall'art. 27 Cost., pervenga ad una valutazione di sostanziale adeguatezza del trattamento sanzionatorio concordato rispetto all'oggettiva entità del fatto in contestazione ed alla personalità dell'imputato”.

Particolarmente interessante, rispetto alla nostra analisi, è la (storica) sentenza n. 313 del 1990 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 444, comma 2 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione processuale non prevedeva la possibilità per il giudice di valutare la congruità della pena “patteggiata” dalle parti e quindi la connessa possibilità, da parte del primo, di rigettare tale schema negoziale. Secondo il giudice delle leggi, nel caso di specie l'incostituzionalità si appuntava proprio in relazione al principio rieducativo: si tratta di una pronuncia che costituisce una sorta di naturale completamento del percorso interpretativo diretto a valorizzare al massimo la rieducazione, giungendo ad assegnarle il rango di scopo preminente della pena in ogni momento della sua esistenza.

Secondo la Corte, infatti, la rieducazione diviene la finalità primaria della pena, ossia lo scopo al quale il giudice della cognizione dovrà informare le proprie scelte in ordine al tipo e alla misura di pena da infliggere al soggetto dichiarato colpevole di un reato²⁴⁵. Non manca, nella pronuncia, un esplicito riferimento alla rieducazione quale finalità alla quale, prima ancora, lo stesso legislatore dovrà principalmente ispirarsi nella predisposizione dell'arsenale sanzionatorio da porre a presidio della legge penale.

Nella motivazione di tale fondamentale presa di posizione la Corte invita il giudice della cognizione a spingersi sino a valutare la reale congruità della pena (concordata dalle parti o meno) da infliggere al colpevole proprio sul terreno della sua effettiva capacità rieducativa e risocializzante, quindi anche alla luce del suo completamento con la disciplina penitenziaria ed esecutiva²⁴⁶.

²⁴⁵ Nell'occorso si era rilevato come (§ 8 *Considerato in diritto*) «in realtà la passata giurisprudenza di questa Corte (come, del resto, la dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione) avesse ritenuto che il finalismo rieducativo, previsto dal comma terzo dell'art. 27, riguardasse il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato [...]. A tale risultato si era pervenuto valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dall'imposizione del principio di umanizzazione la conferma del carattere affittivo e retributivo della pena. Per tal modo si negava esclusività ed assolutezza al principio rieducativo, che – come dimostrerebbe l'espressione testuale – doveva essere inteso esclusivamente quale tendenza del trattamento. Ne è derivata quella nota concezione polifunzionale della pena che – ad avviso della Corte – non solo non sarebbe contraddetta, ma sarebbe anzi ribadita dal disposto costituzionale [...]. Per essa, le finalità essenziali restavano quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione, della difesa sociale, mentre veniva trascurato il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario».

²⁴⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, 63, che definisce “*puzzling*” la sentenza citata rispetto alla tematica specifica della proporzionalità della pena, attese le doglianze dei remittenti, concernenti l'impossibilità di delibare una pena concordata, ritenuta incongrua per difetto. L'autore rileva infatti che proprio a partire da questa pronuncia «il collegamento da essa istituito tra finalismo rieducativo e proporzionalità della pena, inteso come criterio di legittimità costituzionale non più di istituti processuali ma delle stesse cornici edittali stabilite dalle norme incriminatrici – collegamento già proposto dalla dottrina penalistica negli anni precedenti –, sarebbe stato destinato a produrre effetti significativi nella giurisprudenza costituzionale successiva. Un tale collegamento permette alla Corte di svincolare gradatamente il sindacato sulla (s)proporzionalità della pena dalla necessità di identificare un preciso *tertium comparationis*» (a far data almeno dal *leading case* della sent. 236 del 2016 – inciso nostro); «e consente così di censurare direttamente l'eccessività del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata figura di reato, considerato in sé – a prescindere, dunque, dal confronto con quello previsto per altre figure di reato – come incompatibile con la funzione rieducativa della pena».

Ne deriva che il giudice deve poter, in ogni momento, vigilare affinché i meccanismi sanzionatori innescati dalla pena da lui comminata siano concretamente funzionali innanzitutto al riadattamento sociale dell'imputato-condannato: «la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»²⁴⁷.

Tale indirizzo ermeneutico, peraltro, è stato confermato anche in seguito, come già segnalato: nella sentenza n. 341 del 1994 la Corte ha tenuto a ribadire che il principio rieducativo «comporta, oltre al ridimensionamento delle concessioni assolute della pena, la valutazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione ed esecuzione)».

Infine, sul punto, ma non certo per ordine d'importanza, merita in questa sede richiamare la recentissima pronuncia della Consulta, n. 25 del 2019, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 75, comma 2 del D.L.vo n. 159/2011, nonché, in via consequenziale, dell'art. 75, comma 1.

Nel caso citato la Corte di legittimità, Sez. II, pur a fronte di un ricorso ritenuto inammissibile, ha ritenuto che «può porsi il problema di un giudicato pregiudizievole (per l'imputato) che sta per formarsi», così evidenziando la sua possibilità d'intervento anche prima di tale momento, ed ha richiamato ulteriormente (facendo leva sulla sentenza della Corte EDU *de Tommaso c. Italia*) «l'esigenza di conformità al principio di prevedibilità».

Eppure, le pietre di inciampo non mancano.

Si considerino, ad esempio, le sentt. 188 del 2019 e 52 del 2020 della Corte costituzionale, e per altri versi la stessa ord. 97 del 2021, che pur rilevando «scelte di politica criminale tra loro disomogenee», per un verso hanno protetto, quanto all'art. 4-*bis* o.p., «la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti» e per altro hanno ribadito l'importanza di tutelare, a cagione del mancato intervento ablativo richiesto, «esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva».

²⁴⁷ Osserva tuttavia G. FIANDACA, in *Punizione*, il Mulino, Bologna, 2024, che «la portata potenzialmente assai innovativa della suddetta sentenza, sul duplice fronte legislativo e giurisprudenziale, è stata peraltro di fatto ridimensionata dall'essere intervenuta in un frangente storico (appunto, l'inizio degli anni Novanta) in cui l'ideale rieducativo era già da qualche tempo caduto in crisi, in sede sia scientifica che politica».

In diverso contesto, può qui richiamarsi la pronuncia di legittimità (Cass., Sez.VI, 14.3.2019, n. 12541), con la quale la Corte ha preso atto della «non manifesta infondatezza» della questione concernente l'assenza di un regime di diritto intertemporale (7) [...] in relazione ai riverberi processuali sull'ordine di esecuzione», ma ha ritenuto di non potersi però pronunciare sul punto, siccome la *quaestio* avrebbe attenuto «alla mera esecuzione» (9). Eppure, appena prima (8) la stessa Corte ha riconosciuto come «ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali i concetti di illecito penale e di pena abbiano assunto una connotazione antiformalista e sostanzialista, privilegiandosi alla qualificazione formale data dall'ordinamento (all'etichetta assegnata) la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti, nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta».

Alla luce dei rilievi già segnalati in precedenza, concernenti senso e funzione della pena, «da quando nasce a quando si estingue», non viene qui in discussione il condivisibile assunto contenuto a pagina 9 della citata sentenza, secondo cui «a norma dell'art. 665 cod. proc. pen. la Corte di cassazione non è mai giudice dell'esecuzione del provvedimento oggetto di impugnazione», quanto piuttosto sollecitare il giudice di legittimità ad una valutazione da compiersi non già su un provvedimento esecutivo, ma *in itinere*, che attiene al sostanziale mutamento del *genus* sanzionatorio²⁴⁸, per l'impossibilità di sottrarsi al precipitato della premessa da cui muove il ragionamento. Non un «*incidente di esecuzione*» mascherato, ma un doveroso controllo sulla pena, nella sua riconosciuta accezione sostanziale, e non formale, veniva chiesto in quel caso alla Corte di cassazione (anche se occorre dar atto, per quanto si legge a pagina 2 della sentenza, che i difensori sollecitavano un'ordinanza di rimessione alla Consulta sull'assenza di norma transitoria della L. n. 3/2019 «riconosciuta la propria competenza a conoscere della fase esecutiva del presente procedimento»)²⁴⁹. Un controllo che anteponga i principi alle regole, non già piegandole o trascurandole, ma valorizzandole per evitare che i primi siano relegati a limiti esterni, piuttosto che fondativi del diritto *sub iudice*. In fondo, è lo spirito che anima la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²⁴⁸ L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. Legge spazzacorrotti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019.

²⁴⁹ Analogamente, sebbene in quel caso il ricorso proposto sul punto avesse ben chiarito i termini della questione, cfr. Cass. Sez. VI, 15.10.2019 – 24.1.2020, n. 2952/20, con la quale si è erroneamente affermato che «i rilievi proposti sono [...] relativi ad uno snodo processuale diverso nonché logicamente e temporalmente successivo, di talché ai fini della decisione di questa Corte non rilevano, potendo, se del caso, essere riproposti in sede di incidente di esecuzione».

Gli ultimi arresti delle Corti apicali citati, pur attenendo al diverso segmento procedimentale dell'esecuzione (anche in chiave prospettica) rispetto a quello precedentemente trattato della cognizione, per la parte che attiene alla commisurazione della pena, danno conto di permanenti resistenze a considerare quest'ultima come un tema da tenere costantemente e costituzionalmente sorvegliato.

Quanto alle difficoltà di (altro tipo di) raccordo, varranno ora le seguenti considerazioni.

3. Presente e futuro; una “caut(el)a” pena e Giano bifronte

Con la L. n. 398 del 1984, all'art.11, si è previsto che nel codice di procedura penale e nelle altre leggi le espressioni: “*carcerazione preventiva*” e “*custodia preventiva*” sono sostituite dalla seguente: “*custodia cautelare*”.

Si è così inteso recidere la relazione, pericolosa e impropria, che indicava nei fatti la cautela personale quale mera anticipazione della pena, piuttosto che sorretta e giustificata da altri presupposti ed esigenze²⁵⁰.

E però, è evidente che non basti una legge, posto che «Giano bifronte simboleggia il cambiamento e la transizione da uno stato dell'essere ad un altro. Egli è il lento svolgersi del passato verso il futuro, ma non nel senso sterile di progresso quale lo intendiamo noi moderni. Bensì nel senso che il qui ed ora è sia lo ieri che il domani. Proprio come ci insegnavano gli antichi. Questo Dio è dunque allo stesso tempo il passaggio da uno stato all'altro, ma anche la fissità e l'immobilità del terso e costante presente. Proprio per questo era onnipresente nella religione romana»²⁵¹.

Per quanto già rilevato in premessa, del resto, i due diversi istituti risultano strettamente avvinti non solo da una ragione *de facto* (la limitazione della libertà personale), ma anche da inferenze che spesso impongono analisi coordinate.

Si pensi, a mero titolo di esempio, a quanto ricordato nella storica sentenza n. 253 del 2019.

In quell'arresto la Corte costituzionale, dopo aver ricordato (§ 1 *Considerato in diritto*) che “la Corte di cassazione opera un richiamo alla giurisprudenza di

²⁵⁰ Secondo quanto successivamente stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 2010 «il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma Cost., rappresenta in altre parole uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano».

²⁵¹ F.A. MARCONI, *Giano Bifronte, il misterioso dio romano con due volti*, in oltrelalinea.news, 30 gennaio 2020.

questa Corte sugli automatismi nell'applicazione delle misure cautelari personali, secondo la quale la presunzione di pericolosità, che impone l'applicazione della misura custodiale in carcere, trova giustificazione – sulla base di dati d'esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit* – solo per l'affiliato all'associazione mafiosa, ma la stessa giustificazione non trova in relazione ai condannati per reati che tale affiliazione non presuppongono”, riteneva la violazione dell'art. 27, terzo comma Cost. in ordine alla preclusione all'accesso al permesso premio per condannati per delitti “di mafia” (e non solo, attesa la pronuncia consequenziale adottata). Con quella sentenza, infatti, il giudice delle leggi ha ricordato come (§ 8.3 *Considerato in diritto*) «la giurisprudenza di questa Corte sottolinea come le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (con citazione delle plurime pronunce sull'art. 275, comma 3 c.p.p.), ma valorizzando il fattore temporale ha osservato come “nella fase di esecuzione della pena assume [invece] ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere, ed è questa situazione che induce a riconoscere carattere relativo alla presunzione di pericolosità posta a base del divieto di concessione del permesso premio”.

Insomma, in una delle più importanti sentenze costituzionali la Consulta ha utilizzato (anche) il riferimento alla giurisprudenza formatasi in materia cautelare per superare uno sbarramento assoluto e irragionevole per l'accesso al permesso premio.

Altra inferenza, normativamente prevista, si rinviene nell'art. 275, comma 2-*bis* c.p.p.; la disposizione citata, com'è noto, impedisce l'applicazione di misure cautelari coercitive se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Non solo. Nella stessa norma si fa divieto, salve le eccezioni ivi contemplate, di applicazione della custodia cautelare in carcere nel caso in cui si ritenga che la pena detentiva irrogata all'esito del giudizio non sarà superiore a tre anni. Non può sfuggire, peraltro, che detta disposizione costituisce specificazione del più generale principio scolpito nel comma 2 della stessa norma, secondo la quale «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere erogata».

In ordine all'interpretazione di detta norma, peraltro, la Suprema Corte ha segnalato (cfr. relazione 93/2020) l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, in presenza di indirizzi difformi, il primo che ritiene che la valutazione prognostica si riferisca al solo momento genetico di applicazione della misura, senza spingersi a ripetute considerazioni nel corso del tempo (finanche nel caso in cui la pena

inflitta sia inferiore al suddetto limite), ed un secondo che esige una costante verifica, «non potendo prevalere le valutazioni predittive compiute in fase cautelare rispetto all'effettiva pronuncia adottata all'esito del giudizio di merito»²⁵².

Ciò che interessa in definitiva evidenziare²⁵³, è che dalla pronuncia n. 41 del 2018, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5 c.p.p., nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni²⁵⁴, possono derivare nuovi ed utili interpelli per la Consulta²⁵⁵.

Per ora, c'è chi non intende; con sentenza n. 9438 del 29 gennaio 2019 la Sesta Sezione della Corte di cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione sollevata dal ricorrente, avente ad oggetto il mancato raccordo tra il citato art. 275, comma 2-*bis* c.p.p. e l'art. 656, comma 5 del codice di rito, come modificato dalla sent. n. 41 del 2018 della Corte costituzionale. Con quella pronuncia, incredibilmente, la Corte di legittimità ha affermato che non esiste «alcuna necessaria correlazione tra il limite di pena superiore ad anni tre considerato ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere dall'art. 275, co. 2-*bis* c.p.p. e quello non superiore a quattro anni, previsto per la sospensione dell'esecuzione della condanna dall'art. 656, co. 5 c.p.p.». Secondo la Corte, infatti, tale aporia assumerebbe «al più l'effetto di un mero difetto di coordinamento, cui il legislatore non ha inteso porre rimedio, ma non anche lesivo dell'art. 3 Cost., non essendo ravvisabile nel trattamento differenziato alcuna irragionevolezza». Non è così²⁵⁶, ed occorrerà certamente tornare a Corte²⁵⁷.

²⁵² Come sostiene ragionevolmente (sia pure con qualche distinguo che non si condivide qui) L. FIDELIO, *Custodia cautelare in carcere e prognosi sanzionatoria: la proporzionalità delle misure tra predizione e realtà*, in *Questione Giustizia*, 10 maggio 2021.

²⁵³ Nel preambolo del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni in L. 11 agosto 2014, n. 117, si dava atto di ritenere «la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2-*bis* dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva».

²⁵⁴ Su questo, sia consentito un rinvio a M. PASSIONE, *La Consulta riallinea l'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova: uno sguardo prospettico per nuovi scenari*, in *DPP*, 1/2019.

²⁵⁵ Come sostenuto da M. CHERUBINI e A. MINGONE, *Incostituzionalità dell'art. 656, c. 5 c.p.p. e ricadute in materia cautelare: liberi (quasi) tutti dopo la sentenza n. 41/2018 della Corte costituzionale?*, in *Giur. pen. web.*, 23 marzo 2018.

²⁵⁶ Cfr. nota II.

²⁵⁷ Volendo, M. PASSIONE, *L'autopoiesi di legittimità*, in *dirittopenaleuomo.org*, 2 maggio 2019.

4. Quello che ci manca

Si deve riflettere su quel che ancora si può fare per superare le molte irragionevoli preclusioni all'accesso alle misure alternative, e/o alla sospensione dell'ordine per la carcerazione (di cui nella sent. n. 41 del 2018 la Corte ha ricordato "*la natura servente*" – non a caso la sent. n. 32/2020 ha esteso la sua pronuncia alla stessa disposizione in via consequenziale).

In ordine sparso: dopo la sent. 56 del 2021, con la quale la Consulta ha dichiarato illegittima la preclusione assoluta alla detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne recidivo, c'è da augurarsi che (di nuovo in parziale parallelismo con quanto previsto dall'art. 275, comma 4 c.p.p.) possa pervenirsi alla sospensione dell'ordine di carcerazione al compimento dei settanta anni, similmente a quanto accade laddove l'Ufficio esecuzioni scrutini in via preventiva condizioni oggettive di salute e altro, *ex artt.* 656, comma 5 c.p.p., 47-ter, comma 1 o.p., 90, 94 DPR 309/90, lasciando che sia la magistratura di sorveglianza a verificare la sussistenza dei presupposti per una misura alternativa quale quella disciplinata all'art. 47, comma 1 o.p.

Ciò che non convince rispetto alla cesura disegnata tra il dentro e il fuori nella sent. n. 41 del 2018 è il riferimento ai delitti di cui all'art. 4-bis o.p., attesa la già evidenziata disomogeneità del catalogo.

Di più; non è dato comprendere la ragione per la quale per coloro i quali si trovino detenuti al momento in cui la condanna riportata divenga definitiva valga l'ipotesi di cui all'art. 656, comma 9, lett. b) c.p.p. e non possa valere la regola contraria, anche laddove la condanna si riferisca a delitti a vario titolo ostativi²⁵⁸.

Com'è stato chiaramente affermato in dottrina²⁵⁹, infatti, «il fatto che il condannato, all'avvio della fase esecutiva, non sia sottoposto a custodia cautelare, a meno che non si tratti di persona scarcerata per decorrenza dei termini massimi,

²⁵⁸ Sul punto, valga il richiamo a quanto stabilito dal Gip di Firenze, in *Giur. pen. web.*, 28 giugno 2017, che ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di esecuzione emesso nei confronti del condannato per delitto di cui agli artt. 73, comma 4, 80, comma 2 D.P.R. 309/90, con concessione delle circostanze di cui all'art. 62-bis c.p. prevalenti sulla contestata aggravante. Con la citata decisione il giudice fiorentino ha ritenuto che una diversa valutazione «sembrerebbe porre su due piani autonomi ed incomunicabili la fase di cognizione dalla fase di esecuzione della pena» laddove invece (il condannato si trovava in regime di cui all'art. 656, comma 10 c.p.p. al momento del passaggio in giudicato) «l'esecuzione non deve essere ritenuto altro che la prosecuzione» (*come minimo, ben potendo la stessa modificarsi ulteriormente secondo la progressione trattamentale* – [corsivo nostro]) «e la traduzione materiale di quello che ha ritenuto il giudice di cognizione».

²⁵⁹ G. TERRANOVA, *Illegittimità costituzionale dell'art. 656 c.p.p.: le prospettive tracciabili dall'intervento sulla soglia di pena*, in *Il Penalista*, 14 maggio 2018.

implica che il giudice della cognizione abbia ritenuto insussistenti o contenibili con misure non carcerarie sia il pericolo di fuga che il pericolo di reiterazione del reato ed altresì che tale valutazione non si sia rivelata infondata, per effetto di accadimenti indicativi di segno contrario, per tutta la durata del giudizio di cognizione [...] ed allora occorre concludere che nessuna di queste eccezioni può superare lo stretto scrutinio di costituzionalità evocato dalla Corte, a prescindere dall'adeguatezza degli indicatori valorizzati, poiché in nessun caso può ritenersi ragionevole, tanto meno in un ambito sensibile quale è quello della libertà personale, che una presunzione normativa prevalga sull'esito di segno contrario di un compiuto accertamento giurisdizionale»²⁶⁰.

L'irragionevolezza della preclusione dettata dal rinvio mobile all'art. 4-*bis* (*tout court*) o.p. dall'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p. la si coglie appieno laddove si consideri che tra detti reati risultano anche quelli di cui agli artt. 600-*quater* e 609-*undecies* o.p., entrambi puniti con una pena massima di tre anni, per ciò impedente l'applicazione di misure coercitive, *ex* art. 280, comma 1 c.p.p. Non basta; imponendosi il periodo di osservazione scientifica e annuale della personalità, *ex* art. 4-*bis*, comma 1-*quater* o.p., può ben capitare che il soggetto espi *intra moenia* per intero la pena, così trasformandosi in assolutamente ostativa la condanna per reati di scarsissimo significato criminale (l'art. 600-*quater* c.p. non prevede neanche un minimo edittale)²⁶¹.

Sul punto, non fa problema (ed anzi, sollecita la riproposizione della *quaestio*) la sent. n. 33 del 2022 della Corte costituzionale, che ha ritenuto inammissibile la richiesta avanzata dal Tribunale di Sorveglianza di Messina, attesa «la lacunosità dell'ordinanza di rimessione [che] impedisce di verificare l'effettiva rilevanza delle questioni», con l'ulteriore rilievo che «le questioni sarebbero infatti prive di rilievo ove la frazione di pena ancora da espiare fosse imputabile ai soli reati non ostativi».

Come si vede, c'è molto da fare; l'auspicio è, ancora una volta, che possa cogliersi a fondo l'irragionevolezza di un sistema di regole che anteponga presunzioni al giudizio sull'uomo per quello che è, non per quello che ha fatto; giacché l'uomo «è sempre da stimare, da comprendere, da valorizzare, da responsabilizza-

²⁶⁰ DANTE, *La Divina Commedia*, I canto del *Purgatorio*, “Chi siete voi che contro al cieco fiume fuggita avete la pregione eterna? Libertà va cercando, ch'è sì cara, come sa chi per lei vita rifiuta”.

²⁶¹ Serve «mandarli in carcere», così che «risulti piuttosto una pena che un modo di custodia» (cautelare), H. INSTITOR, J. SPRENGER, *Malleus Malleficarum*, 1487, trad. it. *Il martello delle streghe*, A. VERDIGLIONE (Ed.), Spirali, Milano, 1977, 439 e ss.

re, perché l'uomo è sempre in divenire e non esiste nulla di irreversibile quando si parla di persona umana»²⁶².

²⁶² M. CARTABIA, *Riconoscimento e riconciliazione*. Con A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La Giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020, 74.

LAVORARE IN UNA ORGANIZZAZIONE COMPLESSA PER COSTRUIRE UNA “GOVERNANCE” DI COMUNITÀ: ALCUNE RIFLESSIONI

Carla Ciavarella

La comunità penitenziaria non è monade isolata al centro o nella periferia della città ove si colloca. Il muro di cinta rappresenta la divisione fisica dal contesto esterno ma tale divisione/ separazione per fortuna non la preserva dai mutamenti sociali che si verificano all'esterno e che condizionano la vita delle comunità (quartieri, città).

I due anni di pandemia che abbiamo vissuto sono l'esempio più recente di questa “porosità” e le risposte che la comunità penitenziaria ha trovato sono state ovviamente analoghe alle risposte che sono state rintracciate per le comunità diverse dal carcere. Forse nel carcere c'è stata una maggiore sensibilità (più che all'esterno nella vita c.d. libera) che si è sviluppata per garantire i contatti con le famiglie, per mantenere i legami necessari ed indispensabili per le persone ristrette. Tenere, cioè, aperto il canale di comunicazione e di speranza.

Se tutto questo è vero, il senso e la rappresentazione della gestione dell'istituto penitenziario devono tenere conto del fattore umano, elemento imprescindibile che riguarda sia i detenuti dei quali l'amministrazione è responsabile, sia il personale che opera all'interno. E il fattore umano è la risorsa più importante sulla quale il dirigente penitenziario deve investire nel momento in cui assume la direzione di un istituto.

Il carcere nella sua interezza rappresenta un utile esempio di struttura organizzativa complessa: per potere assicurare l'adempimento dei diversi compiti demandati, ogni componente organizzativa del carcere deve necessariamente integrarsi con le altre.

La struttura organizzativa del carcere è risalente a quella descritta dalla legge 395/1990: la riforma dell'amministrazione penitenziaria. Quella legge stabiliva che all'interno di ogni singola struttura penitenziaria dovevano essere strutturate

quattro aree operative: l'area amministrativa- contabile, l'area sicurezza, l'area educativa e l'area sanitaria.

Da allora ad oggi nulla è cambiato anche se, come tutti sappiamo, l'area sanitaria non è più parte dell'organizzazione gerarchico funzionale dell'istituto ma è un settore distinto che opera in autonomia, essendo dipendente dalla Azienda sanitaria locale del territorio di riferimento. Nel presidio sanitario penitenziario il medico responsabile, il personale infermieristico e gli specialisti sono indipendenti dall'organizzazione penitenziaria con la quale hanno invece l'obbligo di collaborare.

Negli anni la struttura organizzativa originaria dell'istituto penitenziario non è mutata. Le nuove funzioni attribuite al carcere sono state inserite secondo il criterio di affinità per materie all'interno delle aree citate aggiungendo sezioni o settori e competenze agli stessi operatori.

L'organigramma che la legge ha declinato risponde all'esigenza di assicurare staticità ed omogeneità ad una struttura che per sua definizione deve curare una ordinata attività amministrativa, di gestione della sicurezza e dell'attività trattamentale.

Si tratta di un modello organizzativo oggettivamente complesso concepito sulla base della divisione dei compiti, del lavoro da svolgere, di come assicurare che i percorsi decisionali dei provvedimenti adottati siano sempre assunti dal Direttore capo dell'Istituto.

La legge 395/1990 declinava in chiave organizzativa i principi della legge penitenziaria che nel 1975 aveva riordinato e ammodernato il sistema penitenziario introducendo nuove figure professionali (educatori oggi funzionari giuridico-pedagogici), alcuni organi consultivi (es: il gruppo di osservazione e trattamento), definito il rapporto con la magistratura di sorveglianza poi ulteriormente emendato con la legge del 1986 che introduceva i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (la giurisdizionalizzazione della pena).

E tuttavia in tale "*palinsesto*", ispirato agli obblighi previsti dalle norme (che nel corso degli anni si è ulteriormente popolato di compiti e di responsabilità), forse pensare ad un modello organizzativo più flessibile, ovvero in grado di tenere conto di alcune variabili soggettive era e rimane un obiettivo pretenzioso?

Forse, oggi più che mai dovremmo provare a ripensare l'organizzazione del carcere.

Probabilmente, senza voler sminuire il forte mandato istituzionale ed il sistema di norme primarie e secondarie che lo disciplina, dovremmo ripensare il carcere come una organizzazione complessa da intendere in chiave soggettiva piuttosto che oggettiva in ragione della rilevanza che le relazioni assumono tra le diverse articolazioni (le singole unità operative).

Il fattore umano è l'elemento imprescindibile del quale tenere conto, non solo perché il mandato dell'AP è orientato a garantire la sicurezza delle persone ospitate all'interno delle strutture penitenziarie, e insieme, del personale che lavora all'interno (volontari, insegnanti e dei medici ed infermieri che pur se non alle dirette dipendenze dell'amministrazione sono tuttavia parte dell'organizzazione dell'istituto).

Mentre un'organizzazione oggettivamente complessa può essere ben rappresentata da un organigramma che ne descrive le caratteristiche, in una organizzazione che si connota di elementi di soggettività è più difficile definire le relazioni effettive tra le unità della struttura per aspetti eminentemente umani non rappresentabili schematicamente.

La componente soggettiva deve tenere conto delle variabili che il fattore umano esprime: mi riferisco alle aspettative, alla motivazione, all'impegno delle singole persone. È necessario pertanto rintracciare, non solo nel direttore capo dell'istituto ma in tutti coloro i quali sono individuati come responsabili di settori (aree, unità operative), quelle abilità necessarie per motivare le persone, per instaurare un buon clima "aziendale", per creare una adeguata rete di relazioni sociali/professionali e per vedere assicurato un adeguato impegno di tutti gli operatori nello svolgimento delle funzioni loro assegnate.

Occorre consapevolmente orientare il proprio impegno allo sviluppo di competenze adeguate alla risoluzione dei problemi e quindi all'assunzione di decisioni. E non mi riferisco al solo direttore, che è responsabile dell'intera struttura, ma a tutti gli operatori che, nell'ambito del proprio livello di responsabilità, devono essere in grado di assumere una decisione e di individuare e proporre la soluzione di un problema.

Occorre "spingere" la leva motivazionale perché è quella la leva che influenza l'impegno. Chi crede nel valore di un'azione sarà propenso ad impegnarsi per essa, accettando le responsabilità connesse e i risultati attesi.

La stessa relazione esiste tra aspettative e motivazione. Se l'attuazione di un'azione non è considerata realizzabile, non coinvolge le persone. Se, per contro, si motiva la scelta di una azione collegandola alle aspettative espresse allora l'impegno a raggiungere il risultato atteso potrebbe avere margini maggiori di successo.

D'altronde una forte motivazione influenza le aspettative che se deluse, potrebbero produrre effetti avversi (demotivazione, disimpegno, fino alla frustrazione).

Impegno, aspettative, motivazione.

Ma a tutto questo devono essere aggiunti il rispetto e l'ascolto dell'altro al fine di considerare e contribuire alla ricostruzione dell'identità delle persone (e

mi riferisco soprattutto al *core business* del nostro lavoro, quello che deve essere realizzato con i detenuti).

Flessibilità nel cambiamento, buona gestione del processo di continuo rinnovamento della *leadership* di direzione, con l'obiettivo di soddisfare le mutevoli necessità dei singoli e della comunità penitenziaria condizionata da alcune variabili legate all'identità dell'istituto (numero e tipologia della popolazione detenuta, bisogni espressi, rotazione del personale, immissioni in ruolo anche di nuove figure professionali, contesto territoriale e rapporti con le comunità esterne e quindi anche la percezione che del carcere si ha all'esterno).

Siamo di fronte ad una struttura connotata da una significativa complessità istituzionale e da una forte identità organizzativa: come poter fare convivere queste due componenti e, soprattutto, come fare sintesi? Gli obiettivi penitenziari "atavici" devono essere ricondotti ad unità: la sicurezza e il trattamento che da sempre appaiono contrastanti tra loro ma l'uno collegato all'altro (meglio uno consequenziale all'altro) devono essere tradotti in una sintesi organizzativa che riscrive la missione penitenziaria: trattamento delle persone private della libertà in sicurezza (che riguarda il rispetto dei diritti umani senza discriminazione, l'identità ed i bisogni dei singoli insieme al complesso di regole che ordinano la vita penitenziaria e che consentono la gestione quotidiana dell'istituto).

Tutti noi sappiamo come gli istituti di pena si trovino sempre al centro di dispute sociali e politiche: per cui opinioni divergenti si scontrano spesso creando una situazione di complessità gestionale che coinvolge gli individui (tutti) sia all'interno che all'esterno.

La costruzione di relazioni qualitativamente apprezzabili tra detenuti e personale (polizia penitenziaria, in primo luogo) consente di ottenere un miglioramento della qualità della vita degli operatori tutti, contribuisce a creare un clima sereno all'interno e quindi diventa componente essenziale per portare a compimento i percorsi di riabilitazione.

La capacità di costruire relazioni e capire come ottenere il meglio dagli altri è un'abilità critica che il dirigente penitenziario deve possedere.

Motivare il gruppo, gestire persone provenienti anche da altre istituzioni o associazioni esterne, mitigare i possibili conflitti. Tutte abilità che richiedono la capacità di comprendere le persone e le loro particolari esigenze e necessità. Oltre alla capacità di prendere decisioni basate sulla preventiva comprensione dell'impatto che queste possano avere sulle persone, è un'importante componente della *leadership* che il direttore penitenziario deve mettere in campo.

In sintesi, i dirigenti a capo degli istituti e, a cascata, tutti gli operatori penitenziari che lavorano in ambienti sempre più complessi, non possono mettere in gioco ed agire solo secondo le proprie competenze tecniche e giuridiche. Assume

sempre più un ruolo di primaria importanza la relazione tra le persone: relazione che deve essere curata al fine di promuovere motivazione ed interesse per i compiti assunti e per i cambiamenti che non possono essere subiti ma accompagnati e gestiti. Migliorare la capacità di percepire le emozioni degli altri, permette di entrare in empatia e adattare uno stile di *management* che tenga conto di queste componenti.

Come è possibile tenere conto di questo bagaglio di competenze soggettive e fare i conti con quello che appare essere il mondo oscuro, stereotipato e così puntualmente normato che il carcere appare raccontare di sé?

Non ho risposte preconfezionate. So solo che occorre percorrere una strada: la strada della innovazione del pensiero e dell'ammodernamento del sistema organizzativo della gestione dell'esecuzione della pena *intramoenia*. E occorre riconsiderare l'istituzione penitenziaria non più in una visione autocentrata (carcerocentrica) ma in una visione allargata condivisa con le altre istituzioni che comunque (anche contro la loro volontà) sono coinvolte nel trattamento dei detenuti per la loro riabilitazione in sicurezza; e ciò perché il loro recupero ha funzione di prevenzione dalla reiterazione del reato e produce quindi benessere all'intera comunità.

Le regole ci sono, ci sono i detenuti che devono scontare una pena, ci sono gli operatori (pochi) che fanno ogni giorno i conti con le difficoltà, la violenza che il disagio sociale, accresciuto in progressione geometrica nel corso degli ultimi anni, produce.

Le risposte non possono essere solo contenitive (ipotizzando una nuova versione degli o.p.g.) ma anche e soprattutto di cura che deve essere agita attraverso una responsabile presa in carico del servizio sanitario nazionale che in questi ultimi anni mostra tutte le sue difficoltà nel garantire i livelli minimi assistenziali all'interno delle strutture penitenziarie.

Penso anche che la collaborazione con le istituzioni locali e regionali, che finanziano i percorsi di inclusione, debbano trovare sede presso gli istituti penitenziari. In alcuni casi abbiamo sperimentato con esiti positivi la presenza di sportelli dei comuni, anche dei CAF, che con cadenza settimanale o quindicinale o mensile accedono agli istituti per rilasciare certificazioni, per fornire consulenza sul sistema pensionistico. Lo sportello, meglio l'ufficio inclusione, potrebbe consentire di istituire una nuova area in aggiunta a quella trattamentale per il reinserimento posto che il servizio sociale di comunità, che pure svolge un lavoro importante, non è sufficiente ad assicurare le interlocuzioni con i territori. All'interno potrebbe essere anche inserito il settore del collocamento per l'individuazione e la realizzazione di progetti di formazione e orientamento al lavoro. Le figure professionali, si comprende bene, non possono essere più e solo quelle

previste dall'ordinamento penitenziario. Forse potrebbero essere le stesse Regioni a costruire le nuove professionalità e ad introdurle operativamente negli istituti.

E poi le scuole dovrebbero essere ingaggiate più di quanto non accade già consentendo, anzi promuovendo, iniziative di legalità ed educazione civica da programmare annualmente in modo da farle assurgere a dignità di programmi didattici stabili da svolgere anche all'interno degli istituti di pena attraverso incontri con gli studenti detenuti. Le esperienze che molti di noi hanno avuto modo di realizzare con le scuole e con gli studenti hanno portato a risultati molto positivi in termini di impatto emotivo e di coinvolgimento dei detenuti che volontariamente assumono l'onere di svelarsi come esempio da non seguire!

E ancora il terzo settore con tutto quello che è possibile realizzare in termini di creatività, arte, gioco, cinema teatro e sport. Anche in questo caso potrebbe essere possibile la creazione di una nuova area organizzativa chiamata area ricreativa da affidare ad educatori (non funzionari giuridico-pedagogici) in grado di occuparsi solo di organizzare e qualificare il tempo della pena.

La pena è un progetto, un percorso che superando lo stigma del “fatto reato” deve consentire ed offrire opportunità a chi forse nella sua vita non ne ha mai avute. Il carcere può davvero diventare il passaggio, il transito per l'inclusione e per questo motivo deve mutare il suo abito ed essere non più percepito (purtroppo ancora oggi) come luogo dove si viene puniti e basta in limitazione della libertà, ma il luogo dal quale si può riaprire il percorso verso la libertà da sé stessi e dal proprio passato (ovviamente se lo si desidera). Per questo un modello organizzativo che tenga conto del valore delle emozioni e del modo di gestirle nel rispetto delle singole individualità è indispensabile in primo luogo per gli operatori penitenziari (che potrebbero così anche aiutare i detenuti a modificare le proprie percezioni e a vivere il proprio *status* con maggiore maturità ed impegno); e poi per i detenuti che, comprendendo il cambiamento “di rotta” dell'istituzione penitenziaria, potrebbero allontanarsi e prendere le distanze dalla propria immagine di “brutti sporchi e cattivi” provando a riappropriarsi della propria identità, quella originaria, di uomini fragili, anche insicuri, riscoprendo la possibilità di poter sognare e costruire un nuovo corso della propria vita.

VERSO UNA NUOVA DINAMICA RELAZIONALE FRA AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA E GIURISDIZIONE DI SORVEGLIANZA?

Marcello Bortolato

Bisogna partire da un dato storico: la stagione del “pugno duro” (le restrizioni introdotte soprattutto nel primo decennio del secolo) ha reso più problematico l’accesso alle misure alternative con l’enuclearsi di un *diritto speciale* per alcune categorie di persone sottratto a ogni apprezzamento discrezionale del giudice. In questo quadro si è assistito alla “riscoperta” del tema dei diritti dei detenuti che non è soltanto frutto del raccordo tra l’enunciato dell’art. 27, comma n.ro 3° Cost., nel suo aspetto proibitivo («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»), e le più generali istanze di umanizzazione della pena detentiva – che oggi trova numerosi riscontri nelle Carte e nelle convenzioni internazionali sui diritti dell’uomo – ma è il portato, proprio sul finire della prima decade del nuovo secolo (allorché si compiva la parabola dell’“incarcerazione di massa”), del contemporaneo declino del *welfare State*.

Sarebbe tipica espressione di questo passaggio proprio il mutamento di attenzione nella giurisprudenza costituzionale dal principio rieducativo della pena a quello dei limiti al potere punitivo contenuto nel divieto dei trattamenti contrari al senso di umanità.

In questo solco si inserisce ad es. la sent. Corte cost. 13/279 che ha affrontato la questione di costituzionalità dell’art. 147 c.p., sollevata dai Tribunali di Sorveglianza di Venezia e di Milano, sul differimento della pena nei casi di detenzione inumana e degradante, affermando la necessità di individuare «un rimedio estremo, il quale, quando non sia altrimenti possibile mediante le ordinarie misure dell’ordinamento penitenziario, permetta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario».

Il principio “umanitario” contenuto nella prima parte del terzo comma dell’art. 27 Cost. per molti anni non ha ricevuto grande attenzione nella dottrina e nella giurisprudenza, dedite piuttosto alla valorizzazione delle forme realizzatrici del

principio finalistico (esigenza che la pena sia disciplinata in modo tale da favorire il recupero del condannato, evitando innanzitutto gli effetti desocializzanti tipici di una certa realtà penitenziaria e delle conseguenti prassi di mortificazione della personalità individuale), quasi che il primo fosse dato per scontato e che non vi potesse essere pena rieducativa se non in un quadro di “non disumanità”.

È da qui che emerge una nuova attenzione alla tutela dei diritti delle persone detenute in quanto tali, indipendentemente cioè dalla finalità rieducativa o quale premessa di quella: tutela compromessa, da un lato, dal sempre crescente fenomeno del sovraffollamento ma, dall'altro, determinata anche dalla decrescita della capacità di protezione sociale del sistema del *welfare*, incapace ormai di garantire a tutti l'esercizio dei propri diritti sociali.

L'idea utilitaristica della pena ha, infatti, trovato la sua apoteosi nello Stato sociale, in cui il carcere aspirava a diventare un luogo dello Stato del benessere deputato al recupero delle persone svantaggiate (tali a tal punto da essere incorse nella devianza), ma, per propositi forse troppo ambiziosi, con esiti che oggi rischiano di restare incerti. È in questo quadro che va letta, dunque, la nuova attenzione ai diritti in ambito carcerario, di cui è compiuta espressione l'intervento normativo del 2013 che ha introdotto il reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* ord. penit.

In tale ambito si deve, pertanto, inserire l'analisi del rapporto tra magistratura di sorveglianza e amministrazione penitenziaria che, prima del 2013, era sostanzialmente basato sul solo art. 69 ord. penit. che assegna particolari funzioni a quella magistratura, nello stesso tempo di indirizzo e di controllo sull'attività dell'amministrazione.

I rapporti tra la magistratura di sorveglianza e l'amministrazione penitenziaria si sono notevolmente modificati quando è stato introdotto il reclamo giurisdizionale, mediante il D.L. 146/2013, all'art. 35-*bis* ord. penit., perché, rispetto al paradigma fissato dall'art. 69 ord. penit., secondo cui il magistrato di sorveglianza sostanzialmente era chiamato a monitorare l'efficienza dell'apparato amministrativo, si aggiunge una giurisdizione effettiva sui diritti del detenuto, in cui l'amministrazione è parte e il giudice di sorveglianza è, ovviamente, terzo. Il provvedimento emesso all'esito di questa procedura deve essere eseguito, anche se è successo, nel passato, che il vertice dell'organizzazione – cioè il Ministro – ne negasse l'effettiva esecuzione.

Segnalo due temi importanti:

- 1) il dialogo tra magistratura di sorveglianza e amministrazione penitenziaria nell'esercizio della giurisdizione sui diritti;
- 2) il tema dell'esecutività dei provvedimenti, affrontato in molte Commissioni di riforma via via istituite negli anni, e cioè se il provvedimento emesso in prima

battuta dal magistrato di sorveglianza sia immediatamente esecutivo o no, anche in pendenza del reclamo avanti al Tribunale di Sorveglianza o del ricorso avanti alla Corte di cassazione.

La domanda da porsi è, dunque, se questo tipo di giurisdizione, che talvolta può essere molto incisiva, può andare a indebolire il rapporto virtuoso tra magistratura di sorveglianza e amministrazione penitenziaria.

Da parte dell'Amministrazione non sempre si è ritenuto che il ruolo della magistratura possa essere di aiuto nella tutela dei diritti. A livello periferico probabilmente sì (penso ai vari Direttori che si trovano a dialogare frequentemente con i magistrati di sorveglianza del territorio e ad accoglierne per quanto possibile le sollecitazioni), ma a livello centrale (direzioni generali del DAP) spesso si è assistito a chiusure preconcepite o a volute inerzie.

Uno degli esempi potrebbe essere quello di applicare in maniera estensiva, alla generalità dei detenuti, i provvedimenti che la magistratura di sorveglianza adotta in seguito al reclamo del singolo detenuto. A questo risultato, spesso, si arriva con fatica, soprattutto quando si parla del regime del 41-*bis* ord. pen.

Per quanto riguarda la magistratura di sorveglianza, sarebbe opportuno avere un magistrato di sorveglianza per istituto penitenziario (di dimensioni non eccessivamente grandi), così da avere un solo interlocutore e non una pluralità. I Presidenti dei Tribunali di sorveglianza lo possono fare implementando il sistema tabellare.

Segnalo qui alcuni temi di discussione:

1. Reclamo disciplinare *ex* art. 69, co. 6, lett. a) ord. penit. quale controllo di legalità sul corretto esercizio del potere disciplinare da parte della Direzione del carcere;
2. Salute mentale: oggi appare incoerente che, dopo l'abolizione degli OPG, l'unica amministrazione che si fa carico di soggetti portatori di disturbi psichici sia l'amministrazione penitenziaria, gestendo pazienti psichiatrici che dovrebbero trovarsi all'interno delle REMS ovvero agganciati ai servizi psichiatrici del territorio;
3. Rimedio compensativo *ex* art. 35-*ter* ord. penit.: è necessaria una collaborazione da parte dell'Amministrazione per quanto riguarda i profili istruttori posto che è solo quest'ultima che ha la piena ed esclusiva disponibilità della prova della violazione dell'art. 3 CEDU, pur essendo anche parte del procedimento e, soprattutto, una uniformità a livello nazionale circa i criteri da adottare per le misurazioni e la trasmissione dei dati agli Uffici di sorveglianza;
4. Regolamento interno dell'istituto (art. 16 ord. penit.): segnalo il ruolo fondamentale del Magistrato di sorveglianza che presiede una commissione

cha ha compiti amministrativi; il magistrato deve avere un compito di impulso e coordinamento delle varie componenti che fanno parte della Commissione tenendo presente che le violazioni del Regolamento stesso integrano il presupposto del reclamo giurisdizionale in materia di diritti che poi si troverà a dover decidere;

5. L'art. 45 ord. penit. è stato oggetto di modifiche, individuando nella persona del direttore un ruolo delicato, che è garante dell'applicazione della norma, rispetto ad aspetti quali la residenza: le segnalazioni ai Comuni per l'obbligatoria iscrizione anagrafica dei detenuti senza fissa dimora restano tuttavia lettera morta. Dalla residenza deriva una serie di benefici: assistenza sanitaria, inserimento in comunità terapeutiche per alcol-tossicodipendenti, ecc. Il Comune respinge l'applicazione dell'art. 45 ord. penit. perché il detenuto è straniero irregolare e pertanto nega la residenza. Vi sono delle circolari del Ministero dell'Interno in tal senso, ma la legge dovrebbe prevalere sulle circolari. Chi si deve fare carico di questi problemi? Di certo non il cittadino, quando nemmeno le istituzioni se ne fanno carico.
6. "Cabine di regia" territoriali (progetti "Cassa delle ammende") cui partecipano l'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza: riprendendo alcuni schemi del passato con i Consigli d'aiuto sociale (art. 74 ord. penit.), sostituiti dalle Regioni con la riforma del titolo V. Le Regioni devono avere il coordinamento della programmazione sociale del territorio.

Come ha osservato la ministra Cartabia durante la sua visita a Rebibbia quando era giudice della Corte costituzionale, se ci fermassimo a guardare la condizione effettiva delle carceri italiane e la distanza rispetto al dettato costituzionale, noteremmo che magari esse non saranno un oceano di illegalità, ma certamente sussiste un mondo nel quale occorre navigare tra situazioni in cui i diritti possono essere compressi: quello che possiamo fare è cercare tutti i giorni, nei singoli casi che ci vengono proposti, di iniziare ad avvicinare il carcere al modello costituzionale.

Tra le buone prassi segnalo il rapporto dialogico con la magistratura di sorveglianza che per esempio si ha in molti istituti a trattamento avanzato (come Bollate, Padova), l'ampio dialogo che dovrebbe esserci con i rappresentanti dei detenuti per comprendere le loro esigenze (esperienza dei "Consiglio dei detenuti": Bollate e Sollicciano) e, infine, l'attivazione di percorsi di mediazione e di altre forme di giustizia riparativa (come ad es. è stato effettuato a Milano e a Padova).

GIURISDIZIONE DI SORVEGLIANZA E AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA: UN SISTEMA A GEOMETRIE VARIABILI

Angelo Zappulla

SOMMARIO: 1. Un sistema a geometrie variabili. – 2. Alcuni utili spunti promananti da un fecondo confronto.

1. Un sistema a geometrie variabili

In merito a una possibile nuova dinamica relazionale fra amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza, può subito sottolinearsi come quel che si è plasticamente delineato nel dibattito svoltosi in argomento, nell'ambito della Ricerca EuriPen che ha visto coinvolti proprio la Magistratura di sorveglianza, la Direzione degli istituti e il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, è un sistema a geometrie variabili, nel quale la correlazione è bidirezionale: le dinamiche relazionali dipendono dai ruoli e i ruoli sono la conseguenza delle dinamiche relazionali; ma a modellare ruoli e relazioni è, innanzitutto, un dato normativo in costante evoluzione.

Il contesto ordinamentale penitenziario può dirsi ormai caratterizzato da due nette "ere geologiche": un pre-Torreggiani e un post-Torreggiani, la feconda, quanto mortificante²⁶³, decisione "pilota" della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2013, con la quale il nostro Paese è stato condannato per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa di un sistematico "trattamento inumano o degradante"²⁶⁴, con-

²⁶³ In questi termini, F. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo, "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *RIDPP*, 2018, 1787.

²⁶⁴ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013 n. 43517, *Torreggiani c. Italia*, in *CP*, 2013, 1203.

seguito all'endemica situazione di sovraffollamento²⁶⁵ carcerario che lo affligge da innumerevoli anni. Una pronuncia che ha innescato un frenetico attivismo legislativo mediante decreti legge, dilatandosi i presupposti di necessità e urgenza e mortificando la pacata riflessione, anche parlamentare, funzionale al contemporaneo dei delicati equilibri in campo, a fronte di situazioni che rappresentavano solo l'emergere di fenomeni ben conosciuti che necessitavano di essere governati da tempo, senza attendere gravi messe in mora²⁶⁶. Un attivismo legislativo con dichiarato intento "svuota carceri" (slogan più adatto ai grandi magazzini) e finalizzato, fra l'altro e in ossequio a quanto espressamente richiesto dalla Corte europea, alla predisposizione di generali strumenti tendenti a limitare e prevenire ulteriori forme di violazione dei diritti di coloro i quali si trovino, a qualsiasi titolo, privati delle proprie libertà personali²⁶⁷.

Rispetto a quel che qui più interessa, l'avanti Torreggiani è l'originario art. 69 ord. penit., "*Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza*", mentre il dopo Torreggiani è il rimedio preventivo di cui all'art. 35-bis ord. penit., "*Reclamo giurisdizionale*", introdotto con l'art. 3, comma 1, lett. b) d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, "*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*" (conv., con modif., in l. 21 febbraio 2014, n. 10), "una novità assoluta nel panorama degli strumenti di tutela dei reclusi"²⁶⁸, che ha determinato il tramonto²⁶⁹ del reclamo generico quale rimedio posto a tutela dei diritti individuali, divenuto strumento dalla natura amministrativa, residuale rispetto a un eterogeneo catalogo di atti rimasti fuori dalla portata del più ampio reclamo giurisdizionalizzato²⁷⁰, pur se sempre all'interno

²⁶⁵ Sul ricorso a tale temine, rispetto a situazioni che, fossero anche di "mero" e non "sovrà" affollamento, sarebbero già di per sé del tutto intollerabili, cfr. S. BUZZELLI, *Prefazione: un titolo e il suo perché. Le ragioni di un progetto*, in AA.VV., *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, a cura di S. BUZZELLI, Teti, Roma, 2012, 10; M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. CAPRIOLI, L. SCOMPARI, Giappichelli, Torino, 2015, 257, nt. 2.

²⁶⁶ Cfr. G. ILLUMINATI, *Verso un ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in RIDPP, 2015, 1132.

²⁶⁷ Cfr. L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti*, in AP, 2016, 1, 5.

²⁶⁸ P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, 2014, 102.

²⁶⁹ In questi termini, C. FIORIO, *Commento all'art. 35 ord. penit.*, in AA.VV., *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, Giuffrè, Milano, 2019, 450.

²⁷⁰ Cfr., P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 118.

di “un sistema integrato e unitario”²⁷¹. Innovazione, questa, immediatamente seguita dall’ulteriore interpolazione avutasi con l’art. 35-ter ord. penit., “*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*”, introdotto con l’art. 1, comma 1 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, *Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all’ordinamento penitenziario, anche minorile* (conv., con modif., in l. 11 agosto 2014, n. 117).

È già decorso più di un decennio da tale significativa svolta ed è necessario riflettere sul come la stessa possa aver alterato – e il termine non ha necessariamente un’accezione negativa – proprio le relazioni fra l’amministrazione penitenziaria e la giurisdizione di sorveglianza.

Fin dall’originaria impalcatura penitenziaria del 1975, si è rilevato per nulla agevole un puntuale inquadramento sistematico della Magistratura di sorveglianza, a causa dell’eterogeneità del relativo dato funzionale, “tale da rendere incerta”²⁷², se non del tutto vana, la ricerca di criteri classificatori che riescano a caratterizzarsi per univocità²⁷³.

A delinearci è, certo, un soggetto garante della piena conformità alla legge della concreta attività penitenziaria²⁷⁴, con funzione di ampia vigilanza sugli istituti, classificabile²⁷⁵ come “generica” (art. 69, commi 1 e 2 ord. penit.)²⁷⁶ o “speciale” (art. 69, comma 5), ma contestualmente immerso nella stessa concreta opera di realizzazione di una funzione trattamentale, che postula iniziative corali affidate a una molteplicità di attori, che devono costantemente cooperare e dialogare fra

²⁷¹ Così la *Relazione illustrativa al d.l. 23 ottobre 2013, n. 146*, in Atti Parlamentari, Camera dei deputati, n. 1921, 12. In termini di una disciplina ancora “complessa, frammentaria, disorganica”, si esprime, tuttavia, P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 102.

²⁷² D. VICOLI, *Commento all’art. 69 ord. penit.*, in AA.VV., *L’esecuzione penale*, cit., 808.

²⁷³ Cfr. F. DELLA CASA, *Commento all’art. 69*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, VI ed., 2019, 922.

²⁷⁴ Cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, II ed., 1994, 50; MARGARA, *Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell’attività penitenziaria*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di V. GREVI, Zanichelli, Bologna, 1982, 204.

²⁷⁵ Cfr. D. VICOLI, *Commento all’art. 69 ord. penit.*, cit., 808.

²⁷⁶ Cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., 57.

loro. La previsione normativa, tuttavia, ricollocando l'organo giurisdizionale in una prospettiva di sorveglianza e controllo "puro", gli riconosce anche il potere di saltare il dialogo con l'amministrazione e cercare, invece, quale interlocutore immediato per l'"attuazione del trattamento rieducativo" (art. 69, comma 1), il Ministro della giustizia, ipotesi "più unica che rara" in cui il magistrato è legittimato a rivolgersi direttamente al Ministro per la prospettazione delle riscontrate esigenze relative ai vari servizi di un'amministrazione.

Le interviste svolte nell'ambito della Ricerca della quale oggi si raccolgono i risultati hanno evidenziato, però, un limitatissimo ricorso a tale strumento di interlocuzione ministeriale in via immediata, con atteggiamenti di *self-restraint* da parte della magistratura, che lo circoscrivono alle sole situazioni di carattere estremo, preferendosi un'effettiva dinamica relazionale operante a livello locale, cui si riconosce maggiore efficienza. Un atteggiamento restrittivo determinato anche dalle emerse frequenti e stigmatizzabili inerzie e dai silenzi del Ministero rispetto alle, pur poche, ma spesso gravi, segnalazioni dirette, che rimangono, pertanto, "inascoltate voci nel deserto" alle quali si attribuisce conseguentemente scarsa, se non nulla, utilità ed efficacia²⁷⁷.

Il magistrato di sorveglianza delineato nell'art. 69 ord. penit. emergeva nitidamente quale soggetto dalla natura mista che, nonostante i caratteri della giurisdizionalità propri dell'organo²⁷⁸, si rivelava significativamente orientato verso il versante amministrativo, dotato anche del significativo potere di impartire disposizioni espressamente finalizzate al mantenere, all'interno degli istituti penitenziari, l'esercizio dell'attività amministrativa nell'ambito del corretto riconoscimento degli inviolabili diritti soggettivi del detenuto. Disposizioni che la Corte

²⁷⁷ Significativa, in proposito, l'icastica rappresentazione di T. BASILE, *Il ruolo della magistratura di sorveglianza nella riforma penitenziaria: qualche riflessione*, in GP, 1985, I, c. 220, secondo il quale il magistrato di sorveglianza che "cerca all'inizio, con l'entusiasmo del neofita, di comunicare telefonicamente con gli Uffici del Ministero, presumibilmente oberati di lavoro, ha scarso o nessun successo. Allora scrive, in relazione a piccoli ordinari problemi, che però a fatica è riuscito ad individuare [...]; non riceve, com'è ovvio, alcuna risposta".

²⁷⁸ Sul percorso di progressiva giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, cfr. F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale e il progressivo "traghetamento" dell'esecuzione penale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. CONSO, Esi, Napoli, 2006, 804 ss.; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1983, 63 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, Milano, 2002, 33 ss.; K. MAMBRUCCHI, voce *Procedimento di sorveglianza*, in Dig. disc. pen., Agg. III, 2, UTET, Torino, 2005, IIII ss.

costituzionale ha qualificato come vincolanti per l'amministrazione, pur in assenza di strumenti che ne garantissero specificatamente la concreta effettività²⁷⁹.

Un attore, il magistrato di sorveglianza, comunque e a pieno titolo, protagonista di primo piano della, opportunamente affollata e articolata, filiera del trattamento. Una filiera all'interno della quale la magistratura rivestiva anche il ruolo, non del tutto congeniale, di cerniera di riequilibrio nel non semplice rapporto amministrazione-detenuito²⁸⁰. Circostanza che porterà, proprio a integrazione di tale importante funzione, alla nascita, prima (a partire dal 2003), dei Garanti locali, regionali, provinciali o comunali²⁸¹ e, poi, di quello nazionale, figlio anch'esso del menzionato d.l. n. 146 del 2013 (art. 7)²⁸².

Ma era già a far data dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 26 del 1999, con la quale sono stati dichiarati incostituzionali gli artt. 35 e 69 ord. penit., "nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale"²⁸³, che il detenuto attendeva un pieno rico-

²⁷⁹ Cfr. Corte cost. 3 (7) giugno 2013, n. 135, in *Cass. pen.*, 2013, 3885, secondo cui "le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti [...], devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità" (pronunciando in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto tra il Ministro della Giustizia e il Magistrato di sorveglianza di Roma).

²⁸⁰ Sull'incapacità della magistratura di sorveglianza di assolvere efficacemente al ruolo di garanzia assegnatole con l'art. 69, commi 1 e 2 ord. penit., cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Una authority di cartapesta per i diritti dei detenuti*, in *LP*, 2014, 415 ss.; L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti*, in *AP*, 2016, 1, 2. Su una sorta di crisi d'identità della magistratura di sorveglianza, cfr. L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *RIDPP*, 2012, 1402 ss.

²⁸¹ Cfr. L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti*, cit., p. 2, nt. 16; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014, 157; G. DI ROSA, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 128; C. FIORIO, *Commento all'art. 7 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014 n. 10*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 1374.

²⁸² V., in proposito, G. DI ROSA, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, cit., 127 ss.; C. FIORIO, *Commento all'art. 7 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014 n. 10*, cit., 1370 ss.; L. SCOMPARIN, *Il Garante nazionale*, in AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN, Giappichelli, Torino, 2015, 283 ss.; nonché, volendo, A. ZAPPULLA, *Commento all'art. 7 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. con l. 21 febbraio 2014, n. 10*, in AA.VV., *L'esecuzione penale*, cit., 1395 ss.

²⁸³ Corte cost. 8 (11) febbraio 1999, n. 26, in *DPP*, 1999, 850, con nota di F. DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, che definisce "storica"

noscimento quale titolare di diritti soggettivi meritevoli di tutela giurisdizionale. Un'esigenza che proietta al dopo Torreggiani, con l'innesto dell'art. 35-*bis* ord. penit., che consegna al singolo ristretto il diritto di trovare, almeno nell'astratta architettura del dato normativo, l'amministrazione seduta al suo stesso livello nell'aula destinata alla celebrazione di un procedimento garantito.

La figura ancipite del magistrato di sorveglianza diviene allora sempre meno tale o, forse, a dire il vero, sempre di più, ma, comunque, sbilanciata in misura ridotta rispetto alla funzione amministrativa, emergendo l'accentuarsi della propria componente di terzietà, perché nell'aula nella quale viene deciso il reclamo (giurisdizionale già nella rubrica della norma) l'amministrazione fa il suo ingresso (anche se, in genere, in senso solo figurato) quale parte. Una parte che non smette di dialogare con l'organo chiamato a decidere, ma che deve farlo adesso in maniera differente, prevalendo il ruolo di terzietà del giudice, che non esce dalla filiera trattamentale, ma vede dilatarsi la sua funzione di controllore dell'operato dell'amministrazione. E se la Corte costituzionale, con la sentenza n. 279 del 2013 (in tema di art. 147 c.p., "*Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*")²⁸⁴, ha ribadito, riprendendo principi già affermati nella sentenza n. 376 del 1997, che "il divieto di adottare misure concretanti un trattamento contrario al senso di umanità non può essere disgiunto, nella ricostruzione della sua ratio e della sua portata applicativa, dal riferimento alla finalità rieducativa" e se, pertanto, il sindacato giurisdizionale sulla tutela dei diritti soggettivi non può andare mai disgiunto da tale tensione rieducativa, allora le funzioni della sorveglianza e, conseguentemente, la sua relazione con l'amministrazione, si arricchiscono di nuovi strumenti per la realizzazione di uno scopo comune, che, tuttavia, non muta.

2. Alcuni utili spunti promananti da un fecondo confronto

Nel corso degli incontri che hanno caratterizzato la Ricerca EuriPen, i direttori degli istituti penitenziari coinvolti hanno evidenziato la necessità che una magistratura di sorveglianza dalle caratteristiche così delineate possa divenire un vero proprio giudice di prossimità; tale non solo nei confronti del detenuto, ma

la sentenza della Corte costituzionale.

²⁸⁴ Cfr. Corte cost., 9 ottobre (22 novembre 2013), n. 279, in *GCost*, 2013, 4514, con note di F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il "rimedio estremo" della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*; A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*.

anche della stessa amministrazione che ha l'esigenza di interloquire sempre con la medesima persona fisica. Ciò almeno nelle realtà non eccessivamente grandi, mentre per quelle che dovessero essere tali potrebbe individuarsi un magistrato della sezione, con a monte predisposizioni tabellari ad opera del Presidente del Tribunale di riferimento (esperienze in alcuni distretti già operative). Il fine sarebbe quello dell'omogeneità delle decisioni anch'essa direttamente funzionale alla rieducazione, giacché qualsivoglia diseguaglianza viene sempre percepita dal detenuto come ingiusta.

Un decennio di post Torreggiani imponeva una verifica dei nuovi riposizionamenti sul terreno dell'esecuzione penitenziaria. Il detenuto è rimasto non solo fisicamente, ma anche simbolicamente dov'era, limitato com'è nelle sue libertà personali, ma gli strumenti nuovi a disposizione sul versante della tutela dei diritti soggettivi, fanno muovere con equilibri diversi i soggetti che devono accompagnarlo nel percorso trattamentale. Soggetti che mantengono, comunque, nel loro DNA le essenziali logiche relazionali: il magistrato è terzo, ma non può rinunciare a una feconda relazione con le parti e il direttore dell'istituto necessita di costanti scambi con la folta ed eterogenea "squadra" della rieducazione.

Il confronto amministrazione-magistratura, realizzatosi nell'ambito della Ricerca EuriPen, ha evidenziato anche specifiche questioni ermeneutiche ancora aperte, prima fra tutte quella relativa alla esecutività della decisione emessa in sede di reclamo, sia relativamente al momento di sua configurabilità sia, e questo è stato rimarcato come uno dei principali punti di crisi, relativamente all'obbligo dell'amministrazione di darvi esecuzione, non mancando gravi sacche di resistenza pure a livello apicale ministeriale. Resistenze rispetto alle quali deve stigmatizzarsi come ogni inottemperanza non integri solo una violazione *bis* del diritto soggettivo, ma rappresenti anche un grave sintomo di una cesura proprio di quella feconda dinamica relazionale di cui al nostro titolo. Tema, questo, cui si affianca quello sollecitato dalla componente togata e relativo a un auspicabile effetto estensivo dei provvedimenti adottati in seguito al reclamo del singolo nei confronti della generalità dei detenuti di un medesimo istituto. E, in realtà, anche le modifiche apportate all'art. 69 ord. penit., con l'art. 3, comma 1, lett. i), n. 1 D.L. n. 146 del 2013, sembrerebbero orientare già in questa direzione nella parte in cui il potere di impartire direttive finalizzate a ricondurre l'operato dell'amministrazione nell'ambito della tutela dei diritti è stato svincolato dal riferimento (soppresso) al "*corso del trattamento*", proprio per evidenziare la portata generale delle direttive medesime.

A quest'ultimo aspetto sembra ricollegabile pure una specifica esigenza proveniente, invece, questa volta, dal versante dei direttori delle strutture penitenziarie: la valorizzazione del "Progetto dell'istituto", non mero manifesto politico-

programmatico, ma fondamentale strumento di ricezione delle istanze di tutela dei singoli detenuti, nella concreta stesura e implementazione del quale l'amministrazione sollecita un contributo effettivo della magistratura, ancora nel prisma di imprescindibili dinamiche relazionali.

Non sono mancati gli espliciti e positivi riferimenti anche al ruolo di controllore della magistratura, non patito né temuto, ma anzi, a volte, ricercato dagli stessi direttori, perché spesso la violazione del diritto soggettivo del detenuto si rivela solo formalmente addebitabile alla controparte nel procedimento di reclamo, ma è sempre più di frequente di natura sistematica o strutturale, divenendo utile all'amministrazione stessa un attento e rigoroso vaglio giurisdizionale che accenda i riflettori su violazioni non direttamente fronteggiabili dalla singola amministrazione locale. Ciò specialmente nei contesti dove l'*alert* sia minore, come il mondo della media sicurezza, che patisce un deficit di attenzione rispetto ai preponderanti temi dell'alta sicurezza e dei regimi di cui all'art. 41-bis (basti solo ricordare come ad appena pochi giorni dalla cessazione dello sciopero della fame del detenuto Alfredo Cospito, cui tanto rilievo è stato, opportunamente, riservato a livello nazionale, morivano, a breve distanza temporale l'uno dall'altro e proprio per le conseguenze di uno sciopero della fame, due ergastolani della casa di reclusione di Augusta, un italiano e un cittadino russo, senza che la notizia abbia avuto alcun rilievo mediatico al di fuori della stringata cronaca locale). L'esigenza di un'attenzione anche verso le realtà non di alta sicurezza è stata sottolineata contestualmente sia dai direttori che dalla magistratura. Una corrispondenza di interessi emersa, pure, rispetto alla creazione di percorsi formativi comuni per magistratura e amministrazione, non potendo ritenersi sufficiente un breve tirocinio in un istituto. Un ulteriore sintomo, questo, ancora della comune esigenza di nuove dinamiche relazionali.

Rispetto all'equilibrio delle nuove dinamiche fra Amministrazione e Giurisdizione, il metodo per ricercarlo, consistente proprio nel costante confronto dialettico fra l'amministrazione penitenziaria e la giurisdizione di sorveglianza, cui va certo aggiunto un terzo protagonista: l'Accademia.

IL RUOLO DEL DIRETTORE DELL'ISTITUTO QUALE PROPULSORE DELLA RIEDUCAZIONE

Elisabetta Zito

Per comprendere il ruolo del direttore di propulsione nell'attività di rieducazione dei detenuti non si può prescindere dal delineare oggi questa figura professionale, raffrontandola, sebbene rapidamente, con lo stesso operatore del passato. In proposito, è utile prendere le mosse nel ragionamento dalla definizione contenuta nell'art. 296 del regio decreto 787 del 1931 contenente il regolamento degli istituti di prevenzione e di pena. La norma così recitava: «Il Direttore è il capo dello stabilimento, soprintende a tutte indistintamente le parti del servizio e dà gli ordini opportuni, cura la scrupolosa osservanza delle leggi, dei regolamenti, delle istruzioni, dei contratti, sorveglia il modo con cui i funzionari e gli agenti, che da lui dipendono, adempiono ai loro doveri, vigila su tutta la corrispondenza, sui registri, sulle scritturazioni e gli atti, ed informa il Ministero, anche fuori dei casi espressamente preveduti da questo regolamento, dei fatti notevoli che si riferiscono all'ordine e alla disciplina dello stabilimento».

In sostanza, la figura del direttore si configurava come un soggetto per così dire passivo, deputato solo a porre limiti, a sorvegliare e addirittura a coartare psicologicamente.

Il nuovo ordinamento penitenziario, aprendo in modo ben preciso e determinato il carcere alla società, ha determinato un cambiamento anche della funzione del direttore: cambiamento radicale e funzionale al nuovo concetto di pena improntato ai principi costituzionali.

L'esecuzione penale deve essere seguita in un contesto di comunità in cui il carcere è collocato, cioè la struttura detentiva è parte del territorio e del contesto sociale e con esso deve entrare in relazione.

La concezione di un carcere aperto alla società ha posto il direttore penitenziario nelle condizioni di stabilire, in maniera programmata e razionale, relazioni presenti sul territorio riconducibili sia agli enti locali, a tutte le istituzioni pubbliche, agli organismi assistenziali, alle associazioni *no profit* e del terzo settore.

Proprio per le caratteristiche che oggi ha il carcere, potremmo dire di specchio del contesto sociale di riferimento sebbene in esso si rispecchi la parte per così dire “problematica” del contesto sociale stesso, l’apertura razionale del carcere costituisce un salto nella società, un bagno nella collettività che proietta il direttore nella relazione con l’esterno, muovendo proprio da quella che ben può essere definita la “cabina di comando” costituita dal ruolo che esercita.

Oggi, le norme fulcro a cui fare riferimento per indicare la funzione del direttore penitenziario sono poste, non casualmente, in apertura del D.P.R. n. 230/2000, il nuovo Regolamento penitenziario, e in particolar modo all’art. 2 – “Sicurezza e rispetto delle regole”: «1. L’ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati. Il direttore dell’istituto assicura il mantenimento della sicurezza e del rispetto delle regole avvalendosi del personale penitenziario secondo le rispettive competenze.

2. Il servizio di sicurezza e custodia negli istituti penitenziari diversi dalle case mandamentali è affidato agli appartenenti al Corpo di polizia penitenziaria, che esercitano le loro attribuzioni in conformità delle leggi e dei regolamenti vigenti».

Emerge con evidenza la definizione del direttore quale unico responsabile della sicurezza complessiva dell’istituto, che si avvale di tutto il personale penitenziario e non solo del Corpo di polizia penitenziaria.

L’attribuzione di responsabile unico della sicurezza fa sì che il direttore disponga di un elemento fondamentale e determinante perché le attività trattamentali si possano svolgere.

Del resto, se è vero il noto principio secondo cui non c’è sicurezza senza trattamento e il trattamento non può prescindere dalla sicurezza, ne consegue che, proprio perché chi dirige il penitenziario dispone di questa funzione essenziale di vertice della sicurezza, può svolgere tutte quelle attività propedeutiche e funzionali alla realizzazione di quelle attività che costituiscono il trattamento penitenziario.

E ancora norma fulcro è l’art. 3 – “Direzione degli istituti penitenziari e dei centri di servizio sociale”: «1. Alla direzione degli istituti penitenziari e dei centri di servizio sociale è preposto personale dei rispettivi ruoli dell’amministrazione penitenziaria individuato secondo la vigente normativa.

2. Il direttore dell’istituto e quello del centro di servizio sociale esercitano i poteri attinenti alla organizzazione, al coordinamento ed al controllo dello svolgimento delle attività dell’istituto o del servizio; decidono le iniziative idonee ad assicurare lo svolgimento dei programmi negli istituti, nonché gli interventi all’esterno; impartiscono direttive agli operatori penitenziari, anche non appartenenti all’amministrazione i quali svolgono i compiti loro affidati con l’autonomia professionale di competenza.

3. Il direttore dell'istituto e quello del centro di servizio sociale rispondono dell'esercizio delle loro attribuzioni al provveditore regionale e al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria».

E in ultimo la definizione del ruolo essenziale di coordinamento del direttore si trova in altra norma fulcro del D.P.R. n. 230/2000 contenuta nell'art. 4 – “Integrazione e coordinamento degli interventi”: «1. Alle attività di trattamento svolte negli istituti e dai centri di servizio sociale partecipano tutti gli operatori penitenziari, secondo le rispettive competenze. Gli interventi di ciascun operatore professionale o volontario devono contribuire alla realizzazione di una positiva atmosfera di relazioni umane e svolgersi in una prospettiva di integrazioni e collaborazione.

2. A tal fine, gli istituti penitenziari e i centri di servizio sociali dislocati in ciascun ambito regionale, costituiscono un complesso operativo unitario, i cui programmi sono organizzati e svolti con riferimento alle risorse della comunità locale; i direttori degli istituti e dei centri di servizio sociale indicano apposite e periodiche conferenze di servizio.

3. Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ed i provveditori regionali adottano le opportune iniziative per promuovere il coordinamento operativo rispettivamente a livello nazionale e regionale».

Complementari all'impianto normativo predetto sono le norme dell'ordinamento della carriera dirigenziale penitenziaria che definiscono le funzioni dirigenziali dei direttori, contenute nel D. Lgs. n. 63 del 15 febbraio 2006. E in particolare l'art. 2 – “Funzioni dirigenziali”: «La carriera dirigenziale penitenziaria è unitaria in ragione dei compiti di esecuzione penale attribuite ai funzionari. Lo svolgimento della carriera è regolato dal presente decreto, e sussidiariamente ed in quanto compatibili, dal decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive modificazioni.

2. I funzionari esercitano, secondo la qualifica ricoperta, i compiti e le funzioni di seguito indicati:

[...]

d) attività finalizzate a garantire il regolare funzionamento delle strutture penitenziarie, allo scopo in particolare di:

1) assicurare che il trattamento penitenziario previsto dalla legge 25 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, costituisca permanente obiettivo per tutte le professionalità impegnate negli istituti penitenziari;

2) salvaguardare costantemente, negli istituti penitenziari, le condizioni di ordine e disciplina, nel pieno rispetto della dignità della persona, e per il soddisfacimento delle esigenze di sicurezza della collettività;

3) garantire la tutela della salute delle persone detenute ed internate, anche attraverso l'integrazione con i servizi sanitari del territorio;

4) sviluppare iniziative volte al sostegno dei soggetti ammessi a misure alternative all'esecuzione penale in carcere e, comunque, di coloro nei cui confronti siano stati adottati, da parte dell'autorità giudiziaria, provvedimenti limitativi della libertà personale che debbano essere eseguiti fuori dagli istituti penitenziari;

5) garantire il trattamento dei soggetti in esecuzione penale esterna, coordinandosi con le istituzioni, i servizi e gli organismi interessati presenti nel territorio di competenza;

[...]

f) attività di controllo e verifica dei risultati e degli obiettivi conseguiti nell'adempimento dei compiti dei dirigenti penitenziari e del personale operante nelle strutture penitenziarie;

g) con riferimento agli incarichi di dirigente responsabile degli istituti ed uffici interessati, attività di coordinamento e di indirizzo del personale di polizia penitenziaria operante nelle medesime articolazioni;

h) attività di coordinamento delle diverse aree funzionali, comunque denominate e qualunque ne sia la specifica competenza tecnica ed operativa, operanti negli uffici centrali e periferici, negli istituti penitenziari, negli uffici locali di esecuzione penale esterna, negli ospedali psichiatrici giudiziari, nelle scuole di formazione ed aggiornamento;

[...].».

Nella disamina normativa relativa alle funzioni del direttore penitenziario sin qui accennata, in chiusura, deve farsi riferimento alla Raccomandazione (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa sulle Regole penitenziarie europee (adottata dal Consiglio dei ministri l'11 gennaio 2006, in occasione della 952esima riunione dei Delegati dei Ministri), che, nella Parte V – “Direzione e Personale – Il servizio penitenziario come servizio pubblico”, al n. 71, stabilisce: «Gli istituti penitenziari devono essere posti sotto la responsabilità di autorità pubbliche ed essere separati dall'esercito, dalla polizia e dai servizi di indagine penale».

La ragione di questa norma sta, evidentemente, nella dualità dei fini e delle esigenze istituzionali, ai quali il carcere deve rispondere: da un lato quelli della sicurezza e, dall'altro, quelli della rieducazione e del recupero sociale del condannato. Dualità per la quale la vigente normativa, espressione di un orientamento preciso presente negli altri Paesi democratici europei ed extraeuropei, ha voluto nel sistema penitenziario una figura professionale, quella appunto del dirigente penitenziario, alla quale attribuire la delicatissima funzione di governo dell'esecuzione penale intra ed extramuraria.

Per questa ragione il legislatore ha inteso creare, per così dire, «un corpo speciale di funzionari dello Stato», con un proprio autonomo ordinamento, ai qua-

li ha attribuito lo *status* di diritto pubblico, in ragione delle peculiari funzioni loro affidate nell'ambito del sistema dell'esecuzione penale, attraverso una legge apposita: la legge 27 luglio 2005, n. 154 ("Delega al Governo per la disciplina dell'ordinamento della carriera dirigenziale penitenziaria" e il successivo D. Lgs. 15 febbraio 2006, n. 63 "Ordinamento della carriera dirigenziale penitenziaria, a norma della L. 27 luglio 2005, n. 154").

Coerente con la figura così delineata dalle norme vigenti è quindi la scelta di non attribuire a questo funzionario dello stato compiti o funzioni strettamente di "polizia".

Dalla lettura delle norme fin qui fatta emerge con chiarezza quale sia il compito normativamente demandato al direttore e cioè quello non facile e di straordinaria complessità di coordinare la difficile, eterogenea attività gestionale dell'istituto di pena.

Dal contenuto delle norme emerge, altresì, una figura atipica di funzionario che deve provvedere operando in conformità alle prospettive innovative contenute nell'ordinamento penitenziario, ad assicurare un equilibrato rapporto tra legalità, trattamento rieducativo e istanze di umanità: rapporto che deve essere sempre rispettoso della persona detenuta.

Da questa prospettiva – che è la seconda dalla quale voglio affrontare l'argomento odierno (e cioè Carcere – Enti – Comunità civile: triplice funzione unitaria) – si ha la consapevolezza che il soggetto istituzionale deputato al superamento della frattura tra società e carcere è proprio quella del direttore.

L'istituto penitenziario, un tempo separato dalla società civile per necessità, tradizione e cultura, si è aperto nel corso del tempo al mondo esterno e al territorio facendo emergere una visione della pena riconducibile alla "cultura del dialogo", che cerca di garantire a tutti un inserimento, offrendo opportunità mai avute a chi ha infranto la legge penale.

È assodato ormai che bisogna consolidare l'impegno attorno all'uomo in detenzione, attenzionare la persona che è il detenuto e conseguentemente incrementare un umanesimo solidaristico, capace di sfatare luoghi comuni. Si tratta, in sostanza, di convertire in termini di adeguati gesti operativi il campo della solidarietà, tenendo conto tuttavia che le carceri sono cassa di risonanza delle problematiche esistenti all'esterno nello stesso sociale in cui insistono e nell'ambito del quale persistono influssi di carenze, di disinteresse.

È necessario, perciò, che il direttore giunga a valutare come e quanto tali disfunzioni sociali si riflettono sulla comunità carceraria, per cercare di opporvi opportuni e incisivi interventi. Su questo terreno si gioca la sagacia e l'acutezza di analisi e di progettazione di chi svolge le funzioni direttive. E ciò per applicare senza tentennamenti lo spirito che fonda e pervade la legislazione in materia, che

non solo prevede, io oso nell'affermare che "impono", precise aperture agli orizzonti del trattamento penitenziario.

Ebbene la triplice funzione unitaria Carcere – Enti – Comunità civile costituisce una degli ambiti in cui l'impegno del direttore va rivolto.

L'attuale ordinamento penitenziario unitamente alle modalità del trattamento rispondenti ai particolari bisogni della personalità di ciascun detenuto soggetto all'azione dei singoli operatori sollecita anche la partecipazione della comunità esterna: partecipazione della quale non può farsi a meno e ormai in proposito vi è diffusa consapevolezza.

Si configura perciò, per la direzione del penitenziario, una doverosa, proficua e concreta possibilità di interventi tra carcere e azione politica propria delle istituzioni, degli enti pubblici e privati, i quali devono considerare la loro partecipazione all'incremento delle relazioni tra comunità carceraria e società libera tra le scelte più qualificanti e strategiche per la crescita umana, morale e sociale da essi istituzionalmente perseguite.

È indispensabile, infatti ritrovarsi concordi nella condivisione attorno ai problemi del penitenziario, pur con differenti ruoli e responsabilità. E se la funzione sociale del carcere, da una parte, deve tranquillizzare l'opinione pubblica garantendo la custodia di chi è stato riconosciuto colpevole di violazione della legge penale; dall'altra parte, il carcere e la realtà carceraria in genere hanno il diritto di reclamare dalla comunità civile, e particolarmente dagli enti preposti allo sviluppo dell'ordinato progresso civile, ogni possibile sostegno politico-legislativo.

In tale prospettiva non devono essere risparmiate energie da parte del direttore per instaurare una prassi di collaborazione, graduale ed oculata, tra le autorità dello Stato, rappresentanze parlamentari, responsabili di istituzioni ed enti di varie ispirazioni denominazione e soprattutto con le forme del volontariato di diversa ispirazione.

Solo così potrà effettuarsi la necessaria integrazione tra mondo carcerario e comunità esterna: intuitivi sono i vantaggi sia per la vita e il clima degli istituti di pena, sia per la stessa convivenza civile e indubbiamente anche per gli operatori penitenziari.

Allo studio attento e alla rilevazione del direttore del penitenziario è affidata, col contributo delle forze vive interessate, l'individuazione di quali meccanismi debbano essere attivati per rimuovere eventuali ostacoli che rallentano l'interazione tra carcere e contesto esterno, tenendo conto delle specifiche condizioni culturali storiche economiche del singolo territorio di riferimento.

Determinante è mantenere vivo e qualificato il rapporto istituzioni, realtà sociale ed organismi direttivi del carcere. Non può esservi estraneità e separazione,

ma condivisione di un unico modello su cui convergere per la salvaguardia e la promozione della dignità dell'uomo detenuto attraverso l'adozione di una serie di meccanismi funzionali volta all'effettiva riabilitazione e al conseguente sviluppo della società.

Nell'ambito del rapporto predetto menziono fra gli strumenti esistenti e a titolo esemplificativo il "Piano di zona", cioè lo strumento che la legislazione indica per l'attivazione di una "rete di servizi integrati" in ambito sociale e socio-sanitario.

L'art. 19 L. n. 328/2000 – "Piano di zona", prevede: «1. I comuni associati, negli ambiti territoriali di cui all'articolo 8, comma 3, lettera a), a tutela dei diritti della popolazione, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, provvedono, nell'ambito delle risorse disponibili, ai sensi dell'articolo 4, per gli interventi sociali e socio-sanitari, secondo le indicazioni del piano regionale di cui all'articolo 18, comma 6, a definire il piano di zona, che individua:

a) gli obiettivi strategici e le priorità di intervento nonché gli strumenti e i mezzi per la relativa realizzazione;

b) le modalità organizzative dei servizi, le risorse finanziarie, strutturali e professionali, i requisiti di qualità in relazione alle disposizioni regionali adottate ai sensi dell'articolo 8, comma 3, lettera h);

c) le forme di rilevazione dei dati nell'ambito del sistema informativo di cui all'articolo 21;

d) le modalità per garantire l'integrazione tra servizi e prestazioni;

e) le modalità per realizzare il coordinamento con gli organi periferici delle amministrazioni statali, con particolare riferimento all'amministrazione penitenziaria e della giustizia;

[...].».

Insomma, è fondamentale perseguire una logica che, pur potendo sembrare utopica, intende trasformare il costo dell'esecuzione della pena, che sopporta la comunità dei contribuenti, in un investimento produttivo per il futuro.

Appare perciò di tutta evidenza quale debba essere il ruolo proprio del direttore a cui è demandato il non facile compito di tessere positive relazioni interpersonali, suscitare interesse, attenuare esasperati individualismi e convogliare potenzialità operative perché si affermino comportamenti più efficaci; perché anche il tessuto sociale sia coinvolto in questa azione di necessaria collaborazione.

La mediazione propulsiva del direttore si avvantaggerà sempre più delle conoscenze nei vari ambiti del contesto sociale e istituzionale, in cui più facilmente potranno essere rappresentate distanze e necessità del carcere che dirige.

Oggi il ruolo del direttore di istituto penitenziario ha una proiezione esterna che un tempo non aveva e che è essenziale oltre che necessaria per assolvere

pienamente al mandato istituzionale. Questa proiezione nasce dal collegamento con la realtà sociale che in varie forme è richiesto dall'ordinamento penitenziario e nel tempo è stato progressivamente rafforzato e sviluppato dall'importanza che i problemi penitenziari hanno assunto nei mezzi di informazione. Ma si aggiungono spesso nuove ragioni: così è, da ultimo, per la legge sul lavoro penitenziario (faccio riferimento alla riforma del 2018), le cui possibilità di successo sono strettamente condizionate dai collegamenti che gli istituti saranno in grado di avere con il mondo imprenditoriale.

Nelle strategie di *governance* del direttore altrettanto importante è la visibilità di un'azione costante ed efficace e diretta a condurre tutti gli operatori verso un modo equilibrato, il più ampiamente condiviso delle finalità e delle caratteristiche dell'attività da svolgersi. In proposito è da dirsi, perché non è un mistero, che l'esigenza del trattamento e quella della sicurezza, normalmente compresenti nel contesto penitenziario e suscettibili di soddisfacimento integrato, vengono talvolta percepite in modo rigido e antagonistico. Dietro a queste esigenze tendono a strutturarsi anche opzioni e aspettative dell'uno o dell'altra categoria di personale: opzioni e aspettative quasi sempre alternative e mai convergenti verso un obiettivo congiunto.

E qui passo ad esporre le riflessioni secondo la terza prospettiva: "la politica gestionale interna".

L'istituto penitenziario costituisce un complesso di settori che devono essere complementari ed integrati tra loro ma non concorrenti: essi devono raggiungere un'unità di intenti, piuttosto che una supremazia dell'uno sull'altro. Devono trovare nella gestione complessiva del detenuto lo scopo dell'agire e, pur nelle differenti competenze, garantire l'armonizzazione dell'azione penitenziaria, orientandola alle priorità dettate dalla nostra Carta costituzionale.

È chiaro che per "gestione" non si intende il mero contenimento delle persone affidate alla cura dell'istituzione ma, nonostante la segregazione, l'attenzione qualificata per esse da ogni punto di vista: fisico, psico-pedagogico, affettivo e sociale così come impone il dettato costituzionale. Per garantire ciò l'amministrazione penitenziaria ha dotato i direttori di uno strumento quale è il Progetto di Istituto per convogliare, aggregare e finalizzare a finalità comuni gli obiettivi specifici delle singole aree operative in cui si articola la struttura organizzativa del carcere stesso.

Gli obiettivi specifici devono diventare – attraverso la loro integrazione – un obiettivo unico, che a sua volta li deve contenere tutti: la sicurezza è rappresentata in sé dall'istituzione penitenziaria; al trattamento bisogna lavorare, attuando quanto previsto in forma programmatica dalla Costituzione e dall'ordinamento penitenziario.

Poiché non superate, ancora oggi, è necessario ribadire che finalmente negli istituti penitenziari devono essere superate le tradizionali, quanto perniciose, divisioni tra i settori per contribuire ad un progetto unico delle attività da realizzare, delle priorità a cui dare maggiore attenzione. In relazione a ciò indispensabile è l'azione di impulso e di coordinamento da parte del direttore dell'istituto, che sulla base della tipologia di carcere, in relazione al circuito penitenziario di appartenenza della popolazione detenuta ospitata, dei bisogni dei ristretti e delle progettualità realizzabili tramite gli operatori penitenziari, evidenzia annualmente chiari obiettivi per definire la cornice, al cui interno inserire l'attività che durante l'anno sarà realizzata nell'istituto. In ciò si sostanzia il progetto d'istituto.

Il Progetto attinge i suoi contenuti essenziali dalle risultanze delle riunioni con tutti gli operatori istituzionali e con tutti coloro che a diverso titolo collaborano alle attività trattamentali per raccogliere proposte, valutare risorse e rendere il più possibile condiviso il momento della definizione degli obiettivi declinati nel progetto d'istituto. Occorre infatti ricordare che, diventando tale momento parte di un'azione più ampia finalizzata alla stesura del Progetto stesso, è bene che l'attività preliminare di condivisione sia articolata in modo da rendere efficace l'integrazione del contributo di ciascuna area operativa e di ciascun attore coinvolto.

Tutti i contributi dovranno prevedere al loro interno delle specifiche indicazioni in ordine a: analisi dei bisogni, *budget* necessario, priorità di intervento a breve, medio e lungo termine.

Il riordino delle priorità istituzionali volge a ricollocare l'attività rieducativa/ di reinserimento al centro delle attività dell'Istituto, nella consapevolezza che non può esserci sicurezza se non viene garantito il trattamento e che – alla luce dell'esperienza – la mera custodia non costituisce di per sé garanzia di sicurezza.

In sostanza, se dovere dell'amministrazione penitenziaria è di garantire che l'esecuzione delle pene detentive, così come recita il dettato costituzionale, non consista «in trattamenti contrari al senso di umanità» e debba «tendere alla rieducazione del condannato», diventa necessario mettere in campo tutte le conoscenze pedagogiche e le risorse strutturali allo scopo di rendere il carcere non un'inutile sofferenza, ma una parentesi necessaria per la ricostruzione della persona nei suoi molteplici aspetti: personale, culturale, affettivo, sanitario, lavorativo.

Il fine rieducativo attribuito alla pena dal Costituente si concretizza nell'offerta di opportunità affinché chi è ristretto in carcere utilizzi il tempo a sua disposizione per ricostruire sé stesso e la propria identità in vista del ritorno nel mondo libero. Un'offerta differenziata e costruita attorno a singole individualità che esprimono bisogni diversi.

Ecco perché occorre rifuggire dai tentativi di schematizzare e burocratizzare la proposta rieducativa, i cui contenuti, invece, devono essere definiti sul campo

e messi a punto a seguito dell'osservazione scientifica della personalità. Non esistono esperti di rieducazione che posseggano ricette valide per tutti i casi. Solo dopo la conoscenza sul campo delle storie dei singoli si potranno individuare le iniziative di trattamento da inserire nel piano e i detenuti che vi debbano essere avviati, affinché nella loro esperienza penitenziaria rimanga traccia di quella partecipazione.

L'autonomia del dirigente è l'elemento essenziale per forgiare un'organizzazione funzionale al raggiungimento degli obiettivi che il penitenziario si è dato, individuandoli all'interno di direttive comuni e strategiche annualmente definite nella direttiva del Ministro della giustizia.

La domanda di rieducazione va raccolta, dunque, nella realtà penitenziaria e definita dai bisogni espressi da chi è detenuto. In questo ambito risulta indispensabile una corretta gestione dell'area educativa, che – in collaborazione con tutto il resto dell'istituto – metta in campo le azioni necessarie a fare sì che ogni persona, riconosciuta come tale nel contesto di detenzione, possa sentirsi al centro di un progetto, in modo da poter valorizzare le azioni che potranno restituirla, da uomo libero, alla società.

Se l'azione rieducativa è finalizzata al reinserimento sociale, il primo contesto dal quale il detenuto deve sentirsi accolto, di cui deve sentirsi parte, è la comunità penitenziaria. Occorre dunque creare le condizioni perché si costruisca questa comunità, con gli organi dell'amministrazione che ne divengano promotori, curandone i contenuti, le finalità, le relazioni.

Se il coinvolgimento dell'area educativa resta centrale ed indispensabile è bene avere consapevolezza che nessun apprezzabile risultato potrà realizzarsi senza il concorso delle conoscenze della polizia penitenziaria, che per compito istituzionale è operatore di prossimità per eccellenza. Al tempo stesso non è possibile fare a meno della necessaria collaborazione delle altre aree dell'Istituto e dell'Ufficio di esecuzione penale esterna competente per territorio.

Se l'azione rieducativa è finalizzata al reinserimento sociale, il primo contesto dal quale il detenuto deve sentirsi accolto, di cui deve sentirsi parte, è la comunità penitenziaria. Occorre dunque creare le condizioni perché si costruisca questa comunità, con gli organi dell'amministrazione che ne divengano promotori, curandone i contenuti, le finalità, le relazioni.

Se il coinvolgimento dell'area educativa resta centrale ed indispensabile è bene avere consapevolezza che nessun apprezzabile risultato potrà realizzarsi senza il concorso delle conoscenze della Polizia penitenziaria, che per compito istituzionale è operatore di prossimità per eccellenza. Al tempo stesso non è possibile fare a meno della necessaria collaborazione delle altre aree dell'Istituto e dell'Ufficio di esecuzione penale esterna competente per territorio.

Un'ultima riflessione prima di concludere la mia relazione: a mio avviso un aspetto importante da focalizzare e che non può essere tralasciato riguarda i rapporti con la magistratura di sorveglianza. In proposito, non basta il mantenimento di un costruttivo rapporto che offra all'organo giudiziario ogni opportuna conoscenza delle problematiche personali dei reclusi; bensì è essenziale il coinvolgimento di detta magistratura nell'attuazione del progetto d'istituto, collettore unitario delle finalità e obiettivi, spesso pluriennali, che il singolo istituto di pena si è dato.

La magistratura di sorveglianza, nell'attuale ordinamento, rappresenta l'unico riferimento giudiziario per l'espiazione della pena. Essa è infatti chiamata, *ex novo*, a farsi carico di tutte le questioni afferenti all'esecuzione della pena.

È dunque compito specifico dell'amministrazione penitenziaria favorire la conoscenza del detenuto da parte della magistratura di sorveglianza, registrando minuziosamente e con attenzione il cambiamento della persona detenuta in tutte le sue manifestazioni. Ed è altresì importante che la magistratura di sorveglianza sia chiamata a condividere la politica gestionale interna che il direttore attua e formalizza nel Progetto d'istituto, di modo da essere sempre più un giudice per l'esecuzione della pena e meno un giudice che sorveglia l'esecuzione della pena.

In conclusione, voglio evidenziare che la funzione di propulsione della rieducazione propria del direttore penitenziario può diventare strategica anche per fronteggiare situazioni di tensioni all'interno del carcere. Infatti, credo che l'attuale emergenza penitenziaria, provocata da atti di ribellione violenta dei ristretti in alcuni penitenziari, richieda attenzione, impegno e senso del dovere da parte di tutti gli operatori presenti e che, a mio avviso, solo la reale conoscenza delle persone ristrette, che consente di dare risposte ai bisogni dei singoli, può permettere di evitare tensioni interne e prevenire, per quanto possibile, eventi critici.

RIEDUCAZIONE E PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE DOPO IL D.LGS. N. 150/2022

Luciano Eusebi

SOMMARIO: 1. L'idea dello scopo è rimasta costantemente appiattita sullo schema della retribuzione. – 2. L'orientamento rieducativo come fulcro della prevenzione generale. – 3. L'equivoco reiterato del legame tra finalità rieducativa e coazione morale. – 4. Le diverse forme della giustizia riparativa in rapporto al paradigma della rieducazione. – 5. L'immutata esigenza di riforma del sistema sanzionatorio penale (nonostante alcune aperture innovative della riforma Cartabia). – 6. "Programmi di giustizia riparativa" e istanze garantistiche.

1. L'idea dello scopo è rimasta costantemente appiattita sullo schema della retribuzione

Ricordo che quando ascoltai, da studente, gli interventi al convegno tenutosi in Università Cattolica nel 1979 su *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*²⁸⁵ venne a insinuarsi in me una sorta di riserva, che continuo a coltivare. Andavo pensando: se l'art. 27, comma n.ro 3 della Costituzione stabilisce che «le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato» (oggi diremmo alla sua responsabilizzazione, al suo possibile reintegrarsi nel contesto di una prassi comportamentale conforme alla legalità) e si esprime esclusivamente con riguardo a tale scopo, è di lì che bisogna muovere onde interrogarsi circa le modalità del fare prevenzione dei reati attraverso le norme penali: chiarendo le ragioni per cui la Carta fondamentale lega proprio al promuovere la *rieducazione* del trasgressore il darsi nell'interesse pubblico – che in una democrazia moderna può essere

²⁸⁵ I cui contributi furono trasfusi nel noto volume dal titolo analogo a cura di M. ROMANO e F. STELLA, Giuffrè, Milano, 1979.

soltanto quello preventivo – di sanzioni penali; e altresì cercando di progettare percorsi idonei a favorire simile esito.

D'altra parte, l'efficacia generalpreventiva delle pene è rimasta fino a oggi, per così dire, un'astrazione: un *effetto* presunto di quanto già stabilito debba applicarsi all'autore di un reato. Nel concreto, ciò che è sempre risultato decisivo, ai fini della pena preveduta o inflitta, è quel che s'intenda fare di tale autore. È stato il modo della risposta nei suoi confronti la realtà di partenza, non la derivazione logica di quella pena da conoscenze sulle sue prospettive di efficacia.

Prospettive, queste ultime, le quali sono rimaste tradizionalmente collocate, in sede legislativa, sul piano dell'intimidazione: il che, in effetti, appare assai poco sinergico con intenti rieducativi dell'autore di un fatto criminoso. Da cui il compromesso dell'aver relegato questi ultimi entro l'ambito dell'applicabilità, pur sempre incerta, degli strumenti sospensivi o sostitutivi e, soprattutto, dei c.d. *benefici* penitenziari, lasciando inalterati sia la gamma limitatissima (detentiva e/o pecuniaria) delle pene principali, sia i criteri della loro applicazione. Così da mitigare semmai – più per necessità (il sovraffollamento in carcere e l'esigenza di evitare eccessi criminogeni di desocializzazione) che per un disegno convintamente perseguito – le pretese, invero mai sopite, di una complessiva neutralizzazione dei condannati. Ma altresì con l'esito che simili aperture rieducative *a posteriori* restano sovente percepite, nel sentire sociale, come un deflettere (talora ricondotto, per diletto, a c.d. *buonismo*) dall'eseguire le pene nella loro forma *giusta ed efficace*²⁸⁶.

Oggi, peraltro, il numero dei provvedimenti penali in esecuzione secondo modalità extradetentive – in forza, soprattutto, di messa alla prova, affidamento in prova e lavoro di pubblica utilità, con una prima incidenza di un certo rilievo della detenzione domiciliare sostitutiva e restando invece trascurabile l'incidenza della liberazione condizionale – supera notevolmente quello delle presenze in carcere (ma il divario sarebbe ancor più forte se si tenesse conto dei dati ingentissimi non ufficialmente forniti relativi alle sospensioni condizionali e al fenomeno dei c.d. *liberi sospesi*, nonché delle pene pecuniarie autonomamente inflitte). Eppure, dal 1990 la popolazione penitenziaria è costantemente aumentata (nel marzo 2024 si registrano circa 61.000 reclusi *pro die*, con *trend* in crescita), salvo solo

²⁸⁶ Certamente ormai sussistono, così osserva M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in RIDPP, 2023, 1333, molteplici «alternative predibattimentali o dibattimentali che cancellano la staticità del discorso classico sulla pena semplicemente 'meritata' e 'inflitta', la retribuzione-proporzione fotografata nel passato immutabile della 'colpevolezza per il fatto'». Eppure, se non viene superato quel *discorso classico* anche a livello di teoria della pena, quelle alternative difficilmente entreranno a far parte di un progetto politico-criminale organico indipendente, come s'è appena detto nel testo, da necessità contingenti e compreso in ambito sociale: non senza l'effetto, lo evidenzieremo immediatamente, del permanere di una penalità tradizionale la quale, nei suoi numeri, non manifesta di cedere terreno.

temporanee controtendenze legale all'ultimo indulto (2006), alla sentenza Torreggiani della Corte EDU (2013) e alla pandemia COVID-19.

Il che fotografa un fenomeno comune rispetto ad altri Paesi europei: l'estendersi del penale extradetentivo non ha prodotto, finora, una diminuzione nel numero dei reclusi, in quanto s'è accompagnato a un incremento, derivante soprattutto da politiche *securitarie*, delle fattispecie incriminatrici e del *quantum* concernente le pene detentive comminate: sebbene i tassi complessivi della criminalità risultino, da anni, in diminuzione.

Anche per tali ragioni si tratta di riflettere sul disegno d'insieme e sui modi della risposta all'agire anti-giuridico: così da definire, fra l'altro, una sistematica degli strumenti di gestione non penalistica dei fatti illeciti che renda credibili le affermazioni sul ricorso al diritto penale come *extrema ratio*.

Circa quest'ultimo, peraltro, solo nel momento in cui s'inizi a considerare in modo serio il summenzionato disposto dell'art. 27, comma n.ro 3 Cost. può delinarsi una costruzione delle pene ragionevolmente conforme allo scopo preventivo.

Come accennavamo, infatti, è rimasto per millenni del tutto stabile, e continua a caratterizzare di fatto le pene inflitte in sede di condanna, un unico schema sanzionatorio: quello fondato sulla corrispettività fra il *negativo* ravvisato nell'accadimento criminoso colpevole e il *negativo*, in termini di danno e di sofferenza, inflitto a chi subisca quella condanna. Uno schema cui è stata attribuita la capacità di conseguire l'intero spettro, o quasi, delle finalità ipotizzabili – nobili e meno nobili – in base al gusto dei giuristi o dei filosofi.

Da quelle più legate alla prospettiva utilitaristica del produrre deterrenza (e, rispetto al condannato, *incapacitazione*): il che sembra delineare l'inquadramento più logico di quell'approccio, in quanto la minaccia, e la constatata applicazione, di un male in rapporto al reato commesso possono incidere, per ipotesi, circa i comportamenti futuri solo sul piano del timore e, per quanto concerne il condannato nella fase esecutiva, solo sul piano della coazione. Fino alla tesi opposta, rassicurante, secondo cui proprio il criterio della ritorsione retributiva fisserebbe un limite agli eccessi dell'utilitarismo: tesi la quale tuttavia dimentica che, non esistendo una pena *giusta in sé*, l'unico criterio di riferimento per la retribuzione è dato da quanto corrisponde ai sentimenti reattivi constatabili nel contesto sociale (così che, come insegnava Hegel, il furto di una rapa al mercato può essere punito sia con una multa di pochi soldi, sia con la pena di morte²⁸⁷), oppure dal *civilissimo* paradigma del taglione che tanto aveva affascinato Kant²⁸⁸.

²⁸⁷ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), ed. it. a cura di V. CICE-RO, Bompiani, Milano, 1996, § 218, 379.

²⁸⁸ Cfr. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, (1797), trad. it. Laterza, Bari, 1983, 165: «soltanto la legge del taglione (*ius talionis*), ma ben inteso solo davanti alla sbarra del tribunale

Ma si è altresì sostenuto che il retribuire sarebbe necessario per riconoscere ciascun individuo umano come capace di scelte libere e pertanto – si è soliti richiamare, ancora, Hegel e Kant – al fine di onorarlo nella sua dignità (come senza alcun dubbio possiamo tutti constatare frequentando il carcere e, nel massimo grado, interrogando qualsiasi condannato a morte dinnanzi al suo patibolo...).

Una tesi questa, sostanzialmente cinica, la quale, com'è ben noto, ha fatto leva sul dato per cui l'idea rieducativa è stata ricostruita dal positivismo in base a una visione deterministica dell'agire umano (ed è stata recepita, per tale via, da ideologie illiberali), concependola come riduzione del condannato a oggetto di un trattamento manipolatorio, in quanto ritenuto individuo anomalo (nei termini proposti parossisticamente al grande pubblico, pur senza richiamare diatribe dottrinali, in *Arancia meccanica* di Stanley Kubrick).

Il che trascura, a sua volta, come l'art. 27, comma n.ro 3 suddetto si collochi in un orizzonte costituzionale del tutto incompatibile rispetto all'ammettere coartazioni dell'autonomia individuale e come l'idea costituzionale di rieducazione muova a far valere, piuttosto, che, qualunque siano le caratteristiche dell'agente di reato, la sua dignità di persona capace di libertà può condurlo a una responsabilizzazione circa le condotte pregresse e a scelte rispettose dei precetti penali per l'avvenire: scelte di cui possono crearsi condizioni tali da renderle praticabili, ma che non possono essere perseguite forzando la coscienza individuale.

Mentre, dunque, il pensiero retribuzionista considera la libertà *al passato*, ritenendo che se ne possa soppesare, e remunerare, l'uso (quando, invece, possiamo solo ricostruire empiricamente taluni dei fattori che su tale uso abbiano inciso), mentre il positivismo ebbe a negare in radice la sussistenza stessa della libertà, l'orientamento rieducativo considera la libertà (ovvero, l'autonomia personale) *al futuro*, come risorsa, connessa alla dignità umana, che rimane sempre spendibile.

S'è anche detto, poi, che, retribuendo, ne deriverebbero pacificazione e, addirittura, riconciliazione rispetto alla frattura del diritto rappresentata dal reato²⁸⁹. L'unica pacificazione reale, però, è quella che riesca a prodursi tra l'autore del reato, le eventuali vittime e i consociati: il che si situa agli antipodi della dinamica classica del punire, che è essenzialmente divisiva e a-dialogica (la denuncia penale non costituisce un appello alla riconciliazione, ma, di fatto, propone l'identificazione pubblica di un individuo come delinquente). A meno che ci si voglia riferire alla riaffermazione del diritto violato, dinnanzi a un fatto criminoso: ma

(non nel tuo giudizio privato), può determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia».

²⁸⁹ Cfr. G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, § 220, 381.

se si trattasse di questo, non si vede per quale motivo ciò richiederebbe una pena retributiva.

In effetti, l'attitudine risanatrice attribuita alla giustizia retributiva corrisponde all'idea che quest'ultima possieda la forza seducente di compensare il reato, *riequilibrando la bilancia* (in base all'immagine emblematica di tale visione della giustizia)²⁹⁰: ciò che identificherebbe, secondo parole abusate, il *fare giustizia*. Bisogna tuttavia riconoscere che la pena, quale essa sia, non è in grado di cancellare alcunché, né in senso materiale, né in senso ideale. Il reato, come ogni fatto umano, è irrevocabile, per cui qualsiasi percorso mirante a superarne l'impatto negativo nei rapporti interpersonali e sociali, nonché a evitarne, per quanto possibile, il riproporsi in forme analoghe, non può che presupporre simile consapevolezza²⁹¹.

Se ne deduce, allora, che la ritorsione retributiva nulla compensa se non i bisogni emotivi di reazione riscontrabili nella società verso l'agente di reato. Con il che, tuttavia, si torna – nella versione più sofisticata espressa dalle c.d. teorie neo-retributive – all'orizzonte intimidativo. Sarebbe pur sempre l'entità del castigo altrui, infatti, a dissuadere dal delinquere: richiedendosi, per tale via, di infliggere al trasgressore la pena ritenuta necessaria onde confermare nei consociati il tabù, che egli ha infranto, in forza del quale ciascuno reprimerebbe il desiderio di violare la legge (così che dall'applicazione della pena risulterebbe soddisfatta la rabbia, e allo stesso tempo depotenziala l'invidia, nei confronti del trasgressore)²⁹².

Neppure s'è mancato, infine, di attribuire alla pena retributiva un'efficacia parallela, quasi un alibi morale, di carattere (nientemeno che) *rieducativo*. Si tratta dell'inveterata teoria ai sensi della quale proprio la sofferenza ritorsiva produrrebbe risipiscenza e pentimento: in quanto consentirebbe di *espiare* la colpa, con un esito di *emenda* per il condannato.

Parole, queste ultime, ampiamente reperibili nella manualistica retributiva, ma delle quali è ben difficile identificare un contenuto tangibile, o comunque un riscontro, nella vita reale. Anzi, Dostoevskij ne aveva già ben evidenziata l'intrinseca contraddittorietà: «una volta sopportato il castigo che la società gli ha inflitto, per via di questo [il delinquente] si sente già assolto, sdebitato»²⁹³. In

²⁹⁰ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Sulle maniere di trattare il diritto naturale* (1802-3), in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, trad. it. Laterza, Bari, 1971, 87 ss.

²⁹¹ Cfr. sul tema, per esempio, U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019, 170 ss.

²⁹² Può confrontarsi, per l'esposizione critica di queste impostazioni, L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *RIDPP*, 1983, 914 ss., (sezione I) e 1315 ss. (sezione II).

²⁹³ F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie da una casa di morti* (1860), trad. it. Giunti, Firenze, 1994, 18. Valgano, altresì, le parole che precedono: «Certo è che la prigione e il sistema dei lavori

ogni caso, del resto, il compito del sistema giudiziario non è quello di occuparsi dell'anima di chi condanna.

Tutto questo manifesta come il procedere dalla prevenzione generale per descrivere, precisandone le modalità, la funzione di interesse pubblico svolta dai sistemi penali abbia significato, in sostanza, prendere atto del modello sanzionatorio retributivo, secondo le diverse accezioni attribuitegli dell'attitudine (non comprovata) a produrre deterrenza: non senza argomentazioni volte a sostenerne un'improbabile conciliabilità con il rispetto, e con il bene stesso, della persona condannata.

Probabilmente, il livello, potremmo dire *basico*, della prevenzione generale tradizionalmente intesa che, oggi come ieri, il sistema punitivo assicura è legato, soltanto, al fatto per cui un certo numero dei responsabili di condotte criminose venga individuato, così che, in quei casi, ne derivano conseguenze non auspicabili dall'autore nel momento in cui abbia agito: ma non, invece, al *quantum* della pena principale detentiva o pecuniaria prevista²⁹⁴.

2. L'orientamento rieducativo come fulcro della prevenzione generale

Resta dunque da chiarire perché l'orientamento rieducativo, affrancando le sanzioni penali dal dogma di un'ineludibile corrispondenza allo schema della retribuzione, sia in grado di attribuire alle medesime un'efficacia generalpreventiva più realistica.

Valga preliminarmente richiamare, in estrema sintesi, le considerazioni che inficiano la fiducia comunemente riposta nella prevenzione generale concepita in termini di deterrenza.

Simile efficacia risulta contraddetta, soprattutto, dalla circostanza per cui, risultando di regola elevata, come si evince dagli studi sulla *cifra oscura*, la possibilità che ciascun singolo reato commesso rimanga impunito, molti opteranno, sebbene in presenza della minaccia di pene gravose, per l'agire criminoso, ove

forzati non correggono il delinquente; si limitano a punirlo e a salvaguardare la società da ulteriori attentati del malfattore al suo quieto vivere. Al contrario, la prigione e lo stesso duro sistema del lavoro coatto servono solo a ingenerare odio, brama di godimenti proibiti e nefasta leggerezza. Comunque, sono profondamente convinto che il famoso sistema cellulare raggiunga soltanto uno scopo fallace, illusorio, di facciata. Esso succhia la linfa vitale dell'uomo, snerva la sua anima, la infiacchisce, la intimidisce e poi presenta una mummia, moralmente inaridita e inebetita, come modello di ravvedimento e di pentimento».

²⁹⁴ Cfr. sul tema, per esempio, C. E. PALIERO, in ID. (a cura di), *Il sistema penale*, Giapichelli, Torino 2024, 25 ss.

non intervengano in senso contrario fattori motivazionali di altro tipo: come può ampiamente constatarsi.

Del resto, il commettere un reato ben raramente, perfino nell'ambito economico, consegue a una fredda ponderazione, secondo la loro entità e la loro probabilità, dei benefici rispetto ai costi. Il rischio sanzionatorio, poi, risulta pressoché inincidente con riguardo alla commissione di reati in stato di eccitazione, di rabbia o di odio, come pure con riguardo alla criminalità di matrice ideologica. E l'esperienza comunque dimostra che lo Stato il quale fa affidamento sulle pene esemplari è lo Stato debole, che non sa o non vuole intercettare in maniera significativa, specie sul piano della prevenzione primaria, i comportamenti anti-giuridici: per cui deve sporadicamente ribadire la sua presenza in merito alla prevenzione della criminalità attraverso punizioni eclatanti, che finiscono per avere come destinatari privilegiati soggetti a loro volta deboli, oppure ritenuti ormai sacrificabili.

Deve inoltre prendersi atto di come lo stesso effetto di prevenzione speciale della pena tradizionalmente inflitta nei termini di una ritorsione detentiva non manifesti per nulla quell'indiscutibile utilità che, per lo più, viene ad esso accreditata in sede politica o massmediatica. Sia perché l'intimidazione che dovrebbe derivare, dopo il fine pena, rispetto all'autore di reato dall'esperienza della sofferenza patita è contraddetta alla luce dei tassi elevatissimi di recidiva che si constatano dopo una reclusione cui siano rimasti estranei profili di c.d. *flessibilità*: stanti gli esiti di desocializzazione e i sentimenti di rivalsa che facilmente ne derivano. Sia, tanto più, perché la stessa neutralizzazione dei condannati durante la fase esecutiva si scontra col fatto che non s'è mai potuta evincere, attraverso di essa, una parallela diminuzione dei tassi di criminalità in ambito sociale: il che depone nel senso per cui, ove rimangano carenti fattori di persuasione al non delinquere e manchino serie strategie di prevenzione *primaria*, le compagini criminali si riproducono, nonostante i loro membri posti nell'impossibilità di nuocere.

Ciò premesso, il fattore che si evince *ex art. 27*, comma n.ro 3 della Costituzione quale fulcro della strategia preventiva fatta propria dalla medesima è quello *motivazionale*, che si contrappone a quello *coercitivo* caratterizzante l'intimidazione e la neutralizzazione: fattore il quale, dunque, non ravvisa la prevenzione in un (ipotetico) esito meccanicistico di interventi suscettibili di produrla al modo dei fattori causali operanti in sede naturalistica, bensì nell'appello a una scelta libera da parte dei destinatari delle disposizioni penali (l'intera collettività e chi abbia delinquito) di adesione, o ri-adesione, alla legalità, attraverso contenuti sanzionatori che di tale scelta esprimano le ragioni.

Dovendosi considerare che un atteggiamento non precario di rispetto delle prescrizioni penali rivolte alla tutela di determinati beni può fondarsi soltanto su

una scelta personale in tal senso (cioè non indotta da meri fattori coattivi): così che, anzi, un'intimidazione costruita sull'offesa dei medesimi beni che l'ordinamento penale proclama di promuovere e di salvaguardare finisce per far decadere nella coscienza civile la credibilità stessa di simile intento, operando in senso controproducente dal punto di vista generalpreventivo (come efficacemente segnalava Cesare Beccaria con riguardo al caso emblematico della pena di morte)²⁹⁵.

Di qui la *ratio* di ordine generale, e non soltanto specialpreventivo, che soggiace all'art. 27, comma n.ro 3 della Costituzione: nulla rafforza l'autorevolezza dei precetti penali incrinati dal reato, vale a dire la loro capacità di ottenere adesione nel contesto sociale in cui il medesimo sia stato commesso, più di quanto avvenga attraverso il recupero alla legalità del trasgressore²⁹⁶.

In questo senso, ogni singolo recupero incrina, a sua volta, la forza di attrazione (il fascino) dell'agire criminoso e risulta in grado di innescare percorsi paralleli di affrancamento da scelte di quel tipo in altri individui: come ben sanno le organizzazioni criminali, che paventano massimamente, non a caso, proprio la defezione di loro membri, in quanto mina la loro capacità espansiva (di reclutamento) e la tenuta dei vincoli di appartenenza. Se, come affermava Edwin Sutherland, si tende a fare ciò che viene approvato nel gruppo in cui si cerca, o si trova, riconoscimento²⁹⁷, è fondamentale, infatti, che singoli membri di un tale gruppo (quale ne sia la natura) sappiano mettere in discussione i comportamenti anti giuridici, compresi quelli di cui pure siano stati compartecipi.

Il soggetto *rieducato*, diversamente da quello neutralizzato, contribuisce, dunque, a chiudere, sul territorio, spazi percorribili in senso criminoso o, se si vuole, a chiudere posti di lavoro criminale. Per cui può dirsi che l'orientamento, o meglio il contenuto, rieducativo delle pene produce prevenzione generale.

²⁹⁵ «Non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini. Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il feroce esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesimo, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio»: così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. FIRPO, vol. I, Mediobanca, Milano, 1984, § XXVIII, 92 ss.

²⁹⁶ Per cui i giudici «dovrebbero confidare nella perdurante validità e attualità dell'obiettivo rieducativo come impegno costituzionale»: così G. FIANDACA, *Riforma Cartabia. Diritto penale sostanziale e giustizia riparativa*, Addenda a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Zanichelli, Bologna, 2019.

²⁹⁷ Cfr. p. es. E. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale* (1983), trad. it. Giuffrè, Milano, 1987, 305.

Il che vale anche con riguardo alla stessa previsione legislativa delle sanzioni penali: ciò in quanto la loro effettiva conformazione, fin da tale momento, in senso rieducativo – come esige Corte cost. n. 313/1990 – assume a sua volta portata motivazionale, rendendo percepibile il tipo di comportamento rispettoso dei beni tutelati cui la norma penale intende motivare e, in tal modo, che simili sanzioni non trovano la loro ragion d'essere in quanto mera forma di ritorsione da parte del potere costituito nei confronti di una disobbedienza.

Ne deriva il mutamento del modello che soggiace alla penalità: dalla pena intesa come corrispettivo, alla pena costituente un *progetto* orientato a rieducare, cioè a favorire, anche mediante compiti (in senso lato) riparativi, la presa di distanze dell'agente di reato dal comportamento criminoso pregresso, accompagnata da una ri-programmazione della vita futura conforme ai precetti penali²⁹⁸. Secondo un indirizzo il quale, dunque, privilegi tipologie sanzionatorie prescrittive, vale a dire (pur senza escludere divieti o interdizioni) di pena *agita*, piuttosto che meramente *subita*.

Il che modifica in radice, peraltro, lo stesso criterio di lettura del ricorso alla detenzione ove esso risulti necessario in quanto il percorso rieducativo, altrimenti, non risulterebbe credibile (in sostanza, ove sussista il fondato pericolo della reiterazione di reati gravi oppure si tratti di recidere il controllo sull'agente di reato da parte della criminalità organizzata).

L'introduzione di pene prescrittive fa sì che non possa essere ulteriormente sostenuta, infatti, l'idea di un caratterizzarsi *ontologico*, e quindi dovuto, delle sanzioni penali come *raddoppio del male*²⁹⁹: per cui la stessa detenzione non potrebbe più essere intesa quale *giusta* entità di sofferenza corrispettiva riferita alla commissione del reato, bensì rappresenterebbe pur sempre, e soltanto, un elemento del percorso rieducativo.

La tutela della dignità del condannato non sta, dunque, nella definizione di un teorico argine estrinseco di ordine retributivo nei confronti delle istanze preventive, dato che quel supposto argine si configura, anzi, del tutto funzionale alle modalità della prevenzione generale *negativa* di tipo intimidativo e neutralizzativo. Simile tutela, piuttosto, risulta connessa all'opzione costituzionale di fondo in favore di un orientamento della prevenzione avente carattere inclusivo, nel cui ambito il condannato non è visto come mezzo del perseguimento di inte-

²⁹⁸ Ciò potrebbe del resto ricondursi al quadro complessivo dell'“evoluzione” che in uno scritto non recentissimo F. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in RIDPP, 1997, 705, cercava di ravvisare, quanto alla scienza penalistica italiana, “dal tecnicismo giuridico alla vocazione progettuale”.

²⁹⁹ Espressione questa, com'è noto, di M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in RIDPP, 2013, in part. 1207.

ressi sociali, bensì come compartecipe dei fini cui mira il sistema penale (fermi, beninteso, limiti sanzionatori garantistici definiti dal legislatore valutando, circa le diverse manifestazioni del reato, ciò che un esito rieducativo realistico possa richiedere, e ferma, in tale ambito, la determinazione giudiziaria delle sanzioni entro il limite di ciò che appaia adeguato per fini rieducativi con riguardo alla colpevolezza del fatto).

3. **L'equivoco reiterato del legame tra finalità rieducativa e coazione morale**

La rivalutazione dell'indirizzo costituzionale rieducativo circa la *teoria* e la *prassi* della pena rende nondimeno necessario qualche chiarimento in merito alla riserva che – complici le impostazioni già segnalate della Scuola positiva – è frequente vedere espressa nei suoi confronti, sia da un punto di vista conservatore, sia sulla base di ritenute esigenze garantistiche.

Per quanto risulti, già *prima facie*, assai difficile comprendere, rispetto a tali esigenze, come potrebbe essere ritenuto perfettamente liberale, solo perché ciò avvenga in un quadro ritorsivo, applicare del male a una persona, contraendo massicciamente i suoi diritti onde causarle sofferenza, e invece diffidare di qualsiasi modello sanzionatorio il quale cerchi, pur dinnanzi a un reato, di non operare *per il male* del suo autore, di promuovere le sue risorse e di fare appello alla sua coscienza ai fini di una rivalutazione delle scelte precedentemente compiute: considerando simile proposito, a priori, come un attentato alla sua autodeterminazione.

Ora, si deve del tutto convenire circa l'inviolabilità, attraverso provvedimenti penali, del *foro interno* di qualsiasi condannato, come osservavamo in senso critico con riguardo alle impostazioni, sul tema, del positivismo. Ma l'orientamento rieducativo del quale sin qui si è detto non ha proprio alcunché in comune con la manipolazione della personalità, il lavaggio del cervello, l'indottrinamento, i campi di rieducazione, i trattamenti coattivi di natura psicoterapeutica o psicoanalitica, e così via: avendo, piuttosto, la sua stessa ragion d'essere, già lo si rimarcava, nella riconosciuta *autonomia* della persona (insegnando da decenni anche nei corsi per educatori e per assistenti sociali, posso attestare che se c'è un principio chiarissimo ai relativi studenti è quello per cui mai e poi mai potranno considerare i destinati della loro opera come oggetto di una coazione, e non come interlocutori).

Si tratta, allora, di precisare. Se non vogliamo giungere a sostenere che qualsiasi prescrizione democraticamente sancita e presidiata (anche) in sede giudiziaria rappresenti un condizionamento inaccettabile della libertà di ciascun individuo,

allora dobbiamo altresì convenire che la comunità civile nelle sue diverse articolazioni – educative, giuridiche, sociali – possa proporre in modo legittimo ai cittadini l'adesione a quanto legalmente sancito, orientando gli stessi, pertanto, verso il rispetto della legalità e cercando di ridurre i fattori che a ciò siano di ostacolo (fermo l'ambito in cui sia dovuto il rispetto dell'obiezione di coscienza).

Svalutare le regole che vengano fissate in contesti democratici a mera espressione del potere, senza differenza alcuna rispetto alle norme di un potere dispotico, non è mai, in effetti, una buona operazione, se si vuole salvaguardare il valore della democrazia. Il che vale a maggior ragione per le norme penali, le quali non possono essere teorizzate come espressione, pure in democrazia, di una violenza inevitabile ad opera dei pubblici poteri³⁰⁰. Sebbene ciò debba tradursi, poi, nella pratica giuridica, configurando le pene in termini diversi dall'agire per la rovina (ovvero per il danno, per la sofferenza, per l'espulsione sociale, ecc.) dei condannati, com'è sempre stato costume dei poteri assoluti.

Appare quindi del tutto ragionevole che il sistema penale proponga percorsi di risposta al reato i quali, per un verso, comportino un'assunzione di responsabilità rispetto alle conseguenze del medesimo e favoriscano quella che è stata descritta, sulla base dell'art. 13, co. 3 ord. penit., come una rielaborazione critica dell'accaduto e, per l'altro, assumano un significato promozionale rispetto ai beni offesi, orientando a stili comportamentali di rispetto dei precetti penali.

Così che la risposta sanzionatoria non prometta, come nelle teorizzazioni tradizionali, esiti preventivi dilazionati nel tempo, futuri ed incerti, ma costituisca essa stessa un fatto di rilievo preventivo.

Rimanendo libero, ciascuno, di non adempiere a quanto richiesto dal programma sanzionatorio, nel qual caso potranno tornare applicabili provvedimenti che non implicino un'attivazione da parte del loro destinatario. Ma, nel contempo, dovendosi constatare che quando la risposta al reato si sostanzia in un'opportunità programmatica, piuttosto che in una ritorsione, ben raramente viene rigettata o comunque vissuta, dall'agente di reato, come lesiva della propria autonomia.

Del pari, risulta coerente che, nell'ambito dell'esecuzione della pena, possa valutarsi la serietà dell'impegno profuso dal suddetto agente nell'adempimento del progetto sanzionatorio e possano saggiarsi, come avviene per la concessione

³⁰⁰ Si consenta il rinvio, per approfondimenti, a L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in E. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, 114 ss. Valga altresì ID., *Oltre la prospettiva del diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, 185.

dei c.d. benefici penitenziari, i progressi relativi all'attendibilità della sua presa di distanze da stili comportamentali criminosi.

Non vengono in gioco, dunque, propositi d'intervento *in interiore homine*, né (improbabili) valutazioni sulla moralità della persona. Come afferma Giovanni Fiandaca, ciò che preme allo Stato è la *probità legale*³⁰¹. Il modo attraverso cui ad essa si pervenga è questione personale del soggetto interessato, ma il diritto può favorire quel percorso, creandone talune condizioni esterne. Libero ciascuno, così veniva rimarcato in un recente convegno, di rimanere *malvagio*, se lo ritiene. Ma non libera la società di considerare qualcuno irrimediabilmente malvagio.

4. Le diverse forme della giustizia riparativa in rapporto al paradigma della rieducazione

La caratterizzazione rieducativa delle pene così come richiesta dalla carta costituzionale non s'identifica con i "programmi di giustizia riparativa" cui attribuisce rilievo la riforma Cartabia, né è chiamata a confluire in essi³⁰².

Tali "programmi", infatti, non comportano una modifica dell'apparato sanzionatorio penale, poiché rilevano entro l'ambito dei provvedimenti penali ordinari, secondo la considerazione che l'organo giudicante riterrà di trarre dal loro svolgimento e dal loro esito, sia ai fini della determinazione della pena (e per converso delle eventuali pene sostitutive) al termine del processo, *ex artt.* 58, co. 1 d.lgs. n. 150/2022 e 62, n. 6 c.p.), sia in rapporto all'applicazione dei c.d. benefici penitenziari, *ex art.* 15-*bis*, co. 2 ord. penit.³⁰³.

Resta dunque estranea alla riforma Cartabia la possibilità di una gestione del reato alternativa rispetto agli strumenti già previsti dal sistema sanzionatorio penale: potendo incidere l'effettuazione di quei "programmi", piuttosto, sulle modalità di utilizzo di tali strumenti³⁰⁴. Salva solo una rilevanza indiretta dei

³⁰¹ Cfr. G. FIANDACA, relazione al convegno *La rieducazione del condannato e i diversi volti della riparazione: un possibile binomio?*, Unitelma, Roma, 24 aprile 2023 (<https://www.radioradicale.it/scheda/696038/la-rieducazione-del-condannato-e-i-diversi-volti-della-riparazione-un-possibile>).

³⁰² Sulla nozione di giustizia riparativa cui si rifanno tali "programmi" resta fondamentale G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁰³ «Oggetto della comminatoria legale rimane la pena, la cui funzione afflittiva condiziona ogni alternativa»: così F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, La nave di Teseo, Milano, 2023, 141.

³⁰⁴ Per cui, osserva G. FIANDACA, *Punizione*, il Mulino, Bologna 2024, 141, «vi è da chiedersi – problematicamente – se questo rapporto di interazione fra i due modelli di giustizia

“programmi” stessi onde escludere la condanna quando siano inseriti, nel corso del processo, in un itinerario di *messa alla prova* (v. art. 464-*bis*, co. 5, lett. c) c.p.p.), così da contribuire al possibile effetto estintivo del reato che quest’ultima può produrre, o quando il loro buon esito comporti la non presentazione, o la rimessione, della querela di parte (v. artt. 44, co. 3 d.lgs. n. 150/2022 e 152, co. 3, n. 2 c.p.), con riguardo a un reato per la cui perseguibilità sia richiesta.

La proficua partecipazione a uno tra i suddetti “programmi” costituisce senza dubbio, come meglio diremo, un elemento che assume rilievo ai fini del percorso rieducativo di chi sarà, o sia stato, ritenuto trasgressore della legge penale (sia, dunque, in quanto anteceda l’infrazione definitiva della pena, sia in quanto s’inserisca nel percorso esecutivo della medesima). E, tuttavia, non fa venir meno l’esigenza, fin qui rimarcata, di un’evoluzione del sistema delle pene principali rispetto allo stereotipo retributivo.

Il diffondersi, nel mondo, del ricorso alle procedure di *restorative justice* ha trovato esso pure origine, peraltro, nella percepita inadeguatezza del modello punitivo classico, specie con riguardo al nodo fondamentale per cui simile modello offre alla vittima del reato una risposta solo simbolica, fomentando in essa l’attesa di una reazione ritorsiva che, per un verso, rappresenta un alibi onde privarla di qualsivoglia forma concreta d’aiuto rispetto alle conseguenze del reato e attraverso la quale, per altro verso, viene eluso il bisogno della medesima di vedere se possibile riconosciuta dallo stesso autore del reato l’ingiustizia subita.

Un modello il quale, a ben vedere, umilia la vittima, in quanto la costringe, allo scopo di affermare l’inaccettabilità e la stessa gravità dell’illecito subito, a rendersi desiderosa del male, nella maggior entità possibile, di un altro individuo: ciò comportando, per essa, una vera e propria seconda vittimizzazione, che la inacerbisce (la impoverisce umanamente), per così dire, rispetto al passato.

Con le summenzionate procedure s’è intesa reperire, dunque, una modalità idonea a superare l’impraticabilità nel sistema penale vigente di qualsivoglia dialogo – prima, quantomeno, della condanna definitiva – tra la “persona indicata come autore dell’offesa”, da un lato, e la vittima, la comunità sociale e lo stesso

sfoci in un compromesso virtuoso o, al contrario, rischi di snaturare od offuscare l’identità della giustizia riparativa, finendo col conferirle tratti para- o criptopunitivi». Si tratta di un’interazione, peraltro, *necessaria*, se si ritiene che la modalità giuridico-istituzionale della risposta ai reati non possa essere superata e se si vuole che essa non rimanga chiusa nelle sue contraddittorietà retributive (diversamente, il modello riparativo verrebbe riconsegnato all’indistinto di esperienze spontanee, ininfluenti sulla penalità, nel contesto sociale): ma, proprio per l’interrogativo segnalato, si tratta parimenti di un’interazione della quale andrebbero esplorati ulteriori possibili approdi.

ordinamento giuridico, dall'altro³⁰⁵: un'impraticabilità derivante dal fatto che è inesigibile qualsiasi cooperazione a ciò che venga concepito come l'infliczione di un male, ma altresì dal principio garantistico secondo cui chi veda aperto nei suoi confronti un procedimento penale deve rimanere esentato da attività le quali possano apportare elementi per la sua condanna, spettando a un soggetto giudiziario terzo, non coinvolto nella *res iudicanda*, accertare i fatti e le responsabilità (*nemo tenetur se detegere*).

Il ricorso ai "programmi di giustizia riparativa" ha reso pertanto non più indiscutibile il carattere *divisivo* dell'iter posto in essere allo scopo di gestire la commissione di un reato, dando luogo a un'opportunità di contatto, tra la persona ritenuta autrice del reato e la vittima, che consenta di *fare verità* sulla vicenda criminosa non soltanto dal punto di vista storico, ma anche con riguardo ai percorsi umani in cui risulti collocata.

Ciò rendendo disponibile un contesto, separato da quello del processo (a tal fine temporaneamente sospeso) o dall'iter del trattamento penitenziario, tale che quanto sia stato detto nel suo ambito, dalla "persona indicata come autore dell'offesa" e dalla vittima (anche atipica, *ex art. 45 d.lgs. n. 150/2022*), resti riservato rispetto al giudice e comunque inutilizzabile ai fini delle sue decisioni, essendogli piuttosto trasmessa per questo, da parte del mediatore coinvolto nel programma, una relazione «contenente la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto» (così l'art. 57, comma n.ro 1 d.lgs. n. 150/2022, in riferimento al precedente art. 56)³⁰⁶.

³⁰⁵ «Tutti i programmi di giustizia riparativa – osserva G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio penale*, 2022, 1, 96 – sono a base dialogica" (v. anche *ivi*, 105). V. anche F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2022, 437: nell'orizzonte della giustizia riparativa "la relazione di giustizia non è più bilaterale, ma torna ad essere quadrilaterale", essendo "ben quattro i soggetti coinvolti nella questione della giustizia: l'autore, la vittima, la comunità, l'istituzione statale" (435).

³⁰⁶ Si è peraltro lamentata, talora, una protezione non ferrea, quanto alle parti coinvolte, di quanto emerso nel corso del "programma", posto che rispetto ad esse si prevede all'art. 50 d. lgs. n. 150/2022 un dovere di riservatezza (non si utilizza il termine di *segretezza*) affidato essenzialmente a un agire corretto delle medesime (circa l'esonero del mediatore da obblighi di denuncia o di testimonianza, come pure circa i pertinenti divieti di sequestro o intercettazione v., invece, l'art. 52, che parla di *tutela del segreto*). Ma affermazioni su ciò che sia stato detto durante lo svolgersi del "programma" risultano già di per sé, in quanto del tutto potestative, poco attendibili: rimanendo comunque fermo il disposto di cui all'art. 51 del medesimo testo legislativo secondo il quale «le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del programma non possono essere utilizzate nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena» (salvo quel che prevede la relazione del mediatore, *ex art. 57*, e «salvo che vi sia il

Ora, è chiaro che l'“esito riparativo” riveste una singolarissima portata rieducativa rispetto alla persona che abbia commesso il reato, non esclusi effetti di riconciliazione con la vittima. Il suo manifestarsi più pieno è dato, infatti, dal recupero di un rapporto di reciproco riconoscimento personale tra l'autore di un reato e la vittima stessa come portatori, entrambi, di una dignità che, rispetto a quest'ultima, rivela l'inaccettabilità dell'esser stata resa mero oggetto di una prevaricazione e, del pari, impedisce di identificare *tout court* il suddetto autore nel ruolo di agente criminale. Per cui, se il fatto criminoso ha rappresentato una frattura di rapporti intersoggettivi che riveste rilievo sociale, appare logico che anche il ricostituirsi di tali rapporti, *post crimem patratum*, possa assumere a sua volta rilievo sociale³⁰⁷. Anzi, proprio un simile esito costituisce quanto più credibilmente può fungere da antidoto rispetto a potenziali recidive, dato l'impegno personale che richiede a chi abbia trasgredito la legge nel reimpostare il suo approccio verso la vittima come pure, in tal modo, verso l'intera società; e, del pari, costituisce quanto maggiormente rinsalda, dal punto di vista generalpreventivo, i vincoli di reciproca correttezza comportamentale fra i consociati.

Tuttavia, il conseguimento del risultato di cui s'è detto dipende da fattori contingenti, fra cui quelli relativi all'opportunità, in date situazioni, del promuovere il percorso della giustizia riparativa, il tipo di atteggiamento della vittima, la stessa disponibilità di strumenti più semplici onde conseguire pur sempre una riparazione significativa rispetto a quest'ultima. E già per queste ragioni la riparazione nel senso della riforma Cartabia non potrebbe rappresentare un obiettivo *ordinario* dell'apparato penale.

Ma, soprattutto, si tratta di considerare che le modalità operative del programma assistito dal mediatore e, per alcune sue forme, lo stesso esito riparativo simbolico (v. art. 56, comma n.ro 2 d.lgs. n. 150/2022) di tale programma non fanno parte di quanto il diritto penale può attivare o mirare a ottenere con i suoi mezzi, dato che simili modalità e alcuni dei suddetti esiti coinvolgono la sfera interiore della “persona indicata come autore dell'offesa”. Con la riforma Cartabia,

consenso dei partecipanti alla rivelazione, che il mediatore ritenga la rivelazione assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati ovvero che le dichiarazioni integrino di per sé reato»).

³⁰⁷ Con specifico riguardo alla *mediazione penale*, G. FIANDACA, *Riforma Cartabia*, cit., 964, osserva che la medesima “sottintende una implicita riformulazione della grammatica e della sintassi del reato: nel senso che quest'ultimo da categoria giuridica tende a trasformarsi in accadimento psicologico o socio-psicologico (ad esempio un furto, pur essendo normativamente un reato contro il patrimonio, può essere ‘vissuto’ dalla vittima che lo subisce come una violazione della fiducia reciproca o un tradimento affettivo, nel caso in cui tra la vittima e il ladro preesista una relazione di vicinanza personale”.

dunque, il diritto penale dà spazio a un percorso, e ad approdi del medesimo, che rivestono di per sé natura extrapenale, cui viene attribuito rilievo ai fini delle decisioni penali³⁰⁸.

Ne trova conferma il fatto che l'intento rieducativo di cui all'art. 27, co. 3 Cost. non coincide con l'esito di un "programma di giustizia riparativa", né può essere da quest'ultimo surrogato nella sistematica delle sanzioni penali. Il perseguimento del fine rieducativo, dunque, non richiede che venga necessariamente attivato un "programma di giustizia riparativa" e, *a fortiori*, il riconoscimento della validità, o dei progressi, di un itinerario rieducativo non esige che ne abbia fatto parte un tale programma. In altre parole (vi ritorneremo), la possibilità di svolgere un "programma di giustizia riparativa", con i suoi potenziali esiti favorevoli per l'imputato o per il condannato, non può rendere *più difficile*, rispetto a quanto accadeva prima della riforma Cartabia, conseguire senza quel programma un certo livello di clemenza della pena inflitta in sede di condanna oppure l'accesso ai c.d. benefici penitenziari.

Tutto questo esige, altresì, che la terminologia utilizzata dalla riforma Cartabia qualificando come "programmi di giustizia riparativa" le procedure di *restorative justice* ispirate al modello della mediazione penale non conduca a trascurare l'ampio spettro degli strumenti riparativi attivabili, invece, entro l'ambito del diritto penale, in parte già largamente sperimentati. La giustizia riparativa, in altre parole, non si esaurisce nei "programmi di giustizia riparativa": piuttosto, proprio il paradigma della giustizia riparativa risulta decisivo onde procedere nell'iter faticoso di riforma del sistema sanzionatorio penale, secondo l'orientamento di cui all'art. 27, comma n.ro 3 Cost.

Possono ricomprendersi, infatti, nella giustizia riparativa intesa in senso lato tutte quelle modalità sanzionatorie che, abbandonato il dogma della corrispettività fondata sullo schema retributivo, rivestono natura progettuale o programmatica. Secondo finalità di reintegrazione, o riabilitazione, sociale dell'agente di reato (anche attraverso il suo attivarsi in favore dei beni offesi), e non di mero aggravio della sofferenza in cui si voleva, tradizionalmente, che la pena consistesse: come avveniva attraverso la pratica dei lavori forzati.

Così che della giustizia riparativa fanno parte, oltre ai "programmi di giustizia riparativa", tutti i comportamenti *post delictum* cui l'ordinamento attribuisce rilievo favorevole per l'agente di reato in quanto significativi con riguardo

³⁰⁸ Cfr. in proposito, R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *Sistema penale*, 28 luglio 2023, 11, che parla di una forma della giustizia, fondata sulla relazione, la quale si realizza al di fuori del diritto (dello Stato).

all'eliminazione o alla riduzione dei danni prodotti dal reato stesso oppure con riguardo alla promozione del bene offeso (un ambito a sé stante è costituito dalla collaborazione di giustizia)³⁰⁹; come altresì, soprattutto, ne fanno parte quelle già menzionate sanzioni di carattere prescrittivo, di cui ostinatamente il nostro sistema penale continua a precludere la ricomprensione fra le pene principali³¹⁰. Obiettivo, quest'ultimo, che non deve in alcun modo essere rimosso attraverso l'alibi dell'avvenuta apertura ai "programmi di giustizia riparativa".

5. L'immutata esigenza di riforma del sistema sanzionatorio penale (nonostante alcune aperture innovative della riforma Cartabia)

Appare dunque necessario tornare a riflettere su alcune chiusure che trovano conferma, in materia, attraverso il d.lgs. n. 150/2022, come pure su alcune timide scelte evolutive presenti nel medesimo testo.

Il primo aspetto è dato dalla pervicace ostinazione nel voler mantenere ancorate le pene principali al canone aritmetico detentivo o (marginalmente) pecuniario, senza alcuna apertura verso sanzioni aventi natura progettuale: con

³⁰⁹ R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V. N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, RomaTre-Press, Roma, 2021, 467 ss., ravvisa un paradigma punitivo di carattere reattivo-premiale, in contrapposizione al paradigma classico di carattere semplicemente reattivo. Mentre M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale*, cit., 426 ss., distingue una riparazione di tipo prestazionale, da una di tipo *interpersonale* (v. anche ID., *Punire e non punire*, *ibidem*: «sono due tipi di riparazione oggi presenti nel sistema: la *restorative justice* fondata sulla mediazione extraprocessuale e la presenza di un mediatore tra autore e vittima; e la riparazione dell'offesa che vede invece presente difensore e parti del processo e l'obiettivizzarsi di un risultato misurabile ed esterno alle persone coinvolte»). Per una ricostruzione, in particolare, della premialità connessa alle casistiche di ravvedimento postdelittuoso v. G. TOSCANO, *Post crimen patratum. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, Giappichelli, Torino, 2022. Per una ricostruzione delle norme di giustizia riparativa (in senso lato) vigenti nel nostro ordinamento e in prospettiva comparatistica v. altresì E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

³¹⁰ Per un'elaborazione in materia, nell'ambito di una ricerca sulla riforma delle pene alternative coordinata dal prof. Francesco Palazzo e promossa dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale, v. L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/172_PENE_ALTERNATIVE_EDITTALI_Palazzo.pdf, marzo 2021, 17 ss. (nonché in *disCrimen*, 31 marzo 2021); cfr. altresì R. PALAVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/170_All_2-Palavera.pdf (nonché in *disCrimen*, 17 giugno 2021).

gli effetti già segnalati che ne derivano circa il modello di giustizia proposto all'opinione pubblica. Tutto questo nonostante l'esperienza maturata, nella fase del processo, attraverso la messa alla prova oppure, dopo la condanna definitiva, attraverso l'affidamento in prova al servizio sociale, come altresì nei casi in cui la pena possa essere eseguita attraverso il lavoro di pubblica utilità.

Una preclusione che ha trovato il suo apice paradossale, nonostante le reiterate affermazioni circa il proposito di ridurre i carichi giudiziari e nonostante la diversa proposta formulata dalla commissione preparatoria Lattanzi, nel non essersi neppure voluta inserire tra le nuove pene sostitutive – detenzione domiciliare, semilibertà, lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria, tutte subordinate, tranne quest'ultima, al consenso della persona interessata – anche l'affidamento in prova al servizio sociale: in aggiunta all'applicabilità del medesimo, se non attivato come pena sostitutiva, quale misura alternativa dopo l'esito definitivo del processo, al pari – per condanne detentive non superiori a quattro anni – di detenzione domiciliare e semilibertà. La ricomprensione dell'affidamento (anche) fra le pene sostitutive, specie se costruito tenendo conto di eventuali proposte del condannato, avrebbe assai probabilmente contratto, infatti, il numero delle impugnazioni e alleggerito di molto il lavoro dei Tribunali di sorveglianza, avviando alla estrema dilatazione del fenomeno rappresentato dai c.d. *liberi sospesi*.

Quanto invece ai profili di novità della riforma Cartabia con riguardo all'impianto del sistema sanzionatorio penale va riguardata, ovviamente, con interesse l'introduzione, pur *mutolata*, delle suddette pene sostitutive. Ciò, in particolare, per il fatto che, attraverso la prevista "determinazione degli obblighi e delle prestazioni corrispondenti" alla pena sostituita con detenzione domiciliare, semilibertà o lavoro di pubblica utilità (v. art. 545-bis, co. 3 c.p.p.), viene introdotta l'idea del tutto inedita di un giudice della cognizione il quale non limita il suo compito, nel deliberare sulla pena, alla scelta tra diverse modalità sanzionatorie principali o sostitutive e alla loro quantificazione (secondo prassi, non sempre omogenee, dei diversi uffici giudiziari riferite al fatto colpevole), bensì costruisce la risposta sanzionatoria su un piano anche prescrittivo, che è l'unico nel cui contesto può assumere rilievo tangibile la condizione del condannato.

Per cui se vi sarà una consistente disponibilità giudiziaria all'applicazione della detenzione domiciliare sostitutiva con relativi *obblighi e prestazioni* (consentendo quest'ultima, fra l'altro, che il condannato lasci il domicilio per almeno quattro ore al giorno, e fino a dodici ore: così l'art. 56, co. 1 l. n. 689/1981) potrebbe venire a configurarsi, di fatto, un provvedimento dai contenuti che si avvicinano a quelli dell'affidamento in prova: in tal modo limitandosi i riflessi negativi della sua mancata ricomprensione tra le pene sostitutive e, in particolare, l'eventualità che l'imputato preferisca rinunciare alle pene sostitutive della detenzione domiciliare

e della semilibertà facendo conto sul possibile accesso all'affidamento in prova come misura alternativa dopo la condanna passata il giudicato: posto che tale accesso è precluso nei confronti del condannato a una di tali pene sostitutive fin quando non abbia espiato almeno la metà della loro durata, *ex art. 47, comma n.ro 3-ter l. n. 354/1975*.

È prevedibile, peraltro, un'applicazione estesa della condanna (senza possibilità di appello) al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, così come è auspicabile un utilizzo ampio della pena pecuniaria sostitutiva: rimanendo invece, può supporre, secondario quello della semilibertà sostitutiva.

Al capitolo delle rivitalizzate pene sostitutive si aggiunge, nella riforma Carabia, l'ulteriore novità assoluta per il processo penale italiano consistente nell'elemento di bifasicità introdotto, *ex art. 545-bis, comma n.ro 1 c.p.p.*, proprio con riguardo alla decisione concernente la «sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria»: con il che non soltanto si consente, per tale scopo, di fissare una nuova udienza, non oltre sessanta giorni, dopo che sia stata definita la pena principale, ma si prevede inoltre che le parti, e quindi anche il condannato, possano, per il medesimo scopo, «depositare documentazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e, fino a cinque giorni prima dell'udienza, memorie in cancelleria» (v. *art. 545-bis, comma n.ro 2 c.p.p.*)³¹¹.

Si supera, così, l'assunto assai radicato, nel nostro Paese (quantomeno al di fuori del procedimento penale minorile), secondo cui sarebbe impossibile qualsiasi forma di dialogo tra il giudice e la persona sottoposta a processo: essendosi creata con le norme richiamate, invece, l'opportunità di un apporto critico e propositivo da parte della difesa stessa circa le modalità di applicazione in concreto della risposta al fatto illecito (quando invece nel quadro unitario classico del processo la difesa, ordinariamente, neppure discute in merito alla pena, per il timore che ciò possa condizionare il successivo giudizio relativo alla colpevolezza dell'imputato).

³¹¹ Può essere interessante leggere a quest'ultimo proposito l'art. 17-*bis*, comma n.ro 2 del codice penale vigente nello Stato della Città del Vaticano (che, modificato e integrato, è il codice italiano Zanardelli del 1889), articolo introdotto con *motu proprio* di papa Francesco dell'8 febbraio 2021: «All'inizio dell'esecuzione il condannato elabora, d'intesa con il giudice dell'esecuzione, un programma di trattamento e reinserimento contenente l'indicazione degli impegni specifici che assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni. Il condannato, a tal fine, può proporre lo svolgimento di lavori di pubblica utilità, di attività di volontariato di rilievo sociale nonché condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

Un aspetto, questo, che si pone nel solco di scelte sulla pena adottate dal giudice, anche in sede di cognizione, non più sulla base di una propria valutazione solitaria, bensì attraverso il supporto di informazioni, proposte o relazioni (come accade con riguardo ai “programmi di giustizia riparativa”) provenienti da altri soggetti³¹².

Sono dunque simili interventi, pur circoscritti, della riforma Cartabia, in quanto attengono direttamente all’impianto del sistema sanzionatorio penale, che indicano come tale impianto necessiti di una revisione assai più complessiva.

In proposito, e riprendendo quanto esposto in precedenza, possono evidenziarsi alcune esigenze di particolare rilievo.

Anzitutto, quella relativa a un’evoluzione in senso prescrittivo, e per tale via non solo formalmente rieducativo, del suddetto sistema. Ciò che implica, fra l’altro, recuperare razionalità circa la determinazione legislativa e giudiziaria delle pene. Non si vede, infatti, perché sarebbe accettabile riferire la pena edittale a ineffabili valutazioni legislative di corrispettività tra la medesima e il fatto colpevole o a supposte necessità di deterrenza, ma non a contenuti i quali possano ritenersi sufficienti (adeguati) per un percorso rieducativo, tale dunque da includere, piuttosto che escludere, l’interesse per il destino futuro dell’agente di reato. E perché, del pari, non potrebbe pur sempre definirsi, in termini analoghi di realizzazione nel caso concreto dell’orientamento assegnato dall’art. 27, comma n.ro 3 Cost. alle pene, lo stabilire in sede giudiziaria le conseguenze sanzionatorie di ciascun reato, secondo caratteristiche e limiti temporali (non certo *fai da te*, ma) fissati dal legislatore³¹³.

Il che esige un approfondimento in rapporto al ruolo dei *giudizi prognostici* nelle decisioni sulla pena, giudizi finora marginalizzati in quanto la medesima è stata intesa, nella sostanza, come l’intuizione di un corrispettivo. Non si tratta, peraltro, di effettuare al termine del processo prognosi di pericolosità secondo l’ottica delle misure di sicurezza, ma di interrogarsi sulla pena idonea a perseguire

³¹² Analoghi rilievi di chi scrive in L. EUSEBI, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell’art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. proc. pen.*, 2023, 8, 1010. Per quanto specificamente concerne le pene sostitutive si consideri anche l’art. 58, co. 4 l. 689/1981, secondo cui il giudice «nella scelta tra la semilibertà, la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità», oltre a tener conto di condizioni legate all’età, alla salute, alla maternità o alla paternità, «tiene altresì conto delle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d’azzardo, certificate dai servizi pubblici o privati autorizzati indicati all’art. 94, co. 1 d.P.R. n. 309/1990, nonché delle condizioni di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, certificate dai servizi indicati dall’articolo 47-quater, co. 2, l. n. 354/1975».

³¹³ Cfr., sul tema, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *RIDPP*, 2019, 1431 ss.

in modo sufficientemente credibile il fine rieducativo, tenendo per ferme come massimo non superabile, già lo si richiamava, le caratteristiche della pena da ritenersi necessaria secondo gli elementi riconducibili alla c.d. colpevolezza del fatto. Diverso, e per certi aspetti più delicato, è il giudizio prognostico relativo ai benefici concernenti le pene detentive in corso di esecuzione, circa il quale sussiste, tuttavia, l'esperienza acquisita dalla magistratura di sorveglianza: giudizio che riguarda anche le modalità con cui la commissione Pisapia nel 2008 e la commissione Palazzo nel 2014 avevano pensato di superare, o comunque di modificare, l'attuale regime della condanna alla pena dell'ergastolo.

Ciò conduce a rimarcare, come ulteriore esigenza di approfondimento in merito all'impianto del sistema sanzionatorio penale, che la centralità della funzione rieducativa va recuperata a maggior ragione per i casi più gravi, cioè per i condannati a pene detentive di media o lunga durata (mentre la strada perseguita è stata quella, per lo più, di un'apertura alla rieducazione inversamente proporzionale alla gravità del reato): è proprio in quei casi, infatti, che la comunità sociale ha il massimo interesse – ferma ogni necessaria cautela – a ottenere rieducazione, data la sua predetta efficacia delegittimante e destabilizzante rispetto alle compagini criminali.

Invece s'è non di rado teorizzato, anche secondo impostazioni apparentemente illuminate, che il carcere non è luogo idoneo alla rieducazione: col rischio di renderlo, in tal modo, rispondente a logiche di c.d. *diritto penale del nemico*³¹⁴.

Si tratta tuttavia, anche a questo proposito, di evitare un equivoco: certamente il carcere non è lo strumento elettivo per fare rieducazione, come forse si era creduto negli anni Sessanta del secolo scorso, ma quando non si possa rinunciare al carcere, anche e soprattutto in carcere si deve perseguire la rieducazione.

Nondimeno, mancano totalmente da tempo, nella stessa dottrina penalistica, studi specifici dedicati alla rieducazione inframuraria, lasciando l'impressione che intere categorie di reclusi debbano ritenersi a priori refrattarie rispetto a qualsiasi percorso rieducativo. Così che il ruolo stesso della magistratura di sorveglianza ha finito per investire, soprattutto, il vaglio circa l'accesso a misure alternative applicabili senza ingresso in carcere e circa le disposizioni limitative dell'accesso ai c.d. benefici penitenziari *ex art. 4-bis* ord. penit.: quando invece il suo compito primigenio era quello di seguire i percorsi di auspicabile rieducazio-

³¹⁴ «Solo l'umanizzazione della pena detentiva può assicurare la funzione di prevenzione speciale che ispira le misure alternative vigenti e l'auspicata introduzione di pene edittali prescrittive»: così F. GIUNTA, *Il lato "buono" del penale*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di C.E. Paliero*, Giuffrè, Milano, 2022, 424.

ne dei condannati a pene detentive, nell'ambito della flessibilizzazione esecutiva di queste ultime.

Si tratta altresì di domandarsi in radice, tornando alla determinazione giudiziaria della pena, quale sia il fine ultimo del processo penale, una volta accertati gli accadimenti in discussione e le responsabilità. Storicamente, infatti, quel fine è stato visto nel *condannare*, come forma di risposta catartica al reato, senza alcun interesse per ricostruire qualcosa, in termini progettuali, dopo la commissione del medesimo: così che il processo ha finito per rendersi ancillare rispetto alla possibile condanna, provvedendo esclusivamente a stabilire – il che, beninteso, resta fondamentale – se della condanna sussistano o meno i presupposti inerenti alla colpevolezza dell'imputato.

Forse, allora, si tratta di invertire i termini, ravvisando il fulcro dell'attività processuale nel *fare verità* – seppur nei limiti laici del confronto intorno al materiale probatorio e, quindi, con tutta la relatività degli strumenti disponibili – sull'illecito di cui si discute: così da concepire la risposta sanzionatoria, piuttosto, come ancillare rispetto a questo compito prioritario del processo e, in tal modo, come una risposta effettivamente foriera di effetti riparativi e rieducativi.

Nel caso paradigmatico del reato colposo d'evento, anzi, l'impianto odierno del sistema penale preclude addirittura qualsiasi disponibilità, da parte del soggetto incriminato, alla trasparenza circa i presupposti dell'accaduto – ciò che costituirebbe l'esigenza fondamentale onde contrastare il riproporsi di rischi per il futuro – in quanto essa lo condurrebbe a essere punito nelle forme classiche. Anzi, nel quadro descritto finisce per essere punito il più sfortunato, e non necessariamente il peggiore, tra molti trasgressori di medesime cautele, i quali non abbiano visto prodursi l'evento (il che dovrà pur essere riconosciuto, prima o poi, in contrasto col principio di colpevolezza, poiché non può dirsi conforme a quest'ultimo il fatto per cui, a parità di colpevolezza circa la condotta trasgressiva, la punizione venga a dipendere dal caso)³¹⁵.

Da ultimo, si potrebbe saggiare se per gli stessi “programmi di giustizia riparativa” siano ipotizzabili forme di rilevanza diretta ai fini dell'apparato sanzionatorio. Chiedendosi, pertanto, se in certi casi, e a certe condizioni, l'esito riparativo anche materiale di un “programma di giustizia riparativa” possa assumere, pur al di fuori dei reati perseguibili a querela, efficacia estintiva del reato medesimo³¹⁶.

³¹⁵ Cfr. in proposito S. DOVERE, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Archivio penale.*, 6 giugno 2022; L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. Dir., I tematici*, vol. II, diretto da M. DONINI, *Il reato colposo*, Milano, 2021, 1200 ss.

³¹⁶ «Si può immaginare un rapporto che potremmo definire complementare-sostitutivo dove non solo la giustizia riparativa entra in contatto con quella punitiva, ma addirittura

Ma si potrebbe altresì riprendere la riflessione sui presupposti di un'ipotetica archiviazione *meritata*.

Altra ipotesi da approfondire concerne l'eventualità d'introdurre, anche in ambito penale, forme di mediazione obbligatoria cui debba procedersi, secondo regole loro proprie, prima che possa essere attivato, nel caso d'insuccesso, l'iter processuale: come era stato proposto anni orsono attraverso il volume pubblicato da un gruppo di lavoro costituitosi presso l'Università Cattolica proprio in materia di reati colposi, con riguardo alla responsabilità medica³¹⁷.

6. “Programmi di giustizia riparativa” e istanze garantistiche

La considerazione del rapporto fra sistema sanzionatorio penale e giustizia riparativa, nella forma dei summenzionati “programmi” esige, infine, di affrontare alcune preoccupazioni di carattere garantistico espresse nei confronti di quei medesimi “programmi”: onde evitare il loro fungere da appiglio per una chiusura a priori verso gli strumenti delle *restorative justice* e sempre rammentando che il modello punitivo classico non assicura affatto una valida salvaguardia *sostanziale* dei diritti individuali.

La prima esigenza è quella di evitare qualsiasi forma di *privatizzazione* della giustizia penale. E da questo punto di vista va ribadito che il rilievo dei “programmi di giustizia riparativa”, nel momento stesso in cui coinvolgono la vittima, è di ordine sociale, e non funzionale a una gestione del reato secondo le sensibilità e le aspettative della vittima stessa.

Si è temuto, a questo proposito, che l'ordinamento giuridico, spintonato verso le logiche del diritto penale del nemico, rischi di scivolare in antitesi verso un “diritto riparativo del contrito”, «al servizio della gratificazione morale della vittima»³¹⁸. Ma ci pare di dover rilevare, in contrario, che quei “programmi” chiedano (pure) alla vittima *non poco*: innanzitutto la rinuncia a un atteggiamento di ritorsione animosa nei confronti di chi sia ritenuto autore del reato e, soprattutto, la scelta di instaurare con il medesimo un confronto che, per la vittima stessa,

l'esito del percorso riparativo si sostituisce a quello punitivo»: così R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza*, cit., 13.

³¹⁷ Cfr. G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, Pisa, 2010.

³¹⁸ Così F. GIUNTA, *La giustizia “de-punitiva”: contrizione e riconciliazione*, in *disCrimen*, 2 settembre 2023, 7.

implica un intenso coinvolgimento emotivo e la disponibilità a una lettura non semplicistica del reato.

Non è un caso, del resto, che la soddisfazione delle vittime sia stata coltivata piuttosto, assai più superficialmente e non senza strumentalizzazioni politiche, enfatizzando, sul piano legislativo, le modalità classiche del punire e indulgendo a pressioni punitive non soltanto massmediatiche, ma perfino rappresentate, e tollerate, all'interno delle aule giudiziarie³¹⁹.

L'ammissione, poi, di profili ingiusti nel rapporto con la vittima da parte del soggetto di cui sopra non coincide con l'ammissione di condotte penalmente rilevanti. Né l'alternativa circa la ammissione o meno del reato costituisce, in sé, oggetto della relazione del mediatore al giudice *ex art. 57, comma n.ro 1 d.lgs. n. 150/2022*: anzi, la riforma Cartabia deliberatamente non ha ripreso il punto 30 della Raccomandazione Rec (2018) 8 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa secondo cui «punto di partenza per un percorso di giustizia riparativa dovrebbe essere generalmente il riconoscimento a opera delle parti dei fatti principali della vicenda». Inoltre, non è infrequente, con riguardo a certe tipologie di reato, che emergano nel percorso di giustizia riparativa anche comportamenti inadeguati da parte della vittima.

È altresì necessario, tuttavia, che le conseguenze sanzionatorie per chi subisca una condanna penale non vengano di fatto a dipendere, nella loro entità e nella loro tipologia, dalla volontà della vittima. Come si diceva, infatti, è il significato sociale di un'elaborazione extragiudiziaria del fatto di reato che può assumere rilievo ai fini penali: non si tratta, quindi, di consegnare alla vittima il destino dell'autore di un reato.

Perciò deve ritenersi ammissibile una relazione proveniente dal mediatore della quale il giudice possa tener conto favorevolmente rispetto alla «persona indicata come autore dell'offesa» anche nel caso di totale chiusura della vittima a qualsiasi esito riparativo: conclusione, questa, che appare necessaria per ragioni sistematiche, ma che risulta conforme, altresì, al testo normativo vigente, il qua-

³¹⁹ Sottolinea pertanto, opportunamente, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 130: «nel ricercare strumenti e modelli di giustizia idonei a tenere anche conto delle esigenze delle vittime bisognerebbe, pertanto, farsi carico di distinguere fra aspettative vittimarie rispettivamente meritevoli e immeritevoli di essere assecondate». V. anche F. GIUNTA, *L'eccezione come regola*, cit., 137: «La logica della riparazione richiede un'applicazione sapiente, perché porta in sé il pericolo di passare dalla reintegrazione materiale dell'offesa, alla gratificazione morale dell'offeso, elevandola cioè a funzione collaterale della risposta sanzionatoria, che finirebbe per aprirsi alle componenti vendicative contro cui ha combattuto la modernità penalistica. La centralizzazione della potestà punitiva implica che si prescinda dal sentimento di giustizia dell'offeso, dalla soddisfazione che può dargli la punizione del reo».

le non richiede come requisito indispensabile per la valutazione giudiziaria del “programma di giustizia riparativa” (a parte quanto previsto circa la rimessione della querela) il sussistere di un esito riparativo.

Analogamente, nel caso in cui la vittima tipica non presti *ab initio* il suo consenso a un “programma di giustizia riparativa” cui la suddetta persona desideri accedere sarà da provvedersi al coinvolgimento di una vittima atipica, *ex art.* 45 d.lgs. n. 150/2022.

Posto, del resto, che i potenziali effetti giudiziari favorevoli del “programma di giustizia riparativa”, o il loro mancato ottenimento, riguardano la “persona indicata come autore dell’offesa”, è logico che la relazione del mediatore *ex art.* 57 d.lgs. n. 150/2022 dovrà descrivere le “attività svolte” con riferimento prioritario al ruolo e all’atteggiamento assunto nell’ambito delle medesime da tale persona.

Una riserva garantistica di fondo è stata espressa, peraltro, asserendo che l’avvio del “programma di giustizia riparativa” potrebbe porsi in contrasto rispetto alla presunzione di non colpevolezza dell’imputato, specie quando la proposta di procedere in tal senso sia formulata dall’autorità giudiziaria, ai sensi dell’art. 129-*bis* c.p.p.

Emergono, da questo punto di vista, più aspetti.

Parlare in radice, circa i “programmi” in esame, di una *fuga dalla giurisdizione* sembrerebbe invero eccessivo, visto che, come si diceva, caratteristica propria di tali “programmi” è proprio quella di non sostituirsi all’esercizio della giurisdizione, sia con riguardo alla fase di cognizione, sia con riguardo alla fase esecutiva della pena. Tale presunta *fuga*, anzi, si realizza ben maggiormente con la *messa alla prova* e con il *patteggiamento*, cui non di rado fanno ricorso pure imputati che, ritenendo di avere buone ragioni per sostenere la propria innocenza, preferiscono sottrarsi all’incertezza dell’esito finale di un processo ordinario.

Come in quei casi, d’altra parte, anche rispetto ai “programmi” suddetti l’attivazione del percorso che diversifica l’iter processuale ordinario dipende da un giudizio dell’imputato o del condannato sull’opportunità di usufruirne. Non venendo comunque meno, indipendentemente dall’esito del “programma”, il diritto di tale soggetto a un vaglio processuale, impugnabile, circa i presupposti delle decisioni giudiziarie da assumere (neppure può escludersi in assoluto, poi, che l’adesione a un “programma” nel corso del processo sia volto ad appianare un conflitto con la vittima, senza rinuncia dell’imputato a far valere l’irrilevanza penale dei fatti in discussione).

Più specificamente, come si diceva, il tema è stato sollevato in merito alla menzionata possibilità di iniziativa, ai fini del “programma di giustizia riparativa”, da parte dell’autorità giudiziaria (come ora previsto, *ex artt.* 464-*bis*, comma n.ro 1 e 464-*ter*, comma n.ro 1 c.p.p. anche per quanto concerne la *messa alla*

prova, ma con riguardo al solo pubblico ministero): il che lascerebbe pensare a una già espressa valutazione di colpevolezza nei confronti di una persona tuttora giudicanda, in spregio del principio di cui all'art. 27, comma n.ro 2 Cost.

Ciò tuttavia parrebbe provare troppo, in quanto implicherebbe che l'autorità giudiziaria, in tutti i casi nei quali non proponga, prima che si giunga alla decisione, l'iter riparativo, lasci intendere di considerare quella persona innocente o meritevole di un provvedimento favorevole: il che non sembra realistico. Se, inoltre, si volessero derivare tutte le conseguenze dell'argomentazione delineata, dovrebbe concludersi, per esempio, circa l'inaccettabilità del fatto che i giudici del dibattimento pervengano a una sentenza di condanna dopo aver disposto una misura cautelare nei confronti dell'imputato, tanto più in quanto ciò richiede il ritenuto riscontro di gravi indizi di colpevolezza³²⁰.

Ora, il fatto è che siamo ancora lontani da un contesto sociale che faciliti l'attivazione di percorsi riparativi spontanei, i quali presuppongono una certa già sussistente capacità di interlocuzione tra la "persona indicata come autore dell'offesa" e la vittima; come pure siamo ancora lontani da una diffusa sensibilità dei patrocinatori legali in un dato processo a riflettere sul possibile sussistere di un interesse al "programma" per entrambe le parti, così da prospettarne l'attivazione ai loro assistiti.

Per cui è probabile che l'implementazione dei "programmi di giustizia riparativa" non possa che transitare principalmente, almeno in una prima fase, da iniziative giudiziarie, specie per quanto concerne la fase del processo: l'autorità giudiziaria, muovendo dagli elementi che hanno motivato il sussistere stesso del

³²⁰ Ritrovo in F. PALAZZO, *Plaidoyer*, cit., 444, termini espressivi analoghi circa le argomentazioni proposte dai critici dell'art. 129-bis c.p.p. (le quali, egli rileva, «tradiscono una forte diffidenza e sospetto nei confronti del giudice e delle possibili motivazioni alla base dell'esercizio di quel potere discrezionale») e, in particolare, circa il timore che l'iniziativa del giudice possa trarre motivo "da un convincimento in senso colpevolista", risultandone favorita una "formazione anticipata": «Pare che questa obiezione provi troppo, come si suol dire: in effetti, questa critica può essere estesa a tutti gli atti del giudice implicanti una valutazione discrezionale, potenzialmente tutti inquinabili da un'anticipazione del convincimento. Non solo *in primis* i provvedimenti di natura cautelare, ma anche quelli relativi alla ammissione della prova e alla stessa direzione del dibattimento». E se mancano, in effetti indicazioni normative circa l'esercizio del potere d'iniziativa summenzionato (un po' come accade per la decisione di ammettere l'imputato alla prova nel procedimento minorile, ex art. 28 d.P.R. n. 448/1988), tali criteri restano pur sempre ricavabili, come s'è prospettato nel testo, da valutazioni di carattere sistematico. Osserva ancora, analogamente, F. PALAZZO, *ibidem*: «è pur vero che il potere officioso di cui all'art. 129-bis c.p.p. non esplicita nessun criterio per il suo esercizio, ma è anche vero che non è difficile desumere interpretativamente qual è lo scopo di quel potere, come del resto precisato nella Relazione illustrativa».

procedimento, e che restano sempre sovvertibili in rapporto alla sua conclusione, appare chiamata a valutare se, nel caso in cui quegli elementi fossero per ipotesi almeno in parte confermati, potrebbero derivare dallo svolgimento del programma benefici significativi per l'imputato probabilmente non conseguibili secondo gli strumenti comuni di determinazione della pena (in termini di durata della detenzione o, per esempio, di entità della medesima tale da consentire il non ingresso in carcere). E, del pari, se grazie al programma possa risultare realisticamente anticipata la possibilità di accesso a un beneficio penitenziario.

Proprio in questo senso, semmai, va prestata particolare attenzione, come già in precedenza emergeva, a che la proposta del "programma di giustizia riparativa" non sia effettuata nei termini di un requisito aggiuntivo, e quindi come un onere reso necessario, per ottenere quanto sarebbe conseguibile, già sulla base di altri elementi, in base alla normativa previgente.

LE “PENE” SOSTITUTIVE E LE MISURE ALTERNATIVE DOPO LA RIFORMA CARTABIA

Lucia Castellano

Buon pomeriggio a tutti, grazie alla professoressa Maugeri e all'università di Catania per avermi invitato a partecipare a questo incontro importante e formativo.

Il mio contributo verterà su argomenti di cui mi sono occupata negli ultimi sei anni, come direttore generale dell'esecuzione penale esterna; mi ritengo molto fortunata perché nei sei anni del mio mandato, dal 2016 al 2022, il mondo del *probation*, in Italia, ha vissuto trasformazioni importanti; prima fra tutte, lo spostamento della Direzione Generale per l'Esecuzione Penale Esterna dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria a quello della giustizia minorile, che è diventato “Dipartimento della Giustizia Minorile e di Comunità” (DGMG).

Lo spostamento ha, a mio avviso, un significato politico notevole: il *probation* non è più una costola del penitenziario, ma ha, alla pari del settore minorile, come sua connotazione il lavoro sul territorio. Il rapporto con il carcere diventa solo uno dei compiti affidati agli uffici di esecuzione penale esterna; gli uffici si occupano di risposte punitive che nascono e si sviluppano prima e a prescindere dal ricorso al carcere.

Già prima della riforma Cartabia, dunque, un serio tentativo di rafforzare a livello amministrativo una risposta punitiva diversa che, mi ripeto, nasce sul territorio, come avviene, del resto, in tanti Paesi europei. Nel 2022 la legge Cartabia, nel riformare, ampliandone la portata, la disciplina delle sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi ha rimesso in discussione la centralità della risposta detentiva al reato, almeno per le pene brevi. È stata la prima riforma che abbia inciso sulla penalità, introducendo pene diverse da quelle previste *ex art. 17 c.p.*, irrogabili nella sentenza di condanna; si è sempre inciso, infatti, per limitare il ricorso al carcere, sulla punibilità: gli istituti della sospensione del processo con messa alla prova (l. 67/2014) e dell'assoluzione per particolare tenuità del danno (d.l. 16 marzo 2015 n. 28) ne sono la prova.

A ben vedere, peraltro, anche il sistema della sospensione dell'ordine di esecuzione per i reati punibili con pena non superiore a quattro anni dimostra, ancora una volta, la centralità della pena detentiva; se ne sospende il ricorso rimettendo a un altro tribunale la decisione se concedere o meno la misura alternativa alla detenzione. Questo sistema, in barba al principio, tanto sostenuto, della “certezza della pena” produce, in Italia, circa 90.000 “liberi sospesi” ossia persone condannate con sentenza passata in giudicato che aspettano, anche per molti anni, che sia loro concessa una misura alternativa alla detenzione. Non si ha il coraggio, nel nostro Paese, di incidere sul catalogo delle pene principali, introducendone altre, diverse dal carcere. La legge Cartabia, timidamente, un passo avanti l'ha fatto, almeno per i reati punibili con pena non superiore ai quattro anni. La riforma del 2022 non ha inserito l'affidamento in prova al servizio sociale tra le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi; una timidezza politica: il legislatore, attraverso la detenzione domiciliare sostitutiva e la semilibertà sostitutiva, resta pur sempre nell'ambito della restrizione della libertà personale; forse l'affidamento in prova al servizio sociale è stato considerato misura troppo aperta. Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo diventa quindi la grande innovazione della riforma Cartabia, irrogabile dal giudice ordinario per pene che non superino i tre anni.

In ogni modo, a mio avviso, la legge 150\2022, pur con qualche timidezza, ha inciso sulla penalità, ha immaginato sanzioni diverse dal carcere per pene brevi e ha dato l'avvio a una riflessione sulla centralità del carcere che, mai come in questo periodo, andrebbe approfondita.

Ma diamo un'occhiata al sistema penale italiano e, in particolare, alle misure di *probation*, al cui interno si inserisce la riforma del 2022.

In premessa, va detto che l'Italia è un Paese che ricorre poco al carcere rispetto ad altri Paesi europei; su 100.000 abitanti abbiamo 102 cittadini detenuti contro 104 della Francia e 139 dell'Inghilterra e, ad esempio, i 655 degli Stati Uniti.

Per le pene che non superino i quattro anni di detenzione, come sappiamo tutti, il legislatore disegna un ventaglio di sanzioni e di misure di comunità; un sistema rafforzato, come dicevo, dalla riorganizzazione amministrativa della direzione generale dell'esecuzione penale esterna.

Esistono tre tipi di misure sospensive probatorie.

Pre trial probation: la sospensione del processo con messa alla prova sospende il processo e propone un percorso di riparazione, col consenso dell'imputato; se la prova va a buon fine il reato è estinto. Sono 25.554 le persone sottoposte alla Map, che ha come contenuto il lavoro di pubblica utilità che ha una funzione importantissima.

Nella fase decisoria abbiamo la sospensione condizionale della pena che può essere semplice o con obblighi a carico del condannato e, con la riforma Cartabia, le pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Nella fase dell'esecuzione, le misure alternative alla detenzione. Le misure alternative al carcere possono essere concesse, come sappiamo, direttamente dalla libertà o dopo un periodo di detenzione, sempre entro i quattro anni di pena da scontare. Ci sono 38.476 persone in misura alternativa, di cui 25.743 in affidamento in prova ai servizi sociali (che si conferma la misura più importante sia sotto il profilo numerico che per la valenza risocializzante); i detenuti domiciliari sono 11.719 e solo 1.104 i semiliberi in tutta Italia. Già l'analisi dei dati dovrebbe farci riflettere: perché solo 1.104 semiliberi a fronte di circa 8.000 persone che devono scontare due anni di pena un anno di pena e che stanno in carcere? Certamente la mancanza di occasioni di lavoro (presupposto imprescindibile per la concessione della misura) è una delle cause dell'esiguità dei numeri. Si pensi che, concedendo le misure alternative anche solo a una parte delle 8.000 persone che devono scontare due anni di pena, potremmo ridurre in maniera molto significativa il sovraffollamento carcerario di cui continuiamo a parlare come della criticità più importante per la gestione dei penitenziari.

La prospettiva carcerocentrica stenta dunque ad essere abbandonata e a ciò si aggiunge, a mio parere, un certo disordine normativo nel disciplinare le misure di *probation* che non aiuta la crescita del sistema.

Per darvi la misura della confusione, mista alla disattenzione amministrativa e legislativa, vi cito un esempio: la sospensione condizionale della pena per alcuni reati (c.d. "codice rosso") subordina la concessione della sospensione condizionale della pena a un percorso terapeutico a cui il condannato è tenuto a sottoporsi. Nessuno mai si è, però, preoccupato di emanare una norma di raccordo che attribuisca la competenza all'ufficio di esecuzione penale esterna per la presa in carico e l'accompagnamento del soggetto. Finalmente, dopo notevoli difficoltà attuative, è stato emanato un D.L. che stabilisce la competenza dell'U.E.P.E. per l'individuazione dei percorsi di recupero, nonché per la valutazione *in itinere* del percorso stesso. È decisamente più semplice comunicare *tout court* all'opinione pubblica che non si può ottenere la sospensione della pena senza un percorso terapeutico piuttosto che preoccuparsi di strutturare il percorso e garantirne l'efficacia.

Un ulteriore elemento di confusione è la somiglianza tra l'istituto della sospensione condizionale della pena con obblighi e l'affidamento in prova al servizio sociale; sarebbe ora, a mio avviso, fare ordine tra queste due misure, per evitare sovrapposizioni.

Come si inserisce la riforma Cartabia nello scenario che, per sommi capi, ho descritto? La più importante tra le pene sostitutive è, a mio parere, il lavoro di pubblica utilità che viene concesso quando la pena non supera i tre anni, con il consenso del condannato ed è inappellabile; poi c'è la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e la pena pecuniaria sostitutiva.

Ho fatto parte della "Commissione Gatta" per la definizione dell'articolato e ci siamo interrogati sulle tante complessità conseguenti all'inserimento delle pene sostitutive all'interno del sistema di *probation* italiano e sulle interferenze con le misure esistenti. Una prima esigenza è stata sicuramente quella di superare il problema dei "liberi sospesi" di cui parlavo, e di ottenere una maggiore celerità delle procedure per la concessione. Sarebbe stato importante, a mio avviso, che il giudice della cognizione, oltre a irrogare la pena sostitutiva, ne gestisse anche l'andamento, così come avviene per la sospensione del processo con messa alla prova. L'esecuzione delle misure è invece affidata alla magistratura di sorveglianza, forse perché il giudice della cognizione, nonostante il successo dell'istituto della messa alla prova, non ha la struttura per seguire l'andamento anche delle pene sostitutive.

Un altro problema che ci siamo posti è quello di impostare i contenuti delle pene sostitutive in modo che tendessero alla risocializzazione del condannato e non avessero una *ratio* meramente deflattiva. Abbiamo cercato, per esempio, di costruire una detenzione domiciliare simile all'affidamento in prova al servizio sociale, prevedendo molte ore al giorno di attività fuori di casa; naturalmente, si è creata una discrasia con la detenzione domiciliare misura alternativa alla detenzione, in cui, nella maggioranza dei casi, non viene autorizzata alcuna attività fuori. C'è, dunque, bisogno di riflettere sulle prassi operative, per non creare disparità poco giustificabili. Si potrebbe, ad esempio, avvicinare la misura alternativa della detenzione domiciliare alla pena sostitutiva della detenzione domiciliare non il viceversa; lo stesso dicasi per la semilibertà e per la semilibertà sostitutiva, per cui, in Commissione, abbiamo previsto un programma di trattamento di competenza dell'ufficio di esecuzione penale esterna.

In buona sostanza, dunque, il principio cardine che sottende la riforma Cartabia rappresenta una svolta culturale importante: si comincia ad ampliare, sia pur limitatamente alle pene brevi, il catalogo delle pene principali.

È del tutto evidente che l'attuazione della riforma, nel panorama così disordinato delle misure di *probation* e nella sovrapponibilità delle stesse, rischia di condurre a criticità non di poco momento. Di fronte all'irrogazione della semilibertà o della detenzione domiciliare sostitutiva dal giudice della cognizione potrebbe convenire, al condannato, optare per la sospensione dell'ordine di esecuzione *ex* art. 656 c.p.p. con la prospettiva di andare ad aumentare il numero dei "liberi sospesi" per molti anni. Questo rischio non è addebitabile a riforme o a leggi sbagliate, ma alla lentezza procedurale nell'applicazione.

La pena «certa, infallibile e mai crudele» auspicata dal Beccaria più di 250 anni fa non riesce a vedere la luce. I tentennamenti del legislatore, la mancanza

del coraggio di scegliere una pena diversa dal carcere, le lungaggini procedurali ci portano molto lontano dall'obiettivo.

Un'altra complessità importante, che si aggiunge alle difficoltà di costruzione di un sistema di *probation* di stampo europeo, è data dalla necessità di un cambio del DNA professionale di tutti gli attori della partita: giudici, funzionari di servizio sociale, avvocati. Guardiamo, ad esempio, alla messa alla prova: un obiettivo dell'istituto è quello di far sì che l'imputato possa ritornare nel contesto sociale libero da pendenze nel più breve tempo possibile. È chiaro che, se per una relazione preparatoria ci si impiegano 7, 8, 10 mesi, per fissare l'udienza ci vogliono un paio d'anni, la *ratio* della messa alla prova è vanificata. Pertanto, è necessario, a mio parere, imparare a distinguere le misure di *probation* che il legislatore disciplina e calibrare, su ciascuna di esse, modi e tempi degli interventi da mettere in campo. Gli uffici di esecuzione penale esterna sono ancora legati, prevalentemente, a un unico tipo di relazione socio familiare; viceversa, per alcune misure c'è solo bisogno di portare l'utente alla conclusione della misura, senza finalità rieducative; in altri casi invece c'è bisogno di tempi e approfondimenti diversificati e più lunghi. Sono necessari psicologi, mediatori, educatori: una multidisciplinarietà di approccio che deve superare la mono professionalità del funzionario di servizio sociale. Pensiamo, ad esempio, alla dimissione dall'istituto penitenziario, dopo molti anni di internamento, per affidamento in prova al servizio sociale. Tale misura richiede un'attenzione capillare, interventi di sostegno multidisciplinari. In altri casi, invece, (semilibertà sostitutiva, detenzione sostitutiva) c'è bisogno di lavorare a un programma di trattamento molto velocemente: il giudice della cognizione non ha i tempi della magistratura di sorveglianza.

Il cambiamento di prospettiva e di DNA professionale riguarda, naturalmente, anche i giudici della cognizione; già con l'introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova i giudici diventano, oltre che "giudici del fatto" anche "giudici del percorso". Sono chiamati, infatti, a verificare l'efficacia del percorso dell'imputato prima di dichiarare l'estinzione del reato. Un assoluto inedito. Con le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi l'attenzione alla storia e al percorso dell'imputato è il presupposto per la scelta della sanzione da irrogare, su *input* dell'ufficio di esecuzione penale esterna.

In sostanza, lo sviluppo del *probation* impone un cambio di passo, e di prospettiva, a tutti gli attori alla partita. È un momento storico di transizione, di cambiamento; siamo, come spesso dico, tra il "non più" e il "non ancora". Non più solo assistenti sociali che accompagnano i condannati alla definitiva libertà, ma operatori di *probation* saldamente radicati sul territorio, che seguono una pluralità di misure di comunità. Non più solo giudici del fatto, ma anche giudici del percorso dei singoli imputati.

L'auspicio è di essere in grado di onorare le riforme recenti e di attuarle re-
cependone *la ratio*. In Italia è più difficile, a mio avviso, dare attuazione alla
legislazione vigente che produrre nuove leggi.

IL GIUDIZIO PROGNOSTICO DEL GIUDICE DI SORVEGLIANZA PER LA CONCESSIONE DELLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE ORDINARIA E LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA

Gianluca Creazzo

La funzione rieducativa della pena trova il suo riconoscimento nel terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione, il quale sancisce testualmente che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

La funzione rieducativa, a ben vedere, riassume in sé tutte le funzioni della sanzione penale ed in particolare quella preventiva che le fa da naturale contraltare.

Ed invero, non sfugge certamente agli operatori che si occupano in concreto della materia, che il miglior strumento di prevenzione della commissione di ulteriori reati da parte del reo consista proprio nel successo dell'opera di rieducazione a cui il soggetto viene sottoposto durante l'esecuzione della pena.

La rieducazione consiste, ontologicamente, nella risocializzazione del condannato, cioè nel reingresso dell'autore del reato nella società civile: il reo – in linea ideale – si rende conto, al culmine del percorso rieducativo ed in seguito ad un effettivo percorso di maturazione personale, del disvalore della propria condotta delittuosa; di aver violato i valori fondamentali di rispetto dell'individuo posti alla base della convivenza sociale e comprende la necessità del rispetto delle regole.

Imprescindibile corollario della finalità rieducativa della pena è quello della necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, nel senso che il percorso di recupero del condannato deve esplicarsi attraverso un trattamento personalizzato che tenga conto delle caratteristiche personologiche del condannato; delle cause del reato che hanno determinato in quest'ultimo la concreta scelta di condotte contrarie all'ordinamento giuridico; dei progressi trattamentali conseguiti dal soggetto durante l'esecuzione della pena.

Il ruolo centrale per la concreta attuazione della funzione rieducativa è assegnato dall'ordinamento al magistrato di sorveglianza, al quale spettano una seria

articolata di attribuzioni indirizzate, in modo diretto o strumentale, al conseguimento dell'obiettivo rieducativo principale.

Tradizionalmente le funzioni della magistratura di sorveglianza sono state raggruppate in tre principali categorie.

Segnatamente, si distinguono interventi a contenuto amministrativo (decisioni in materia di ammissione dei condannati in primo grado alla corrispondenza telefonica, sui permessi, sull'ammissione al lavoro esterno, ecc.); interventi di tipo giurisdizionale (in materia di misure di sicurezza, sanzioni sostitutive, reclami dei detenuti in casi tipici, ecc.); interventi di vigilanza e controllo, sull'organizzazione degli istituti di detenzione, con particolare riferimento all'attuazione del trattamento rieducativo ed al più generale controllo del rispetto dei diritti dei detenuti.

Ma è nel giudizio di concessione delle misure alternative alla detenzione ordinaria che si caratterizza il ruolo primario assegnato dall'ordinamento al giudice di sorveglianza per l'espletamento della funzione rieducativa della pena.

La norma fondamentale è contenuta dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario (L. 26 luglio 1975, n. 354) che, al comma secondo, prevede espressamente che l'affidamento in prova al servizio sociale deve tendere a favorire la rieducazione del condannato e a prevenire il pericolo di commissione di ulteriori reati da parte di quest'ultimo.

L'affidamento al servizio sociale è la misura alternativa principale nella ormai vasta galassia delle misure alternative. La decisione a cui si perviene nel relativo procedimento di sorveglianza costituisce, conseguentemente, il modello tipico del giudizio prognostico a cui è deputato il magistrato di sorveglianza per la concreta realizzazione della funzione rieducativa della pena.

S'impone all'attenzione di tutti gli operatori della materia, pertanto, un attento esame di questo procedimento decisorio e di come esso si svolga in concreto in tutte le sue fasi. Solo al termine di un'indagine di questo tipo, infatti, sarà possibile comprendere di che giudizio si tratti (o dovrebbe trattarsi); di quali margini di discrezionalità sussistano in capo al giudicante; di cosa sia possibile fare per renderlo più oggettivo, efficace ed individualizzato.

Il procedimento di sorveglianza per la concessione delle misure alternative alla detenzione si articola, secondo il modello generale, nella fase introduttiva del giudizio; nella fase istruttoria e nella fase decisoria.

Nella prima fase il decidente valuta l'ammissibilità della domanda, con particolare riferimento ai limiti di pena (residua) che permettono l'accesso alla specifica misura richiesta (quattro anni per l'affidamento in prova al servizio sociale) e al tipo di reato commesso (che può comportare delle speciali limitazioni alla concedibilità del beneficio, prestabilite dal legislatore in considerazione della par-

ticolare tipologia del reato commesso, ad esempio, in un contesto di criminalità organizzata o di terrorismo; in violazione della libertà sessuale; ecc.). Si tratta, in entrambi i casi, di condizioni che limitano a monte la discrezionalità del giudicante per espresse scelte legislative.

Nella fase istruttoria vengono raccolti tutti gli elementi necessari per ricostruire la tipologia e le modalità di esecuzione della condotta delittuosa come cristallizzata nella sentenza di condanna; vengono individuati eventuali ulteriori precedenti penali e carichi pendenti del condannato, onde verificarne la propensione alla commissione d'illeciti penali; viene accertato se il soggetto era stato precedentemente ammesso ad altre misure alternative e, nonostante ciò, abbia continuato a delinquere oppure se lo stesso abbia subito in passato la revoca di una misura alternativa, dimostrando così la non serietà dei suoi propositi di reinserimento sociale. Sempre in questa fase, vengono vagliati i progressi fatti dal condannato nel corso dell'attuale carcerazione, che ne hanno consentito per esempio l'ammissione al lavoro intramurario (art. 21 ord. penit.) o la fruizione dei permessi premio (art. 30-*bis* ord. penit.), nonché i risultati dei colloqui svoltisi tra il detenuto ed il magistrato di sorveglianza in istituto e tutti gli altri elementi ricavabili dal confronto diretto del magistrato con gli operatori penitenziari che hanno seguito il caso specifico e con cui il giudice di sorveglianza ha instaurato, nel corso degli anni (almeno si spera), un prezioso rapporto di collaborazione, orientato da reciproca stima e fiducia. Va sottolineato, inoltre, che, sempre in questa fase, viene elaborata dagli uffici di esecuzione penale esterna la c.d. "indagine socio-ambientale", elemento istruttorio fondamentale che permette di ricostruire tutti quegli elementi personologici, economici e sociali connessi al vissuto personale del reo, che hanno costituito il sostrato alla condotta delittuosa in concreto posta in essere dal condannato.

Nella fase decisoria, che in generale si verifica dopo la celebrazione dell'udienza di sorveglianza, in seguito al vaglio degli elementi istruttori, si perviene alla decisione prognostica sull'idoneità della misura alternativa richiesta (o di quella che il giudicante eventualmente ritenesse maggiormente idonea, nel caso di specie) a favorire la risocializzazione e a prevenire il pericolo di commissione di ulteriori reati da parte del condannato.

Il giudizio prognostico di concedibilità della misura alternativa – nel rispetto dei principi costituzionali, come specificati anche nel tempo dalla Corte delle Leggi – deve essere il più possibile individualizzato. Deve trattarsi, cioè, di un giudizio per così dire "cucito addosso" alla persona, tenendo conto di una serie articolata di elementi, quali la specifica tipologia del reato commesso; le modalità di esecuzione della condotta delittuosa; le concause di tipo ambientale, socio-economico e psicologico che hanno contribuito all'effettiva commissione di

quello specifico reato; la reiterata commissione di altri reati, in specie della stessa indole, sintomatica della propensione a delinquere del soggetto; i concreti progressi fatti dal condannato durante il trattamento penitenziario, con particolare riferimento all'elaborazione di un serio percorso di revisione critica del reato ed in generale di autocritica del vissuto deviante del reo; la propensione manifestata dal soggetto alla riparazione dei danni subiti dalla persona offesa; le concrete prospettive di reinserimento sociale, rappresentate ad esempio dall'esistenza di una valida opportunità lavorativa e dal supporto che il nucleo familiare possa fornire al condannato, in ausilio dell'opera di reinserimento nella società civile.

Dalla disamina che precede emerge, già *ictu oculi*, la particolare complessità e specificità di un simile giudizio. Si tratta, invero, di un giudizio prognostico, di un giudizio cioè che ha come fine la previsione di un accadimento futuro, in questo caso rappresentato dal comportamento futuro del condannato, con cui si cerca di prevedere se la misura alternativa richiesta sia sostanzialmente idonea ed adeguata a prevenire la commissione di ulteriori reati e a consentire il reinserimento sociale del reo.

È evidente, quindi, che dal successo di questo giudizio dipende, in sostanza, la concreta realizzazione della funzione rieducativa della pena e, a ben vedere, la giustificazione ontologica stessa dell'esistenza della magistratura di sorveglianza.

Ma occorre a questo punto chiedersi: è veramente possibile un giudizio oggettivo sul soggetto? E, in caso di risposta affermativa, la magistratura di sorveglianza può essere dotata degli strumenti professionali e culturali necessari per eseguire con successo un simile giudizio (che, come si è intuito, è piuttosto diverso da quello che il giudice della cognizione formula sul fatto di reato e sul quale è specificamente e unilateralmente orientato il tirocinio dei giovani magistrati)?

La risposta non può che essere positiva, almeno in chiave evolutiva e ideale, a patto però che si elabori e si caratterizzi una nuova e specifica tecnica di giudizio che consenta di pervenire ad una valutazione giudiziale sempre di più fondata sulla conoscenza scientifica dell'individuale.

Il punto di partenza, per poter conseguire un simile obbiettivo, non può che essere quello dell'insegnamento di Karl Popper, il quale ha abbondantemente dimostrato nei suoi scritti che ogni osservazione – e quindi anche la disamina degli elementi istruttori del procedimento di sorveglianza – è sempre preceduta da un'ipotesi preconcetta: ogni osservazione è, cioè, una percezione pianificata e preconfezionata.

Troppo spesso si assiste, invero, nella prassi dei tribunali di sorveglianza, a decisioni evidentemente viziate a monte da preconcetti di ordine generale, sia di stampo giustizialista che, all'opposto, orientati da vocazioni più o meno marcatamente "salvifiche" dei magistrati di sorveglianza, decisioni che, in entrambi

i casi, sono orientate da un evidente pregiudizio del giudicante e in cui non si tiene conto dell'unicità della specifica individualità umana che si è chiamati a giudicare.

È evidente quindi, seguendo questa linea d'indagine, che è necessario innanzitutto lavorare sui preconcetti che inevitabilmente porta con sé chi è chiamato a giudicare. Per ottenere un simile risultato non può più prescindersi dalla creazione di uno specifico percorso di formazione per chi assume le funzioni di magistrato di sorveglianza che abbia come scopo principale quello di insegnare la tecnica del giudizio prognostico. In altre parole, chi svolge le funzioni di sorveglianza deve essere reso consapevole del fatto che il giudizio del tutto peculiare a cui è chiamato non è di tipo induttivo, come nel giudizio di cognizione, ma abduttivo o retro-deduttivo.

Il ragionamento retro-deduttivo, detto anche “ragionamento all'indietro” ha come scopo l'individuazione della causa che ha portato ad un determinato fatto (nel nostro caso la commissione di uno specifico reato) mediante la ricostruzione dei passi successivi che hanno determinato un certo risultato. Nel procedimento di sorveglianza questo in concreto significa, innanzitutto, raccogliere ed esaminare oggettivamente tutti gli elementi istruttori descritti in precedenza, per poter così risalire alle origini dell'evento delittuoso concreto, non basandosi su leggi universali o teorie astratte – più o meno viziate da un pregiudizio ideologico – ma sull'osservazione concreta dei singoli casi. Soltanto in questo modo i parametri di riferimento saranno meno intrisi di giustificazioni tecniche (di matrice socio-economica o psicologica, ad esempio) e più prossimi al tanto invocato “comune buon senso”. In un successivo momento – dopo aver valutato ovviamente anche i progressi conseguiti nel corso del trattamento (in un ambiente comunque virtuale e protetto) – sarà possibile elaborare la prognosi d'idoneità della misura alternativa ad assolvere, nel caso concreto, alle finalità previste dall'ordinamento ed in particolare ad evitare che il soggetto, una volta reinseritosi in condizioni simili a quelle che avevano costituito le concause del reato, non ricada in ulteriori condotte devianti e quindi possa essere considerato, a tutti gli effetti, “rieducato”.

Per conseguire un simile risultato – che ricordiamolo è quello di un giudizio prognostico il più corrispondente possibile alle particolarità specifiche del caso concreto e all'individualità unica del condannato, in aderenza ai principi costituzionali di individualizzazione del trattamento rieducativo e di uguaglianza – bisogna non solo sviluppare ed allenare la capacità di osservazione del magistrato di sorveglianza, per renderla il più possibile oggettiva e scevra da preconcetti, ma occorre anche affiancare alla solida preparazione teorica – che è il corollario imprescindibile dell'attività di ogni magistrato – una profonda conoscenza esperienziale, tanto della propria tipologia caratteriale che dei propri orientamenti

ideologici. Il giudicante, in altre parole, deve essere reso ben consapevole delle proprie soggettive inclinazioni che possono interferire con una valutazione il più possibile oggettiva del caso da esaminare. Egli, inoltre, deve coltivare lo studio teorico-pratico di tutte le conoscenze scientifiche (criminologia, neuro-scienze, psicoterapia), necessariamente strumentali per conseguire una conoscenza oggettiva dell'individuale.

Infine, ma certamente non per ordine d'importanza, il magistrato di sorveglianza deve essere educato alle più avanzate discipline di comunicazione e leadership mediante le quali sarà in grado di formare delle solide sinergie con tutti gli operatori penitenziari (educatori, polizia penitenziaria, ecc.), poiché tali soggetti, avendo un contatto diretto e costante con il condannato possono fornirgli preziosi elementi di valutazione per la formulazione di una prognosi sempre maggiormente individualizzata ed aderente all'unicità del caso umano che si è chiamati a giudicare.

Soltanto in seguito ad un reale ed effettivo percorso personale di crescita umana e di evoluzione professionale, il magistrato di sorveglianza sarà realisticamente posto nelle condizioni di assolvere nel modo più concreto ed efficace al proprio delicatissimo ruolo di guida del percorso di rieducazione del condannato, cioè – giova ricordarlo – di un altro essere umano il quale si è reso responsabile, per ragioni della più svariata natura, della commissione di reati.

Comprendere in cosa consista e quali siano le regole e la tecnica del giudizio di sorveglianza è, a parere di chi scrive, l'imprescindibile punto di partenza di tale percorso.

RIEDUCAZIONE E RIPARAZIONE

Giovanni Fiandaca

1. L'obiettivo della rieducazione è stato considerato così importante dai nostri padri costituenti, da indurli a costituzionalizzarlo espressamente nell'art. 27, comma n.ro 3 Cost., il quale com'è noto stabilisce: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Beninteso, la Costituzione ha fatto esplicita menzione della finalità rieducativa non perché ad un testo costituzionale spetti di prendere posizione nella disputa teorico-scientifica sugli scopi delle sanzioni penali. Piuttosto, l'accento posto sulla rieducazione ha una motivazione prettamente politico-ideologica, nel senso che l'ideale rieducativo rappresenta una coerente proiezione, sul versante specifico dei delitti e delle pene, della più generale ispirazione personalistico-solidaristica che connota l'intero sistema costituzionale.

Considerato nell'insieme delle possibili dimensioni che è andato progressivamente assumendo, oggi il principio rieducativo ha implicazioni sotto le seguenti e concorrenti angolazioni prospettiche: i) come principio di politica legislativa che esige – almeno in linea teorica – che il sistema sanzionatorio sia costituito da tipologie di sanzioni quanto più possibile idonee a promuovere la rieducazione dei condannati; ii) come principio di valenza interpretativo-applicativa in sede giurisdizionale; iii) come diritto del singolo condannato a vedersi riconosciuti i progressi compiuti lungo il percorso rieducativo; iv) come obiettivo politico-amministrativo che spetta al potere esecutivo e agli organi amministrativi dell'esecuzione penale perseguire e implementare.

Fatte queste premesse, vanno indicati alcuni persistenti nodi problematici, che rappresentano le vere questioni spinose di ogni discorso sulla rieducazione. Schematizzando:

- cosa dobbiamo propriamente intendere per rieducazione del condannato?
- il carcere rieduca?
- quali tipi di pena sono potenzialmente più idonei a dispiegare efficacia rieducativa?

- gli organi dell'esecuzione penale, sia intramuraria che esterna, dispongono delle competenze tecniche e delle risorse materiali e umane necessarie per perseguire credibilmente l'obiettivo della risocializzazione?
- le forze politiche di volta in volta dominanti, che si sono avvicendate nel governo politico del nostro Paese, hanno preso sul serio l'ideale rieducativo o lo hanno trascurato, se non tradito?

Ciascuno dei suddetti nodi problematici richiederebbe un'analisi approfondita, che non è possibile svolgere in questa sede innanzitutto per ragioni di spazio. Mi limiterò ad alcuni rilievi sintetici e inevitabilmente approssimativi.

I.I. Comincio col rilevare che quello di rieducazione è un concetto generico e dalla portata molto ampia, trasversale alla filosofia, all'etica, alle scienze empirico-sociali e al diritto, i cui contenuti sono di conseguenza suscettibili di essere intesi secondo approcci differenziati. Non deve pertanto sorprendere che oggi manchino in proposito, anche sul versante giuridico-penale, concezioni diffusamente condivise e univoche.

Dal canto suo, la prevalente dottrina penalistica di matrice accademica tende ad attribuire al concetto in parola un significato che risulti a sua volta costituzionalmente orientato, dando in particolare il dovuto rilievo all'orientamento ideologicamente e culturalmente pluralista caratterizzante una Costituzione come la nostra. In questo senso, la rieducazione avrebbe un contenuto eticamente neutrale, non essendo lo Stato punitore legittimato a inculcare ai cittadini autori di reato concezioni morali o religiose specifiche: per cui rieducazione non potrebbe che equivalere, essenzialmente e laicamente, ad acquisizione o riacquisizione, da parte del condannato, della capacità di comportarsi nel futuro in modo conforme alla legalità esteriore. Senonché, questo sobrio concetto di rieducazione non è riuscito a imporsi in maniera chiara e univoca nella prassi giudiziaria e amministrativa, essendo riscontrabile in una parte della magistratura di sorveglianza e nell'ambito del personale a vario titolo addetto alla fase esecutiva della pena una persistente tendenza a colorare la rieducazione di venature eticizzanti, o a intenderla comunque come un processo che affonda le radici nella profondità del mondo interiore, e che avrebbe appunto come obiettivo di promuovere negli autori di reato l'interiorizzazione di nuovi valori, previa revisione critica e conseguente rinnegamento delle precedenti scelte di vita; insomma, una sorta di cambiamento di personalità!

Rimane da chiedersi se l'insufficiente attecchimento di un laico e sobrio concetto di rieducazione riferito alla legalità esteriore dipenda da una sorta di suo peccato di origine, cioè dall'essere frutto di un approccio idealistico-intellettuale.

listico astratto, ancorato soprattutto a principi giuridici di rilevanza costituzionale, ma non altrettanto attento alle complesse dinamiche psicologiche e alle componenti morali (forse inevitabilmente) presenti nei processi educativi. Sicché, è possibile che a noi studiosi di diritto penale sostanziale sfugga che anche una ri-educazione rapportata alla legalità esteriore implichi, in qualche modo e misura, un riorientamento non superficiale della personalità del condannato.

1.2. Il problema relativo all'efficacia risocializzatrice (o riabilitativa che dir si voglia) della pena carceraria è dibattuto e controverso sin dal secondo Ottocento, e col trascorrere dei decenni è andato crescendo tra gli studiosi ed esperti un giustificato scetticismo. I principali aspetti negativi della condizione detentiva sono già stati diagnosticati e denunciati da autorevoli criminologi, sociologi e penologi ottocenteschi: il carcere come istituzione totale produce in molti casi effetti ulteriormente desocializzanti in termini di infantilizzazione, spersonalizzazione, deresponsabilizzazione, perdita di significato dell'esistenza, senso di vuoto, sentimento di abbandono, ecc. E, tra gli effetti nocivi, va considerato – non ultimo – il contagio criminale, sino al punto che l'istituzione penitenziaria viene non da ora anche etichettata come scuola di delinquenza o fabbrica di delinquenti.

La inidoneità del carcere a rieducare si accentua quanto più le condizioni di vita intramuraria risultino qualitativamente scadenti, e a maggior ragione qualora raggiungano la soglia di un tale degrado – come purtroppo tuttora accade in non poche carceri italiane – da risultare contrarie al senso di umanità e offensive della dignità delle persone detenute. Come cause ricorrenti del degrado, oltre al riemergente grave fenomeno del sovraffollamento, figurano l'invecchiamento e la mancata o scarsa manutenzione delle strutture murarie, la ristrettezza degli ambienti reclusivi, l'inadeguatezza degli spazi per le attività sociali o di svago in comune, la carenza o insufficienza di significative attività formative e culturali, la quantità insufficiente di personale a vario titolo addetto alla gestione degli istituti e ai percorsi trattamentali. Per effetto anche del convergere di cause siffatte, si è assistito nel corso degli ultimi anni a una crescente diffusione tra i detenuti sia di disagi e disturbi psichici, sia di vere e proprie patologie psichiatricamente rilevanti: da qui una accresciuta esigenza, finora rimasta insoddisfatta, di potere disporre di un numero adeguato di psicologi e psichiatri in grado di sostenere i detenuti più fragili o di affrontarne i problemi psichiatrici. La maggiore presenza nelle carceri di persone recluse vulnerabili o affette da alterazioni della personalità contribuisce a spiegare il drammatico e preoccupante aumento, tra le persone in stato detentivo, di suicidi consumati e tentati o di altri atti autolesivi (e, sia pure in misura minore, tra gli stessi poliziotti penitenziari anch'essi soggetti all'influenza psicologicamente negativa del clima detentivo e, spesso, sottoposti a turni di lavoro stressanti).

Un fattore di condizionamento di rilievo tutt'altro non secondario, nell'analisi delle cause della tendenziale inettitudine a rieducare di un sistema carcerario come il nostro, va comunque individuato nella prevalente tendenza dell'amministrazione penitenziaria – pur nell'avvicinarsi di governi di diverso orientamento politico generale – a privilegiare la tutela dell'ordine e della sicurezza rispetto all'obiettivo della rieducazione. Vale la pena in proposito riportare quanto si legge in un libro recente scritto non da uno studioso accademico, ma da una esperta e qualificata direttrice di carcere come Cosima Bruccoliero (si allude a *Senza sbarre. Storia di un carcere aperto*, Einaudi, Torino, 2022): «[...] possiamo in coscienza dire che reclusione e rieducazione siano equivalenti in termini di risorse investite? La mia esperienza mi restituisce una risposta negativa. Ma questo sbilanciamento è evidente anche nelle aspettative che più o meno dichiaratamente si hanno nei confronti dell'operato del direttore [...]. L'operato di un direttore viene giudicato sulle carcerazioni o sulle scarcerazioni? Un direttore ha la responsabilità tanto della sicurezza quanto del trattamento, ma è soprattutto della prima che gli viene chiesto di rispondere [...]. Fino a quando non avremo compreso che bisogna investire in modo importante sulla rieducazione e quindi sui professionisti specializzati, il nostro sistema sarà vulnerabile. I nostri istituti hanno bisogno certo di agenti, ma in egual misura hanno bisogno di educatori e mediatori». Si tratta di una presa di posizione lucida, avvalorata da una diretta esperienza di direzione di carceri; e, altresì, coraggiosa perché proveniente da una persona appartenente all'amministrazione penitenziaria, che mostra di non avere remore a denunciarne i criticabili orientamenti di fondo.

Ma la scelta, tendenzialmente prioritaria, degli organi amministrativi competenti di privilegiare la tutela della sicurezza è stata fortemente condizionata dal fatto che la politica, nel suo insieme, ha per lo più trascurato la questione carceraria. A riprova, si consideri che il nuovo ordinamento penitenziario emanato nel 1975, che pure era nato dall'intento di orientare la logica di funzionamento degli istituti di pena alla rieducazione quale finalità principale da perseguire, è rimasto finora inattuato in alcune parti significative. Ciò non a caso. A motivare, a partire dalla seconda metà degli anni '70, una caduta d'interesse politico verso l'ideale rieducativo, ha senz'altro contribuito la riemersione di preoccupazioni repressive e di prevenzione generale connesse all'*escalation* di gravi e note forme di criminalità (terroristica, mafiosa e politico-amministrativa), per cui le forze di governo hanno finito comunque col privilegiare la lotta al crimine accentuando il rigore punitivo, con conseguente regressione del finalismo rieducativo a obiettivo del tutto secondario, se non consapevolmente rimosso.

È pur vero, peraltro, che non sono mancate parentesi temporali in cui è contingentemente riaffiorata una tendenza politica di segno contrario, volta a re-

cuperare una prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio più in linea con i principi del costituzionalismo penale: come significativa esemplificazione di questa tendenza, espressa nel contesto del governo Draghi (sostenuto da partiti trasversali agli opposti schieramenti) si consideri la ancora recente riforma Cartabia, che – come accenneremo nel prosieguo – ha riscritto la disciplina delle sanzioni sostitutive e ha introdotto nel nostro ordinamento una regolamentazione organica della cosiddetta giustizia riparativa.

Questa fase favorevole a un tentativo di recupero del principio rieducativo ha però presto subito una battuta d'arresto con l'avvento del nuovo governo di Giorgia Meloni, in cui predominano forze di destra di forte inclinazione "giustizialista", preoccupate soprattutto di rafforzare (o comunque di non indebolire) la funzione repressiva del diritto penale – anche se con una odiosa propensione discriminatoria ad accentuare il rigore punitivo rispetto alla vasta area della criminalità comune e ad attenuarlo, invece, nei confronti dei reati tipici dei "colletti bianchi".

1.3. È da molto tempo convinzione diffusa, a livello internazionale, che potenzialmente più idonee a conseguire l'obiettivo della rieducazione siano le pene a carattere extradetentivo (come, per esemplificare, l'affidamento in prova al servizio sociale, misura alternativa alla detenzione introdotta nel nostro ordinamento con la riforma penitenziaria del 1975): in quanto, da un lato, evitano che l'autore di reato subisca gli effetti negativi della detenzione e, dall'altro, gli consentono di seguire i percorsi volti alla sua riabilitazione a contatto anticipato con quella realtà esterna, nella quale egli dovrà essere in futuro capace di comportarsi senza più violare la legge. In effetti si tratta di una convinzione dotata di plausibili fondamenti, anche se non è facile verificare con esattezza scientifica – stante pure la mancanza, in particolare in Italia, di indagini statistiche ripetute e metodologicamente rigorose – il rispettivo tasso di recidiva dei condannati a pena detentiva e di quelli invece destinatari di sanzioni extracarcerarie.

Non è questa la sede per una disamina dettagliata dei vari tipi di pene non detentive applicabili in un ordinamento come il nostro. Rinviamo in proposito alle trattazioni manualistiche e ai commentari, ci limitiamo a qualche ulteriore rilievo di carattere più generale. A cominciare dalla seguente presa d'atto, non priva di rilievo: lo spazio applicativo delle misure e sanzioni extracarcerarie supera ormai, in termini quantitativi, quello delle pene detentive; insomma, i condannati che scontano la pena in prigione sono in numero inferiore rispetto a quelli sottoposti a pene non detentive (secondo ad esempio dati di fine novembre 2021, a fronte di circa 54.000 detenuti usufruivano di misure extracarcerarie circa 67.000 persone, incluse tra queste gli imputati messi alla prova con sospensione

del procedimento). È questo un trend senz'altro positivo, che va incoraggiato e sviluppato il più possibile. È pur vero, tuttavia, che l'area dell'esecuzione penale esterna avrebbe potuto essere ancora più estesa, se non si fossero finora frapposti al suo auspicabile sviluppo ostacoli di varia natura, costituiti – tra l'altro – da un persistente atteggiamento carcerocentrico di una parte della magistratura, ma anche da condizioni di fragilità sociale dei potenziali destinatari (ad esempio mancata disponibilità di luoghi abitativi, di opportunità lavorative, di riferimenti familiari) e da fattori oggettivi di contesto a carattere sistemico (assenza o insufficienza, nelle realtà territoriali, di forme di interazione organizzativa e operativa tra soggetti istituzionali e extraistituzionali competenti o disposti ad aiutare i soggetti deboli a poter accedere a misure non detentive).

È indubbio merito della recente riforma Cartabia di avere perseguito, tra i suoi principali obiettivi, quello di ridurre ulteriormente lo spazio applicativo della pena detentiva, innovando la disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (così da rimediare alla loro deludente resa applicativa) e inserendole – con la rinnovata denominazione di “pene” sostitutive – nel nuovo art. 20-*bis* del codice penale. Due le novità particolarmente rilevanti: l'elevazione sino a quattro anni della soglia di pena detentiva sostituibile; l'attribuzione al giudice della cognizione della competenza ad applicare tutte le pene sostitutive.

Sarà la futura prassi applicativa a dirci se questa riforma produrrà gli effetti sperati; non poco dipenderà anche dal tipo di atteggiamento culturale che i giudici del dibattimento assumeranno verso la pena, nell'alternativa se confidare nella (potenziale) maggiore efficacia rieducativa delle pene non detentive o seguire ad adottare la consueta (e più rassicurante) pena carceraria.

2. Con la pena orientata alla rieducazione ci troviamo all'interno di un modello di giustizia penale concepito ancora in termini tradizionali. Ma è proprio verso la giustizia tradizionale che, nel corso degli ultimi decenni, è andata emergendo – almeno tra gli studiosi, gli esperti a vario titolo e in una parte della stessa magistratura – un atteggiamento di crescente sfiducia e disincanto: da qui non solo, come accennato, la ricerca (o l'estensione) di nuovi tipi di pena, ma anche una crescente tendenza a valorizzare il paradigma della “riparazione”, concepito a sua volta in senso ampio e comprensivo o nel senso più ristretto e specifico della cosiddetta giustizia riparativa (G.R.).

Fino a che punto – è però opportuno subito chiedersi – si tratta di un paradigma nuovo? In verità, l'idea in sé di riparazione come possibile tipo di risposta ai reati non è nuovissima, è tutt'altro che una scoperta dell'ultima ora. A riprova del fatto che, nel campo della giustizia, è difficile realizzare vere rivoluzioni copernicane, escogitare strumenti di intervento del tutto inediti; anche in questo

caso è come assistere a corsi e ricorsi storici, per cui le innovazioni finiscono col riguardare, più che il nucleo essenziale dei paradigmi che si avvicinano nel tempo, il loro aggiornamento e le modalità della loro applicazione in rapporto ai mutevoli contesti storici di riferimento. Infatti, sociologi e antropologi considerano la riparazione, quale tecnica di possibile reazione ad azioni illecite, una “costante antropologica”; mentre costituiscono una “variante storica” le differenti forme in cui essa è andata storicamente manifestandosi. In proposito, una significativa conferma è fornita dalle scritture vetero-testamentarie che già prevedevano, per il ristabilimento della giustizia, due diverse procedure: il giudizio tendente alla condanna del trasgressore; e la lite bilaterale avente invece come obiettivo la riconciliazione tra autore e vittima e, perciò, annoverabile tra le più antiche anticipazioni storiche dell’odierna mediazione penale quale principale strumento della G.R.

Merita pure di essere brevemente ricordato che tecniche a carattere riparatorio-compositivo erano anche molto diffuse nei diritti premoderni di antico regime. Ma vi è di più. Una componente riparatoria era infatti menzionata nell’ambito delle teorie della pena elaborate da filosofi e giuristi tardo-seicenteschi e settecenteschi, i quali annoveravano tra le finalità della sanzione penale anche la riparazione intesa come risarcimento o riparazione delle conseguenze dannose prodotte dagli atti delittuosi. Né mancava chi assimilava la riparazione alla retribuzione sotto il concetto più generale di soddisfazione delle vittime del reato (in effetti, come accenneremo in seguito, è prospettabile una relazione concettuale tra riparazione e retribuzione, tale per cui la prima può anche essere intesa come specie della seconda). Solo che, in seguito al tipo di evoluzione successivamente maturata nella riflessione penalistica, e al suo progressivo affinamento in chiave tecnico-giuridica, la dimensione risarcitorio-riparatoria ha finito con l’essere per lo più espunta dal diritto penale e prevalentemente trasferita nel comparto privatistico dell’ordinamento e delle connesse sanzioni civili, in cui essa è rimasta tradizionalmente confinata: ciò nel presupposto che sanzioni molto afflittive come la pena carceraria servano, appunto, a rimediare all’inefficacia preventivo-repressiva di sanzioni più blande come ad esempio il risarcimento dei danni o altre forme di riparazione pecuniaria, considerate inidonee a contrastare buona parte delle condotte criminose, non poche delle quali peraltro produttive di offese per loro natura irreparabili.

Come accennavo prima, negli ultimi decenni si è invece assistito a una revisione critica del suddetto orientamento politico-criminale di fondo, e a un conseguente ritorno d’interesse verso la riparazione quale paradigma utilizzabile anche nel settore penalistico. Ciò per riflesso di una accresciuta insoddisfazione nei confronti della giustizia punitiva classica, non ultimo sotto un rilevante aspetto che va posto nel dovuto risalto: essendo prevalentemente orientata in senso auto-

rocentrico (cioè incentrata sull'autore), essa ha comportato come effetto l'emarginazione delle vittime dei reati dallo scenario penalistico; mentre, nel corso degli anni a noi più vicini, è andata emergendo una crescente sensibilità collettiva verso la vittima, che ha a sua volta fatto avvertire l'esigenza di dare ad essa maggiore voce e di esaudirne quanto più possibile le aspettative nel contesto del processo penale. Beninteso, questa mutata sensibilità collettiva ha alla base fattori socio-culturali di condizionamento di ordine più generale che hanno interessato tutte le società occidentali contemporanee, sui quali non posso qui soffermarmi. Non a caso, sul piano storico-sociologico, per alludere a questo fenomeno di acquisita centralità nello spazio pubblico e di protagonismo anche politico delle vittime si è parlato di *paradigma vittimario* o *ideologia vittimaria*, ponendo anche in evidenza come si tratti di un fenomeno complesso e non privo di risvolti ambigui, suscettibile di possibili eccessi e derive da non assecondare (rinvio in proposito al sintetico quadro ricostruttivo delineato nel mio libro *Punizione*, il Mulino, Bologna, 2024; più diffusamente, D. Giglioli, *Critica della vittima*, Nottetempo, Milano, 2014, 2024), effetti negativi dell'ideologia vittimaria sono paventabili sullo stesso terreno penalistico, da un lato tendendo essa a mantenere in vita o alimentare nelle vittime dei reati bisogni emotivi di punizione in un'ottica fortemente retributivo-ritorsiva e, dall'altro, minacciando di alterare il tendenziale rapporto di equilibrio che il processo penale dovrebbe pur sempre mantenere tra le aspettative repressive delle vittime e le garanzie individuali di imputati e condannati. Insomma, incombe un rischio di passaggio dall'"autorocentrismo" al "vittimocentrismo".

2.1. Fatte queste premesse generali, vediamo più da vicino in quali forme o modi la dimensione riparativa si presta a essere valorizzata sul versante della giustizia penale o in connessione con essa. È opportuno, al riguardo, distinguere tra riparazione in senso ampio o lato e giustizia riparativa (G.R.) in senso stretto.

Sotto la prima angolazione visuale va, in via preliminare, rilevato che lo stesso diritto penale classico ha tradizionalmente dato un certo spazio, attribuendovi rilevanza giuridica con riferimento a pochi casi normativamente predeterminati, a forme di sopravvenuto ravvedimento o a condotte latamente riparatorie dell'autore realizzate *dopo* la consumazione del reato e finalizzate, appunto, a neutralizzarne o attenuarne le conseguenze dannose: rilevanza giuridica, a seconda dei casi, in termini di esclusione della punibilità o di mitigazione del trattamento punitivo (si pensi ad esempio, rispettivamente, all'ipotesi della desistenza volontaria dal tentativo che, secondo l'art. 56, comma 3 c.p., esclude la responsabilità penale; e alla circostanza attenuante della riparazione del danno, prevista dall'art. 62, n. 6 c.p.). Ma è degno di nota che, nel corso degli ultimi decenni, la tendenza le-

gislativa a “premiare” condotte riparatorie post-delittuose sia andata estendendosi in misura rilevante, e ciò sia nella parte speciale del codice penale sia nella legislazione complementare. Si è così assistito a un fenomeno di progressiva espansione normativa di previsioni premiali (riconnesse, a loro volta, a una varietà crescente di prestazioni di valenza riparatoria sia materiale che sociale: si allude, esemplificativamente, a condotte post-consumative che eliminano o attenuano gli effetti del reato mediante risarcimenti, restituzioni, neutralizzazione dell’offesa penalmente rilevante, ripristino dell’integrità del bene giuridico leso, o a prestazioni a favore delle vittime o della collettività, lavori socialmente utili, collaborazione processuale, ecc.) determinata, però, da valutazioni politico-criminali mutevoli e contingenti dei legislatori di turno: senza una previa visione sistematica d’insieme delle ragioni sostanziali in base alle quali, in un ordinamento costituzionalmente orientato come il nostro, condotte a carattere latamente riparatorio possano davvero giustificare una rinuncia (totale o parziale) alla punibilità. A questa carenza di visione complessiva cecano di porre rimedio alcuni studi recenti di giovani studiosi, i quali – in estrema e approssimativa sintesi – tendono a considerare costituzionalmente legittime quelle forme di premialità connesse a ipotesi di riparazione post-consumativa, la cui valenza sia tale da far apparire non più necessario il ricorso alla pena sotto il duplice profilo della prevenzione generale positiva e della prevenzione speciale rieducatrice. In poche parole, la riparazione potrebbe legittimamente rimpiazzare la pena (o ridurne l’entità) nei casi in cui appaia idonea a fungerne da equivalente funzionale sotto il profilo del perseguimento delle stesse finalità del punire. In linea teorica o di principio, si potrebbe anche concordare. Ma rimane aperta la questione, tutt’altro che secondaria, se la presunta equivalenza funzionale tra riparazione e punizione sia verificabile sulla base di adeguati riscontri empirici. In ogni caso, quale che sia la fondatezza delle indicazioni desumibili dalle indagini dottrinali accennate, la probabilità che i futuri legislatori vi si uniformino, rinunciando alla loro amplissima discrezionalità politica nel decidere quando sia opportuno attribuire rilievo a forme di riparazione post-consumativa, non sembra – a essere realistici – elevata.

2.2. La dimensione riparativa all’interno del diritto penale tende a conquistare terreno anche al di là delle (ormai non poche) previsioni premiali via via introdotte nell’ordinamento e delle indagini sempre più approfondite che la dottrina contemporanea vi dedica. Negli ultimi anni è, infatti, emerso un orientamento teorico di ampio respiro – proiettato in una prospettiva *de iure condendo* – che inclina, in generale, a ripensare lo stesso concetto di pena proprio alla stregua del paradigma riparatorio. Si auspica dunque una sorta di rivoluzione politico-criminale che, circoscrivendo finalmente la pena detentiva ai soli casi di delitti gravi e

odiosi che la fanno apparire assolutamente necessaria, induca il più possibile gli autori di offese riparabili a preferire il volontario compimento di atti riparatori rispetto alla soggezione ad una tradizionale pena afflittiva: così da evitare del tutto la punizione o, nei casi di riparazione parziale, da ottenere una riduzione di pena. Questo auspicato programma di nuova politica penale sfocia – com'è noto – in proposte teoriche variamente articolate, elaborate in particolare nei rispettivi contributi da Luciano Eusebi (con l'idea-base di *pena prescrittiva*) e di Massimo Donini (che prospetta il modello del *delitto riparato*): trattandosi di proposte ormai abbastanza conosciute, sarebbe un fuor d'opera riesporle qui in dettaglio e in ogni caso non vi sarebbe lo spazio. Piuttosto, al di là della indubbia suggestione che queste nuove teorizzazioni suscitano, affiorano rilevanti profili problematici che sollevano interrogativi del seguente tenore. La riparazione può essere considerata pena (o reazione equivalente alla pena)? Alcune voci dottrinali recenti rispondono in senso positivo, argomentando ad esempio nel senso che essa costituisce parte del trattamento punitivo se può avere come effetto – già *de iure condito* – di comportare una riduzione della pena tradizionale. Ma, al di là delle argomentazioni concettuali astratte sviluppate a tavolino da singoli studiosi, la riparazione possiede il significato sostanziale che il punire ha finora acquisito anche alla stregua della percezione sociale dominante o del sentire individuale? Sul punto torneremo appresso, nella parte dedicata alla G.R. E ancora: una riconversione in chiave prevalentemente riparatoria del sistema sanzionatorio è, in ogni caso, in sintonia con gli atteggiamenti socio-culturali e le pulsioni psicologiche a tutt'oggi predominanti in tema di punizione, ancora in larga misura invece orientare in senso marcatamente retributivo-afflittivo? È fin troppo facile rilevare che, per potere attuare riforme penali di vasto respiro incentrate sul paradigma della riparazione, occorrerebbe in via prioritaria promuovere una rivoluzione socio-culturale, un processo di rieducazione collettiva in grado di rinnovare in profondità l'orizzonte di senso del fenomeno punitivo. Ammesso che si tratti di impresa realisticamente possibile, i tempi per realizzarla verosimilmente non sarebbero brevi.

3. Fin qui abbiamo fatto riferimento ad una prospettiva riparatoria latamente intesa, che si traduce nella successiva realizzazione, da parte dell'autore del reato, di prestazioni concrete volte a neutralizzare l'offesa criminosa in precedenza prodotta, o comunque ad attenuarne i conseguenti effetti dannosi o pericolosi, cui l'ordinamento fa seguire in forma di premio una esclusione o mitigazione della pena: ci troviamo, dunque, pur sempre dentro i confini della giustizia penale propriamente intesa. Profondamente diversa è, invece, la prospettiva della "giustizia riparativa" (G.R.) strettamente concepita, la quale soprattutto nelle sue

versioni originarie e più pure aspira a rappresentare un modello di giustizia *alternativo* rispetto alla giustizia punitiva classica, e come tale adotta un diverso tipo di “lenti” nel guardare al reato: nel senso che quest’ultimo viene considerato non come mera violazione della legge sotto un profilo tecnico-giuridico, bensì come evento psicologico o socio-psicologico che determina uno strappo nelle relazioni interpersonali tra autori e vittime quali individui in carne e ossa e produce, altresì, conseguenze negative nel contesto ambientale, nello spazio comunitario in cui il fatto delittuoso viene commesso. In questo diverso e più ampio orizzonte prospettico, la riparazione quale risposta al reato sostitutiva della pena assume un significato e una valenza che vanno ben al di là degli atti riparatori a carattere unilateralmente e concretamente prestazionale cui si è fatto riferimento in precedenza: la riparazione ora si proietta infatti su di uno scenario più comprensivo e impegnativo, in quanto implica – beninteso, previo reciproco consenso di entrambe le parti coinvolte – un incontro dialogico, una interazione comunicativa tra autore e vittima gestita da un terzo imparziale diverso da giudice (cosiddetta *mediazione penale*); incontro mediativo il cui obiettivo non è solo quello (utilitaristico) di stipulare possibili accordi a carattere concretamente riparatorio, ma anche quello di mirare alla ricostruzione della relazione interrotta dal reato, insomma alla riconciliazione personale. Non a caso, in questo orizzonte interpersonale parole-chiave e corrispondenti valori di riferimento sono ascolto, empatia, riconoscimento dell’altro, ricucitura del legame personale o della relazione sociale con la comunità: cioè valori che presuppongono una concezione dell’autore o della vittima non come individui isolati, bensì – secondo una visione di matrice religioso-comunitarista o spiccatamente umanista – come esseri necessariamente in rapporto con gli altri e, altresì, legati ai contesti comunitari di appartenenza.

È anche vero, peraltro, che la G.R. è andata nel corso di circa un cinquantennio assumendo modelli in parte diversificati, a seconda delle specifiche matrici ideologiche o culturali di partenza, per cui in alcune versioni di essa di orientamento tendenzialmente più pragmatico viene attribuita priorità all’obiettivo della riparazione concreta delle conseguenze del reato; mentre in altre versioni di ispirazione più accentuatamente comunitarista o umanista non è secondario lo scopo riconciliativo. In effetti, in questo secondo senso sembra anche orientato il modello di G.R. introdotto nel nostro ordinamento dalla recente riforma Cartabia. Come vedremo, questa specifica impronta culturale può, sotto qualche aspetto, entrare in conflitto o in tensione col principio costituzionale del pluralismo politico-culturale, che concorre a delineare il volto complessivo della giustizia penale odierna.

In conformità agli obiettivi di fondo perseguiti, la G.R. valorizza non solo la riparazione in forma materiale (o prestazionale, che dir si voglia), ma anche

quella in forma *simbolica*: cioè effettuata mediante atti o gesti dell'offensore, che esprimono comprensione per le sofferenze subite dalla vittima, capacità di immedesimarsi nelle sue ragioni e nei suoi sentimenti e conseguente disponibilità a testimoniare con segni di significato psicologico o morale, come richieste di perdono, manifestazioni di scuse, assunzione di impegni comportamentali per il futuro, ecc. Rimane, peraltro, da chiedersi se sia davvero giustificato assegnare un valore equivalente alla riparazione prestazionale e a quella simbolica in un sistema che prevede il ricorso alla G.R. non in alternativa al processo penale, ma – come anche nel caso della disciplina introdotta dalla riforma Cartabia – in via “complementare” rispetto alla giustizia punitiva: per cui è pur sempre il giudice penale a dover valutare le possibili ricadute dell'esito riparativo di una mediazione (o di altri strumenti di G.R.) sul trattamento punitivo da riservare all'autore di reato. Da questo punto di vista, può invece apparire più conforme alla logica penalistica attribuire un rilievo maggiore agli atti riparatori che concretamente neutralizzano o attenuano l'offesa al bene giuridico tutelato, o comunque rimediamo realmente alle ulteriori conseguenze prodotte al reato.

Non è questa la sede per esporre in dettaglio le modalità con cui nel nostro ordinamento si articola il rapporto di *complementarità* tra giustizia penale e G.R., in base alla disciplina organica contenuta nel decreto legislativo n. 150/2022; né per esaminare l'insieme dei benefici – invero abbastanza modesti – che, sul piano del diritto penale sostanziale, il reo può trarre da una riuscita partecipazione a percorsi mediativo-riconciliativi (da questo punto di vista, ben maggiori sono i vantaggi latamente intesi che, almeno in via potenziale, possono ricavarne le vittime). Piuttosto, preme soffermarsi su alcune questioni di fondo e alcuni nodi problematici che nascono dall'interazione tra i due modelli di giustizia, una volta prescelta la strada di farli interagire: questa prospettiva di integrazione, lungi dal risultare scontata o sempre agevole, può infatti dar luogo a indebite sovrapposizioni confusive tra principi o a risvolti ambigui che sarebbe opportuno – nei limiti del possibile – prevenire.

3.1. Nella sua ispirazione originaria di fondo, la G.R. intende differenziarsi radicalmente dalla tradizionale giustizia repressiva *non* perseguendo finalità di tipo punitivo, bensì per l'appunto a carattere riparativo-mediativo-riconciliativo. Scrive ad esempio Luciano Eusebi: i programmi e lo stesso esito riparativo «non fanno parte di quanto il diritto penale può attivare o mirare a ottenere con i suoi mezzi, dato che simili modalità [...] coinvolgono la sfera interiore della persona indicata come autore dell'offesa. Con la riforma Cartabia, dunque, il diritto penale dà spazio a un percorso, e ad approdi del medesimo, che rivestono di per sé natura extrapenale, cui viene attribuito rilievo ai fini delle decisioni penali».

Ma fino a che punto questo intento di operare in termini extrapunitivi è, in teoria e di fatto, effettivamente e coerentemente perseguibile? Questo interrogativo a maggior ragione sorge quando alla G.R. si ricorre appunto non in via esclusiva, ma in combinazione col processo penale: per cui non sembra da escludere che – al di là delle categorizzazioni e distinzioni concettuali astratte care a noi giuristi – nella concreta realtà esperienziale (specie dei non addetti ai lavori) non solo la pena possa confondersi con la riparazione, ma anche gli strumenti operativi propri della G.R. vengano percepiti come punitivi.

A ben guardare, il problema dei rapporti tra punizione e G.R. è più complesso e ambiguo di quanto a prima vista appaia e, non a caso, si registrano in proposito nel panorama dottrinale internazionale opinioni differenziate; mentre nel contesto italiano esso è stato oggetto di minore attenzione.

In verità, il dibattito teorico sulla possibile natura di pena della riparazione (latamente intesa) si è riaperto, secondo un approccio rinnovato, verso gli ultimi anni 80 del Novecento in occasione delle discussioni sviluppate nel contesto tedesco intorno alla “*Wiedergutmachung*”). In tale contesto è stato ad esempio autorevolmente sostenuto (in particolare da Claus Roxin) che la riparazione, pur non essendo concettualmente qualificabile in sé come pena perché – tra l’altro – insuscettibile di essere imposta in maniera coercitiva, possa tuttavia fungere da equivalente funzionale di essa in quanto idonea a conseguire gli stessi scopi della punizione sotto il duplice profilo dell’efficacia rieducatrice e della prevenzione generale integratrice: da un lato, inducendo a confrontarsi con le conseguenze della sua azione, potrebbe più della pena favorire da parte dell’autore un riconoscimento delle norme e, se accompagnata dalla riconciliazione con la vittima, agevolarne il reinserimento sociale; dall’altro, una volta che il danno sia riparato, la vittima e la collettività possono considerare rimosso il turbamento provocato dal fatto criminoso. In altra sede, ho già rilevato che una simile fiducia nella equivalenza teleologica tra riparazione e pena è forse troppo ottimistica, anche perché non disponiamo al riguardo di ricerche empiriche atte a suffragarla. Ma è anche vero, d’altra parte, che la mancanza di riscontri empirici riguarda, più a monte, la effettiva idoneità delle stesse pene a conseguire di fatto gli obiettivi di prevenzione che assegniamo loro in linea teorica astratta. Ne consegue che argomentare in termini di confronto tra le rispettive potenzialità preventive del riparare e del punire poggia in ogni caso e a maggior ragione, piuttosto che su fondamenti oggettivi sicuri, su supposizioni più o meno ragionevoli se non su impressioni prevalentemente soggettive.

La riflessione teorica sul rapporto tra riparazione e pena ha fatto registrare ulteriori sviluppi con riferimento alla G.R. in senso stretto. È non poco diffusa la tesi che gli strumenti e le finalità dei due sistemi di giustizia (punitiva e ripara-

tiva) sono profondamente diversi, per cui comporterebbe un grave snaturamento sia dell'uno che dell'altro cercare di asservire gli scopi più ampi e comprensivi della G.R. a quelli più ristretti del sistema penale, o viceversa tentare di funzionare i programmi riparativi soprattutto agli obiettivi di prevenzione generale e speciale perseguiti dalla giustizia punitiva. Nondimeno, non si manca di riconoscere che l'autonomia dei due modelli di giustizia non esclude possibili punti di incontro o intersezione tra di essi, per cui è ben ipotizzabile che il buon esito del ricorso agli strumenti di G.R. soddisfi nel contempo esigenze generalpreventive e specialpreventive: ecco riemergere così l'idea di una possibile (ancorché parziale) equivalenza funzionale tra riparazione e punizione. Ma, ridimensionando ulteriormente questa ritenuta equivalenza, si è anche rilevato che, se è vero che la riparazione può dal punto di vista simbolico-comunicativo sottintendere il riconoscimento della norma violata e per tal via consolidare la fiducia sociale nell'ordinamento giuridico, essa presenterebbe un deficit di intensità espressiva e di effettività che impedisce una sua piena equiparazione alla pena statale.

Per altro verso, non mancano – specie nell'ambito della letteratura anglo-americana – opinioni invece inclini a porre in evidenza possibili dimensioni “punitive” della stessa G.R. Così si è rilevato che gli impegni riparativi possono presentare “costi” tali da risultare molto gravosi e produttivi di effetti spiacevoli: per cui la natura penale o non penale degli strumenti riparativi deriverebbe dal coefficiente di afflittività implicito nelle concrete modalità con le quali, di volta in volta, gli atti riparatori vengono realizzati. In effetti, questo è un approccio sostanzialistico al concetto di pena che, prescindendo da previe categorizzazioni astratte, considera molto rilevante il livello di sofferza onerosità che l'atto riparativo effettivamente comporta: ancorché i concreti costi anche psicologici non siano da sottovalutare, il limite di una tale impostazione consiste tuttavia nel suscitare il rischio di finire col distinguere tra pena e non pena in base al prevalente vissuto e alla sensibilità personale dei soggetti che si impegnano a riparare.

Vi è di più. Guardando all'articolato panorama di posizioni dottrinali, sono senz'altro meritevoli di considerazione le voci che giungono in realtà a mettere in forse la diffusa convinzione che la G.R. sia qualcosa di radicalmente differente non solo dalla giustizia penale, ma persino da una giustizia penale concepita in senso retributivo. In questa prospettiva di ripensamento critico, infatti si ritiene (si allude ad esempio al pensiero di K. Daly) che riparazione e retribuzione siano accomunate dalla possibilità di interpretare anche la prima come una forma di “compensazione retrospettiva” dell'offesa; e, nello stesso tempo, si contesta che i programmi di G.R. producano sempre e comunque effetti curativi e cambiamenti positivi più di quanto non sia in grado di fare la giustizia punitiva. Insomma, la G.R. non è il “nirvana” ed è fuorviante enfatizzarla romanticamente come se

lo fosse davvero. Personalmente, anch'io ravviso elementi di ambiguità tali da potere, nella prassi, indurre a orientare l'approccio riparativo secondo modalità sostanzialmente retributive, più o meno mascherate. Del resto, contribuisce a supportare questo convincimento l'analisi della psicologia delle vittime. Come osserva il noto psicologo Paul Bloom, le persone che hanno subito un torto, nel descrivere i loro sentimenti, spesso dicono che vogliono veder soffrire coloro che lo hanno provocato – anzi, più precisamente, spesso le vittime pretendono che gli offensori condividano il loro stesso loro dolore. È questo un bisogno di *empatia* (non a caso, una delle parole-chiave della G.R.), nel senso che la vittima nutre l'aspettativa che l'autore si immedesimi nella sua condizione e provi gli stessi sentimenti e le stesse sensazioni. In ogni caso è necessario, per riequilibrare la situazione, che anche il colpevole soffra. Ecco che «l'empatia permette una perfetta corrispondenza occhio per occhio, in cui il colpevole fa esperienza della stessa sofferenza della vittima». A ben vedere, questo tipo di dinamica psicologica ripropone proprio lo schema retributivo; certo con la differenza, rispetto alla pena retributiva statale, che l'autore del reato in questo caso non è soggetto a un potere coercitivo, ma manifesta volontariamente la sua disponibilità a soffrire, in una parola si “autoretribuisce”.

A questo punto, non si può non richiamare l'elaborazione teorica forse più interessante e suggestiva circa i rapporti tra retribuzione (riguardata anche in una accezione generalpreventiva) e riparazione, quella cioè sviluppata dal noto autore inglese Antony Duff in un articolo del 2002 dall'emblematico titolo *Restorative Punishment and Punitive Restoration*. Invero secondo Duff, che prende le mosse dalla teoria comunicativa della pena (di cui è uno dei principali esponenti), la risposta riparativa e la risposta retributiva, lungi dall'essere incompatibili, sono suscettibili di una integrazione virtuosa. Beninteso, a condizione che sussistano determinati presupposti, dei quali il più importante è che il processo riparativo risulti pesante, gravoso, oneroso per l'autore del reato: così da caricare la riparazione di una componente pur sempre retributiva commisurata anche al grado di colpevolezza e conseguente rimproverabilità del colpevole, e da comunicare per altro verso alla collettività il messaggio generalpreventivo che gli strumenti riparativi non indeboliscono la tutela che l'ordinamento è tenuto ad apprestare, ma piuttosto costituiscono anch'essi “paradigmi di pena”, quindi non alternative alla pena, ma alternative alle pene tradizionali.

Nell'ambito di questo articolato argomentare, c'è un punto meritevole di particolare attenzione, che precisamente riguarda il modo di valutare da un lato i pregiudizi e le sofferenze subiti dalla vittima e, dall'altro, l'onerosità della riparazione da parte dell'autore. Ad avviso di Duff, in proposito occorre adottare un criterio di giudizio non già *empirico-fattuale* (cioè riferito ai vissuti concreti delle

vittime in carne e ossa, ritenendo decisivi i sentimenti di fatto da loro provati e le aspettative psicologiche di riparazione concretamente nutrite), bensì *normativo*: vale a dire, ancorato a parametri di ragionevolezza o proporzione “esterni” rispetto alla percezione soggettiva delle persone coinvolte, come tali più coerenti con le valutazioni obiettive di un ordinamento giuridico. Ne consegue che l’entità e le modalità della riparazione devono essere rapportate alla dimensione normativa dell’offesa, e non già al tipo di atto riparatorio che la vittima concreta ritiene soggettivamente appagante o sufficiente: in questa ottica di ragionevolezza o proporzionalità obiettiva, ad esempio un gesto simbolico come il dono di una scatola di cioccolatini o una semplice richiesta di scuse, pur se sentita come bastevole dalla vittima in carne e ossa, non potrà mai normativamente riparare una lesione gravissima o altro reato di non banale gravità.

Orbene, ritengo che in particolare questa parte della proposta di Duff relativa all’esigenza di proporzionalità in senso normativo della riparazione abbia un serio fondamento tanto più con riguardo a quegli ordinamenti, come anche il nostro, in cui la G.R. risulta complementare alla giustizia penale, per cui gli esiti dei programmi riparativi vengono valutati dal giudice penale sotto il profilo del trattamento punitivo (v. anche *supra*, 6). Considerato più in generale, il pensiero di Duff solleva il dubbio se l’obiettivo prioritariamente perseguito sia quello di assimilare il più possibile la G.R. alla giustizia penale in chiave retributiva o, viceversa, di adattare quest’ultima alla G.R. In ogni caso, quali che siano le possibili riserve critiche avanzabili, a mio giudizio la presa di posizione di Duff conferma che tra i due modelli di giustizia in questione sussistono elementi di parentela tali, da far apparire tutt’altro che remota la possibilità che la G.R. anche nella sua gestione pratica subisca torsioni in chiave retributiva più o meno evidenti.

3.2. Sempre sotto il profilo delle interferenze tra obiettivi della G.R. e scopi della pena, si impone qualche ulteriore rilievo con specifico riferimento alla finalità rieducativa, sulla quale ci siamo soffermati in precedenza evidenziandone alcuni aspetti problematici relativi sia ai modi di concepirla, sia agli strumenti per attuarla. Ora si tratta di accennare alle possibili connessioni tra rieducazione e riparazione, esplicitandone da un lato le ragioni di convergenza e, dall’altro, i motivi di potenziale conflitto o tensione.

Come non sono il primo a rilevare, una prospettiva di tendenziale convergenza esiste senz’altro tra il finalismo rieducativo e la riparazione in particolare a carattere prestazionale, sempre più diffusa all’interno dello stesso diritto penale strettamente inteso: il compimento di atti riparatori concretamente volti a neutralizzare l’offesa prodotta e a reintegrare il bene giuridico leso, o comunque ad attenuare gli effetti pregiudizievoli prodotti dal reato, può indubbiamente fungere

– beninteso, col concorso di altri elementi – da significativo elemento sintomatico di una acquisita presa di consapevolezza da parte del reo della dannosità della condotta tenuta, di una conseguente responsabilizzazione in vista del ripristino della legalità violata e di una maturata convinzione di agire anche nel futuro in modo conforme ai precetti ordinamentali. Ma ciò non vuol dire – come invece sembra emergere da qualche recente e assai discutibile pronuncia giurisprudenziale – che il concetto di rieducazione vada ripensato in connessione necessaria con la riparazione, assecondando le pur suggestive tendenze espansive di un’ideologia riparativa che rischia così di diventare indebitamente totalizzante e invasiva: connessione necessaria tale cioè per cui il compimento di atti riparatori costituirebbe un presupposto indispensabile per potere compiere una valutazione giudiziaria di ben riuscito percorso rieducativo, di maturato ravvedimento. Se così davvero si ritenesse, il risultato sarebbe quello di tradire o fraintendere il senso costituzionale della rieducazione, non solo irrigidendone e rendendone più impegnativi e gravosi i presupposti, ma anche dando luogo a ingiustificate discriminazioni di trattamento tra autori di reato: possono infatti ben esserci condannati pur proficuamente impegnati in percorsi trattamentali che, per legittimi motivi di ordine psicologico o più spesso per mancanza di risorse, non avvertono il bisogno o non sono in grado di compiere atti o gesti riparatori. Pertanto, risulta del tutto condivisibile l’orientamento prevalente della Cassazione, secondo cui la mancanza di interessamento riparatorio a favore della vittima (o della collettività) non può essere di ostacolo alla verifica di un credibile ravvedimento.

Più complesso è, a mio avviso, il discorso rispetto al rapporto tra rieducazione e G.R. intesa in senso stretto, specie con riferimento a modelli di essa fortemente impregnati di valori di matrice comunitarista o umanista come anche nel caso del modello di disciplina recepito nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 150/2022, infatti, annovera tra gli obiettivi della G.R. “il riconoscimento della vittima del reato e la ricostituzione dei legami con la comunità”, e indica tra le caratteristiche di un positivo “esito riparativo” l’idoneità dell’accordo raggiunto tra le parti a rappresentare “l’avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti”. Orbene, riconoscimento dell’altro e riconciliazione personale e/o comunitaria non sono obiettivi eticamente neutrali, ma lasciano al contrario trasparire un retroterra assiologico ancorato a specifiche concezioni morali che hanno della società una visione a-conflittuale, irenica, per cui tendono a ravvisare valori fondamentali da promuovere il superamento dei conflitti e l’armonia. Se così è, vi è però da chiedersi: fino a che punto un modello di G.R. così specificamente orientato sotto il profilo valoriale è compatibile con quel concetto costituzionalmente orientato di rieducazione, che a tutt’oggi la maggioranza di noi penalisti vorrebbe quanto più possibile depurato da anco-

raggi a etiche specifiche proprio per non tradire il principio – anch'esso di rilievo costituzionale – del pluralismo politico-culturale e morale? In effetti, riconoscimento dell'altro, ricostituzione di legami spezzati, riconciliazione *et similia* non sono valori da tutti egualmente apprezzati in una società conflittuale e pluralista come quella contemporanea: possono ben esservi ad esempio autori di reato di orientamento liberale-individualistico che, legittimamente, non sono sensibili alla prospettiva della riconciliazione personale o comunitaria, mentre possono essere disposti a stipulare seri accordi riparativi a carattere concretamente prestazionale. Dovremmo ritenere che autori del genere, privilegiando una riparazione concretamente volta alla neutralizzazione dell'offesa o al ridimensionamento delle ulteriori conseguenze del fatto delittuoso, ed essendo invece poco sensibili al rapporto empatico con la vittima, risultino meno credibili e affidabili in termini di responsabilizzazione per i danni provocati e di capacità di ravvedimento, e perciò penalisticamente meno meritevoli di altri disposti anche alla riparazione interpersonale e/o comunitaria? Personalmente ritengo che, se si rispondesse affermativamente, ne deriverebbe un conflitto tra il principio costituzionale di rieducazione e il retroterra assiologico della G.R. modello-Cartabia.

3.3. La riforma Cartabia prevede la possibilità di ricorrere agli strumenti di G.R. anche in fase di esecuzione della pena e che l'esito di tale ricorso sia in sede giudiziaria valutabile ai fini della concessione dei benefici penitenziari, delle misure alternative e della liberazione condizionale.

Confesso però, anche sulla base della mia concreta esperienza di garante dei detenuti, di manifestare un certo scetticismo rispetto alla prospettiva di poter impiegare in futuro su larga scala, in una realtà penitenziaria come quella di casa nostra, sia la mediazione penale che gli altri programmi di riparativi. Questo mio scetticismo deriva, in primo luogo, da una considerazione empirico-criminologica relativa alle caratteristiche che di fatto connotano la popolazione penitenziaria: la quale, specie nelle regioni del Sud, è costituita in larghissima maggioranza da persone che – per tratti complessivi di personalità, livello di istruzione, competenze professionali, risorse economiche o di altro tipo – difficilmente potrebbero essere in grado di realizzare significative condotte riparatorie a carattere sia prestazionale che simbolico, o prima ancora potrebbero non essere in grado di comprendere effettivamente il senso e gli obiettivi della G.R.

A ciò è da aggiungere che una utilizzazione su larga scala di strumenti quali la mediazione o i dialoghi riparativi, ecc. presupporrebbe anche nell'amministrazione penitenziaria, e nel relativo personale ai vari livelli, una diffusa disponibilità a informare i detenuti sul significato e gli scopi della G.R. e un conseguente impegno a incentivare l'accesso a essa; solo che questa disponibilità e

questo impegno richiederebbero, a loro volta, un mutamento di mentalità e un cambiamento culturale che non mi sembra realisticamente prevedibile possano maturare in forma generalizzata.

Se così è, in un universo penitenziario come quello italiano di qualità media molto scadente e tradizionalmente afflitto da piaghe, disfunzioni e carenze così gravi da incidere drammaticamente sulla vita dei reclusi (sovraffollamento, condizioni igienico-sanitarie deficitarie, notevole aumento dei suicidi e degli atti autolesivi, nonché dei disagi psichici e delle patologie psichiatriche, ecc.), l'accesso effettivo alla G.R. sembrerebbe destinato a ridursi a eventualità sporadica e isolata, una sorta di esperienza di lusso o evento festivo che per pochissimo tempo interrompe l'ordinario andazzo di una esistenza detentiva conforme ai consueti schemi. È una previsione eccessivamente pessimistica?

SOCIAL REINTEGRATION AS AN AIM OF THE PRISON SENTENCE IN SPAIN

Carmen Juanatey Dorado

SUMMARY: 1. First part. – 2. Second part. – 3. Third part.

In the last two decades there has been a clear regression in the criminal and penitentiary field in Spain. During the years of the Spanish Transition a progressive period began that resulted in very significant criminal reforms (from 1978 to 2003). This trend has been reversed in recent years, especially since the reforms of the Criminal Code carried out in 2003 and 2015. These reforms have led to the opening of cracks in the criminal justice system of guarantees that had been established in Spain during the years of the Transition. One of the latest has been the controversial introduction of a type of life imprisonment, not previously provided for in democratic criminal law.

I will speak, in the first place, about the main characteristics of the Spanish penitentiary system, oriented towards social reintegration, pointing out the most important reforms that have led to a clear regression in the ideal of reintegration. In the second place I will briefly comment on the Spanish Constitutional Court's interpretation of the principle of social reintegration and its general doctrine on the control of the limits to the fundamental rights of prisoners.

1. First part

Article 25.2 of the Spanish Constitution of 1978 establishes, as a general principle, that prison sentences and security measures shall be aimed at re-education and social rehabilitation.

In compliance with this constitutional mandate, the General Penitentiary Act was passed in 1979, establishing a system of enforcement of prison sentences based on individualised treatment. This system is divided into four possible

degrees, each of which entails a different regime, which range from the most restrictive (the first degree) to the most open (parole, which is currently a form of suspended sentence). I will comment on this in more detail later.

The passing of this Penitentiary Law, together with a clear political will to democratise and improve the penal and penitentiary model, led to a radical change in our system regarding the enforcement of prison sentences. In the 1980s Spain went from an oppressive prison regime, typical of a dictatorship, to a democratic regime based on the UN and European Rules. Thus, the majority of the prisons currently in operation in Spain were built in the 80s and 90s and those that did not meet the necessary conditions of habitability were closed down; in addition, the number of prison officers increased notably, with young people with innovative ideas and a genuine belief in the orientation of prison sentences towards rehabilitation; and, finally, the figure of the Surveillance Judge was created, a novelty in the Spanish legislation. The decisions of these judges made a definitive contribution to changing the system and protecting the rights of inmates. Although sometimes controversial, their action was decisive in the control of the prison administration activity, which was still strongly reminiscent of the Franco regime. Today, this control is part of normal practice.

As I mentioned earlier, the system established by the Penitentiary Act of 1979 is a model based on individualised treatment of inmates, through a different medical, psychological and social methods. This is what the Law says. However, the current trend is basically focused on social reintegration: the aim is that the time spent in prison should offer the inmate the possibility of improving his or her skills, through work, education, culture, sport, etc.; at the same time, some specific therapeutic programmes are designed for some types of inmates such as sex offenders, offenders convicted for gender-based violence, white-collar criminals, offenders with addiction problems, and other programmes aimed at improving behavioural or psychological problems.

As I have already said, the serving of prison sentences is organized into four possible degrees of imprisonment. The first grade is reserved for inmates classified as extremely dangerous or clearly unsuitable for normal cohabitation in prison; it has the most restrictive regime, with few activities shared with other inmates; approximately 2% of all classified inmates are in this grade (42,537 classified inmates out of a total of 55,110). The second grade is where most of the inmates are placed, and the regime is considered to be that of normal cohabitation, with many activities in common with other inmates; approximately 78% of the classified prisoners are in this grade. The third grade allows the sentence to be served in an open regime, including the possibility of spending the night outside the penitentiary institution and going to the prison to follow the treatment

programmes; approximately 20% of the classified prisoners are in this grade. Pre-trial detainees and those awaiting classification are subject to the ordinary regime, except in cases of extreme dangerousness, which could be subject to the first degree regime (data from April 2021).

Originally, the law allowed any inmate to be initially classified in third grade, without having to pass through the first and second grades; that is, the law conceived the classification of inmates in a flexible manner, not obliging them to pass through all the grades. The classification in one grade or another depended solely on the evolution of the inmate, in accordance with the criteria of social reintegration. The only limitation set out in the original wording of the Penitentiary Law was the impossibility of directly classifying a prisoner as on parole without him or her previously passing through the third grade. In general, the aim was that the orientation towards social reintegration should preside over every aspect of prison enforcement and avoid rigid legal limitations that would hinder the aim of social reintegration.

However, since the year 2000, the evolution of Spanish criminal policy has been moving in the opposite direction and legal modifications have been approved to reduce the discretion of both prison staff and judges, when it comes to making decisions based on the evolution of the inmate's social rehabilitation.

Thus, among other measures, the so-called "safety period" was introduced in the case of inmates sentenced to more than five years in prison, which authorizes the sentencing court to prevent the classification of the inmate in the third degree until half of the sentence has been served. However, this measure can be revoked by the Surveillance Judge taking into account the offender's personal circumstances and the evolution of the rehabilitation. Nevertheless, this safety period is mandatory for certain offences such as terrorist offences, those committed within criminal organizations, and sexual offences involving minors under 16 years of age; in these cases, even if the inmate's progress is very positive, third grade is not possible until half of the sentence has been served.

Another of the most relevant modifications is that which affects the maximum legal term of imprisonment. The 1995 Criminal Code had laid down a maximum limit of 20 years. However, in 2003, several exceptions to this limit were included, allowing a maximum of 25, 30 and even 40 years imprisonment.

In addition, in the case of very long prison sentences, the same 2003 reform law includes the power of the sentencing court to set restrictions on the granting of leave, prison benefits, classification in the third grade or the granting of parole. These decisions are based on the sentence imposed and not on the evolution of the inmate's social reinsertion. It is also true, however, that the court's decision can be overturned by the surveillance judge, but with special restrictions for certain crimes.

Likewise, parole was modified, introducing new requirements for its concession, some of them only applicable to certain types of crimes; and it expressly prevents the concession of early parole to inmates convicted of sexual offences, terrorism or crimes committed within criminal organizations, regardless of their progress in social reintegration (at the same time, parole has been transformed into a form of suspended sentence, so that time on parole is no longer considered as a part of a sentence but instead a mere suspension).

And, finally, of course, the introduction of life imprisonment has been a very significant step backwards in our penal and penitentiary system.

However, all these restrictions can of course be lifted if the prisoner suffers from a serious or terminal illness. But this is purely for humanitarian reasons.

Fundamentally, all these reforms have had the objective of restricting the idea of reinsertion as the aim of the sentence, focusing instead on retribution and general deterrence.

Now, I would like to look at the second part of my intervention.

2. Second part

In relation to the principle of social reintegration, the Constitutional Court has pointed out that it is “a mandate from the Constituent body to the legislator to guide penal and penitentiary policy”; and, it has specifically indicated the following:

1º. Every inmate has the right to a sentence oriented to re-education and social reintegration. Accordingly, penitentiary treatment, as a means of achieving social reintegration, is voluntary by nature; it must therefore be interpreted as a guarantee for every convicted person rather than the right of the administration to impose a certain code of values.

2º. The aims of re-education and social reintegration should not be confused with the basis and aims of punishment in general. Although prison sentences must seek reintegration, this is not the only aim of these sentences.

3º. It represents a restriction for the legislator in the sense that penalties which are incompatible with this purpose cannot be imposed.

Moreover, regarding the protection of fundamental rights affected by conviction, our Constitutional Court (like all European Constitutional Courts) has established that any measure limiting such rights must pass the control of proportionality, that is: the measure must seek a legitimate objective and be capable of achieving it; moreover, it must be necessary, in the sense that there is no other measure to achieve that objective which is less harmful and equally effective;

and, finally, the measure must be balanced, so that it has more benefits or advantages for the general interest than harm to the conflicting individual interests.

This constitutional doctrine has made possible the effective control by judicial bodies of measures restricting prisoners' rights that are not duly justified.

I now move on /to the third part of my speech.

3. Third part

As I pointed out earlier, a paradoxical situation has developed in Spain over the last two decades: although crime rates have not increased but, in fact, have decreased, there has been a constant and significant growth in the media attention devoted to crime and in the public's concern about it.

One factor that seems to be decisive is that, in recent years, criminal policy decisions have come to have a social, mediatic and political relevance unknown in previous times. This has generated an unfounded rise in concern and fear of crime, with the resulting social demand for greater intervention.

In this context, popular demand has become a major element in legislative decision-making. Politicians have to show a clear willingness to react to any social problem by creating new offences or aggravating existing ones.

What seems to predominate is a simplistic and clumsy approach to the problem of crime, which sees the solution as greater penalties and an iron fist policy, without considering the many social and personal factors involved. The issue is dealt with on the basis of the symptoms, without looking at the causes.

As a result, the orientation of prison sentences towards reintegration is no longer seen as a prisoner's right or as a benefit for society, but rather as an unjustified benefit for the offender and an offence against the victims.

This approach, in which the problem of crime is considered to be solved by a heavy-handed policy and longer sentences, and in which the idea of reintegration is totally discredited, is what we need to fight against.

Faced with this approach, what we must continue to defend is, precisely, a system of guarantees. However, I do not mean this exactly in the sense advocated by Ferrajoli, but rather in the sense that the prison sentence must be oriented towards social reintegration (in this sense, but not in others, I differ from the guarantee model defended by Ferrajoli).

Ferrajoli, in his programme for the minimization of criminal law, when referring to the enforcement of the prison sentence, rejects a flexible enforcement system based on the idea of treatment. In his view, it is not legitimate to modify the sentence at the enforcement phase on the basis of the results of penitentiary

treatment. Such a system – he considers – is contrary to the principles of legality, certainty and equality.

For him, the penalty in a treatment-based model serves two hidden functions.

On the one hand, it serves an exemplary function: which is given to the penalty imposed and precisely to that part of the penalty which exceeds what will actually be served. Serious penalties are imposed which “can” be served, not “must” be served. On the other hand, it serves a function of prisoner correction in the disciplinary sense. Prison benefits and sentence reductions are conditional on “good behaviour”, “absence of danger”, “recidivism”, or similar value assessments that are unverifiable and irrefutable. The authority directly evaluates people’s inner selves. The reduction of the sentence or improvements in the prisoner’s conditions depend on the moral submission of the inmate.

In Ferrajoli’s view, the convicted person, once in prison, does not have a certain sentence to serve, but an uncertain future, which he or she will have to negotiate day by day with the bodies responsible for enforcement. This gives these bodies immense and uncontrolled power. Instead of being limited to the act of imposing the sentence, the judicial decision is extended throughout the course of its application. Moreover, it is a perverse mechanism, says Ferrajoli, because this flexible system is seen by the inmates as something positive.

In his opinion, the sentence must be proportional to the crime committed and cannot depend on good behaviour or similar factors. Accordingly, he proposes that all prison benefits that are granted as rewards should be converted into rights for all prisoners irrespected of their personal circumstances. The certainty of the penalty (within its programme of minimisation of criminal law) is the best guarantee for the convicted person.

In short, in his guarantee-based system, the purpose of punishment cannot be to improve the convicted person.

Well, in my opinion, and in contrast to Ferrajoli’s proposal, the approach that should be defended is a system based on the idea of social reintegration, but within a programme of minimization of criminal law, which reduces the use of prison sentences and limits their excessive duration.

Ferrajoli’s position can be clarified in the following way:

Firstly, a flexible system of serving a prison sentence, such as that provided for in Spanish law, is not necessarily despotic. The power of the enforcement bodies is not unlimited if the means of reducing the duration of the sentence or modifying the conditions of enforcement are duly regulated. Moreover, the decisions on their application must be reasoned and subject to review by judicial bodies.

Secondly, discretion does not mean arbitrariness. The interdiction of arbitrariness in the enforcement bodies is controlled through a system of complaints

and appeals that allow the inmate to appeal against decisions that he considers arbitrary and unjustified. In fact, in Spain, there is already a significant jurisprudential doctrine aimed at guaranteeing the rights of inmates against the actions of prison enforcement bodies.

Thirdly, a system that establishes, on the one hand, a maximum limit for serving a prison sentence within reasonable limits – which is not the case in Spain today – and, on the other hand, a system in which the instruments of flexibility are regulated and the related decisions are subject to a review procedure, seems to sufficiently guarantee prisoners' rights and does not necessarily imply the moral submission of the inmate.

Fourthly and finally, prison benefits, leaves, semi-liberty or parole must be considered as rights, but their granting cannot be automatic for all prisoners, but should depend on certain factors such as dangerousness, degree of social integration, fulfilment of civil liability, etc. Although these factors are, for the most part, not verifiable, decisions on such instruments must be reasoned, which means that they are subject to judicial control which limits possible arbitrariness.

So, in general terms, and in defense of the Spanish reinsertion model, I would like to say the following:

First, some of the criticism that has been aimed at the social reintegration model does not really respond to defects in it, but to flaws in the penal system in which it is applied, characterized by the abuse of the prison sentence and the resulting prison overcrowding. This model greatly hinders the work of the agents in charge of carrying out the social reintegration tasks.

Second, prison, imprisonment alone, is not good for anyone. Society's duty is, at the very least, to try to mitigate its adverse effects, by means of instruments aimed at alleviating pre-existing problems and deficiencies, reducing the negative effects of imprisonment, and trying to improve the prisoner's future life and social participation.

Third, some statistics show that the /recidivism rate/ is lower for people who have received some form of treatment in prison than for those who have not received any treatment at all; and the rate is also lower for people who have served part of their sentence in open regime.

Fourth, although the Spanish Constitution speaks of "re-education and social reintegration" and the penitentiary law describes treatment in a very clinical sense, the aim should focus primarily on the idea of social reintegration, rather than on the idea of "re-education".

Fifth, there are currently many successful reintegration programs being carried out in Spanish prisons, which are proof that it is possible to speak of social reintegration.

And, sixth, the orientation of the prison sentence towards reintegration constitute an aim for the prison administration, which must direct its actions towards this goal, which must be reflected in the daily activity of all prison staff. More importantly, it represents a restriction for the legislator (who cannot impose sentences that are incapable of achieving this objective). For this reason, I believe that the “life sentence” is unconstitutional.

In conclusion, despite punitive populism and the tendency to toughen sentences, I believe that we must continue to defend and improve a system of guarantees aimed at social reintegration.

THE RULE OF REHABILITATION IN CRIMINAL JUSTICE AND THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AS ITS INSTITUTIONAL EPITOME

Erol Pohlreich

SUMMARY: 1. Birth of a constitutional right to rehabilitation. – 2. Penitentiary Law. – 2.1. Relaxation are not gratification for good conduct – 2.2. Relevance of the status under Residence Law – 2.3. Criminal liability for the mispredictions. – 3. Rehabilitation and the enforcement of whole life sentences.

Reforming an offender's personality and enabling him or her to lead a life in social responsibility without reoffending can only be realized if this aim is recognized as guiding principle at all steps of criminal justice, not only in the execution of criminal sentences. In this sense, rehabilitation is a principle that must rule criminal justice as a whole. At the same time, it is a truism that rehabilitation is a cost-intensive endeavour that is hard to realize and sometimes might appear heavy with risk. In a climate where populist approaches and limitations of public budget too often meet, rehabilitation of offenders cannot be pursued without winning converts. In Germany, the advocacy of rehabilitation roots in the works of Franz von Liszt³²¹ and all that were inspired by his theories. But rehabilitation's institutional epitome is without any doubt the Federal Constitutional Court (hitherto: FCCt)³²² which has expounded in a considerable and sophisticated body of case-law why there is no alternative to a criminal justice system that dwells on the ideal of rehabilitation.

I would like to start with the genesis of the principle of rehabilitation in German Constitutional Law (I.), the discuss rehabilitation at the penitentiary level

³²¹ Cf. V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 1st Ed. (1882/83).

³²² Please note that all published decisions of the FCCt rendered after 1 January 1998 can be accessed on the official website of the Court (<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen>), sometimes also translated or summarized in English as well.

(2.) and ultimately its impact on German Criminal Law as aim of punishment when it comes to life imprisonment (3.).

I. Birth of a constitutional right to rehabilitation

Although protected by the Basic Law (“*Grundgesetz*”), the right to rehabilitation is not explicitly mentioned therein. Its protection under Constitutional Law is nonetheless recognized by the FCCt and by and large undisputed in the academic world. Curiously, the *Lebach* case³²³, the first case in which the FCCt deduced the right to rehabilitation from the Basic Law, was not a Criminal Law or Penitentiary Law case. It was a media case in which the broadcast freedom (Art. 5 § 1 of the Basic Law) on one hand and the general right of personality (Art. 2 § 1 in conjunction with Art. 1 § 1 of the Basic Law) on the other hand were in conflict and called for fair balancing. The complainant was convicted of complicity to homicides of four German soldiers at the Lebach military base. In the initial proceedings, he had challenged the broadcast of a television documentary play based on the crime, frequently mentioning the complainant’s name and stressing his homosexual orientation. The complainant, who at the time had already served two-thirds of his sentence and was soon to be released on probation, had unsuccessfully applied for a preliminary injunction before the lower courts alleging that the television documentary violated his general right of personality. Ultimately, the complainant turned to the FCCt. In a landmark decision issued in 1973, the Court for the first time recognized rehabilitation as a principle that is protected by the Basic Law and issued a temporary injunction prohibiting the broadcasting of the television documentary to the extent that it mentioned the applicant by name or embodied his person by an actor. Roughly speaking, the Court ruled that current reporting on criminal offenses in general did not violate the offender’s right to privacy. Yet, with time the right of any convicted person to be left alone and not to be object to media coverage would become more and more important. After the Court stressed that in the absence of a general and rigid scale, the line between generally admissible current reporting on one hand and inadmissible subsequent reporting needs to be determined in each case in-

³²³ FCCt, judgment of the First Senate of 5th June 1973, reg. n° 1 BvR 536/72, <https://openjur.de/u/177284.html>, in print: BVerfGE 35, 202 *et seq.* For an English translation of extracts of the judgment with commentary see D. P. KOMMERS, A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, University Press, Durham (NC), 3rd Ed. (2012), pp. 479-485.

dividually³²⁴, it calls the decisive point of orientation in the determination of this line by its name: rehabilitation. However, what makes the *Lebach* case so remarkable is that in general, rehabilitation cases are cases concerning the obligations of justice or prison authorities – in sum: State authorities – vis-à-vis prisoners. Yet, in the *Lebach* case it was no authority that has put at stake the rehabilitation of the complainant; it was a television station. The case accordingly illustrates that rehabilitation is an objective that addresses not only State authorities but society as a whole.

Probably in the knowledge how demanding this approach already is and even more so when it might come to the question what rehabilitation obliged State authorities in particular to do, the FCCt found an approach that certainly made it easier to accept the new and expensive constitutional right. The persuasiveness of the argumentation approach was paramount since the FCCt cannot command loyalty in legal terms but rather depends on the willingness of the other State institutions to accept and apply the standards of Constitutional Law developed in its case-law. The Court's core argumentation was to put rehabilitation on a twin foundation of both, the offender's interests (i.e. individual human rights) as well as society's very own interests (i.e. objective constitutional principle). It did not only dwell on the offender's fundamental rights and hence served an individual function but at the same time it had to be considered in a social context. Or, as the Court puts it:

“From the point of view of society, the Social State principle (“Sozialstaatsprinzip”) requires public caring and precaution for social groups that – for reasons of personal weakness or fault, incapacity or social discrimination – are disadvantaged in their personal and social development. Prisoners and persons released from prison are part of these social groups. Rehabilitation not least serves the protection of society itself: It is in the public interest to prevent recidivist offenses and injuries to fellow citizens or to society to recur”³²⁵.

Insofar, rehabilitation is not a one-way street that the State has to build and the offender has to take; it can only be achieved if society itself is not only able but also willing to welcome the offender with open arms.

³²⁴ BVerfGE 35, 202 (234 f.).

³²⁵ BVerfGE 35, 202 (236).

2. Penitentiary Law

Whatever actions rehabilitation requires the State to do, the financial expenses he has to bear are with no doubt the highest when it comes to the penitentiary system. While all State powers are bound to the right to rehabilitation, it is for the legislator in the first place to develop a normative concept of rehabilitation and only then for the executive and the judiciary to take the right to rehabilitation wherever relevant into consideration. The content of that normative concept was, in principle, at the legislature's discretion due to the absence of reliable scientific evidence³²⁶. Refraining from decisionism, the FCCt insofar subjected the normative concept to the democratic process and strengthened the point of departure for its own case-law. The only occasions the FCCt mandated particular statutory provisions concerned youth imprisonment where scientific evidence existed³²⁷ and the execution of preventive detention³²⁸ after the ECtHR had made clear that the prior practice in Germany was too similar to the normal penitentiary system³²⁹. Wherever the FCCt held that the legislature's discretion was limited, it could make reference to another authority and insofar make it harder to disagree.

In the exercise of this discretion, section 2 of the Prison Act of 1976³³⁰ determined rehabilitation as guiding objective of the treatment of prisoners:

“By serving his prison sentence the prisoner shall be enabled in future to lead a life in social responsibility without committing criminal offences (objective of treatment). The execution of the prison sentence shall also serve to protect the general public from further criminal offences”.

³²⁶ FCCt, judgment of the Second Senate of 31st May 2006, reg. n° 2 BvR 1673/04 *et al.*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/05/rs20060531_2bvr167304.html, in print: BVerfGE 116, 69 ff. Cf. D.P. KOMMERS, A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, cit.

³²⁷ BVerfGE 116, 69 (89 ff.).

³²⁸ FCCt, judgment of the Second Senate of 4th May 2011, reg. n° 2 BvR 2365/09 *et al.*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/05/rs20110504_2bvr236509en.html, in print: BVerfGE 128, 326 (379 ff.); see also M. HEGER, E. POHLREICH, *The European Court of Human Rights and German provisions on preventive detention*, in *The art of crime*, 2013, <https://theartofcrime.gr/old/oldartofcrime/old.theartofcrime.gr/eng/index48e7.html?pgtp=1&aid=1365190870>.

³²⁹ ECtHR, *M. v. Germany*, n° 19359/09, 17 December 2009.

³³⁰ An English translation of the full text of this Act can be found here: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stvollzg/index.html.

The means that are destined for rehabilitation were spread all over the Prison Act and, for example, consisted in the commitment of the prisoner to an open institution (section 10), relaxation of conditions of imprisonment (section 11) or leave from custody (section 13). After a cursory reading of the general rule set out in section 2 of the Prison Act, one might be inclined to think that the principle of rehabilitation addressed in the first phrase and the protection of the general public enshrined in the second phrase are two objectives of equal weight, that they must be opposed and therefore always be carefully balanced. As it is paradoxical to socially reintegrate a prisoner by strict separation from society³³¹, rehabilitation cannot be realised without accepting risks. For obvious reasons, a hermetical separation of prison life from the world outside might at first glance appear as the best way to protect the general public from convicted offenders. Still, some measures that aim at rehabilitation imply the loosening of the conditions of imprisonment and giving prisoners the opportunity to have direct contact with the outside world. However, the twin foundation of the right to rehabilitation enabled the FCCt to clarify that the offender's interests and the protection of the society from an offender that otherwise might re-offend are not opposed but rather two sides of the same medal³³², so in the end rehabilitation is the only objective of treatment in prison.

As the constitutional reform of federalism adopted in 2006 transferred the legislative powers in the prison field from the *Bund* (the Federal State) to the *Länder* (the Federated States), many scholars have expressed their sorrow that the *Länder* would not devote themselves to find innovative and liberal approaches of fostering rehabilitation, but that budgetary pressures would embroil the *Länder* in a contest of shabbiness ("*Wettbewerb der Schäbigkeit*")³³³. All in all, however, the prison acts of the *Länder* that have replaced the Prison Act of 1976 have mostly been established to a great extent in compliance with the former federal provisions dealing with rehabilitation. Still, some prison acts aspired to empha-

³³¹ Cf. M. LINDEMANN, in: J. FEEST, W. LESTING, M. LINDEMANN, *Strafvollzugsgesetze*, 7th Ed., Berlin, Wolters Kluwer, 2022, § 2 Margin Note 10.

³³² Cf. BVerfGE 116, 69 (86).

³³³ Cf. M. ALEX, *Strafvollzugsrecht: Der Wettbewerb der Schäbigkeit schreitet unaufhaltsam voran*, in: *Strafverteidiger*, 2006, 726 ff.; F. DÜNKEL, H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug als Ländersache? Der Wettbewerb der Schäbigkeit ist schon im Gange!*, in: *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2006, 145 ff.; H. CORNEL, *Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug muss beim Bund bleiben*, in: *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, 48 et seq.; H. MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht als Ländersache?*, in: *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, 38 ff.; A. KREUZER, *30 Jahre Strafvollzugsgesetz – Wie steht es um den Strafvollzug*, in: *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2006, 138 ff.; M. KÖHNE, *Das Ziel des Strafvollzugs als Ländersache?*, in: *Juristische Rundschau*, 2007, 494 ff.

size the importance of the security aspect at the detriment of rehabilitation by attributing both aspects equal weight³³⁴ or even putting security at the top and mentioning rehabilitation only hereafter³³⁵. Nonetheless, even within the ambit of these prison acts, rehabilitation must always prevail: Both models not only get into conflict with the International Covenant on Civil and Political Rights that lays down reformation and social rehabilitation as “the essential aim” of the treatment of prisoners in the penitentiary system (Article 10 § 3 sentence 1) but they also fail to take into account that according to the FCCt’s jurisprudence rehabilitation is the only objective of the penitentiary system³³⁶.

I would like to present three cases that in my eyes illustrate some key problems of rehabilitation in the penitentiary system.

2.1. Relaxations are not a gratification for good conduct

The first case³³⁷ demonstrates that measures of rehabilitation are not necessarily a gratification or reward for good conduct and that a deficient reform of the offender does not per se justify the refusal of such measures. Let us take a look at the case. The complainant was convicted for two counts of murder and sentenced to life imprisonment. The trial court considered the complainant’s guilt to be particularly grave. After 21 years of imprisonment, the complainant applied for a short leave under escort. The relevant statutory provision is section 13 of the Bavarian Prison Act which reads as follows:

“(1) In order to relax the conditions of imprisonment the following measures may, in particular be ordered that prisoners
1. may regularly perform work outside the institution under the supervision of a prison officer (outside work) or without such supervision (work release); or

³³⁴ Cf. section 5 of the Lower Saxon Prison Act: «¹By serving their prison sentence, prisoners shall be enabled in future to lead a life in social responsibility without committing criminal offences. ²At the same time, the execution of the prison sentence shall serve to protect the general public from further criminal offences».

³³⁵ Cf. section 2 of the Bavarian prison Act: «¹The execution of the prison sentence shall serve to protect the general public from further criminal offences. ²It shall enable the prisoner in future to lead a life in social responsibility without committing criminal offences (mission of treatment)».

³³⁶ M. LINDEMANN, in J. FEEST, W. LESTING, M. LINDEMANN, *Strafvollzugsgesetze*, 7th Ed. (2017), § 2 Margin Notes 7 *et seq.*

³³⁷ FCC, decision of the 2nd Chamber of the Second Senate of 6 November 2019, reg. n° 2 BvR 2267/18, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rk20191106_2bvr226718.html.

2. may leave the institution for a certain period of the day under the supervision of a prison officer (short leave under escort) or without such supervision (short leave).

(2) These relaxations may be ordered with the prisoners' consent if it is not to be feared that the prisoners might evade serving their prison sentence or abuse the relaxation of conditions of imprisonment to commit criminal offences".

The prison authority refused the short leave on the ground of risk of flight and of abuse. In case of a short leave, serious crimes against life and physical integrity were to be feared given that the complainant was a heavily violent criminal that persistently refused social therapy. According to the prison authority, it was furthermore to be feared that the complainant might insult the supervising prison officers during his leave. Only if the complainant would cooperate as to his treatment and would behave well towards prison officers, short leaves under escort would become imaginable. Having exhausted all legal remedies against this decision, the complainant lodged a constitutional complaint which was successful.

The FCCt stressed that rehabilitation, particularly of persons who have been in prison for many years, requires to actively prevent detrimental effects of deprivation of liberty and to maintain and consolidate prisoners' ability to live in freedom. Accordingly, the legislature has based the execution of prison sentences – including sentences to life imprisonment – on a concept of treatment and rehabilitation. The provisions on relaxations were part of this concept. For these reasons it was inadmissible to deny whole life prisoners any perspective of relaxation on the grounds that there was no concrete prospect of release. Hence, even where whole life prisoners that have already served their sentence for many years have no concrete prospect of release it may be necessary to at least allow short leaves. In these cases, prison authorities must not confine themselves to general assessments or to the mere indication of an abstract risk of abscondence or abuse because the presence of escorting prison officers serves precisely to prevent these risks. Instead, they have to present in detail on which specific factual reasons they assume a risk of abscondence or abuse in the case of the individual prisoner.

As to the situation of the complainant, the Court found that the grounds given for the refusal decision and approved by the courts in the initial proceedings were insufficient in the light of the complainant's right to rehabilitation. The Court stressed that short leaves under escort are not a measure of treatment that depended on the successful completion of a therapy. They rather served preserving the prisoner's ability to live in freedom and to prevent detrimental effects of deprivation of liberty. In this context, the court emphasized that the obligation to preserve the prisoner's ability to live in freedom was not limited to prisoners that already show signs of depravation due to their deprivation of

liberty and that the obligation increased with the time the prisoner has served his or her sentence – 22 years in the case of the complainant. The assumption of a risk of serious crimes against life and physical integrity was not supported by sufficient factual grounds stemming from concrete circumstances, namely the present conduct of the complainant. His refusal of therapy did not suffice. As to the risk of insults, the refusal decision did neither specify their character nor their gravity and, ultimately, refrained from weighing the prison officer's honour with the complainant's right to rehabilitation.

2.2. Relevance of the status under Residence Law

The second case³³⁸ is only one example for the difficulties that arise as to rehabilitation of certain groups of prisoners. Think of short-term prisoners that the penitentiary system cannot treat effectively because sustainable treatment would require more time than the prisoner spends in prison. Or prisoners from the area of organized crime that refuse any form of treatment or other cooperation with the prison authority. The case I chose as second example concerns an issue arising from foreign citizenship. Many foreign prisoners have to expect their expulsion from Germany due to their criminal conviction. Their delicate status under Residence Law raises many issues, starting from which society they are to be prepared for, how to deal with cultural and language problems and how to deal with the fact that the risk of abscondence of prisoners subject to an expulsion order is higher, just to name some. The second case concerns the last issue. The decision the FCCt rendered in this case is short because the Court dismissed the constitutional complaint as inadmissible. Nonetheless, the obiter dictum is intriguing. Apparently, the complainant who has been detained since 2001 and serves a whole life sentence in Saarland was denied any relaxation of the conditions of his imprisonment because he was subject to an enforceable expulsion order and because the Saarland Prison Act ruled out relaxations for this group of prisoners.

Under the previous Prison Act of the Federation, no explicit distinction was made between German and foreign prisoners. Yet, a general administrative regulation ruled out outside work, work release and short leaves without escort for prisoners that are subject to an enforceable expulsion order for the federal territory and who are to be deported directly from prison; still, the regulation permitted exceptions to this rule in case of exceptional circumstances and in consulta-

³³⁸ FCCt, decision of the 2nd Chamber of the Second Senate of 31st October 2019, reg. n° 2 BvR 1339/19, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/10/rk20191031_2bvr133919.html.

tion with the competent foreigners authority³³⁹. The law in Saarland appears to be stricter: It is not by means of mere administrative rules but of statutory law, namely section 38 § 5 sentence 1 n° 3 of the Saarland Prison Act, that relaxations are ruled out for prisoners that are subject to an enforceable expulsion order and who are to be deported directly from prison³⁴⁰. Please note that this is not only a statutory provision but also a provision that makes no distinction between different forms of relaxation and accordingly also rules out short leaves under escort. On the other hand, exceptions can be allowed with the approval of the supervisory authority and in consultation with the competent foreigners authority pursuant to section 38 § 5 sentences 2 and 4 of the Saarland Prison Act.

The reasons for the restrictive statutory concept in Saarland are obvious: The silence of the explanatory memorandum for the law as to the reasons why prisoners subject to an enforceable expulsion order are, in principle, excluded from all forms of relaxation cannot disguise the populist law-and-order approach that tends to confine the ambit of the provision on relaxations to those prisoners who after their release will re-enter the German society and where the German society's interest in an effective and successful rehabilitation is intrinsic and particularly strong. With the perspective of a cold balance sheet, relaxations of foreign prisoners who will be deported directly from prison are cost-intensive measures that will not pay off for the German taxpayer. So why relax their imprisonment conditions at all? The FCCt repeatedly emphasized that the right to rehabilitation implied that imprisonment must not be limited to sheer custody of prisoners but aspire to their treatment³⁴¹. Yet, even under the Prison Act of the Federation foreign prisoners were at disadvantage compared to their fellow prisoners when it comes to relaxations. It has been reported that the general practice refused relaxations not only to prisoners subject to an enforceable expulsion order but even to those where such an order was only expected; insofar the effective enforcement of expulsion or deportation had to prevail over rehabilitation by means of relaxation because of the inherent risk of abscondence which ultimately would put the expulsion or deportation at risk³⁴².

³³⁹ Cf. Administrative Rule n° 6 referring to section 11 of the Prison Act of 1976.

³⁴⁰ Relaxations are ruled out if a prisoner is subject to an enforceable expulsion order for the federal territory and is to be deported directly from prison.

³⁴¹ Cf. most recently FCCt, decision of the 2nd Chamber of the Second Senate of 18th September 2019, reg. n° 2 BvR 1165/19. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/09/rk20190918_2bvr116519.html.

³⁴² Cf. E. POHLREICH, N. ZEITSCHRIFT, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 127 (2015), 410 (412 ff.).

It its inadmissibility decision, the FCCt made clear that this perception was wrong. It held that it would be insufficient to refuse any form of relaxation only because of the prisoner's status under residence law and without taking into consideration the possibility laid down in section 38 § 5 sentences 2 and 4 of the Saarland Prison Act to make an exception. The right to rehabilitation required to establish the risk of abuse after an overall assessment of concrete circumstances speaking in the prisoner's favour and those that speak against him or her. The risk of abscondence or abuse which is inherent to every relaxation of the conditions of imprisonment must appear as unacceptable in the light of these circumstances.

2.3. Criminal liability for mispredictions

The third case relates to the uncertainties connected to the assessment of a risk of abscondence or abuse that is necessary for every decision whether to grant a relaxation or not. Are prison officers criminally liable for mispredictions in case they grant a relaxation that the prisoner abuses in order to commit a criminal offence? We are slowly moving towards rehabilitation's impact on criminal law, but I chose to present this case in the context of Penitentiary Law since the answer to my question determines whether the practice of granting relaxations is rather restrictive or liberal because, manifestly, affirming criminal liability for any refutable misprediction would, in the end, set strong incentives for a severe prison regime.

A prisoner was repeatedly convicted for traffic offences (particularly for driving without a licence) and was once again serving a prison sentence for such an offence. On the occasion of a short leave without escort he decided to drive back to this prison by car. After noticing an unexpected police control on the motorway, the prisoner tried to escape by increasing the speed and driving as wrong-way driver towards a national road. This led to a traffic accident with a young woman who died of her injuries. Of course, the prisoner was convicted of murder and sentenced to life imprisonment. Yet, another question was whether the prison officers who had granted the short leave were to be convicted for negligent killing (section 222 of the Criminal Code) and for having assisted to driving without a licence (section 21 of the Road Traffic Act read in conjunction with section 27 of the Criminal Code). As a matter of fact, the Limburg district court did convict two prison officers for negligent killing and did sentence both to nine months imprisonment suspended on probation and to the payment of 10.000 and 8.000 € to a non-profit institution. The Federal Court of Justice was right

to reverse the judgment³⁴³. The Court clarified that negligence must neither be assessed in retrospect with the knowledge of facts that were not available at the time of the commission of the act in question nor must the assessment be guided by what the judges of the criminal court themselves would have forecasted. It was rather decisive if the prognosis had been reasonable from a technical and juridical point of view *ex ante*. A prognosis that turned out to be false was only negligent if the risk of abuse had been rejected on a factual basis that was incomplete or inaccurate or an unreasonable assessment of the established facts. Based on these considerations, the Federal Court of Justice assessed the complex course of events that finally led to the death of the young woman to be beyond the usual and accordingly unpredictable for the accused prison officers. The death of the young woman had been the result of a cumulation of many particular circumstances. The Federal Court of Justice considered this course of events completely atypical, the conduct of the prisoner entirely irrational and – in this dimension even taking into account the prisoner's prior offending – not predictable for the accused prison officers.

3. Rehabilitation and the enforcement of whole life sentences

I will come to rehabilitation and the enforcement of life sentences. In the light of the principle of rehabilitation two questions arise: Firstly, the question of how to deal with cases in which the offense has been committed a long time ago and where in the meantime the offender has lived in compliance with the law; in other words: Is it legitimate to punish an offender that at the time of the conviction already has transformed into a person that no longer is a menace to society? The answer German Law gives to this question is affirmative, since rehabilitation is only one aim of punishment amongst many and since retribution as well as general prevention might call for punishment even in cases where the offender is already socially reintegrated. The second question refers to the inherent conflict between rehabilitation and life imprisonment. Are life prisoners once and for all deprived of any hope to be granted conditional release and therefore of any hope to have an opportunity to demonstrate by good behaviour that they have become fit for society?

The German approach as for the second question is strongly marked by the FCCt's jurisprudence. In 1977, the FCCt decided that the respect of human

³⁴³ Judgment of 26th November 2019, reg. n° 2 StR 557/18, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=106029&pos=0&anz=1>.

dignity required to give life prisoners “a concrete and realistically attainable chance”³⁴⁴ to regain freedom and – to the extent possible – to strive towards the rehabilitation of prisoners, to keep prisoners fit for life, to prevent detrimental effects of detention³⁴⁵. Since rehabilitation was a prerequisite for prisoners to regain their freedom, prison authorities were obliged to offer the necessary reintegrative measures. The Court held that the Prison Act of 1976 met the constitutional requirements concerning the penitentiary system. Indeed, section 2 1st phrase of the Prison Act laid down as an objective of execution that prisoners shall be enabled in future to lead a life in social responsibility without committing criminal offences. As to the prison regime, section 3 provided that life in penitentiary institutions should be approximated – within the realm of the possible – to general living (§ 1), that any detrimental effects of imprisonment shall be counteracted (§ 2) and, ultimately, that imprisonment shall be so designed as to help the prisoner to reintegrate himself into life at liberty (§ 3). The legislator had made no distinction between fixed-term and life imprisonment. Pursuant to section 13 § 3 of the Prison Act a prisoner sentenced to imprisonment for life may be granted leave after he has been imprisoned for ten years, including any preceding remand detention or any other deprivation of liberty, or after he has been transferred to an open institution. Apart from this provision the Prison Act did not contain any specific provision excluding life prisoners from the statutory rights or the obligations of prison authorities³⁴⁶.

The Court also recognized that life sentences were rarely served in full. Apart from the cases of prisoners with a negative prognosis that needed further detention for reasons of public security, most life prisoners were released early by means of pardon of the Head of State. Now, the point was that the practice of pardon was not subject to any legal regulation as to the conditions of pardon which is why the pardon was at the discretion of the Head of State, that prisoners could apply for a pardon yet were not entitled any right to be pardoned and that prisoners had no recourse to the courts in case of a refusal. These circumstances largely contributed to a heterogeneous practice of pardon at the Federal State level and ultimately to uncertainties from the point of view of life prisoners. Hence, the question was less *if* life prisoners were entitled to hope for an early release but *under which conditions*. The FCCt noticed that 1.915 persons were sentenced to life imprisonment between 8 May 1945 and 31 December 1975. The number of

³⁴⁴ FCCt, judgment of 21st June 1977, reg. n° 1 BvL 14/76, <https://openjur.de/u/60105.html>, in print: BVerfGE 45, 187 (245).

³⁴⁵ BVerfGE 45, 187 (238).

³⁴⁶ BVerfGE 45, 187 (240).

persons who were released by means of pardon amounted to 702. Only 48 life prisoners served less than 10 years and only 27 life prisoners more than 30 years. Most life prisoners were pardoned between the 15th and the 25th year of their imprisonment. The average time served was 20 years³⁴⁷. Still, the average time varied considerably from one Federated State to another: 16 years in Hamburg, 17,5 years in Berlin, 18 years in Baden-Württemberg, 20 to 21 years in Bavaria, Bremen, Hesse, Lower Saxony, Saarland and Schleswig-Holstein, slightly more than 22 years in Rhineland-Palatinate³⁴⁸. Obviously, the time effectively served was rather erratic, not to say arbitrary. This is why the FCCt urged the legislature for a juridification of the release criteria and the relevant proceeding.

The suspension of remainder of life imprisonment is now laid down in sections 57a and 57b of the Criminal Code. In principle, a person that is sentenced to life imprisonment is eligible for early release after having served fifteen years of the sentence unless the trial court found the convicted person's guilt to be particularly grave. In principle, the Basic Law did not hinder a life sentence to be served in full especially where the gravity of guilt called for an execution going beyond the minimum term and where the convicted person's age was advanced. On the other hand, the particular gravity of guilt does not *eo ipso* exclude the right to hope or limit cases of an early release to prisoners affected by physical or mental frailty or that are close to death³⁴⁹.

In 1986, the Federal Constitutional Court had the opportunity to illustrate the constitutional standards as to the finding of the particular gravity of guilt and the right to hope of a person in a case this condition has been affirmed by the trial court. The complainant, who was born in 1897, was sentenced to life imprisonment, *inter alia* for having sent persons to the gas chambers in the concentration camp Auschwitz-Birkenau at more than 50 occasions³⁵⁰, and whose particular gravity of guilt was affirmed by the trial court. After 22 years of detention the complainant applied for suspending enforcement of the remainder of his sentence. This application was rejected in the initial proceedings: While the complainant's social prognosis was positive thanks to his age, the unique character of his crimes, his flawless conduct in prison and a family waiting to welcome him after his release, his guilt was so grave as to call for further enforcement of his

³⁴⁷ BVerfGE 45, 187 (203 f.).

³⁴⁸ Cf. BVerfGE 45, 187 (243).

³⁴⁹ FCCt, decision of the Second Senate, 24th April 1986, reg. n° 2 BvR 1146/85, in print: BVerfGE 72, 105 (114 and 116 ff.).

³⁵⁰ Cf. BVerfGE 72, 105 (108 ff.). The differing figures indicated by the ECtHR Grand Chamber in the *Vinter* judgment (cf. § 70) manifestly dwell on a misapprehension of the figures indicated by the Federal Constitutional Court.

sentence: It was out of the question that the killing of 64 persons on 54 occasions out of base motives justified an execution of the sentence that went far beyond the minimum term of 15 years. While the advanced age of the complainant was particularly important in the weighing of all the circumstances, it had to be taken into consideration as well that the complainant had lived in freedom between 1947 and 1962 and was convicted only in 1966 at the age of 68. The FCCt rejected the constitutional complaint considering that the court decisions the complainant had challenged were justifiable³⁵¹. In the last paragraph of its decision, the FCCt indicated that in case of a new application the complainant's age – at the time almost 89 years – would have become so important that further execution of his sentence could hardly be justified in the light of human dignity³⁵².

³⁵¹ BVerfGE 72, 105 (117 ff.).

³⁵² BVerfGE 72, 105 (118 ff.).

Finito di stampare nel mese di giugno 2025
da Tipografia Monteserra Srl – Vicopisano (PI)
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa