

## **L'EFFETTO DI INDIFFERENZIAZIONE NELLA MOLTITUDINE DELLE IPOTESI DI DIFFERENZIAZIONE TRATTAMENTALE IN AMBITO PENITENZIARIO\***

Federica De Simone \*\*

**SOMMARIO:** **1.-** Premessa **2.-** Le funzioni della pena e la differenziazione trattamentale **3.-** I principi generali del trattamento: gli artt. 1, 13 e 15 ord. pen. **4.-** La differenziazione trattamentale oggettiva **4.1.-** L'età anagrafica **4.2.-** La differenziazione per sesso **4.3.-** La differenziazione per posizione giuridica **4.4.-** La differenziazione strutturale: gli istituti carcerari **4.5.-** La differenziazione per fine pena. La dimissione **5.-** La differenziazione soggettiva **5.1.-** La differenziazione umanitaria. Gli infermi di mente **5.2.-** Il trattamento dei tossicodipendenti e delle madri detenute **5.3.-** I detenuti malati di aids **5.4.-** La differenziazione da emarginazione sociale. Gli stranieri in carcere **5.5.-** La differenziazione di protezione. La detenzione dei militari **5.6.-** La differenziazione punitiva. Gli artt. 4 *bis*, 14, *bis* e 41 *bis* ord. pen. **5.7.-** I collaboratori di giustizia: una differenziazione premiale, di protezione o di opportunità? **6.-** Alcuni rilievi conclusivi

### **1.- Premessa**

La differenziazione è un tema da sempre caro all'Amministrazione penitenziaria, ben prima dell'avvento della legge di riforma del 1975 e ancor oggi presenta profili di grande attualità. Le ragioni principali che giustificano un interesse anche di studio per tale tema sono di due ordini. Da un lato, è necessario operare una ricognizione dell'ordinamento al fine di individuare esattamente i diversi casi normativamente previsti; dall'altro, occorre verificare l'efficacia degli stessi in termini di raggiungimento degli obiettivi di rieducazione e risocializzazione che ne costituiscono il fondamento.

Questo saggio ha ad oggetto non solo le diverse ipotesi di differenziazione penitenziaria, ma in particolare la cosiddetta differenziazione strutturale che assegna i detenuti ai circuiti penitenziari, a seconda della loro pericolosità e delle esigenze di sicurezza. Negli ultimi tempi, soprattutto in funzione della necessità di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, il legislatore ha provveduto a estendere il regime della custodia attenuata previsto per i detenuti tossicodipendenti a tutto il circuito di bassa sorveglianza, con l'intenzione di esportare il modello anche nella media sicurezza.

Lo scopo di questo lavoro è analizzare tutte le ipotesi oggettive e soggettive di differenziazione presenti nell'ordinamento penitenziario, al fine di dimostrare come l'eccesso a cui il sistema tende sia disfunzionale rispetto al fine primigenio della rieducazione e risponda quasi esclusivamente a logiche di prevenzione speciale o meramente custodiali, che tradiscono l'originario disegno normativo.

### **2.- Le funzioni della pena e la differenziazione trattamentale**

Dalla conquista del moderno stato di diritto, il fondamento del potere punitivo dello Stato ha impegnato gli studiosi del diritto penale e ancor più oggi il dibattito ferve, soprattutto a seguito dei veloci mutamenti sociali a cui si assiste. Da un lato la complessità di tali cambiamenti, che vede sempre più una riduzione degli spazi propri della potestà statale a favore dell'affermazione di altri poteri (*in primis*

economico e finanziario), determina tra i tanti effetti anche una continua messa in discussione del fondamento del potere punitivo. Dall'altro, l'incipiente pluralismo etico sta facendo sfumare l'altra questione strettamente connessa a questa, e che altrettanto ha agitato i penalisti, relativa alla difficile separazione tra etica, morale e diritto penale<sup>1</sup>. Il moltiplicarsi delle etiche private, infatti, rende anacronistico e ormai privo di senso il tentativo di tenere distinto il diritto penale dall'etica e dalla morale, semmai è proprio il diritto penale a fare da collante tra le diverse posizioni, sì da permettere alla collettività di poter continuare ad aggregarsi intorno a un nucleo di valori comuni.

Ammesso, poi, che *il diritto possa supportare la morale, il problema è quale sia la morale che esso può legittimamente supportare*<sup>2</sup> Anche su questo punto si discute se convenga distinguere tra *una morale minima, passibile di essere oggetto di un consenso tendenzialmente universale, e una morale restante, oggetto invece, nell'ambito di una moderna società pluralistica, di visioni inevitabilmente contrastanti*<sup>3</sup>, ovvero si possa addirittura – forse utopisticamente – immaginare un diritto penale universale, in cui il *minimum* di valori etici coincida con la tutela dei diritti fondamentali, riconosciuti come tali da una qualsiasi aggregazione sociale<sup>4</sup>.

---

\* Testo, ampliato e rivisto, della relazione svolta il 28 ottobre 2014 nell'ambito del seminario su *Carcere e differenziazione trattamentale* tenuto all'interno del corso di Diritto dell'esecuzione penale presso la Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli.

\*\* Dottore di ricerca in Internazionalizzazione della politica criminale e sistemi penali presso la Seconda Università degli Studi di Napoli.

<sup>1</sup> Come non ricordare la disputa tra la scuola classica e la positiva relativamente al libero arbitrio e alla morale imputabilità, o il binomio etica e difesa propugnato da De Marsico, così come riportato da Vassalli, secondo cui *Giustizia e utilità, esigenza morale ed esigenza difensiva si sono nel corso dei secoli temperate a vicenda, fungendo, a seconda dei vari momenti storici, l'una da limite agli eccessi dell'altra. Al penalista moderno non resta che prendere atto della loro inseparabilità*. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena.*, Riv. it. dir. proc. pen., 301s. Sul punto ancora, si veda Arendt, *Responsabilità e giudizio*, Torino 2004, 163, secondo cui *I problemi giuridici e quelli morali non sono la stessa cosa, ma possiedono comunque una certa affinità, perché entrambi presuppongono la facoltà del giudizio*. Autorevole voce della penalistica odierna sottolinea come in concreto il penalista, a dispetto di una *radicata terminologia concettuale* nonché di una certa *ipocrisia accademica*, non sia scevro e soprattutto non possa esimersi da continue *valutazioni morali e di giustizia*, in Fiandaca, Francolini (a cura di), *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale tra harm principle e teoria del bene giuridico*, Torino 2008, 163.

<sup>2</sup> Così Feinberg, *The moral limits of the criminal law*, IV, NY-Oxford, 1988, 155.

<sup>3</sup> Cfr. Fiandaca, *Diritto penale, tipi di morale*, cit., 158.

<sup>4</sup> Hoeffe, *Globalizzazione e diritto penale*, in Fiandaca, *Sulla legittimazione*, cit., 158s. La tesi di Hoeffe si incentra sulla considerazione che al diritto penale si faccia ricorso da sempre e indipendentemente dal gruppo sociale di appartenenza per la tutela dei diritti fondamentali, quali, ad esempio, il diritto alla vita, all'integrità personale, all'onore e reputazione. Semmai il problema – come osserva Fiandaca – è l'ampliamento di tale nucleo di valori, sì da ricomprenderne anche di ulteriori e diversi da quelli tradizionali. *Contra* Delmas Marty, *Le paradoxe pénal*, in Bernardi, *Relativismo dei valori e diritto penale*, in Canestrari, Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna 2009, 239, secondo cui *il diritto penale è la branca del diritto meno universalizzabile perché simbolizza, allo stesso tempo, la sovranità nazionale e la cultura di ciascun popolo, costituendo così l'ambito privilegiato – il rifugio potrebbe dirsi – del relativismo dei valori*.

Se le domande *chi è legittimato a punire? e perché?* non trovano, dunque, a tutt'oggi una facile risposta, diversamente il quesito relativo a *quali scopi deve perseguire la pena?* sembra non agitare il dibattito più di tanto<sup>5</sup>. La teoria della polifunzionalità della pena<sup>6</sup>, infatti, ha costituito un punto fermo nella discussione relativa alle finalità che si devono perseguire nell'irrogare la sanzione penale e non vi è dubbio alcuno che i presupposti sottesi alla nozione di pena coincidano con i tre pilastri della retribuzione, della prevenzione generale e della prevenzione speciale<sup>7</sup>.

Tuttavia, il consenso pressoché unanime che si è aggregato intorno alle funzioni della sanzione penale non si è tradotto in una staticità della teoria della pena. I cambiamenti di natura politica, culturale e sociale, infatti, hanno non solo da sempre influenzato le scelte di politica criminale del legislatore, ma soprattutto hanno determinato un'alternanza del prevalere ora di una funzione ora di un'altra, a seconda dell'emergere delle diverse istanze della collettività in un determinato contesto storico<sup>8</sup>.

Certamente l'idea della retribuzione<sup>9</sup> intesa come compensazione del male arrecato dalla condotta illecita ha da sempre costituito un presupposto irrinunciabile, strettamente connaturato alla condizione umana, pur se nobilitato oggi da un'interpretazione in chiave costituzionale che la pone in termini di necessaria proporzione tra il fatto commesso e la sanzione irrogata.

L'umanità non è mai riuscita a rinunciare alla necessità di assicurare al singolo offeso, e conseguentemente alla collettività tutta, la soddisfazione per il male subito e forse non è neanche così peregrina l'idea che la pena sia un *malum passionis propter malum actionis*. Segno di ciò è che oggi si assiste a un recupero del ruolo della vittima del reato, per tanto tempo ai margini del processo penale<sup>10</sup>. Pur essendo

<sup>5</sup> Per una puntuale ricostruzione filosofica della teoria della pena si veda Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 2004, *passim*. Dagli anni '70 si è sempre più diffusa l'idea della centralità teleologica della funzione della pena, secondo cui l'individuazione degli scopi perseguiti con le scelte di politica criminale permetterebbe la ricostruzione dell'intero sistema giuridico di riferimento. Sul punto si veda Moccia, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 8, 922.

<sup>6</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 1985, 701. Parte della dottrina ritiene che il polifunzionalismo sia proprio delle istanze sociologiche e politiche, mentre indicare il polifinalismo come scopo delle istanze giuridiche determinerebbe un'autonomia delle seconde rispetto alle prime. Ne conseguirebbe che l'essenza della pena non necessariamente coinciderebbe con le funzioni di matrice politica e sociologica, ma si sostanzierebbe nella riparazione e nel risarcimento della vittima, divenendo così una sanzione positiva che tende alla riconciliazione. Così Donini, *Per una concezione post riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1210.

<sup>7</sup> Autorevole voce ha sostenuto che *la teoria polifunzionale della pena ... a lungo ha agito come una rotonda stradale: orientando in tutte le direzioni possibili, disorientava, facendo così smarrire il senso indicato dalla segnaletica costituzionale. Questo perché affermare l'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa, rieducazione, vanifica la precettività del disposto costituzionale: bastava che una pena fosse incasellabile in una qualunque delle finalità in catalogo, e il gioco era fatto*. Così Pugiotta, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, *Relazione al Seminario dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, 28 maggio 2014, Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>8</sup> Si veda Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano 2007, *passim*.

<sup>9</sup> Sul punto si veda ancora Vassalli, *Funzioni*, cit., 304.

<sup>10</sup> Negli ultimi quindici anni il motore della riscoperta del ruolo della vittima e la necessità della sua tutela è stata l'Unione europea. Si veda, ad esempio, la Raccomandazione n. R(85)11 sulla posizione della vittima nel quadro del diritto penale e della procedura penale, la direttiva 2012/29/UE, che, sostituendo la precedente direttiva 2001/220/GAI, ha istituito norme minime in materia di assistenza e

questo il fondamento primigenio, la retribuzione si caratterizza per una molteplicità di significati che può assumere: dal castigo all'espiazione morale, dalla restaurazione dell'ordine violato alla riaffermazione del potere normativo. I tentativi di sottrarre all'idea della retribuzione la moderna sanzione penale falliscono in ogni dove. Anche sostenere che l'essenza stessa della pena è da ricercare nella disapprovazione sociale, nel senso che la punizione coinciderebbe con la condanna e il rimprovero della comunità di appartenenza, mentre l'afflittività costituirebbe una conseguenza di tale riprovazione e non una caratteristica fondante la sanzione punitiva<sup>11</sup>, non porta al risultato sperato. Accostare subito dopo, infatti, alla disapprovazione sociale l'elemento del *risentimento vendicativo*<sup>12</sup> significa far rientrare dalla finestra l'afflittività propria della più classica retribuzione<sup>13</sup>.

Per quanto attiene alla prevenzione, le dottrine utilitaristiche hanno distinto tale funzione in prevenzione generale e speciale da un lato, positiva e negativa dall'altro, a seconda che si considerassero ora i destinatari ora la natura delle prestazioni della pena<sup>14</sup>.

Alla collettività tutta sarebbe rivolta la prevenzione generale sia nell'accezione positiva che in quella negativa, dal momento che la minaccia della sanzione penale si traduce in un effetto di deterrenza e di orientamento culturale<sup>15</sup>.

Sotto il profilo storico, i mutamenti non solo di natura sociologica e culturale ma anche l'incremento della criminalità proprio in termini quantitativi, oltre che qualitativi, hanno determinato – negli anni sessanta – un rinvigorimento della teoria della coazione psicologica. La minaccia della pena fungerebbe da contropinta psichica alla determinazione criminosa: il soggetto sarebbe chiamato a valutare le ragioni di opportunità e convenienza sottese alla sua scelta e, laddove queste risultino a lui sfavorevoli, dovrebbero contribuire alla sua desistenza. A parte le critiche che sono già state mosse a tale teoria<sup>16</sup>, l'idea che il potenziale reo desista dal suo intento criminoso solo perché, nel bilanciamento tra i vantaggi e gli svantaggi, prevarrebbero questi ultimi funzionerebbe pure, se la pena minacciata fosse di un'entità e

---

protezione delle vittime di reato. Cfr. del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in Visconti, Fiandaca (a cura), *Punire, Mediare, Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino 2009, 107.

<sup>11</sup>Feinberg, *The expressive function of punishment*, in Forti, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in Fiandaca, Francolini, *Sulla legittimazione*, cit., 46s. Nella sua opera Feinberg parla di *funzione espressiva della pena*, intendendo con tale espressione, da un lato, proprio il risentimento e l'indignazione della collettività per la condotta illecita, dall'altro i giudizi di disapprovazione e riprovazione sociali. Si veda anche Cadoppi, *Laicità, valori e diritto penale*, Milano 2010, *passim*.

<sup>12</sup>*Ibidem*, 48.

<sup>13</sup> Con il rischio ulteriore che oltre a subire la punizione intesa in senso stretto, il comportamento criminoso sia stigmatizzato pubblicamente e il reo marchiato a vita per essere stato esposto alla gogna sociale. Basti pensare ad alcune tipologie di sanzioni "alternative" a cui ricorrono oggi sempre più spesso i giudici americani, come l'obbligo di girare per strada con indosso cartelli che evocano l'illecito commesso; si tratta di pene avvertite come lievi dalla collettività e irrogate per i reati meno gravi.

<sup>14</sup> Cfr. Ferrajoli, *Diritto*, cit., 250.

<sup>15</sup> Per un recentissimo contributo sul tema della prevenzione generale, si veda De Francesco, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2014, 15s.

<sup>16</sup> Si obietta, in particolare, che il delinquente non sempre si comporta da essere razionale e che anzi, molto spesso l'agire criminoso è spinto da impulsi non calcolabile né altrimenti controllabili. Cfr. Fiandaca, *Diritto penale*, cit., 645.

soprattutto di una tipologia realmente in grado di incidere sui motivi sottesi alla scelta criminosa. Ciò presupporrebbe un'indagine concreta su tali motivi, a seguito di una valutazione che dovrebbe però rimanere su un piano di oggettività e non riguardare una singola persona, altrimenti ciò significherebbe che l'intenzione criminosa si è già tradotta in condotta illecita.

In particolare, una sanzione minacciata per un reato contro la pubblica amministrazione – ad esempio – dovrebbe considerare che il reo agisce, nella maggior parte dei casi, non per ledere la pubblica amministrazione oggetto di tutela penale, ma piuttosto per arricchire in maniera ingente il suo patrimonio. Ne consegue che la minaccia di una sanzione detentiva potrebbe non prevalere nel suddetto bilanciamento, laddove, invece, sarebbe molto più efficace una misura come la confisca di parte del patrimonio in aggiunta a una sanzione pecuniaria. Questa soluzione, infatti, vanificherebbe completamente la condotta illecita, rendendo inutile la commissione del crimine<sup>17</sup>.

Certo è che un simile modo di concepire la prevenzione generale, pur se potrebbe risultare incoerente rispetto alla funzione di orientamento culturale e al sistema nel suo complesso, soddisferebbe pienamente la finalità di deterrenza, così come quella di prevenzione speciale rivolta a impedire al reo di commettere nuovamente il reato<sup>18</sup>. Il dato tangibile da cui partire, infatti, è che la prevenzione generale da sola fonda il potere punitivo statale, *tutto il resto è visto come un correttivo: dalla proporzione alla prevenzione speciale alla risocializzazione*<sup>19</sup>.

Proprio la prevenzione speciale, non tanto nella sua finalità di neutralizzazione quanto soprattutto nell'accezione della rieducazione<sup>20</sup>, ha ricoperto un ruolo di primo

---

<sup>17</sup> Naturalmente un siffatto modo di concepire la prevenzione generale non può prescindere da una rivisitazione dell'intero catalogo delle sanzioni penali, essendo quelle attualmente previste oggi del tutto insoddisfacenti. D'altronde che il nuovo corso del diritto penale vada in qualche maniera verso questa direzione emerge sia da interventi di portata generale, che da interventi di carattere particolare. Per il primo caso si veda il progetto contenuto nello "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale" elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Per il secondo, basti pensare all'accresciuto ruolo di alcune misure come la confisca per equivalente, che si stanno rivelando alquanto efficaci sotto il profilo della prevenzione speciale. Per una ricostruzione sistematica dell'istituto si veda De Simone, *Confisca per equivalente Sub art. 322 ter c.p.*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma 2012, 722s. Cfr. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 10 febbraio 2014.

<sup>18</sup> E qui ancora una volta torna in primo piano la confisca, laddove spogliare il reo del suo patrimonio in quanto frutto di arricchimento illecito e colpirlo anche con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria significa impedirgli di perpetrare il reato e renderlo inoffensivo rispetto alla collettività. Poi bisognerà discutere circa la valenza rieducativa del trattamento sanzionatorio.

<sup>19</sup> Così Donini, *Per una concezione*, cit., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1184. L'autore è fortemente critico verso il ruolo di supremazia che riveste oggi la prevenzione generale, tanto da ritenere necessario impedire alla stessa prevenzione – che ha un fondamento politico – di coincidere con il fondamento giuridico della pena, pena *l'annullamento delle condizioni della sua stessa legittimità*. Egli sostiene, allora, che una funzione della pena di natura politica non dovrebbe essere vincolante per la pena intesa in senso giuridico e che questa debba essere costruita a prescindere dalla prima, con la conseguenza che la *pena applicata* non discenda direttamente dalla *pena minacciata*. *Ibidem*, 1191.

<sup>20</sup> Sulla collocazione storica della nascita dell'idea rieducativa come funzione della sanzione penale non c'è accordo tra studiosi del calibro di Foucault e Ferrajoli. Il primo, ritiene, infatti, che la pena intesa come correzione e disciplina sia una conquista dell'età moderna (cfr. Foucault, *Sorvegliare*, cit.,

piano nei discorsi intorno alla funzione della pena sino agli anni Settanta, complice anche una lettura più attenta e articolata dell'art. 27 Cost<sup>21</sup>. L'assunto sotteso all'idea della prevenzione speciale positiva coincide con la considerazione che *chi delinque appartiene a una minoranza fortemente segnata da attributi di negatività sociale. Deficit economici, culturali, intellettivi definiscono i criminali come appartenenti a una classe socialmente svantaggiata. La suggestione positivista di un homo criminalis determinato all'agire, unitamente all'ottimismo riformatore convinto che anche il delitto sia una questione sociale risolvibile, dà forza alla progettualità correzionalistica: anche attraverso la pena si deve operare per colmare i deficit al fine di restituire alla società libera un essere determinato alla legalità*<sup>22</sup>.

Ciò ha comportato la necessità di individuare un'ipotesi trattamentale in grado di realizzare la rieducazione e risocializzazione del reo, ipotesi che si è concretizzata il più delle volte in un percorso pedagogico di matrice medico-psichiatrica<sup>23</sup>. Questo aspetto, in aggiunta al fatto che la rieducazione è stata erroneamente relegata alla fase della esecuzione della pena, ha contribuito a determinare la crisi della pena così concepita, tanto che si è parlato di *illusione correzionale*<sup>24</sup>.

Sotto il primo profilo, infatti, non è detto che il modello medico sia l'unico capace di realizzare tale finalità rieducativa, anzi, con molte probabilità, è proprio tale forma di trattamento a non funzionare, dal momento che non è stato scientificamente provato che il delinquente è un paziente da trattare. Chi dice che un'offerta formativa diversa non possa portare a risultati migliori in termini di risocializzazione, soprattutto se contempla la possibilità concreta che il reo sia un protagonista del suo stesso trattamento, partecipando attivamente e consapevolmente, anziché subendolo passivamente come avviene oggi?

Sotto il secondo profilo, la funzione rieducativa non può riferirsi esclusivamente alla fase dell'esecuzione, quasi che la sua attuazione e realizzazione non sia necessaria<sup>25</sup> e non solo perché ciò significherebbe marginalizzare l'unica funzione della pena in concreto prevista dalla Costituzione. Ma soprattutto perché essa investe il giudizio di cognizione nel momento della scelta della tipologia e della quantità di pena da irrogare, dovendola ritagliare sulla personalità del reo in base agli indici di commisurazione previsti dal legislatore<sup>26</sup>.

147), laddove il secondo, invece, sostiene che tale pensiero sia da ascrivere ai filosofi del diritto penale di metà ottocento e inizio novecento (cfr. Ferrajoli, *Diritto*, cit., 251).

<sup>21</sup> In quegli anni che l'art. 27 Cost. co. 1 e 3 fosse portatore dell'unica funzione della pena costituzionalmente prevista si evince anche da alcune pronunce della Corte Costituzionale che danno per assodata tale lettura e la richiamano spesso. Cfr. Corte Cost., sentenze n. 106 del 15 giugno 1972, n. 95 del 27 giugno 1973, n. 69 del 22 gennaio 1975, n. 131 del 4 maggio 1979.

<sup>22</sup> Così Pavarini, *Pena*, cit., *passim*.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Pastore, *L'illusione correzionale. Il sistema Borstal inglese per minori tra rieducazione e punizione*, in DAGA, *Il sistema sanzionatorio e le misure alternative alla detenzione*, in *Scritti e discorsi 1980-1993*, in [www.rassegnapenitenziaria.it/cop/98.pdf](http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/98.pdf).

<sup>25</sup> Convinzione generalizzata questa, supportata anche dall'erronea interpretazione del termine *tendere* scelto dal legislatore costituente per l'art. 27 co. 3, scelta dettata, invece, dalla consapevolezza che il delinquente non possa essere costretto alla rieducazione e debba decidere liberamente e autonomamente di intraprendere un percorso trattamentale.

<sup>26</sup> Sul punto si veda Fiandaca, *Diritto*, cit., 652 e Vassalli, *Funzioni*, cit., 86, secondo cui l'idea rieducativa *può e deve ispirare la fase stessa dell'applicazione giudiziale della pena, [...]. Essa deve ispirare la scelta stessa delle pene da parte del giudice, quando questa è possibile, e deve essere di*

Con il dilagare della strisciante convinzione che la funzione rieducativa sia ormai un mito decaduto, sul finire degli anni settanta si affermano tendenze neoretribuzionistiche, secondo cui la funzione principale della pena consisterebbe nel soddisfacimento dei *bisogni emotivi di punizione*, propri e del singolo e della collettività tutta<sup>27</sup>.

In realtà, da una lettura sistematica della legislazione dell'ultimo trentennio relativa agli aspetti propri della sanzione penale e alle sue funzioni non emerge la prevalenza di una tendenza rispetto ad un'altra, piuttosto sembra quasi che le diverse e contrapposte posizioni convivano in un pacifico paradosso<sup>28</sup>. Basti pensare a tutta la normativa sulla criminalità organizzata a partire dal carcere duro *ex art. 41 bis* ord. pen. da un lato, e a tutta la regolamentazione dettata in tema di misure alternative alla detenzione (leggi Simeone e Gozzini) dall'altro. Si tratta solo di un esempio, ma l'alternanza tra norme repressive e norme tendenti alla rieducazione caratterizza moltissime altre ipotesi. Il fenomeno è verosimilmente ascrivibile alla ben nota tendenza italiana di non procedere a una sistematica e razionale rivisitazione delle normative né di armonizzare le novità legislative rispetto all'ordinamento nel suo complesso. Gli interventi del legislatore, infatti, sono il più delle volte dettati dalla necessità e urgenza di disciplinare un fenomeno che desta un particolare allarme sociale o la cui regolamentazione per troppo tempo è stata rinviata, o, ancora, dall'indifferibile esigenza di far fronte – di volta in volta – al problema del sovraffollamento carcerario.

Alle stesse logiche rispondono le recentissime norme dettate in tema sia di sorveglianza dinamica<sup>29</sup>, introdotta in alcune tipologie di penitenziari, sia di detenzione domiciliare<sup>30</sup>, senza che ciò significhi, appunto, che stiamo andando verso l'affermazione di tendenze neorieducative. La funzione rieducativa continua, infatti, la sua caduta libera, anche grazie a studi valutativi – della cui correttezza scientifica non sono in pochi a dubitare<sup>31</sup> – effettuati negli Stati Uniti e in Svezia, secondo cui il reo tornerebbe a delinquere indipendentemente dall'aver beneficiato di un'offerta trattamentale in chiave risocializzante; con la rieducazione, vacilla anche la sanzione della detenzione, la cui centralità viene sempre più messa in discussione.

---

*impulso al legislatore e all'amministrazione nell'attuazione di nuovi istituti e nel promovimento di nuove iniziative.*

<sup>27</sup> Cfr. Fiandaca, *Diritto*, cit., 649.

<sup>28</sup> Questo risultato ha trovato l'avallo anche della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che non si è mai pronunciata in merito alla possibilità di individuare un rapporto gerarchico tra le diverse funzioni della pena, neanche a favore della finalità rieducativa. Solo nel 1990 con la sentenza n. 313 la Corte riconosce un ruolo di primo piano alla rieducazione, aggiungendo peraltro che essa non può esplicitare il suo ruolo solo nella fase dell'esecuzione. Parte della dottrina non ha mancato di sottolineare come la Corte costituzionale abbia utilizzato strumentalmente e spesso incoerentemente la previsione costituzionale della rieducazione per affermare la legittimità di istituti che sono in pieno contrasto proprio con tale funzione; basti pensare alla pena dell'ergastolo, alle esclusioni dai benefici premiali *ex art. 4 bis* ord. pen., al regime del carcere duro. Cfr. Pugiotto, *Il volto*, cit., 4.

<sup>29</sup> Della Bella, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime 'aperto' per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>30</sup> La misura della detenzione domiciliare è stata ridisegnata dal legislatore con la recentissima legge n. 67 del 28 aprile 2014. Per un commento sul punto, si veda Mannozi, *Il legno storto del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, 781s.

<sup>31</sup> Fiandaca, *Diritto*, cit., 652.

Forse i termini del discorso andrebbero invertiti nel senso che non è il fallimento della rieducazione a far perdere terreno alla pena carceraria, quanto esattamente il contrario: la rieducazione non funziona perché lo strumento attuativo non può essere il carcere. Semmai, un cambio di prospettiva che va nella direzione della riduzione dell'operatività del carcere ai soli casi di stretta necessità e come ipotesi di estrema *ratio* potrebbe segnare una svolta in termini di risocializzazione e reinserimento del reo.

D'altronde, *dopo il tramonto dell'idea retributiva della pena, l'accantonamento della prospettiva risocializzante significherebbe rinunciare all'unica finalità rimasta che consente di mettere al centro del sistema l'uomo in carne e ossa con la sua unica e irripetibile personalità*<sup>32</sup>. Nondimeno, bisogna prendere atto che la rieducazione non è mai stata realmente attuata, pur avendo il nostro ordinamento una legge di riforma del sistema penitenziario alquanto articolata. Ebbene, molti degli strumenti previsti dalla legge n. 354 del 1975 sono rimasti sulla carta e non hanno mai trovato attuazione<sup>33</sup>, sicché non è possibile parlare di un fallimento della funzione risocializzante della sanzione penale se non prima di aver fatto un tentativo in tal senso.

*De iure condito*, il tentativo più significativo operato dal legislatore in tal senso si rinviene nella differenziazione trattamentale. Questa, però, è oggetto di una continua opera di frammentazione in diverse ipotesi, di cui non sempre si può dire che la rieducazione sia l'unico filo conduttore.

Circa il rapporto tra il trattamento rieducativo e quello penitenziario, sembra utile ricordare che durante i lavori dell'Assemblea Costituente la discussione relativa alla funzione della pena contestualmente al dettato dell'art. 27 impegnò molto tempo, pur se da subito fu condivisa la scelta di non optare per una funzione piuttosto che per un'altra<sup>34</sup>. In proposito, si riconobbe che le opinioni sullo scopo della pena erano le più disparate e tutte sufficientemente giustificate, sicché non sarebbe stato appropriato operare una scelta univoca tra le possibili soluzioni.

Ciononostante, si preferì adottare il termine *tendere* nel corpo della norma costituzionale perché fosse evidente che la finalità rieducativa dovesse costituire una costante irrinunciabile del punire<sup>35</sup>; non solo, era altresì evidente che non ci può essere rieducazione senza trattamento.

L'art. 27 Cost. dice sul punto molto di più di quello che sembra, nella misura in cui si riferisce in prima battuta al trattamento penitenziario, differenziandolo dal

<sup>32</sup> Così Palazzo, Bartoli, *Appunti generali sulla riforma del sistema penitenziario, in Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino 2007, 137.

<sup>33</sup> Ancora Fiandaca, *Diritto*, cit., 653.

<sup>34</sup> Per consultare i lavori dell'Assemblea Costituente relativamente alla discussione sull'art. 27 si veda la seduta del 15 aprile 1947 in <http://www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/027/index.htm> e in [www.archivio.camera.it](http://www.archivio.camera.it).

L'on. Leone si espresse a favore della scelta di non optare per nessuna funzione della pena in particolare, ritenendo che la tematica fosse dibattuta da secoli, piuttosto allo Stato competeva l'onere di *facilitare il processo di rieducazione come fine collaterale di esecuzione della pena*. In realtà, erano ancora troppo forti gli echi della contrapposizione tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva, per cui una presa di posizione a favore di una funzione piuttosto che di un'altra avrebbe significato ancorare il dettato costituzionale ad una delle due scuole. Cfr. Fiandaca, *Commento all'art. 27 co. 3 e 4*, in Branca, Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1991, 5. Si veda anche Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 10.

<sup>35</sup> Si veda l'intervento dell'on. Cevolotto durante la discussione sull'art. 27 in Assemblea Costituente, in <http://www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/027/index.htm>.

trattamento rieducativo<sup>36</sup>. La norma, infatti, nell'affermare che *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità* si riferisce alle condizioni e alle modalità di esecuzione della pena, che devono essere sempre rispettose della dignità umana<sup>37</sup>. Diversamente, la seconda parte dell'enunciato costituzionale riguarda il trattamento rieducativo, che va inteso – appunto – nel senso della funzione della pena<sup>38</sup>.

Stando così le cose, i conti sembrano non tornare sotto il profilo del ruolo e dell'importanza che deve rivestire una forma di trattamento rispetto all'altra. *Ictu oculi*, infatti, il trattamento rieducativo dovrebbe prevalere sul trattamento penitenziario, non solo perché rappresenta un'importante enunciazione di principio e perché il trattamento ontologicamente rinvia a un significato di cura, ma anche perché esso ha delle ricadute di più ampio respiro sulla possibilità di risocializzazione e reinserimento del reo. Il trattamento penitenziario, invece, dovrebbe rivestire un ruolo secondario, riguardando aspetti materiali della gestione delle condizioni di vita in carcere.

Dunque, sembrerebbe non essere chiaro perché nell'art. 27 Cost. il trattamento rieducativo sia stato posposto a quello penitenziario. Certamente non va tralasciato il dato storico in base al quale i Padri costituenti avevano in prima persona sofferto – durante il regime fascista – condizioni carcerarie terribili. Ma più plausibilmente era chiaro già allora che nessuna offerta trattamentale può essere realmente efficace se il contesto e le modalità di esecuzione della pena detentiva non rispettano la dignità umana. Ne deriva che le due forme di trattamento dovrebbero trovarsi in una posizione di complementarità piuttosto che di preminenza dell'una sull'altra, trattandosi entrambe di parametri imprescindibili ai fini del conseguimento dell'obiettivo di risocializzazione e reinserimento del reo.

Che le due ipotesi trattamentali non solo non coincidano, ma che abbiano una rilevanza diversa lo dimostra anche l'art. 1 della legge n. 354 del 1975 rubricato *Trattamento e rieducazione*. La norma, nel richiamare il contenuto dell'art. 27 Cost., stabilisce un ordine di rilevanza diverso tra le due forme di trattamento, ponendo in

---

<sup>36</sup> La dicotomia trattamento rieducativo – trattamento penitenziario non è l'unica che si può individuare relativamente al trattamento del reo, potendo lo stesso assumere un significato di cura contrapposto alla sicurezza del soggetto. Come si vedrà più avanti, infatti, la concezione sottesa alle recenti innovazioni del sistema penitenziario ritiene che la sicurezza non sia fine a se stessa, ma una componente ineludibile del trattamento inteso come rieducazione del reo. Ove, infatti, non si dovesse riuscire a garantire la sicurezza del singolo e dell'istituto penitenziario, sarebbe vanificato qualsiasi programma trattamentale che non potrebbe trovare concreta attuazione. Taluni autori ritengono che non sia possibile estrapolare dalle norme sull'ordinamento penitenziario un concetto univoco di trattamento, oltre le note suddivisioni, infatti, si può distinguere un trattamento in senso normativo ed uno penitenziario criminologico. Il primo andrebbe riferito al catalogo dei diritti e doveri spettanti al detenuto, mentre il secondo riguarderebbe gli interventi predisposti per incidere sulla personalità del reo al fine di ottenere la sua rieducazione ed il reinserimento sociale. Invero, si tratta – ad avviso di chi scrive – di modi diversi di appellare le nozioni di trattamento che comunque, stando al dato normativo, non sono che due: il penitenziario e il rieducativo. Cfr. Bellomia, *Voce Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Milano 1980, 921 e Daga, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, 1304.

<sup>37</sup> La Corte Costituzionale ha recentemente affermato che *un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato*. Ha così stabilito l'indissolubilità del rapporto tra umanità della pena e rieducazione del reo, *in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro*. Così Corte Cost., sentenza del 22 novembre 2013 n. 279.

<sup>38</sup> Cfr. Cassese, *Il senso di umanità, il trattamento e la sicurezza*, 180.

primo piano quello penitenziario a cui è dedicato il primo comma<sup>39</sup> e assegnando un ruolo secondario a quello rieducativo, relegato al sesto comma.

D'altronde, dal primo momento in cui il detenuto entra in contatto con la realtà penitenziaria e per tutta la durata dell'esecuzione della pena irrogata il sistema è chiamato a garantire il rispetto della persona nella sua dignità, principio questo che non può ammettere deroghe di alcun genere. La rieducazione, invece, costituisce il risultato finale dell'esecuzione stessa e non è detto che si consegua sempre e per tutti i soggetti, essendo il detenuto libero di aderire o meno all'offerta trattamentale o comunque potendo egli scontare la pena nella convinzione di non dover o voler essere rieducato<sup>40</sup>. Ne discenderebbe, allora, un rapporto di genere a specie inversamente proporzionale, laddove il legislatore obbliga l'amministrazione a garantire a tutti il trattamento penitenziario, mentre l'adesione all'offerta rieducativa deve essere frutto di una scelta del singolo perché una sua eventuale imposizione si tradurrebbe in una violazione della dignità umana e dunque in una violazione dello stesso trattamento penitenziario<sup>41</sup>.

A ulteriore riprova di ciò, si considerino anche i contenuti dell'uno rispetto all'altro: la legge sull'ordinamento penitenziario disciplina esattamente i diversi momenti in cui deve articolarsi il trattamento penitenziario<sup>42</sup>, mentre nulla dice nello specifico circa il trattamento rieducativo. Non si tratta di una svista legislativa, bensì di una precisa scelta normativa che parte dalla considerazione secondo cui l'offerta trattamentale finalizzata alla risocializzazione e al reinserimento del reo non può essere predeterminata né tanto meno uguale per tutti i soggetti, ma per essere efficace va valutata caso per caso.

Anche il diritto sovranazionale pone particolare attenzione al trattamento di coloro che devono scontare una pena. La Raccomandazione R (2006)2, meglio nota come Regole penitenziarie europee<sup>43</sup>, infatti, opera sotto il profilo sostanziale la stessa

---

<sup>39</sup> Invero, l'art. 1 ord. pen. relativamente al trattamento penitenziario richiama i principi costituzionali più rilevanti, nella misura in cui esso deve non solo garantire l'umanità della pena (art. 27 Cost.) e il rispetto della dignità della persona (art. 2 Cost.), ma deve anche assicurare il rispetto del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) nel senso dell'*assoluta imparzialità* verso tutti i detenuti, si da non creare *situazioni di privilegio in positivo o in negativo nei confronti di singoli detenuti*. Cfr. Grevi, *Sub art. 1*, in Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova 2011, 11.

<sup>40</sup> Grevi, *Sub art. 1, Commento*, cit., 5. Viene così riconosciuto il principio dell'autodeterminazione del condannato, in quanto espressione del diritto alla dignità ex art. 2 Cost. Cfr. Daga, *Trattamento*, cit., 1319s.

<sup>41</sup> Per la giurisprudenza il trattamento penitenziario è strumentale al raggiungimento degli obiettivi posti dal trattamento rieducativo. Scrive, infatti, la Suprema Corte che *la funzione rieducativa è assolta in fase esecutiva dal trattamento penitenziario* (Cass. pen. Sez. III, sentenza del 10 gennaio 2003 n. 502). Parte della dottrina distingue, poi, dal trattamento penitenziario la sottocategoria del regime penitenziario. Mentre il primo regolerebbe la vita quotidiana all'interno degli istituti, il secondo riguarderebbe il complesso di situazioni giuridiche soggettive attive e passive spettanti al detenuto per il suo stato di detenzione. Così Napoli, *Il regime penitenziario*, Milano 2012, XIII; cfr. Bellomia, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano 1980, XXX, 921.

<sup>42</sup> La legge n. 354 del 1975, infatti, disciplina ogni aspetto del trattamento penitenziario, basti pensare all'art. 15 che ne elenca gli elementi, indicando l'istruzione, il lavoro, la religione, le attività culturali ricreative e sportive, i contatti con il mondo esterno e il mantenimento dei rapporti con la famiglia.

<sup>43</sup> Già le Nazioni Unite nel 1955 sentirono la necessità di stabilire delle *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, riprese, poi, in Europa nel 1973 con l'adozione di una Risoluzione del Comitato del Consiglio dei Ministri d'Europa. Le *Regole minime del Consiglio d'Europa per il trattamento dei detenuti* sono state oggetto di due rivisitazioni, la prima nel 1987 ad opera della

distinzione tra trattamento penitenziario e trattamento rieducativo, assegnando lo stesso ordine seguito nel nostro ordinamento, pur se formalmente la prima ipotesi trattamentale non viene mai menzionata ma definita genericamente come trattamento e la seconda viene indicata solo come reinserimento sociale. In particolare, nella prima parte relativa ai principi fondamentali, l'affermazione secondo cui *tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo* non si riferisce esclusivamente al senso di umanità e alla dignità della persona, bensì c'è un richiamo di più ampia portata al rispetto di tutti i diritti fondamentali del detenuto. Successivamente, la Raccomandazione sottolinea la necessità che la detenzione sia *gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà*.

La legge di riforma del sistema penitenziario del 1975 pose a fondamento del trattamento inteso in tutte le sue possibili declinazioni la differenziazione dei detenuti<sup>44</sup>. In realtà si tratta di un tema da sempre caro all'amministrazione penitenziaria, che ha in ogni tempo mostrato particolare attenzione alla possibilità di raggruppare i detenuti in categorie omogenee. Cionondimeno, gli interventi normativi in tal senso hanno sempre peccato sia sotto il profilo della sistematicità che dell'uniformità, non riuscendo a individuare dei criteri di ripartizione chiari e determinati e soprattutto operando una continua confusione di piani. Dall'analisi delle disposizioni normative, infatti, non si evince se il legislatore abbia optato chiaramente per la distinzione dei detenuti in base alle loro caratteristiche, piuttosto che per la distinzione degli istituti, ovvero se abbia perseguito una finalità di differenziazione fondata sul trattamento e tendente alla rieducazione o abbia fatto prevalere istanze di sicurezza e per la collettività e per gli istituti stessi. Pur volendo prendere in considerazione una singola ipotesi, non si riesce a individuare un unico *fil rouge*. Ad esempio, anche a voler considerare esclusivamente la differenziazione relativa alle caratteristiche dei detenuti, i criteri di riferimento sono i più disparati: i soggetti vengono distinti e destinati a strutture diverse ora in base al loro stato giuridico ora a seconda dell'età e del sesso, ovvero considerando la tipologia di reati commessi o la pericolosità sociale.

Quello che sembra emergere, in realtà, è una continua alternanza tra una opzione e l'altra, senza che si possa individuare un'unica *ratio legis* sottesa a tutti gli interventi normativi che si sono susseguiti dalla riforma dell'ordinamento penitenziario sino ad oggi.

Giova, allora, ripercorrere le singole disposizioni normative relative alla differenziazione trattamentale, nel tentativo di tracciare un quadro d'insieme del nostro sistema penitenziario, non senza aver prima sottolineato che pur sembrando confuse le scelte legislative in tema di separazione dei detenuti e internati, il raggruppamento degli stessi è funzionale al trattamento e non è piuttosto una

---

Raccomandazione n. R (87) 3 e la seconda nel 2006 a seguito della Raccomandazione n. R (2006) 2. L'ultima versione si compone di nove parti e riguarda le condizioni di detenzione, l'organizzazione degli istituti penitenziari e del personale ad essi preposto.

<sup>44</sup> Il primo a sostenere che le pene dovessero essere ritagliate sul tipo di delinquente trattato a cui corrispondevano tre diversi modelli di diritto penale fu Franz von Liszt. Nel programma di Marburgo del 1882 egli sostenne, infatti, che la risocializzazione applicata agli adattabili, la neutralizzazione agli inadattabili e infine l'intimidazione ai delinquenti occasionali. Storicamente si tratta della prima forma di differenziazione della sanzione penale in base alla personalità del reo e costituisce il fondamento primigenio della differenziazione trattamentale. Sul punto si veda FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 256s. e 748.

questione meramente regolamentare<sup>45</sup>. L'art. 14 ord. pen., infatti, nell'affermare che l'assegnazione e il numero dei soggetti deve permettere lo svolgimento del programma trattamentale, anche impedendo influenze reciproche nocive, sta stabilendo uno stretto legame tra la riuscita del programma trattamentale e l'omogeneità del gruppo di lavoro<sup>46</sup>.

### 3.- I principi generali del trattamento: gli artt. 1, 13 e 15 ord. pen.

Già dall'art. 1 ord. pen. co. 6 viene in rilievo il legame indissolubile tra il reinserimento sociale e la differenziazione trattamentale. Tuttavia l'affermazione secondo cui il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti non è in contrasto con il precedente comma 2 per il quale il trattamento deve essere improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose.

A parte la semplice considerazione che il legislatore ha limitato le possibilità di discriminazione a particolari situazioni del singolo, è proprio la differenziazione dell'offerta trattamentale a realizzare in pieno il principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3 Cost. La valenza positiva dell'individualizzazione, infatti, trattandosi di una scelta di favore nei confronti del condannato, porta a escludere il rischio negativo di discriminazione, tanto più che la sua finalizzazione alla rieducazione del reo determinerebbe la necessità di un bilanciamento tra l'art. 27 Cost. e lo stesso art. 3 Cost.

L'art. 13 ord. pen. costituisce la norma cardine con cui il legislatore del '75 ha esplicitato il principio della individualizzazione del trattamento. La disposizione è stata spesso oggetto di critiche per la sua indeterminatezza e la vaghezza dei contenuti, tanto da essere considerata una *suggestiva formula* incapace di dettare le linee guida finalizzate alla rieducazione<sup>47</sup>. Tuttavia, l'art. 13, dopo aver affermato al primo comma che il trattamento deve essere ritagliato sui bisogni della personalità di ciascuno, individua due momenti fondamentali nel trattamento di condannati e internati: l'osservazione scientifica e la formazione della cartella personale del detenuto.

<sup>45</sup> Cfr. Cesaris, *sub art. 14*, in *Commento*, cit., 167. L'autrice sottolinea che i criteri di assegnazione non costituiscono un aspetto regolamentativo da demandare al D.P.R. n. 230/2000, dal momento che se così fosse non solo si negherebbe un ruolo alla separazione dei detenuti nel raggiungimento degli obiettivi di rieducazione, ma si aprirebbero le porte alla totale discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 168. Nel testo si ricorda come i criteri di assegnazione non costituiscano una novità del sistema trattandosi di parametri già noti dai tempi antichi, quanto piuttosto l'innovazione è da ravvisare proprio nel collegamento con la finalità rieducativa trattamentale. D'altronde anche le Regole minime per il trattamento dei detenuti del Consiglio d'Europa (dalla prima versione del 1973 sino a quelle approvate nel 2006) prevedono un sistema elastico di classificazione tendente all'individualizzazione con il fine di evitare influenze dannose e agevolare il trattamento.

<sup>47</sup> Per un commento sull'art. 13 ord. Pen. si veda Bernasconi, *Sub art. 13*, in Grevi, Giostra, Della Casa, *Ordinamento*, cit., 157s.; Sartarelli, *sub art. 13*, in Giarda, Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, Milano 2010, 10225. L'individualizzazione del trattamento trova una ulteriore regolamentazione nell'art. 29 D.P.R. n. 230/2000 (Regolamento di esecuzione), rubricato proprio *Programma individualizzato di trattamento*.

Circa il primo momento, l'*équipe* dell'istituto penitenziario ha il compito di osservare il detenuto con un triplice scopo: individuare i caratteri della personalità del soggetto così come previsto al primo comma, determinare le eventuali presenze di carenze fisiopsichiche, stabilire le cause del disadattamento sociale. La norma si occupa anche della durata dell'osservazione scientifica, che deve essere la stessa dell'esecuzione della pena. Nondimeno, è nell'immediatezza dell'ingresso in istituto e nei momenti successivi che gli operatori devono cogliere gli aspetti rilevanti della persona ai fini del trattamento. Ciò da un lato perché il soggetto non si è ancora adattato alla nuova realtà di vita e, in linea di massima, il comportamento non ha ancora subito significative influenze esterne. Dall'altro perché il risultato dell'osservazione determinerà i contenuti del programma trattamentale, senza il quale non è possibile procedere alla rieducazione del reo.

Per quanto concerne la rilevazione di carenze fisiopsichiche, c'è da dire che pur non essendo il modello medico-clinico il parametro assoluto di riferimento, comunque la scienza e la criminologia forniscono gli strumenti principali per la determinazione delle patologie significative<sup>48</sup>. E' pur vero che le problematiche psicologiche non necessariamente devono condizionare i comportamenti della persona, potendo accadere, infatti, che, pur in presenza di una carenza sotto il profilo fisiopsichico, il detenuto si rapporti e reagisca bene alle sue nuove condizioni di vita, laddove una persona che non presenti tali difficoltà può mostrare maggiori resistenze a inserirsi nel nuovo contesto. Anche le cause del disadattamento sociale devono essere scandagliate dall'*équipe* trattamentale, con indagini socio-familiari e una ricostruzione della storia pregressa della persona, in modo da delineare il contesto in cui è emerso il disagio e coglierne le possibili cause<sup>49</sup>. Invero, la formulazione dell'art. 13 porta a considerare come destinatario unico del trattamento un certo

---

<sup>48</sup> L'attualissimo dibattito sul contributo delle neuroscienze al diritto penale ha portato alcuni a ritenere che il criminale è tale in quanto carente proprio di un'adeguata struttura sociopsichica, senza che ciò porti necessariamente nella direzione delle riconosciute patologie mediche. Ne discende che la scelta criminale non è frutto del libero arbitrio (la cui esistenza è, infatti, negata da parte di alcuni neuroscienziati), bensì della empatia, intesa come complesso di reazioni istintive *non mediate dai circuiti coscienti del ragionamento*. Non è questa la sede per affrontare una tematica così complessa, ma non si può fare a meno di sottolineare come simili argomentazioni possano avere significative ricadute anche nell'ambito delle funzioni della pena e delle modalità di trattamento da offrire al detenuto. Se da un lato, infatti, le neuroscienze possono – come pure è stato osservato – permettere di contenere sia le spinte giustizialiste sia la discrezionalità giudiziale, determinando tra l'altro il legislatore a modificare la disciplina della pena nel vero senso della cura e recupero del reo, dall'altro si rischia una deriva pericolosa che porta contemporaneamente a una responsabilità penale d'autore e a una deresponsabilizzazione del soggetto che delinque. Si potrebbe addirittura concepire un'ulteriore ipotesi di diversificazione trattamentale basata sulle tecniche di *neuroimaging*, approccio che a primo acchito può far pensare a un sistema efficiente, capace di individualizzare il trattamento sin nei minimi aspetti, ma che sotto sotto richiama gravi forme di emarginalizzazione e persecuzione storicamente note. Per un approfondimento si veda Di Giovine, *Diritto penale e neuroetica*, Padova 2013; ID., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 626; Merzagora Betsos, *Colpevoli si nasce?*, Milano 2012; Pasculli, *Neuroscienze e diritto penale*, 2013; Bertolino, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in Santosuosso (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Milano 2009.

<sup>49</sup> Al riguardo giova sottolineare che pur vigendo nell'ordinamento penitenziario il principio di territorialità della pena, in base al quale la sanzione detentiva deve essere scontata in un istituto il più possibile vicino al contesto territoriale di appartenenza del reo si da favorire il mantenimento dei rapporti sociali e familiari, ove sia proprio questo contesto a determinare un forte disagio e disadattamento, su richiesta del detenuto è possibile che si opti per una struttura diversamente dislocata sul territorio nazionale.

*modello di delinquente*<sup>50</sup>, coincidente con un soggetto appartenente alla scala sociale più bassa, emarginato e disadattato. E' come se il legislatore avesse in via presuntiva già operato una differenziazione trattamentale, prima ancora di prevedere in concreto le possibili categorie, con la conseguenza di lasciare fuori dall'ipotesi trattamentale tutti quegli autori di reato che sono perfettamente inseriti in società e non mostrano alcun segno di disadattamento nel senso comunemente inteso<sup>51</sup>.

Relativamente al secondo momento, la formazione di una cartella personale è di primaria importanza per poter avere sempre traccia della storia del detenuto e del percorso seguito, tant'è che segue la persona in caso di trasferimento e terminata la detenzione rimane nell'archivio dell'ultimo carcere in cui è stato ospitato<sup>52</sup>.

Il fascicolo si forma già all'atto dell'ingresso in istituto e il contenuto è formato da due tipologie di informazioni: i dati oggettivi e i dati soggettivi. I primi sono quelli relativi alla situazione giudiziaria, biografica e sanitaria della persona. In particolare, la norma nel trattare tali dati ricorre a quest'ordine che non sembra scaturire da una scelta ponderata, altrimenti – a rigor di logica – i dati biografici avrebbero dovuto anticipare quelli giudiziari<sup>53</sup>. Diversamente ragionando, ove fosse di preminente interesse lo *status* giuridico del soggetto (ad esempio la sua posizione di condannato in via definitiva o internato) e poi il suo nome e cognome, si avrebbe una spersonalizzazione del reo in contrasto proprio con l'idea di trattamento penitenziario<sup>54</sup> e rieducativo. Di particolare rilievo anche i dati sanitari, non solo per il detenuto stesso qualora particolari condizioni di salute necessitassero di un trattamento adeguato, ma anche per la popolazione carceraria la cui salute richiede di essere tutelata da possibili forme di contagio. Circa i dati soggettivi, nella cartella personale del detenuto refluiscano tutte le osservazioni dell'*équipe* di esperti, sia quelle raccolte nei primissimi momenti di permanenza nell'istituto penitenziario, finalizzate all'elaborazione del programma trattamentale, sia quelle effettuate nel corso della detenzione, finalizzate alla verifica del rispetto del programma prescritto e alle eventuali modifiche in corso d'opera. Sono altresì annotate tutte le sanzioni disciplinari e le ricompense, i reclami, le richieste e i provvedimenti in materia di misure alternative.

Per quanto concerne gli elementi del trattamento, l'art. 15 ord. pen. annovera tra i contenuti possibili l'istruzione, il lavoro, la religione, le attività culturali ricreative e sportive, nonché i contatti con il mondo esterno e con la famiglia.

Si tratta di un'elencazione che non può avere il carattere della tassatività - posto anche l'avverbio *principalmente* - dal momento che gli esperti responsabili del trattamento devono poter avere le mani libere nell'individuazione di un qualsiasi altro elemento che possa essere utile ai fini della rieducazione del reo. Basti pensare

<sup>50</sup> Sul punto si veda Bernasconi, *sub art. 13*, cit., 158.

<sup>51</sup> In effetti si potrebbe anche pensare che il reato di un cosiddetto colpetto bianco sia anch'esso da considerare come una conseguenza del disagio sociale, nel senso che tutti i criminali sono disadattati sociali per il solo fatto di commettere un reato contro la società.

<sup>52</sup> Cfr. art. 26 Regolamento di esecuzione rubricato *Cartella personale*.

<sup>53</sup> A conferma di ciò basti leggere la disciplina dell'art. 26 reg. es., secondo cui l'intestazione della cartella è corredata dei *dati anagrafici, delle impronte digitali, della fotografia e di ogni altro elemento necessario per la precisa identificazione della persona*.

<sup>54</sup> Una delle battaglie più emblematiche nell'affermazione del moderno ordinamento penitenziario è stata combattuta proprio sul sistema di identificazione del detenuto, che prima avveniva esclusivamente a mezzo del numero di matricola assegnato al momento dell'ingresso in carcere, anziché facendo ricorso al nome e cognome della persona come è oggi.

alle terapie psicologiche, che pur non rientrando tra i contenuti previsti, pacificamente si ritiene abbiano un ruolo di primo piano, soprattutto rispetto alla prevenzione della recidiva<sup>55</sup>. Inoltre, c'è da considerare che le situazioni peculiari di ogni istituto penitenziario, come la particolare struttura edilizia o la scarsità di risorse, potrebbero non permettere alcune attività trattamentali a fronte di altre. D'altronde è difficile immaginare contenuti significativamente diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore, giacché le categorie elencate nell'art. 15 sono talmente ampie da potervi far rientrare molte attività.

Seppure gli elementi indicati non costituiscano un *numerus clausus*, è comunque ravvisabile un ordine discendente, laddove la primazia dell'istruzione, e in second'ordine del lavoro, è particolarmente evidente, mentre i rapporti con il mondo esterno e la famiglia sono da *agevolare (rectius non intralciare)*, come se non fosse richiesto che l'amministrazione penitenziaria si adoperi concretamente in tal senso. In realtà, la norma sembrerebbe affermare che dai primi tre elementi non si possa in alcun caso prescindere e che essi debbano essere sempre presenti nel trattamento penitenziario<sup>56</sup>.

Secondo parte della dottrina<sup>57</sup>, proprio gli elementi del rapporto con il mondo esterno e la famiglia, insieme alle attività sportive e ricreative, costituiscono l'innovazione del trattamento penitenziario, a fronte delle tradizionali voci dell'istruzione, lavoro e religione, mutate dal precedente regolamento carcerario del 1931<sup>58</sup>. Tuttavia, la maggiore novità dell'odierno sistema penitenziario non è neanche l'astratta previsione delle singole voci di trattamento, quanto la presa d'atto che un trattamento finalizzato alla rieducazione non può che giovare del ricorso al complesso di tali elementi in sinergia tra loro.

La norma in esame ha, dunque, un valore meramente enunciativo<sup>59</sup>, posto che ogni singolo elemento del trattamento trova un'autonoma regolamentazione sia nel corpo

<sup>55</sup> Le attività psicoterapeutiche costituiscono uno dei punti centrali dell'offerta trattamentale, dovendo trattare sia i disturbi devianti che hanno determinato o contribuito a determinare il soggetto alla commissione del reato, sia le problematiche psicologiche insorgenti proprio a causa dello stato di detenzione. Con il D.P.C.M. del 1 aprile 2008 pubblicato in G.U. n. 126 il 30 maggio 2008 tutte le funzioni sanitarie relative al sistema penitenziario sono state trasferite dal Ministero di Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale, ivi compresi i trattamenti psicologici e psichiatrici. Sull'importanza di tali trattamenti si veda De Risio, Gliatta, *Elementi di diritto e sanità penitenziaria*, Roma 2010; ID., *La relazione che cura: linee di indirizzo sulla razionalizzazione dell'intervento psicoterapeutico e psichiatrico in ambito penitenziario. Richiesta e offerta di psicoterapia*, Torino 1999, 487s.

<sup>56</sup> Così Di Gennaro, in Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna 1981, 114. Ad avviso di chi scrive, che il lavoro abbia un ruolo di primo piano lo si evince anche dalla circostanza che il secondo comma dell'art. 15 è a esso interamente dedicato: *Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro*. Diversamente, stando alla collocazione sistematica delle norme che successivamente disciplinano le singole voci di trattamento, non sarebbe ravvisabile un vero e proprio ordine formale di rilevanza tra gli stessi, a meno di rilevare una incoerenza nella tecnica legislativa. Ci si aspetterebbe, infatti, prima la norma sull'istruzione, poi sul lavoro e via di seguito e invece, la disciplina parte dalla regolamentazione dei rapporti con l'esterno (artt. 17 e 18).

<sup>57</sup> Bernasconi, *Sub art. 15, Commento*, cit., 192. L'autore considera la scelta del legislatore del 1975 come il frutto della precisa volontà di tracciare un ponte tra tradizione e innovazione, nel senso di *un allargamento delle prospettive che vede, accanto agli arnesi del passato, nuovi strumenti e, soprattutto, una nuova concezione del trattamento*.

<sup>58</sup> Cfr. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 2006, 47 e 51.

<sup>59</sup> In tal senso Dolcini, *Diritti dei detenuti*, cit., 68 e Di Gennaro, Breda, La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano 1997, 117.

della stessa legge n. 354 del 1975, sia nel D.P.R. n. 230 del 2000 meglio noto come Regolamento di esecuzione<sup>60</sup> e si chiude con l'importante affermazione di principio secondo cui la partecipazione all'offerta trattamentale deve scaturire da una richiesta frutto di libera scelta del detenuto e non può, dunque, essere imposta.

Le Regole penitenziarie europee sono strutturate in maniera diversa rispetto alle enunciazioni in tema di trattamento penitenziario contenute nella legge n. 354 del 1975. La seconda parte della Raccomandazione, infatti, è dedicata alle condizioni di detenzione in generale, tra le quali è inserito anche il regime penitenziario inteso come offerta al detenuto di un programma equilibrato di attività. La disposizione non esplicita gli elementi propri di tale regime, ma è immediatamente seguita dalla disciplina del lavoro, delle attività fisiche e ricreative, dell'istruzione e della libertà di pensiero, di coscienza e di religione, mentre i contatti con l'esterno sono regolati dalla disposizione precedente. Nella parte VIII, dedicata ai detenuti condannati, le Regole prevedono nell'ambito della pianificazione del regime penitenziario che il recluso partecipi alla formazione del programma di trattamento individualizzato e che questo debba contenere espresse disposizioni circa il lavoro, la formazione, altre attività e la preparazione alla liberazione. Dunque, enunciazioni ancora più generiche di quelle esplicitate dal legislatore italiano e la cui collocazione sistematica non permette di cogliere da subito l'importanza del trattamento penitenziario<sup>61</sup>.

#### 4.- La differenziazione oggettiva

##### 4.1.- L'età anagrafica

Nel disciplinare la categorizzazione di detenuti e internati, l'art. 14 ord. pen. individua alcuni criteri per stabilire l'assegnazione e il raggruppamento degli stessi. Tra questi annovera anche l'età, posto che per *i giovani al di sotto dei venticinque anni è assicurata la separazione dagli adulti*.

E' rilevabile *ictu oculi* la peculiarità, la delicatezza e soprattutto la maggiore importanza<sup>62</sup> del trattamento per i soggetti più giovani rispetto a quello previsto per

<sup>60</sup> L'istruzione, infatti, è disciplinata dagli artt. 19 ord. pen. e 41 (*Corsi di istruzione a livello della scuola dell'obbligo*), così come il lavoro dagli artt. 20, 21 e 25 bis ord. pen. (rubricati rispettivamente *Lavoro*, *Lavoro all'esterno* e *Commissioni regionali per il lavoro penitenziario*), la religione dall'art. 26 ord. pen. (*Religione e pratiche di culto*), le attività ricreative e culturali dagli artt. 27 ord. pen., 59 e 60 reg. es. (quest'ultimo rubricato *Attività organizzate per i detenuti e gli internati che non lavorano*), i contatti con il mondo esterno dagli artt. 17 e 18 ord. pen. (*Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa* e *Colloqui, corrispondenza e informazione*) e 68 reg. es., infine i rapporti con la famiglia dagli artt. 28 e 29 ord. pen. e 61 reg. es. (*Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento*).

<sup>61</sup> Nella Raccomandazione si è optato per la descrizione delle condizioni di detenzione all'interno degli istituti penitenziari, seguendo la scansione temporale degli accadimenti dal momento dell'ammissione del detenuto sia alla sua dimissione. Ecco quindi, che gli elementi propri del trattamento, inteso come regime penitenziario, sono descritti successivamente all'*Ammissione*, *Assegnazione e locali di detenzione*, *Igiene, Vestiario e biancheria da letto*, *Regime alimentare*, *Consulenza legale*, *Contatti con l'esterno*.

<sup>62</sup> E' opinione pacificamente condivisa che un trattamento rieducativo ben strutturato possa avere maggiori chance di successo in termini di recupero se il soggetto a cui è rivolto è un minore. Si tratta infatti di destinatari su cui è maggiormente possibile incidere con un percorso tendente alla risocializzazione e reinserimento sociale, anche perché una lunga aspettativa di vita può determinare un cambiamento nel minore orientato alla speranza di un futuro migliore.

gli adulti. L'inopportunità che per uno di essi sia disposta l'ordinaria carcerazione emerge anche dalla difficoltà di estendere istituti e regole pensati per gli adulti a soggetti per i quali devono essere inevitabilmente previste attenzioni particolari. Basti soffermarsi sul tema del lavoro in carcere, che richiede le stesse cautele previste per il lavoro dei minori liberi, così come le questioni di salute, trattandosi di persone la cui crescita non si è ancora arrestata.

Ciononostante in tutto l'impianto normativo della riforma dell'ordinamento penitenziario si trovano solo tre norme dedicate alla rilevanza dell'età anagrafica: l'art. 14 co. 3 di carattere generale, l'art. 59 relativo agli istituti per adulti<sup>63</sup> e l'art. 79 in tema di misure penali per i minori.

La prima norma, oltre affermare la necessità di separare i detenuti e gli internati in base all'età, null'altro dice sul punto. Solo è rilevabile una discrasia con la disciplina generale del diritto civile per la quale si acquista la maggiore età al compimento dei 18 anni<sup>64</sup>, mentre per l'ordinamento penitenziario sino a 25 anni il soggetto va separato dagli adulti. In concreto, ciò avviene solo se la persona compie i 18 anni durante lo stato di detenzione o internamento, circostanza per la quale non verrà trasferita in un istituto per adulti ma rimarrà nel carcere minorile; ciò per evitare di interrompere un percorso trattamentale ormai intrapreso e per impedire che un giovane si trovi a dover affrontare la diversa realtà di un carcere ordinario.

Seppure la lettera della legge sembrerebbe voler dire che la separazione per gli infraventicinenni dagli adulti dovrebbe essere disposta a prescindere da un precedente stato di detenzione, nella prassi penitenziaria anche un arrestato o fermato di età compresa tra i 18 e i 25 anni nella maggior parte dei casi verrà tradotto in un ordinario istituto per adulti.

Che sia ravvisabile un doppio binario anche relativamente ai detenuti o internati di giovane età lo si evince dal successivo art. 79, dedicato esclusivamente ai *minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali*. Nel riportare questa disposizione al contenuto di carattere generale dell'art. 14 emerge, infatti, che la differenziazione per età dà luogo a tre tipologie diverse: i minori tra i 14 e i 18 anni, i soggetti tra i 18 e i 25 anni, i maggiori di 25 anni. Per i primi sono previsti appositi istituti penitenziari minorili, i secondi devono essere tenuti separati dai terzi, ma a questo punto ci si chiede come. Se fossero assegnati agli istituti predisposti per i minori di anni 18, diversificarli rispetto a questi non avrebbe senso, visto anche il dettato dell'art. 14 co. 3; diversamente, se costituissero un *tertium genus* oltre i minori di anni 18 e i maggiori di anni 25 il legislatore dovrebbe aver previsto qualcosa in tal senso, ma così non è. Probabilmente alcuni istituti penitenziari hanno al loro interno delle sezioni *ad hoc* dedicate a questa categoria, ma una disciplina espressa in tal senso manca.

L'art. 59 è riferibile alla differenziazione per età solo implicitamente, nella misura in cui elenca le diverse tipologie di istituti penitenziari a cui possono essere assegnati

---

<sup>63</sup> Per una disamina della differenziazione degli istituti tra adulti e minori antecedentemente alla riforma del 1975 si veda Tartaglione, *Istituti di prevenzione e di pena*, in *Novv. Dig. It.*, Torino 1982, IX, 230.

<sup>64</sup> Art. 2 c.c. Invero, la soglia dei 25 anni non è sconosciuta al diritto civile, dal momento che per il nostro ordinamento a 18 anni il soggetto si presume pienamente capace di intendere e di volere, ma per l'ottenimento dei diritti politici è necessaria una differenziazione. L'esercizio pieno del diritto di voto, infatti, si consegue con il raggiungimento dei 25 anni, dal momento che solo a quell'età è possibile esprimere le proprie preferenze politiche anche per il Senato della Repubblica.

solo detenuti e internati adulti; ne deriva, al contrario, che tale disciplina non trova applicazione per gli istituti minorili. A parte questa possibile considerazione, null'altro dice la norma in tema di diversificazione del trattamento penitenziario in base all'età, sicché il dettato dell'art. 59 meglio si attaglia alla differenziazione appunto per istituto di cui si dirà più avanti.

Il fatto che il legislatore abbia pensato all'età come uno dei criteri in base al quale operare una differenziazione dei reclusi e la circostanza che poi, in concreto, la disciplina sul punto sia alquanto scarna e lacunosa, non deve portare alla considerazione che la minore età non sia stata tenuta in debito conto. La riforma dell'ordinamento penitenziario, infatti, è avvenuta nel 1975, quando ormai la letteratura scientifica aveva già ampiamente mostrato una particolare attenzione ai minori, liberi o detenuti. Dunque, suona strano che il comma 1 dell'art. 79 estenda l'operatività della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario anche ai minori degli anni 18 sottoposti a misure penali. E infatti, la norma chiarisce subito dopo che tale estensione ha il carattere della temporaneità, ossia varrà sino a quando il legislatore non sarà intervenuto con apposita legge. Nelle intenzioni del legislatore del '75 c'era l'idea di promulgare contestualmente alla legge di riforma dell'ordinamento penitenziario anche la riforma della giustizia minorile. Tuttavia i tempi non coincisero e la scelta di estendere l'operatività della legge n. 354 anche ai minori fu obbligata, a meno di non voler determinare un assoluto vuoto di tutela proprio per i soggetti più deboli, essendo stato anche abolito il precedente regolamento penitenziario<sup>65</sup>.

All'inerzia legislativa<sup>66</sup> ha fatto fronte la giurisprudenza, intervenuta in molte occasioni a ribadire la peculiarità e l'importanza del trattamento rieducativo nei confronti del minore, che deve essere attuato già prima che la sentenza diventi definitiva. La totale assenza di regolamentazione della materia ha fatto sì, poi, che l'opera interpretativa della giurisprudenza di merito abbia modificato numerosi istituti a favore del minore, prevedendo, ad esempio, l'applicabilità di misure alternative anche in situazioni in cui agli adulti non sarebbero state concesse<sup>67</sup>. Ma è dalla giurisprudenza di legittimità che è più volte arrivato il monito circa la necessità di prevedere una disciplina *ad hoc* per il minore recluso, stante il rischio che norme come il citato art. 79 potessero essere soggette a una declaratoria di incostituzionalità<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Sul punto si veda La Greca, *sub art. 79*, cit., 1078.

<sup>66</sup> Nel 1988 è stato promulgato il D.P.R. n. 488 relativo all'*Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, meglio noto come Codice del processo penale minorile, modificato nel 2013 con D. L. n. 146 e nel 2014 con L. n. 10. Il legislatore, dunque, è intervenuto ma disciplinando la giustizia minorile, ma nulla ha previsto relativamente alla fase dell'esecuzione della pena.

<sup>67</sup> Si veda, ad esempio, Trib. min. Milano, sentenza del 8 settembre 1979, in F. It. 1980, II, 69 e ancora Trib. min. Milano, sentenza del 7 agosto 1981. *Contra* Cass. pen., sentenza del 12 novembre 1990 n. 186345. Per una completa disamina della giurisprudenza si veda La Greca, *La disciplina penitenziaria minorile: inerzia legislativa e innovazioni giurisprudenziali*, in F. it., 1982, II, 137.

<sup>68</sup> In particolare si veda Corte Cost., sentenza del 25 marzo 1992 n. 125, in cui si legge: *Con riferimento alla fase esecutiva, invece, le esigenze di recupero e di risocializzazione dei minori devianti e, quindi, di accentuazione della funzione rieducativa della pena e di differenziazione del loro trattamento rispetto a quello previsto per gli adulti ... restano tuttora non integralmente soddisfatte. Con l'impugnato art. 79, infatti, sono state indiscriminatamente estese ai minori le disposizioni dettate per gli adulti dalla legge n. 354 del 1975 di riforma dell'ordinamento penitenziario; e benché la disposizione ... fosse dichiaratamente transitoria, in quanto destinata a*

Al riguardo, recentemente è stato presentato un disegno di legge recante *Norme sull'ordinamento penitenziario minorile e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nei confronti dei minorenni, nonché modifiche al codice penale in materia di pene e di sanzioni sostitutive per i soggetti che hanno commesso reati nella minore età*<sup>69</sup>. Il provvedimento auspica la diversificazione degli istituti di pena per i minori di anni diciotto, rispetto a coloro che hanno tra i diciotto e i venticinque anni. Sono previsti, inoltre, quattro tipologie di strutture: le comunità penali a custodia attenuata per i minori che non hanno commesso reati di particolare allarme sociale, le sezioni per la semidetenzione e la semilibertà, i centri di prima accoglienza per i minori arrestati in flagranza o sottoposti a fermo, comunità pubbliche o private per minori e giovani adulti in custodia cautelare.

Tra i principali obiettivi del disegno di legge c'è la riduzione e il contenimento dell'effetto segregante e desocializzante della detenzione. Si tratta di un punto di partenza obbligato per la realizzazione di un trattamento penitenziario che attui il dettato costituzionale dell'art. 27.

Nelle Regole penitenziarie europee (Parte I, art. 11) è previsto che i minori di anni 18 siano tenuti separati dagli adulti e scontino la loro pena in istituti a loro dedicati; qualora ciò eccezionalmente non fosse possibile, allora dovranno essere seguite regole speciali relativamente ai loro bisogni e alla loro condizione.

#### 4.2.- La differenziazione per sesso

L'ordinamento penitenziario nell'operare le differenziazioni per età, posizione giuridica, condizioni di salute, etc., contrappone tra loro le diverse categorie: i giovani devono essere tenuti separati dagli adulti, gli imputati dai condannati, gli infermi dai sani di mente e via dicendo. La stessa modalità non è stata adottata quando si è reso necessario diversificare il trattamento degli uomini da quello previsto per le donne.

---

*valere "fino a quando non sarà provveduto con apposita legge", essa è rimasta tuttora vigente ... La necessità di non sottovalutare "la pericolosità e gravità del fenomeno della delinquenza minorile" non significa, infatti...che debbano trascurarsi le "possibilità di recupero di soggetti non ancora del tutto maturi dal punto di vista fisiopsichico" ... rispetto ai minori, è particolarmente pressante l'esigenza che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo e pur se la sua applicazione, in quanto legata al "sicuro ravvedimento" del condannato, presuppone un congruo periodo di espiatione, essa è di certo indice di un criterio, coerente alla preminenza per il minore della finalità rieducativa della pena, secondo cui questa va applicata solo fino al momento in cui svolga un'effettiva funzione di emenda.*

<sup>69</sup> Si tratta del disegno di legge n. 1352 presentato su iniziativa dell'on. Mattesini il 28 febbraio 2014 e assegnato al Senato il 23 aprile 2014, il cui esame non è ancora iniziato. Nella relazione introduttiva si elencano le ragioni della necessità di procedere a una riforma dell'esecuzione della pena per i minori. *In primis*, si evidenzia come lo stato di detenzione incida su diritti fondamentali del minore costituzionalmente protetti, onde la necessità di procedere con legge del Parlamento. L'assenza di una regolamentazione legislativa in tal senso, infatti, è la causa principale dell'incostituzionalità dell'art. 79 ord. pen., che equipara incongruamente il trattamento penitenziario dei minori a quello previsto per gli adulti, così come dichiarato dalla Corte Cost. con la sentenza n. 125 del 1992. Anche il Governo recentemente ha sollecitato un adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età nel D.D.L. presentato alla Camera il 23 dicembre 2014.

Per queste ultime il legislatore ha operato una secca enunciazione di principio, in base alla quale *le donne devono essere ospitate in istituti separati o in apposite sezioni di istituto*. In tutto l'impianto normativo di riforma non c'è altra disposizione espressamente dedicata a questo aspetto.

Solo nel D.P.R. n. 230 del 2000 si trovano delle disposizioni dettate in virtù delle peculiarità della detenzione femminile. In particolare, gli articoli 7 e 8 in tema di igiene personale, l'art. 19 relativo alla gestione degli aspetti propri della maternità in carcere, l'art. 89 contenente la disciplina delle traduzioni di detenute e internate.

Di tutte queste norme, solo la disposizione dettata in tema di tutela della maternità e dei figli delle detenute regola aspetti legati *strictu sensu* alla sfera della femminilità, mentre tutti gli altri possono essere riferiti indistintamente sia agli uomini che alle donne, senza necessità di operare alcuna differenziazione.

Invero, sotto il profilo della differenziazione per sesso l'impianto normativo di riforma dell'ordinamento penitenziario non è riuscito a staccarsi dall'idea di lombrosiana memoria secondo cui le donne non delincono e quelle poche che commettono crimini o sono spinte dall'intento di assomigliare agli uomini o sono deviate rispetto alla loro naturale inclinazione di accudimento del prossimo<sup>70</sup>. Un simile approccio è difficile da scardinare poiché trova terreno fertile nei numeri, che sembrano assecondare ancora oggi questo comune sentire: al 31 ottobre 2014 gli uomini reclusi erano 54.207 a fronte di 2.343 donne detenute<sup>71</sup>, dunque la detenzione femminile rappresenta solo il 4% circa.

La visione concernente la criminalità femminile si modificherebbe significativamente se si operasse un cambio di prospettiva e si leggesse il dato statistico prendendo in considerazione l'incremento di questa tipologia di delinquenza in un determinato arco temporale. Si scoprirebbe, così, che negli ultimi venticinque anni questo dato percentuale ha subito una notevole impennata rispetto alla criminalità maschile, complice anche il diverso ruolo che la donna ha assunto in società<sup>72</sup>.

Sull'opportunità di diversificare il regime detentivo degli uomini da quello delle donne ci sarebbe da discutere, sia sotto un profilo di legittimità, sia sotto un profilo di efficacia rieducativa. Circa il primo aspetto, seppure sia indubbio che la diversità di genere determini delle esigenze anche profondamente diverse di difficile contemperamento, una condanna alla privazione della libertà non dovrebbe comportare automaticamente una condanna alla privazione dei rapporti interpersonali anche fisici con l'altro sesso<sup>73</sup>. Ciò potrebbe significare sia che ai detenuti – siano

<sup>70</sup> Si veda Ferrero, Lombroso, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, (prefazione di) Gibson e NraFter, Milano 2009.

<sup>71</sup> Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato statistica ed automazione di supporto dipartimentale - Sezione Statistica, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>72</sup> Cfr. Casale, De Pasquali, Lembo, *Profili criminali e psicopatologici del reo*, Ravenna 2014, 11. Si veda anche Bisi, *Criminalità femminile e differenza di genere* in <http://w3.uniroma1.it/dcnaps/bisi/criminalit%E0.htm>.

<sup>73</sup> D'altronde, se il carcere è un'istituzione di risalente creazione, allora deve coincidere con l'idea che la libertà personale vada riferita esclusivamente alle forme di coercizione fisica e non anche alla libertà di autodeterminazione sessuale. Così si pensava sino a quando il legislatore non ha introdotto il delitto di violenza sessuale tra i reati contro la libertà personale, aprendo la strada a un concetto ben più ampio di libertà personale, ricomprendente tutte le forme di coercizione personale. La scelta è stata comunque oggetto di critica, nella misura in cui la libertà sessuale andrebbe, secondo alcuni,

essi maschi o femmine – dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di un congiungimento anche carnale con i partner (liberi o anch'essi detenuti), sia che nelle carceri si preveda la possibilità di incontrare detenuti dell'altro sesso e intrattenere rapporti di qualsiasi genere.

Riguardo il secondo profilo, l'impulso sessuale è un istinto naturale alla stessa stregua della necessità di intrattenere rapporti sociali, dunque perché riconoscere solo a questi un ruolo fondamentale nella rieducazione, del reo tanto da tutelarli, e non anche al primo<sup>74</sup>? Non è pensabile rieducare e risocializzare un soggetto isolandolo dai contatti umani anche fisici e negando le caratteristiche proprie dell'essere umano<sup>75</sup>.

Di quanto appena detto si è occupato anche il Governo, che nel D.D.L. presentato alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014<sup>76</sup> ha sollecitato una *rivisitazione complessiva* dell'ordinamento penitenziario. Tra le varie questioni che dovrebbero essere oggetto di modifiche legislative, l'esecutivo ha inserito anche la tematica dell'affettività dei detenuti, sollecitando il *riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e delle condizioni generali per il suo esercizio*.

Nelle Regole penitenziarie europee del 2006, pur essendo considerata necessaria la separazione di alcune categorie di detenuti, tra cui appunto i maschi dalle femmine, si riconosce però la possibilità che i due gruppi possano partecipare assieme a delle attività organizzate. La separazione, poi, andrà garantita durante la notte, a meno che gli stessi interessati non consentano a coabitare e che le autorità penitenziarie ritengano che questa misura si iscriva nell'interesse di tutti i detenuti interessati<sup>77</sup>. Sembra, allora, che la separazione sia imposta nell'esclusivo interesse dei reclusi e non per ragioni di mera gestione e sicurezza interna degli istituti, tanto che essa

ricompresa nella libertà morale. Sul punto si veda Fiandaca, *I delitti contro la persona*, Bologna 2011, 186 e Cadoppi, Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova 2010, 282.

<sup>74</sup> Anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto che le esigenze affettive e sessuali sono una esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, *anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei permessi premio, previsto dall'art. 30-ter l. n. 354 del 1975, la cui fruizione — stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi — resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria*. Per la Consulta è *auspicabile un intervento legislativo, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali... e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento*. Così Corte Costituzionale, sentenza n. 301 del 2012.

<sup>75</sup> In Francia nelle carceri sono previste le cd. *Maison Central* in cui è permesso ai detenuti avere incontri sessuali, mentre in Svizzera e in Germania mettono a disposizione dei piccoli appartamenti senza sorveglianza e in Spagna la possibilità di soddisfare la sfera affettiva costituisce un premio riconosciuto i detenuti di buona condotta; in Belgio e in Olanda sono concessi incontri sessuali una volta al mese. In Italia sono stati fatti degli esperimenti nel carcere di Bollate e di Opera, con l'istituzione di stanze dell'affettività. *Ex multis*, Finocchiaro, *Sul preteso diritto dei detenuti alla sessualità "intra moenia" (osservaz. a Corte Cost. 19 dicembre 2012 n. 301)*, in *Giust. civ.*, 2013, 5-6, 907s.; Fiorentin, *Detenzione e tutela dell'affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. Mer.*, 2013, 5, 974s.

<sup>76</sup> Si tratta del Disegno di legge avente ad oggetto *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*. Per una sintesi si veda [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 15 gennaio 2015.

<sup>77</sup> art. 18 co.9.

decade nel momento in cui gli stessi detenuti ne facciano richiesta e nessun altro soggetto vi si opponga. Di disposizioni simili nel nostro ordinamento penitenziario non vi è traccia; tutt'al più l'art. 14 co. 4 ord. pen. prevede la possibilità che i reclusi possano partecipare ad attività organizzate per categorie diverse da quella di appartenenza, senza che però ciò significhi che possano svolgerle assieme.

A livello europeo non si nega che la differenza di genere implichi una differenziazione trattamentale, tanto che le citate Regole richiedono che siano tenute in debito conto i peculiari bisogni fisici, sociali e psicologici delle donne rispetto a quelli dell'uomini, soprattutto se le detenute sono in stato di gravidanza o hanno figli minori. Probabilmente, la necessità di differenziare il trattamento a seconda del sesso dovrebbe essere finalizzata esclusivamente all'individuazione della migliore e maggiormente rispondente offerta trattamentale, senza che ciò debba necessariamente implicare una separazione tra le due categorie.

#### 4.3.- La differenziazione per posizione giuridica

La diversità di posizione giuridica tra coloro che sono imputati in un giudizio penale e coloro che sono condannati è talmente semplice nella sua evidenza da costituire al tempo stesso uno degli aspetti più problematici della differenziazione trattamentale. Se la presunzione di non colpevolezza<sup>78</sup>, infatti, costituisce uno dei cardini del nostro ordinamento giuridico, allora risulta alquanto difficile individuare e giustificare la necessità di un trattamento penitenziario finalizzato alla rieducazione per un soggetto per il quale pur essendoci gli estremi per l'applicazione di una misura cautelare, potrebbe risultare al termine del processo estraneo ai fatti e quindi innocente.

Alla base di una tale difficoltà sono ravvisabili due ordini di ragioni. Nell'ambito della prima, la considerazione è quasi scontata, poiché per un soggetto non colpevole non è ipotizzabile nessun trattamento rieducativo: non avendo egli commesso il fatto a cosa dovrebbe essere rieducato? C'è, poi, l'esigenza di salvaguardia del diritto di difesa<sup>79</sup>, che potrebbe essere condizionato da interventi particolarmente incisivi posti in essere dagli operatori dell'*équipe* trattamentale su una persona che a maggior ragione sapendosi innocente, si trova in un momento di vulnerabilità e fragilità. A tali obiezioni si oppone, da un lato, che non è ragionevole ipotizzare una previsione di trattamento per il reo condannato e lasciare l'imputato, ancorché innocente, senza alcuna possibilità di impegnare il tempo in qualche attività programmata. La mancanza di una qualsiasi forma di opportunità per l'imputato assumerebbe i contorni di un'afflizione ingiustificata, laddove, pur non essendo necessaria una rieducazione, non si può neanche determinare una diseducazione dovuta all'assenza di qualsiasi forma di attività con conseguente inedia durante il periodo di carcerazione. Inoltre, l'individualizzazione del trattamento – intesa come diversificazione delle attività trattamentali rispetto ai condannati – significa anche riconoscimento dello *status* di imputato e quindi della possibilità che il soggetto sia innocente, con l'ulteriore conseguenza che così si riducono le possibilità di un effetto criminogeno della detenzione dovuto e alla stessa condizione di reclusione e a eventuali influenze negative scaturenti da relazioni tra condannati e imputati.

<sup>78</sup> Si veda in proposito gli artt. 27 co. 2 Cost. e art. 1 co. 5 ord. pen.

<sup>79</sup> Cfr. Canepa, Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2004, 116.

L'art. 13 ord. pen., pur disciplinando l'individualizzazione del trattamento, non sembrerebbe riferibile in alcun modo alla tematica *de qua*, dal momento che non richiama espressamente la distinzione tra imputati e condannati, ma solo quella tra condannati e internati. In realtà, il legislatore scientemente non ha operato differenze e ha affermato al primo comma il principio per cui il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, volendo con ciò significare che il trattamento deve essere assicurato a tutti coloro che per un motivo o per un altro si trovano in stato di reclusione.

A tal punto sorge, allora, il problema relativo all'individuazione del trattamento più opportuno ed efficace per l'imputato. Diversamente dal condannato, infatti, per il quale tale passaggio è garantito dal periodo di osservazione scientifica ad opera dell'*équipe* trattamentale, per l'imputato non si instaura un rapporto formalmente programmato. Ne consegue che non sarà possibile scandagliare gli aspetti della sua personalità per individuare una giusta offerta trattamentale ritagliata sul singolo soggetto. La volontà dell'imputato che manifesti l'intenzione di prendere parte alle attività presenti nell'istituto penitenziario costituisce l'unico criterio utile all'individuazione del trattamento<sup>80</sup>, sicché si può dire che mentre per il condannato è l'istituzione che va verso lo stesso offrendogli la possibilità di seguire un percorso, per l'imputato è esattamente l'opposto, essendo quest'ultimo a dover chiedere di prendere parte al trattamento.

Due le considerazioni che si possono trarre da una simile soluzione. Sotto un primo profilo, l'ordinamento ha mostrato di non curarsi affatto degli imputati ma solo dei condannati, per i quali il trattamento è offerto, previsto e programmato<sup>81</sup>. Sotto un altro profilo si configura una situazione paradossale per cui un innocente deve cercare di procurarsi un trattamento previsto per altri, ed è dunque ragionevole pensare – anche a causa della scarsità di risorse – che gli saranno offerte le possibilità residue non colte dai condannati, mentre, nel preciso istante in cui dovesse mutare il suo *status* in condannato, allora gli si apriranno le porte del trattamento<sup>82</sup>.

Può, poi, accadere che l'imputato non mostri alcun interesse a partecipare a delle attività trattamentali e in linea di principio ciò non dovrebbe essere oggetto di nessuna valutazione negativa. Tuttavia così non è se l'art. 26 co. 5 reg. esec. prevede che ai fini della liberazione anticipata sia valutato l'impegno mostrato durante tutto il percorso trattamentale, dunque anche relativamente al periodo trascorso in detenzione a titolo di imputato<sup>83</sup>.

La volontà dell'imputato come elemento di assoluta centralità del trattamento penitenziario è un principio esplicitato dal legislatore nell'art. 15 co. 3 ord. pen. La scelta lessicale del termine '*ammessi*' riferito agli imputati lascia pensare più ad una concessione che devia da quella che sarebbe stata un'esclusione, piuttosto che a una possibilità offerta. Concessione che per le attività educative, culturali e ricreative non dovrebbe incontrare particolari difficoltà, mentre per l'attività lavorativa ovvero

---

<sup>80</sup> Sul punto si veda Grevi, *Diritti*, cit., 19.

<sup>81</sup> Autorevole dottrina ritiene che sussista un vero e proprio diritto al trattamento solo in capo ai condannati reclusi, che obbligherebbe l'amministrazione penitenziaria a svolgere attività di osservazione e trattamento. Cfr. Grevi, *sub art. 1, Commento*, cit., 18.

<sup>82</sup> Il paradosso diventa drammatico ove si prenda in considerazione l'arco temporale in cui si può snodare una misura cautelare.

<sup>83</sup> Cfr. Bernasconi, *sub art. 13, Commento*, cit., 166.

di formazione professionale in presenza di giustificati motivi o per contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria potrebbe essere negata.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca il disposto dell'art. 82 co. 2 ord. pen., che attribuisce alla figura dell'educatore penitenziario anche il compito di svolgere attività educative nei confronti degli imputati, sempre che ciò sia consentito. Proprio quest'ultima affermazione ribadisce che il trattamento di coloro che sono in misura cautelare deve rispettare un duplice limite: oggettivo, nel senso della mancanza di ostacoli di natura giudiziale, soggettivo, relativamente alla volontà partecipativa del soggetto.

Il segno vero e proprio della differenziazione trattamentale tra imputati<sup>84</sup> e condannati si coglie nei contenuti degli interventi e delle attività possibili. L'art. 1 del regolamento di esecuzione, infatti, è molto chiaro al riguardo, nella misura in cui specifica che per la prima categoria l'offerta deve essere finalizzata a garantire un sostegno al soggetto nel periodo di detenzione che sta subendo, assecondando i suoi interessi umani, culturali e professionali. Il legislatore non opera alcun riferimento ad un eventuale scopo rieducativo da perseguire, scopo che invece diventa centrale relativamente ai condannati. Per questi ultimi, infatti, le attività devono tendere alla *modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale*.

Infine, in relazione ad un aspetto di carattere pratico del trattamento economico spettante a coloro che svolgono un lavoro durante il periodo di detenzione, la legge sull'ordinamento penitenziario differenzia ulteriormente tra condannati, internati e imputati. Solo per i primi è prevista la possibilità che parte della remunerazione sia oggetto di pignoramento e/o sequestro per garantire il risarcimento del danno, il mantenimento in carcere e il rimborso per le spese del procedimento<sup>85</sup>. Diversamente, le somme accumulate dalle altre due categorie di detenuti possono essere trattenute solo per garantire il pagamento degli alimenti ovvero il risarcimento dei danni arrecati a beni mobili o immobili dell'amministrazione.

#### 4.4.- La differenziazione strutturale: gli istituti carcerari

Pur avendo in precedenza trattato le diverse forme di differenziazione, volutamente non è stata affrontata quella che può sembrare l'ipotesi più scontata, ossia la differenziazione per istituti. La difficoltà di un inserimento della differenziazione per istituti nelle ipotesi oggettive, piuttosto che in quelle soggettive dipende soprattutto da come la si voglia considerare.

Una prima chiave di lettura potrebbe semplicisticamente trattare tale ipotesi come una questione legata esclusivamente all'allocazione dei detenuti all'interno dell'edilizia carceraria. Anche la collocazione sistematica della relativa disciplina nella legge di riforma dell'ordinamento penitenziario deporrebbe per una simile soluzione. Dei due titoli di cui si compone la legge n. 354/75 – il primo dedicato al

---

<sup>84</sup> L'ultimo comma dell'art. 1 reg. esec. estende tutte le disposizioni previste nel regolamento per i soggetti imputati anche a coloro che sono solo indagati.

<sup>85</sup> E' comunque fatta salva una quota pari a tre quinti (a menù di alimenti da versare o danni a beni dell'amministrazione da risarcire), per garantire il sostentamento personale e familiare del condannato.

trattamento e il secondo all'organizzazione penitenziaria –, infatti, l'art. 59 (rubricato *Istituti per adulti*) costituisce norma di apertura del secondo, quasi a negare che una scelta di suddivisione per strutture potesse in qualche misura giocare un ruolo nel trattamento penitenziario. D'altronde, anche nel Regolamento del 1931 la suddivisione non rispondeva a una logica trattamentale. Prevalente era ancora l'idea, infatti, che la sanzione penale dovesse svolgere soprattutto una funzione di emenda e di punizione, oltre che al tempo stesso di prevenzione speciale intesa nel senso negativo della neutralizzazione. La differenziazione operata dal legislatore dell'epoca si giustificava, poi, ora in relazione al tipo di pena irrogata, ora alla condotta di vita del reo, ma trovava una sua ragion d'essere anche rispetto all'età del soggetto, piuttosto che allo stato della sua salute mentale.

Nessuna logica trattamentale era, dunque, ravvisabile in tali suddivisioni, se non necessità legate esclusivamente all'organizzazione penitenziaria, nonché alle stesse esigenze repressive.

Considerando, quindi, l'attuale art. 59 come il portato del precedente assetto normativo, allora la suddivisione per istituti costituirebbe una categoria di differenziazione del tutto priva di autonomia. La classificazione degli istituti per adulti – che già di per sé presuppone l'esistenza di strutture per i minori in risposta alla differenziazione per età – in istituti di custodia cautelare, per l'esecuzione delle pene, delle misure di sicurezza e centri di osservazione, non fa altro che rinviare alle diverse ipotesi di differenziazione trattamentale oggettiva e soggettiva già esaminate.

Diversamente, una seconda chiave di lettura farebbe pensare alla differenziazione per istituti come a un ulteriore aspetto strumentale al trattamento rieducativo. Proprio la collocazione sistematica all'inizio della legge del '75 permette di ritenere che il trattamento è il principio ispiratore dell'intero impianto di riforma. Ne deriva che qualsiasi elemento del sistema penitenziario deve essere espressione di ciò, ivi compresa l'organizzazione penitenziaria oggetto del Titolo II e in particolar modo l'art. 59. In tale ottica la suddivisione per istituti costituirebbe una differenziazione di secondo livello, dal momento che riguarderebbe l'accorpamento di detenuti che già sono già stati oggetto di inserimento in categorie omogenee. In tanto un soggetto si trova in un istituto per l'esecuzione delle misure di sicurezza in quanto già è stato classificato come non imputabile e differenziato rispetto a un imputabile, che verrà a sua volta assegnato a un istituto per l'esecuzione delle pene.

D'altra parte, la possibilità di elaborare un programma trattamentale efficace non può prescindere dalla valutazione del contesto strutturale in cui è inserito il detenuto, così come un istituto che non sia dedicato espressamente a cerchie omogenee di soggetti può vanificare gli sforzi trattamentali, alla stessa stregua di un'errata assegnazione a un istituto piuttosto che a un altro.

L'individuazione di un nesso funzionale tra il trattamento e la differenziazione per istituti troverebbe un'ulteriore conferma anche nel riconoscimento in capo all'Amministrazione penitenziaria di un ampio potere discrezionale relativamente alle scelte di assegnazione e trasferimento dei detenuti. La conoscenza delle condizioni oggettive e soggettive della persona e delle diverse ipotesi di offerte trattamentali sono meglio note nei particolari agli operatori penitenziari che hanno seguito il periodo di osservazione, rispetto alla magistratura che non ne ha una contezza diretta.

Ancora, l'importanza di una differenziazione strutturale nell'attuazione del principio trattamentale si evince dalla scelta normativa da un lato, di specificare ulteriormente

le singole ipotesi in disposizioni dedicate immediatamente successive all'art. 59 ord. pen., dall'altro, di richiamarla in diversi momenti legislativi. L'art. 64 ord. pen., ad esempio, sembra costituire una norma di sistema più che una semplice ipotesi di differenziazione. Disciplina, infatti, la differenziazione degli istituti per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza, ravvisando la duplice esigenza di garantire la separazione in base alla posizione giuridica dei detenuti e degli internati e di rispondere alle necessità trattamentali individuali o di gruppo. Alla stessa stregua, l'art. 14 co. 1 ord. pen. svolge un ruolo di criterio guida, laddove mette in stretta correlazione l'individualizzazione del trattamento con la necessità di limitare il numero dei detenuti e internati negli istituti e sezioni.

Un'altra questione ugualmente connessa all'art. 59 e per nulla marginale rispetto a tale tematica, si pone relativamente al termine '*strutturale*' utilizzato per individuare l'ulteriore ipotesi di differenziazione. Questa, infatti, sembra non particolarmente rispondente alla categorizzazione operata dal legislatore riferita a una suddivisione per istituti, richiamando maggiormente l'edilizia carceraria, da intendersi proprio come costruzione separata per tipi di edificio, piuttosto che l'istituzione carceraria in sé. Invero, il riferimento agli istituti è un retaggio del sistema penitenziario del 1931, poiché il Regolamento Rocco, soprattutto per esigenze organizzative, aveva operato una tipizzazione per istituti molto varia e al tempo stesso alquanto rigida. Il codice Rocco, dal canto suo, nel disciplinare i diversi tipi di sanzione previsti non opera alcun riferimento alla differenziazione degli istituti, ma si limita ad affermare che le sanzioni detentive vanno scontate in uno degli istituti a ciò destinati. Nell'affermare ciò, il codice faceva riferimento a generici stabilimenti carcerari, sembrando così ascrivere a tale riferimento una valenza esclusivamente materiale, intendendo tali luoghi sotto il profilo esclusivamente strutturale e disconoscendo qualsiasi riferimento all'essenza trattamentale. Tuttavia una classificazione in tal senso può anche comportare che all'interno della stessa struttura convivano diverse tipologie di detenzione, con delle ricadute sotto il profilo sia trattamentale sia economico.

Relativamente al primo aspetto, infatti, pur presentando delle peculiarità proprie, normativamente disciplinate per ogni istituto, la direzione di tutta la struttura è unica. Ne consegue che l'impronta direttiva nel senso di un maggiore o minore garantismo, supportata dall'ampio potere discrezionale riconosciuto per legge, è la stessa. Ciò facilmente può generare dei dubbi in termini di efficacia e opportunità, dal momento che se può funzionare bene per un ordinario istituto detentivo, altrettanto non potrebbe dirsi per un ospedale psichiatrico giudiziario e viceversa, trattandosi di tipologie la cui *ratio* istitutiva è profondamente diversa.

Per quanto concerne il secondo aspetto, i costi di gestione di strutture così ampie ed eterogenee per platea di soggetti che vi si trovano e vi operano, sono fisiologicamente più elevati rispetto a singole strutture, quanto meno sotto il profilo di una macchina organizzativa inevitabilmente complessa. Le strutture, pertanto, dovrebbero ricoprire un ruolo non più solo in termini edilizi, quanto piuttosto in chiave trattamentale, a partire proprio dalle loro dimensioni. La concentrazione in luoghi piccoli e appositamente pensati per la gestione di categorie ben individuate di soggetti, ritagliate sulle esigenze dello specifico trattamento richiesto, permetterebbe di ridurre le spese e i relativi costi, ma soprattutto di garantire una dimensione adeguata all'apporto fornito dal programma trattamentale, con ovvie ricadute sulla rieducazione e risocializzazione dei detenuti.

#### 4.5.- La differenziazione per fine pena. La dimissione

L'ordinamento penitenziario prende in considerazione solo il momento in cui il detenuto, avendo finito di scontare la pena, lascerà il carcere. In particolare, l'art. 43 co. 1 e 2 prevede che il direttore dell'istituto informi i servizi sociali del luogo in cui ha sede l'istituto e quelli del luogo dove il soggetto intende stabilire la sua residenza, affinché predispongano gli opportuni interventi assistenziali. Di tutte le dimissioni sono avvisati il magistrato di sorveglianza, il questore e l'ufficio di polizia territorialmente competente.

Tuttavia, anche l'ultimo periodo che il condannato trascorre in istituto riveste una particolare importanza nel percorso trattamentale, tanto che il Regolamento di esecuzione contiene alcune disposizioni al riguardo, che danno luogo a una vera e propria ipotesi di differenziazione trattamentale. In particolare, l'art. 88 circoscrive tale periodo a sei mesi antecedenti la scarcerazione, arco temporale in cui gli operatori penitenziari coinvolti nel programma trattamentale concentrano la loro attività sulla soluzione dei problemi specifici connessi alle condizioni di vita familiare, di lavoro e di ambiente che plausibilmente il soggetto si troverà ad affrontare. Si tratta di un momento talmente delicato, che la norma prevede la possibilità che il detenuto richieda un trasferimento in una struttura più vicina al luogo di residenza. Evidentemente, nel bilanciamento degli interessi prevale quello di avvicinare il detenuto al territorio in cui si deve reinserire, piuttosto che le difficoltà che un trasferimento per un breve periodo possono significare sia in termini organizzativi per la struttura accogliente sia in termini di adattabilità per il soggetto stesso.

Un percorso trattamentale differenziato per il condannato in dimissione, che tenga in considerazione le esigenze di reinserimento in società soprattutto per coloro che provengono da una pena detentiva di più lunga durata, dovrebbe realizzare una progressione tale che il reo possa lentamente riprendere contatto con la libertà. Di tale opportunità si è avveduto anche il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che con una nota dell'8 luglio 2010 n. 290895 ha istituito delle sezioni *ad hoc* per i cosiddetti dimittendi. Non tutti possono accedervi, ma solo i detenuti che hanno concretamente dimostrato una partecipazione attiva al programma trattamentale è sempre che non sussistano cause ostative.

La progressione trattamentale, dunque, dovrebbe tradursi nel programma finalizzato al reinserimento in società del reo da attuarsi sei mesi prima della scarcerazione prevista, nell'assegnazione nei successivi tre mesi alle sezioni dimittendi che dovrebbe caratterizzarsi per una maggiore libertà di movimento e minori controlli, nell'ammissione alla liberazione condizionale nell'ultimo mese.

Le Regole penitenziarie europee relativamente alla liberazione dei detenuti, agli artt. 33 e 107 dispongono una disciplina alquanto dettagliata, che richiede un'assistenza sia nella fase finale dell'esecuzione della pena, sia nella fase post penale. Ogni detenuto deve beneficiare di provvedimenti che mirano a facilitare il suo ritorno nella società e il programma trattamentale deve essere finalizzato a facilitare il passaggio alla vita extramuraria. A tale scopo molta importanza viene data a una efficace assistenza sociale, tanto che si richiede una stretta collaborazione tra tutti gli operatori, penitenziari e non, sia per permettere una ripresa dei legami familiari, sia per poter trovare un lavoro all'esterno.

## 5.- la differenziazione soggettiva

### 5.1.- La differenziazione umanitaria. Gli infermi di mente

Differenziazione trattamentale e uguaglianza di trattamento, lungi dall'essere due aspetti totalmente contrapposti come sembrerebbe, sono due concetti che costituiscono il diritto e il rovescio della stessa medaglia, nel senso che il primo non può prescindere dal secondo e viceversa.

L'individualizzazione del trattamento, infatti, implica ontologicamente il rispetto del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, da intendersi sia in senso formale, sia in senso sostanziale. Ne discende, da un lato, che i reclusi negli istituti penitenziari sono trattati tutti allo stesso modo, senza che si possano riscontrare situazioni di privilegio o di migliori condizioni di vita<sup>86</sup>, dall'altro che situazioni diverse debbano essere trattate in maniera diversa, si da garantire il raggiungimento di una parità sostanziale. Infine, proprio la necessità che sia assicurata un'uguaglianza di trattamento determina l'esigenza di una differenziazione dell'offerta rieducativa, dovendo questa essere ritagliata sul singolo detenuto per essere realmente efficace sotto il profilo della rieducazione e risocializzazione<sup>87</sup>.

Ecco spiegato il motivo per cui tutte le disposizioni contenute nella legge sull'ordinamento penitenziario si rivolgono indifferentemente ai condannati e agli internati, salvo predisporre una disciplina *ad hoc* relativamente agli aspetti peculiari di una categoria rispetto all'altra<sup>88</sup>.

L'art. 3 ord. pen. è dedicato, infatti, proprio alla parità di condizioni tra detenuti e internati, ma questa non deve costituire un termine di paragone tra le due categorie, bensì deve essere riferita alla singola tipologia di reclusi<sup>89</sup>. Dunque, è necessario assicurarsi che il trattamento dei condannati sia improntato all'uguaglianza e alla stessa stregua il trattamento degli internati deve garantire la parità tra gli stessi.

La circostanza che per i primi sia intervenuta una sentenza di condanna a irrogare la pena della detenzione, mentre per i secondi l'ordinamento prevede l'applicabilità di una misura di sicurezza in virtù della pericolosità sociale del soggetto, permette di cogliere la *ratio* della scelta normativa. La diversità del fondamento dei presupposti applicativi della reclusione, a seconda che la si riferisca ai condannati ovvero agli

<sup>86</sup> Si tratta di una specificazione del principio già esplicitato nell'art. 1 co. 2 ord. pen., ma l'art. 3 ha una portata ridotta, riferendosi in particolare alle condizioni di vita in concreto all'interno degli istituti di reclusione. Prova ne è il successivo riferimento a un aspetto pratico come le limitazioni al peculio e ai beni provenienti dall'esterno. Anche la Raccomandazione R (2006)2 dedica la Regola 13 al principio di uguaglianza tra i detenuti, collocato subito dopo le norme sulla differenziazione trattamentale dei minori e degli infermi di mente.

<sup>87</sup> Sul punto si veda Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino 2002, 176.

<sup>88</sup> Disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente sono previste dall'art. 20 reg. esec.; l'art. 111 reg. esec., poi, detta norme in materia di gestione degli ospedali psichiatrici giudiziari e altri istituti simili, mentre l'art. 112 reg. esec. regola le modalità di accertamento delle infermità psichiche.

<sup>89</sup> Così Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna 1982, 150s. L'autore ritiene che la scelta legislativa si giustifichi in quanto rivolta ad affermare l'imparzialità dell'amministrazione penitenziaria, piuttosto che *l'uguaglianza di tutti i membri dell'istituzione*.

internati, fa venire meno l'esigenza di uguaglianza tra le due categorie, poiché non vi è dubbio che situazioni diverse debbano essere trattate in maniera diversa<sup>90</sup>.

Una puntuale analisi dell'intero impianto di riforma dell'ordinamento penitenziario fa emergere, però, che l'affermazione appena formulata risulta incoerente rispetto al sistema nel suo complesso. Una differenziazione trattamentale fondata sulla necessità di fronteggiare una problematica psichiatrica da cui è probabilmente scaturito il crimine, dovrebbe portare a considerare il percorso degli internati totalmente diverso da quello dei condannati. La circostanza che i primi, infatti, sono affetti da una malattia mentale tale da averli resi incapaci di intendere e di volere quanto meno al momento della commissione del fatto, avrebbe dovuto indurre il legislatore a separare nettamente il trattamento delle due categorie.

Nessun punto di contatto si potrebbe ravvisare tra il trattamento dei condannati a sanzione penale per aver commesso un reato nel pieno delle facoltà mentali, rispetto al trattamento degli internati sottoposti a misura di sicurezza per il loro stato mentale.

Ricapitolando, l'ordinamento penitenziario sembra dare segni del tutto contrastanti tra loro. In prima istanza, infatti, tra condannati e internati non è richiesta l'uguaglianza di trattamento poiché questa deve essere assicurata solo all'interno della stessa categoria di soggetti. La differenziazione, poi, si concretizza nella previsione di luoghi diversi di espiazione (istituti penitenziari per i primi e ospedali psichiatrici giudiziari per i secondi). Tuttavia, la maggior parte delle disposizioni sono riferite indifferentemente a entrambe le tipologie di reclusi e anche il trattamento nei contenuti generali è indifferenziato<sup>91</sup>. E' come se il legislatore avesse operato una non scelta, optando per un trattamento che si attegga a essere differenziato solo in alcune ipotesi, prediligendo una indifferenziazione in altre.

Meglio sarebbe stato, probabilmente, prevedere degli elementi trattamentali diversi e ulteriori da riservare agli internati data la peculiare condizione personale. La differenziazione trattamentale si sarebbe dovuta concretizzare in due dati: l'individuazione di un vero e proprio programma di cura da svolgersi in un ospedale e la dimensione custodiale, che diversamente dalla realtà odierna, doveva essere del tutto marginale per i delinquenti patologici.

La differenziazione trattamentale, invece, si è tradotta in una perdita di garanzie e diritti per gli internati. Le condizioni di vita negli ospedali psichiatrici giudiziari in cui si svolge la reclusione degli internati sono talmente disumane e degradanti, ben più di quelle degli ordinari istituti penitenziari – che seppure affollati mantengono ancora un livello nel complesso accettabile – da far ritenere del tutto irragionevole la soluzione accolta dal legislatore<sup>92</sup>. Vale a dire, se i risultati della non differenziazione

---

<sup>90</sup> La citata Raccomandazione del 2006 all'art. 12 prevede la necessità della differenziazione trattamentale delle persone affette da malattie mentali il cui stato è ritenuto incompatibile con il carcere. Nonostante, dunque, si ritenga che tali soggetti debbano essere ospitati in apposite strutture, ove questo eccezionalmente non possa essere garantito, allora dovranno essere predisposte regole speciali.

<sup>91</sup> Relativamente a quest'ultimo punto, infatti, l'art. 15 ord. pen., nell'esplicitare gli elementi che formano i contenuti del trattamento penitenziario finalizzato alla rieducazione e risocializzazione non opera alcuna differenziazione tra condannati e internati, anzi li indica entrambi come destinatari delle stesse attività.

<sup>92</sup> Cfr. Pugiotto, *Il volto*, cit. L'autore definisce gli ospedali psichiatrici giudiziari dei *non-luoghi per non-persone*.

sono così negativi, tanto da rendere inevitabile la soppressione<sup>93</sup> degli istituti dedicati agli internati, meglio sarebbe stato attuare una differenziazione trattamentale in concreto.

Anche le Regole penitenziarie europee del 2006 non si discostano molto dalla soluzione adottata dal legislatore italiano, prevedendo degli istituti *ad hoc* per coloro che sono affetti da malattie mentali che ben potrebbero corrispondere agli OPG, e non escludendo la possibilità che tali soggetti possano essere detenuti in carcere<sup>94</sup>.

## 5.2.- Il trattamento dei tossicodipendenti e delle madri detenute

L'ordinamento penitenziario ha optato per un trattamento differenziato rispetto ad alcune categorie di criminali, in conseguenza di particolari situazioni che hanno investito la persona stessa. In particolare, il riferimento è da un lato ai tossicodipendenti e ai malati di AIDS, il cui stato di salute fisico e psichico giustifica un trattamento diverso rispetto ai delinquenti comuni, dall'altro alle madri con prole inferiore ai tre anni, condannate alla sanzione della pena detentiva.

Il trattamento dei delinquenti assuntori di sostanze stupefacenti risulta essere ancora più differenziato<sup>95</sup> non solo nella sostanza, ma anche nella forma rispetto alle altre

---

<sup>93</sup> Gli ospedali psichiatrici giudiziari sono stati aboliti con d.l. n. 211 del 2011, ma non essendo ancora stata prevista una soluzione alternativa finalizzata all'accoglienza dei delinquenti con patologie psichiatriche, l'apertura di tali istituti è stata più volte prorogata e ad oggi il nuovo termine di chiusura è fissato a marzo 2015 ai sensi del d.l. n. 52 del 2014. Stando a tale ultimo decreto, la misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario non potrà più essere disposta a meno di situazioni di particolare pericolosità sociale, ma il giudice dovrà fare ricorso alle altre misure di sicurezza. Già la Corte Costituzionale (sentenza n. 253 del 2003) si era pronunciata in tal senso, riconoscendo al giudice la possibilità di disporre la libertà vigilata in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico. Sul punto *ex multis*, si veda Dolcini, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Padova 2006, II, 1090; Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un 'fossile vivente' quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, I, 64s.; Piccione, *Morte di un'istituzione totale? Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista), 2012, n. 1, 8; Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva (commento al d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 409s.; Scomparin, *Dalla riduzione urgente della tensione detentiva alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari: primi interventi, governativi e parlamentari, per una nuova politica criminale*, in *Leg. pen.*, 2012, 325s.

<sup>94</sup> Le Regole penitenziarie europee distinguono l'ipotesi in cui il soggetto è affetto da malattia mentale, dall'ipotesi in cui sono state riscontrate turbe mentali. Nel primo caso, la Regola 12 dispone: *1. Le persone affette da malattie mentali e il cui stato mentale è incompatibile con la detenzione in carcere dovrebbero essere detenute in un istituto specificamente concepito a questo scopo. 2. Se ciò non ostante queste persone sono eccezionalmente detenute in un carcere, la loro situazione e le loro esigenze devono essere disciplinate da regole speciali*. Nel secondo caso la regola 47.1 prevede che si devono organizzare istituti o sezioni specializzate poste sotto controllo medico per l'osservazione e il trattamento dei detenuti colpiti da affezioni e da turbe mentali, che non rientrano necessariamente nelle disposizioni della Regola 12.

<sup>95</sup> Che il trattamento dei criminali tossicodipendenti debba essere più differenziato di altri è ormai un dato largamente condiviso, tanto che molti auspicano una differenziazione non solo nella fase dell'esecuzione della pena ma già dal processo, con la previsione di un giudizio *ad hoc* alla stessa stregua di quanto avviene per i minori e sulla falsariga delle *Drug Court* dei paesi anglosassoni. Sul punto si veda Coppetta, *La libertà personale del tossicodipendente*, in *Giur. sist. dir. pen.*, Torino 1998, 258; Curti Gialdino, *Tossicodipendenze e contesto carcerario*, in Quadrio, De Leo (a cura di), *Manuale di psicologia giuridica*, Milano 1995, 75; Pavarini, *La pena tossica. Carcere misure*

categorie di detenuti, dal momento che la sua disciplina non è contenuta nella legge sull'ordinamento penitenziario. Il legislatore, infatti, ha scelto di racchiudere tutta la normativa sulle sostanze stupefacenti in un Testo unico<sup>96</sup>, ivi comprese le disposizioni in tema di esecuzione della pena del tossicodipendente.

La *ratio* sottesa a tale scelta è da ravvisare nella considerazione che è lo stato di dipendenza psicofisica a determinare un soggetto alla commissione di reati<sup>97</sup>, sicché si rende necessaria l'individuazione di un'offerta trattamentale finalizzata prima all'interruzione della dipendenza e poi alla rieducazione e risocializzazione non condizionata dalle droghe. Ecco perché il legislatore ha differenziato il trattamento dei tossicodipendenti criminali, prevedendo una forma *ad hoc* di affidamento in prova ai servizi sociali e l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (artt. 90 e 94 D.P.R. n. 309 del 1990).

L'esigenza ancora più marcata di operare una differenziazione trattamentale rispetto agli altri detenuti comuni per il particolare stato psicofisico, in aggiunta alla circostanza per cui la tossicodipendenza criminale costituisce un fenomeno sempre in costante aumento con conseguente crescita dell'allarme sociale e con significative ricadute sul sovraffollamento carcerario<sup>98</sup>, ha determinato il legislatore a prevedere l'istituzione di strutture carcerarie apposite. Ecco quindi che sul finire degli anni Novanta sono stati introdotti gli Istituti a custodia attenuata (ICATT)<sup>99</sup>, in cui il soggetto può seguire un programma di cura e riabilitazione individualizzato<sup>100</sup>.

---

*limitative della libertà per il condannato e imputato tossicodipendente*, in Bricola, Insolera (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Padova 1991, 169.

<sup>96</sup> Si tratta del D.P.R. n. 309 del 1990 recante disposizioni in tema disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Il Testo unico è stato più volte significativamente rivisitato, a seconda della prevalenza, in un determinato momento storico, delle istanze permissivistiche piuttosto che di quelle proibizionistiche. Non ultimo l'inasprimento del trattamento sanzionatorio ad opera della legge n. 49 del 2006, recentemente dichiarato incostituzionale dalla Consulta con sentenza n. 32 del 25 febbraio 2014. La dichiarazione d'incostituzionalità ha avuto come conseguenza la riespansione della precedente legge Jervolino-Vassalli (n. 162 del 1990) e la successiva rivisitazioni delle tabelle ministeriali sulle sostanze stupefacenti.

<sup>97</sup> Sotto il profilo della criminalità connessa ai fenomeni di tossicodipendenza, si osserva che la problematica penale non riguarda solo i tossicodipendenti che delinquono non avendo i mezzi per procurarsi la droga. La casistica è molto più ampia, ricomprendendo anche i casi in cui il delitto scaturisce proprio dallo stato di alterazione psicofisica dovuta all'assunzione di tali sostanze o le ipotesi che vedono coinvolte le associazioni criminali legate al traffico di sostanze stupefacenti. Cfr. Ardita, *La detenzione dei tossicodipendenti e la normativa sugli stupefacenti*, in ID., *Esecuzione penale e tossicodipendenza*, Milano 2005, 3s.

<sup>98</sup> I tossicodipendenti in stato di detenzione rappresentano il 26,8% del totale dei detenuti attualmente presenti negli istituti penitenziari italiani. Per i dati sulla popolazione carceraria in generale e sulla quota percentuale costituita dai tossicodipendenti si veda [www.istat.it](http://www.istat.it), [www.osservatorioantigone.it](http://www.osservatorioantigone.it), [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Anche la dottrina ha spesso annoverato tra le cause del sovraffollamento carcerario l'elevato numero di tossicodipendenti condannati. Sul punto si veda Dolcini, *Carceri surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, 1, 33s.

<sup>99</sup> La legge n. 162 del 1990 prevedeva già che all'interno degli istituti penitenziari ordinari fossero istituite delle sezioni speciali per i soggetti tossicodipendenti e il primo esperimento in tal senso si ebbe a Firenze, nel carcere di Sollicciano. Degli ICATT si darà ampliamento conto più avanti.

<sup>100</sup> Nota Morrone, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova 2003, 145, che attraverso la custodia attenuata l'amministrazione penitenziaria, consapevole del fatto che le condizioni fisiche per lo più scadenti, l'indebolimento della volontà e della coscienza rendono i soggetti tossicodipendenti particolarmente bisognosi di un intervento terapeutico e sociale, ha realizzato, in conformità al dettato normativo, strutture e spazi alternativi al normale circuito carcerario, nell'ambito dei quali poter agevolare un percorso trattamentale terapeutico finalizzato al

Il modello della detenzione a custodia attenuata è partito in sordina, nel senso che non è stata data particolare rilevanza all'innovazione, tanto che ancora oggi non tutti i condannati tossicodipendenti conoscono la possibilità di espiare la pena negli ICATT<sup>101</sup>. Non si può dire neanche che si tratti di una forma detentiva di nicchia, perché, se è vero che i destinatari sono solo i tossicodipendenti, questi comunque costituiscono un numero rilevante della popolazione carceraria. Molto probabilmente non si aveva grande fiducia in questa nuova modalità e soprattutto non si credeva che potesse portare a dei risultati significativi. Allo stato di tossicodipendenza, infatti, è connotata la recidiva e questa in termini numerici determina un fallimento dell'efficacia della misura. In realtà, anche un solo tossicodipendente in più, rispetto alla detenzione ordinaria, rieducato e strappato alla dipendenza e al crimine costituisce un gran risultato, ma si tratta di dati non rilevabili, dal momento che nessun programma di *follow up*, né di monitoraggio della recidiva è efficacemente attuato.

Tuttavia, a più di venti anni dal primo esperimento di custodia attenuata deve essere stato evidente che un'attenuazione del regime carcerario e al tempo stesso un incremento delle attività trattamentali avrebbe potuto costituire un'efficace risposta quanto meno per i delinquenti comuni. Recentemente, infatti, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha esteso il modello dell'ICATT anche ai circuiti di media e bassa sicurezza e ha previsto l'introduzione della cosiddetta sorveglianza dinamica.

Le stesse modalità di detenzione descritte per i delinquenti tossicodipendenti sono state adottate anche per le madri con prole inferiore a tre anni condannate a sanzione detentiva. Nel 2006, infatti, a seguito di un accordo tra il Ministero di Giustizia, la Regione Lombardia, la Provincia e il Comune di Milano, è stato avviato, sotto forma di esperimento, il primo progetto di istituto a custodia attenuata per le madri detenute (cosiddetto ICAM); ad oggi le strutture di questo tipo sono diventate tre, essendo state inaugurate anche le sezioni ICAM di Venezia e Cagliari, mentre altre due sono state progettate a Firenze e Napoli.

Le caratteristiche principali di tali istituti sono tre. *In primis*, pur essendo sorvegliato e protetto, l'edificio che ospita l'ICAM non ha sbarre alle finestre né cancelli alle porte e gli agenti di polizia penitenziaria non portano la divisa d'ordinanza ma vestono in borghese. In secondo luogo, gli spazi sia interni che esterni ricalcano quelli di un ordinario grande appartamento, con stanze arredate molto accoglienti e spazi in comune ben attrezzati e a misura di bambino. Infine, i piccoli ospiti sono seguiti da assistenti sociali, puericultrici e pediatri, che si occupano anche di accompagnarli all'esterno della struttura, presso le scuole dell'infanzia dislocate sul territorio, con la possibilità di svolgere una normale vita sociale e di relazione<sup>102</sup>.

Se ci si fermasse all'esame dei numeri della criminalità femminile, si arriverebbe a dire che una percentuale così bassa di detenute non giustifica un dispendio di risorse

---

*reinserimento del soggetto nell'ambiente sociale. L'intento dovrebbe essere quello di trasformare l'esperienza detentiva da fattore moltiplicatore del disagio del tossicodipendente, anche per l'inevitabile commistione con le varie frange della criminalità, ad occasione di recupero tramite l'offerta di opportunità terapeutico-riabilitative.*

<sup>101</sup> Spesso è il passaparola tra i detenuti nel carcere ordinario a portare a conoscenza di reclusi tossicodipendenti la possibilità di richiedere l'ammissione agli istituti attenuati; né gli avvocati, né tanto meno i direttori di carcere informano i detenuti di tale opportunità.

<sup>102</sup> Per una puntuale descrizione dell'ICAM di Milano, degli spazi ad esso adibiti, nonché delle attività che vi si svolgono, si veda il rapporto della visita effettuata dall'Associazione Antigone.

così elevato, se non fosse che il problema dei ‘*bambini detenuti*’ è talmente odioso da imporre la ricerca della migliore soluzione possibile. I figli minori di donne criminali sono a loro volta vittime del reato commesso, sia che rimangano fuori dal carcere, sia che vi facciano ingresso per rimanere con le madri. Nel primo caso, subiscono la disgregazione familiare e il trauma di dover incontrare la madre in un luogo così inospitale come solo un carcere può essere. Nel secondo caso, vivono la stessa esperienza detentiva della genitrice, obbligati a trascorrere la prima infanzia vedendo il cielo dalle sbarre e senza poter crescere facendo bagaglio delle normali esperienze sensoriali e sociali dei bimbi all'esterno.

Sovente, l'esecuzione penale incrocia beni e principi di rango costituzionale<sup>103</sup> e nel caso delle donne detenute e dei loro bambini si pone un problema di bilanciamento tra le esigenze proprie della sanzione penale e la tutela dei rapporti tra genitori e figli *ex artt.* 2, 29, 30 e 31 Cost.<sup>104</sup> A ciò si aggiunga che il mantenimento delle relazioni familiari costituisce uno degli elementi del trattamento penitenziario ai sensi dell'art. 15 ord. pen.

Ecco perché si è imposta all'attenzione del legislatore l'esigenza di una diversa disciplina della sanzione detentiva per le madri detenute che scelgono di tenere con sé il proprio bambino, spinte o dall'impossibilità di affidarli a qualcuno all'esterno o dalla considerazione relativa all'importanza del ruolo materno nei primi anni di vita di una persona.

Due i provvedimenti normativi che si sono susseguiti nel tempo, dedicati proprio alla tutela del rapporto tra madri imputate/condannate/detenute e figli minori.

La legge 8 marzo 2001 n. 40, che ha una data di promulgazione altamente simbolica, reca disposizioni in tema di *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*. Le novità introdotte riguardano soprattutto la possibilità di tramutare la condanna a sanzione detentiva nella misura alternativa della detenzione domiciliare speciale<sup>105</sup> e l'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli *ex art.* 21 *bis* ord. pen.<sup>106</sup>. L'intervento normativo, poi, ha ampliato l'ambito di operatività degli artt. 146 e 147 c.p. in tema di differimento obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Così Mastropasqua, *La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Dir. fam.*, 2011, 4, 1853.

<sup>104</sup> Nelle Regole penitenziarie europee del 2006 l'art. 36 prevede che l'interesse del minore figlio di genitore detenuto nel bilanciamento dei diritti prevale, tanto che la sua permanenza in carcere è consentita solo se risponde al suo interesse. In tal caso devono essere adottate misure speciali, quali asili nido e personale qualificato, ma la vita detentiva si deve svolgere in apposite strutture e non in istituti ordinari.

<sup>105</sup> L'art. 3 della citata legge Finocchiaro prevede che «*Quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-ter, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espiazione la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo*».

<sup>106</sup> Non è un caso che la disciplina dell'assistenza dei figli all'esterno degli istituti penitenziari sia stata collocata nella legge sull'ordinamento penitenziario subito dopo l'art. 21, giacché i requisiti richiesti per la concedibilità del lavoro all'esterno sono gli stessi richiamati anche per il nuovo istituto.

<sup>107</sup> Per un più ampio commento alle recenti modifiche normative si veda Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, 2011, 11, 2616Bs.; Marcolini, *L. 21 aprile 2011, n. 62 Disposizioni in tema di detenute madri*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) del 5

Il secondo provvedimento legislativo è la legge 21 aprile 2011 n. 62, recante *Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*. Qui le disposizioni riguardano soprattutto le donne imputate con prole convivente di età inferiore a tre anni, per la quali non è più possibile disporre la misura cautelare in carcere a meno di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza<sup>108</sup>.

Il riconoscimento del principio per cui le donne con bambini almeno sino a dieci anni non dovrebbero subire nessuna forma di detenzione costituisce un'affermazione molto importante, tuttavia la sua operatività in concreto non è risolutiva in molti casi. Perché le nuove misure possano essere applicate, infatti, non ci deve essere pericolo di reiterazione del reato, circostanza questa non rinvenibile nella maggior parte delle donne imputate o condannate. Esse, infatti, sono per lo più accusate di reati legati alle sostanze stupefacenti o alla prostituzione, fattispecie a cui è connaturale la reiterazione del reato in generale e dunque le ipotesi di recidiva.

Proprio per non lasciare irrisolto il problema e garantire un'adeguata tutela ai minori le cui madri versano in tali situazioni ovvero per le donne che non hanno possibilità di indicare un domicilio presso cui scontare gli arresti domiciliari, il legislatore ha previsto l'istituzione di case famiglia protette.

A tal punto si pone il problema di quale rapporto ravvisare tra gli ICAM e le neo istituite case famiglia protette. Posto che la regola generale è quella sancita dalla nuova formulazione dell'art. 275 co. 4 c.p.p., secondo cui per le donne incinte o i genitori conviventi di bambini di età non superiore a sei anni non deve essere disposta la misura cautelare in carcere, ove vi siano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza deve essere disposta la reclusione in istituti a custodia attenuata (art. 285 *bis* c.p.p.). Diversamente, qualora l'autorità giudiziaria disponga la misura cautelare degli arresti domiciliari, questa può essere espletata in una casa famiglia se istituita (art. 284 co. 1 c.p.p.).

Il legislatore del 2011 ha mostrato di voler affrontare in maniera incisiva il problema dei bambini che subiscono la reclusione insieme ai genitori. Il pregio dell'intervento è da ravvisarsi in tre punti. Il primo riguarda l'affermazione della regola generale per cui i minori di età non devono in alcun modo entrare in contatto con l'ambiente carcerario. Il secondo risiede nella quasi totale equiparazione della madre e del padre nel loro ruolo genitoriale, potendo le misure essere disposte anche per il padre ove ne ricorrano i presupposti. Il terzo coincide con l'innalzamento dell'età della prole a sei anni. Proprio questo limite di età costituisce sicuramente un pregio rispetto alla precedente normativa (il cui limite era tre anni), ma al contempo è anche criticabile nella misura in cui oggi è convinzione generalmente condivisa che i minori abbiano

---

maggio 2011; Balsamo, *Relazione in data 23 maggio 2011 a cura dell'Ufficio massimario della Corte di Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 23 maggio 2011.

<sup>108</sup> Proprio sull'eccezionale rilevanza *ex art. 275 co. 4 c.p.p.* la giurisprudenza si è recentemente soffermata, ritenendo che il diniego di ammissione a una misura diversa dalla detenzione per la donna convivente con prole di età inferiore di sei anni debba essere motivato in concreto. Non è sufficiente, infatti, la mera indicazione di un pericolo di reiterazione del reato *ex art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p.*, essendo necessaria una prognosi di sostanziale certezza in merito alla circostanza che il soggetto possa tornare a delinquere. La Corte ribadisce che nel bilanciamento tra la libertà del minore da una lato, e la tutela del processo e della collettività dall'altro prevale comunque il primo. Ne deriva che ove manchi la prova dell'eccezionale rilevanza, non potrà mai essere disposta la custodia in carcere nemmeno se si tratti di un istituto a custodia attenuata. Così Cass. pen. sez. I, sentenza del 3 ottobre 2012 n. 47861.

sempre bisogno di avere accanto il proprio genitore di riferimento, anche oltre l'età indicata dal legislatore.

Punti di criticità sono comunque ravvisabili. Sotto un profilo tecnico, la modifica all'art. 284 co. 1 c.p.p. non è specificamente indirizzata ai genitori con prole, ma così com'è formulata sembra che – ove ne ricorrano i presupposti – tutti i soggetti per i quali sono disposti gli arresti domiciliari possano essere accolti in case famiglia. Sotto un profilo concreto, ad oggi nessuna casa famiglia è stata ancora istituita, probabilmente a causa del fatto che gli oneri economici non sono a carico del Ministero di Giustizia, bensì degli enti locali, le cui finanze sono allo stremo e difficilmente destineranno fondi per tali strutture. Infine, non si può non notare che la portata delle innovazioni legislative è alquanto ridotta, riguardando in particolare le misure cautelari di soggetti imputati. Sarebbe stata ben più ampia se fosse stata estesa anche ai casi di genitori di minori per cui è intervenuta una sentenza di condanna.

### 5.3.- I detenuti malati di AIDS

Nell'ambito della differenziazione trattamentale relativa ai detenuti malati di AIDS si rinvencono due modelli. Il primo è di matrice autoritaria e si sostanzia nell'imposizione del test di accertamento della sieropositività, nell'isolamento del recluso affetto dalla sindrome e in una serie di limitazioni concernenti anche la possibilità di accedere al lavoro all'interno dell'istituto penitenziario. A questo si contrappone il modello di gestione liberale del fenomeno, per il quale il test è effettuato su base volontaria e a seguito di consenso informato, sono previste misure di prevenzione e riduzione del danno, oltre a forme di sostegno psicosociale per coloro che oltre allo stato di detenzione soffrono lo stato di malattia<sup>109</sup>.

Al modello liberale l'ordinamento penitenziario italiano ci è arrivato gradualmente. In un primo momento, la necessità di differenziare il trattamento dei detenuti malati di AIDS solo formalmente rispondeva a scelte di favore, laddove nella sostanza le opzioni normative erano fondate unicamente sulla logica dell'esclusione. Negli anni Ottanta, infatti, la scarsa conoscenza del fenomeno epidemiologico determinò un crescente allarme sociale, da cui scaturirono sia esigenze di emersione dei numeri coinvolti dal fenomeno, sia la necessità di contenimento della diffusione del virus e del contagio, oltre che di tutela della salute della popolazione carceraria tutta.

Successivamente, da una differenziazione di esclusione si è passati a una differenziazione di privilegio. L'introduzione di automatismi di esclusione della sanzione detentiva per i malati di AIDS, infatti, ha contribuito a creare una nuova categoria di *soggetti penalmente immuni*<sup>110</sup>, fondata sulla presunta incompatibilità tra lo stato di malattia e il carcere. Ecco, quindi, che agli inizi degli anni Novanta per i soggetti affetti da AIDS sono stati previsti gli istituti del divieto di custodia cautelare in carcere e di differimento obbligatorio della sanzione detentiva<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Così Darbeda, *Les prisons face au Sida: vers des normes européennes*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1990, 4, 821-828.

<sup>110</sup> L'espressione è di Comucci, *Considerazioni sulla normativa regolante i rapporti fra detenzione e infezioni da HIV*, in *Rass. Pen.*, 2002, 3, 187s.

<sup>111</sup> La legge 14 luglio 1993 n. 222 ha introdotto l'articolo 286 bis c.p.p. rubricato *Divieto di custodia cautelare* e modificato l'art. 146 c.p. in tema di *Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*.

L'automatismo che caratterizzava gli istituti previsti per i detenuti malati di AIDS portò a una differenziazione trattamentale non giustificata e violativa del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, sia rispetto ai detenuti sani, sia rispetto ai detenuti affetti da patologie diverse ma altrettanto serie.

Sono stati necessari due interventi della Corte costituzionale<sup>112</sup> e due Commissioni di studio Sanità e Giustizia, oltre ad alcuni ulteriori provvedimenti legislativi, perché si delineasse l'attuale assetto normativo, che sembra aver trovato un punto di equilibrio tra la tutela della salute del recluso malato e le esigenze della giustizia.

Oggi, il livello di conoscenza di questa sindrome è talmente approfondito che da un lato la scienza medica ha messo a punto delle terapie farmacologiche in grado di stabilizzare la malattia, dall'altro la società mostra di avere meno paura del virus, ben sapendo quali sono gli accorgimenti da adottare per impedirne il contagio. La cronicizzazione della malattia, dunque, ha fatto venire meno le esigenze di differenziazione, quanto meno nel suo automatismo, residuando alcune ipotesi particolarmente gravi, oggetto di una valutazione in concreto ad opera del giudice<sup>113</sup>.

*De iure condito*, si possono individuare tre modelli di differenziazione.

Il primo riguarda la nuova disciplina, prevista dai ricordati artt. 286 *bis* c.p.p. e 146 c.p.<sup>114</sup>, che restringe l'operatività degli istituti di favore ai soli malati di AIDS il cui stadio fa presagire un esito infausto, estendendola, al contempo, ai soggetti affetti da patologie diverse e ugualmente gravi<sup>115</sup>.

Diversamente, la seconda ipotesi è relativa a imputati o condannati pur essi malati ma in modo cronico e non tale da temere pericolo per la vita, per i quali l'ordinamento non rinuncia alla pretesa punitiva come in passato. Si tratta della disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario all'art. 47 *quater*, introdotto dalla legge n. 231 del 1999 e relativo proprio alle misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria<sup>116</sup>. Per tali soggetti può essere disposto l'affidamento in prova ai servizi sociali ovvero la detenzione domiciliare senza limiti di pena, nel caso in cui abbiano in corso o intendano sottoporsi a un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere. Questo secondo modello di differenziazione espone il fianco a due immediate critiche. Da un lato, non essendo estensibile alla stregua del primo anche ai malati affetti da altre patologie gravi,

---

<sup>112</sup> Cfr. Corte costituzionale sentenze n. 438 e 439 del 1995.

<sup>113</sup> Alcuni autori hanno sottolineato come tale scelta legislativa abbia determinato un ampio margine di discrezionalità e in capo alla magistratura e in capo ai sanitari responsabili delle unità operative chiamate a valutare lo stadio di malattia del soggetto e conseguentemente la compatibilità o meno con la detenzione. Sul punto si veda Ardita, Brunetti, Starnini, Babudieri, *Incompatibilità con lo stato di detenzione dei pazienti con infezione da HIV*, in *Rass. pen.*, 2003, 3, 165s.

<sup>114</sup> Così come modificati dalla legge 12 luglio 1999 n. 231, recante *Disposizioni in materia di esecuzione della pena, di misure di sicurezza e di misure cautelari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave*.

<sup>115</sup> Così l'art. 146 c.p. co. 1 n. 3 nella sua nuova formulazione. L'art. 286 *bis* c.p.p. – anch'esso riformulato – prevede al comma 2 che il Ministero della Sanità di concerto con il Ministero di Giustizia definisca i casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria, oltre le procedure diagnostiche e medico-legali per il loro accertamento.

<sup>116</sup> Per un'approfondita esegesi dell'art. 47 *quater* ord. pen. si veda Cesaris, *sub art. 47 quater*, in Grevi, Giostra, Della Casa, *Commento*, cit., 605s.

realizza un'ingiustificata disparità di trattamento<sup>117</sup>, sia perché questi ultimi non possono ottenere le misure alternative senza limiti di pena, sia perché i condannati per i gravi reati previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen. possono beneficiare della misura solo se affetti dal virus in questione e non anche per le altre malattie gravi<sup>118</sup>. Dall'altro, è pur vero che sono state espunte dal sistema quasi tutte le ipotesi di automatismo, tuttavia il risultato sembra solo formale, dal momento che la discrezionalità giudiziale è ancorata a parametri oggettivi, di cui va accertata la sussistenza o meno. L'ultimo caso concerne tutti gli altri soggetti per i quali non opera alcuna presunzione d'incompatibilità tra lo stato di malattia e la detenzione, tanto più che ad oggi in Italia sono previste sezioni specializzate in alcuni istituti penitenziari, adeguatamente attrezzate per l'assistenza e le cure terapeutiche idonee per i malati di AIDS<sup>119</sup>.

Alla luce di quanto appena esposto risulta, dunque, che la differenziazione è duplice. Una prima forma assicura un diverso trattamento a secondo se il detenuto è sano ovvero affetto dal virus dell'HIV. Una seconda forma di differenziazione trattamentale riguarda detenuti malati e si realizza per stadio di malattia, in base alla gravità della patologia.

Nonostante le critiche e le perplessità non abbiano mai abbandonato la differenziazione trattamentale relativa ai malati di AIDS nelle diverse evoluzioni, la sua opportunità continua a trovare una giustificazione nella necessità di tutela del diritto al salute della popolazione carceraria, essendo l'HIV più frequente negli istituti penitenziari rispetto al resto della popolazione<sup>120</sup>.

#### 5.4.- La differenziazione da emarginazione sociale. Gli stranieri in carcere

<sup>117</sup> ID., p. 607 e 608. L'autrice osserva come l'irragionevole disparità di trattamento sia dovuta a scelte di politica criminale mosse dall'onda di spinte emotive, che trova una flebile giustificazione nella particolare vulnerabilità dei malati di AIDS rispetto ai malati comuni gravi o gravissimi.

<sup>118</sup> Sul punto alcuni ritengono che la scelta normativa di concedere l'applicabilità dell'art. 47 *quater* ord. pen. anche ai tossicodipendenti malati di AIDS indipendentemente dal collegamento tra il reato e lo stato di tossicodipendenza sia il risultato di una concezione perdonista e lassista, che dà luogo a un'ulteriore ingiustificata disegualianza trattamentale. Ne consegue, poi, un'aberrante risultato per cui al soggetto affetto dalla sindrome de qua e condannato per i reati previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen. può applicarsi la citata disciplina, senza che sia necessaria alcuna forma di collaborazione. Sul punto si veda Locatelli, *Il trattamento sanzionatorio dei tossicodipendenti affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999 n. 231*, in *Cass. Pen.*, 2000, 2, 550s., per il quale la diacronia determinerebbe uno strappo al sistema ordinamentale penitenziario.

<sup>119</sup> Attualmente in Italia sono presenti dieci sezioni specializzate per malati di HIV, per un totale di 217 posti. Il numero maggiore di detenuti affetti dalla sindrome dell'AIDS e ospitati in tali sezioni si registrano a Regina Coeli, Pisa, Milano Opera e Rebibbia. I dati sono del DAP, aggiornati al 15 novembre 2013 e reperibili in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>120</sup> Stando ai dati riportati dalla Conferenza Unificata Stato Regioni del 15 marzo 2012, il numero dei detenuti malati di AIDS si attesta intorno al 7,5% della popolazione carceraria tutta, ma il dato è sottostimato a causa dell'esiguo numero di test di screening ed inoltre il contagio non sarebbe una diretta conseguenza dello stato di detenzione, come sarebbe invece facile ipotizzare. Gli obiettivi da perseguire nella logica della differenziazione trattamentale dovrebbero tendere alla riduzione del danno mediante forme di prevenzione, all'assistenza specializzata dei detenuti malati e alla fornitura costante di farmaci antiretrovirali, all'educazione sanitaria negli ambienti carcerari, al supporto psicologico e infine alla possibilità di sottoporsi a terapie sperimentali.

Nell'ultimo decennio i flussi migratori che hanno investito l'Europa e l'Italia in particolare si sono intensificati per un concatenarsi di cause che vanno dalla globalizzazione alla crisi economica, sino ai conflitti che hanno interessato alcune parti del mondo. Ne è derivato un travagliato dibattito intorno allo *status* di straniero extracomunitario, le cui criticità investono il campo sociologico, antropologico, penalistico e non ultimo penitenziario. La società, infatti, dimostra atteggiamenti di grande solidarietà umana e al contempo percepisce l'immigrato – ancorché clandestino – come causa di forte allarme sociale, piuttosto che come una risorsa. Lo Stato, dal canto suo, è stato spesso tacciato di *razzismo istituzionale*, volendo con tale espressione fare riferimento a tutte quelle *politiche, norme e prassi amministrative che perpetuano, rinforzano o producono la disuguaglianza e il malessere sociale di minoranze svantaggiate*<sup>121</sup>. La questione si complica, poi, quando lo straniero a causa di tale stato è vittima il più delle volte di organizzazioni criminali e al tempo stesso autore di reati comuni<sup>122</sup>.

Anche il tema della differenziazione trattamentale diviene alquanto complesso quando è riferito agli stranieri detenuti. Ciò non solo perché statisticamente i numeri sono rilevanti<sup>123</sup>, ma anche perché la differenziazione è operata a più livelli: a monte ben prima dell'ingresso in carcere, successivamente si assiste poi a una differenziazione per struttura, infine il trattamento è differenziato all'interno del carcere e poi anche all'atto della dimissione. Ci si trova di fronte, così, ad una molteplicità di forme di differenziazione, il più delle volte dettate da emarginazione sociale, in altri casi normativamente previste, ma sempre permeate da un carattere di negatività che contrasta pesantemente con le finalità proprie della differenziazione trattamentale. D'altronde, se la legislazione nazionale prevede l'espulsione e il conseguente rimpatrio dell'extracomunitario che ha scontato un periodo di detenzione a qualunque titolo, allora ben poco senso ha operare una differenziazione trattamentale, il cui scopo è la rieducazione e risocializzazione al fine del reinserimento in società. Anzi, la circostanza che il soggetto dovrebbe tornare nel suo paese di origine non fa che contribuire al fenomeno delle cosiddette porte girevoli,

<sup>121</sup> L'espressione è stata utilizzata per la prima volta in America da Carmichael, C.V. Hamilton, *Black Power. The Politics of Liberation in America*, New York 1967. Cfr. Clelia Bartoli, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Bari-Roma 2012. Alcuni dottrina ritiene che «il sistema sia indulgente con i cittadini anche se autori di reati gravi e diversamente riserva allo straniero extracomunitario quasi sempre il carcere .....». Così Dolcini, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, II, 1096s.

<sup>122</sup> Ancor prima del problema della differenziazione trattamentale sotto il profilo penitenziario, la questione relativa agli immigrati va affrontata in termini di legittimazione del ricorso allo strumento penalistico. Questo si giustifica senz'altro in presenza di stranieri autori di reato alla stessa stregua di un qualunque cittadino che compie un fatto illecito, ma entra in crisi laddove il fatto di reato è costituito dalla stessa clandestinità. A ciò si aggiunga che spesso il diritto sovranazionale prevede obblighi di incriminazione in capo agli Stati per alcune ipotesi di reato (come ad esempio la Direttiva 36/2011/UE in tema di tratta di essere umani). Sul punto si veda Gatta, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 188s.; Melossi, *Pena e struttura sociale tra migrazioni, globalizzazione e crisi*, *Rass. It. Crim.*, 2014, 2, 120s.; Romano, *Carceri e stranieri*, in *Rass. It. Crim.*, 2014, 2, 140s. La letteratura in tema di reato di clandestinità e aggravante della clandestinità è svariata, *ex multis* cfr. Cirillo, *Spigolature in tema di statuto penale del clandestino*, in Del Coco, PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, 289s.

<sup>123</sup> Al 31 maggio 2015 gli stranieri in carcere erano 17.374 su 53.283 detenuti in totale, ossia il 32% circa. Dunque numeri significativi che fanno della detenzione degli stranieri extracomunitari un fenomeno rilevante. In [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

giacché l'immigrato scarcerato, non potendo fare affidamento su nessuna rete sociale assistenziale, torna nell'illegalità e con molta probabilità in carcere.

Operando un quadro di sintesi relativamente alla relazione detenzione/immigrati, la libertà personale di questi ultimi può essere ristretta o per provvedimento di natura penale in caso di commissione di reato, o per provvedimento amministrativo in caso di ingresso irregolare nel territorio dello Stato. Nel primo caso lo straniero farà ingresso negli ordinari istituti penitenziari, nel secondo invece, sarà ospitato nei Centri di identificazione ed espulsione (CIE). Si tratta di una prima forma di differenziazione trattamentale per struttura, anche se formalmente non può assumere tale veste, dal momento che la permanenza nei CIE ha natura di misura amministrativa<sup>124</sup>.

Prendendo, dunque, in considerazione esclusivamente le ipotesi di detenzione penitenziaria, lo straniero non dovrebbe essere destinatario di alcuna forma di differenziazione trattamentale, dovendo essere trattato alla stessa stregua del cittadino detenuto. Trova applicazione, infatti, anche in tale ipotesi il principio di uguaglianza e imparzialità del trattamento penitenziario ex art. 1 ord. pen.

Cionondimeno, la differenziazione prima che ordinamentale è fattuale, nella misura in cui la criminalità degli immigrati è frutto soprattutto di emarginazione sociale, che si ripropone negli stessi schemi anche in carcere. Nell'ordinamento penitenziario si determina, così, una differenziazione trattamentale esogena, prodotta dalle stesse difficoltà di integrazione del soggetto immigrato e una endogena, relativa alla difficoltà del sistema di predisporre strumenti trattamentali adeguati alla complessa realtà multiculturale.

Gli elementi propri del trattamento, così come individuati dall'art. 15 ord. pen., sono di difficile realizzazione. Si instaura, infatti, un circolo vizioso per cui la scarsità di risorse impedisce che sia impartita una congrua istruzione, con la conseguenza che le difficoltà linguistiche ostacolano le attività culturali, ricreative e finanche sportive, senza considerare l'impossibilità pratica di lavorare. La stessa scarsità di risorse, poi, non permette l'aggiornamento professionale degli operatori penitenziari<sup>125</sup>, né tanto meno assicura la necessaria opera di mediazione culturale peraltro prevista. L'unico elemento del trattamento che l'ordinamento garantisce è la religione, nella misura in

---

<sup>124</sup> Giova sottolineare che la depenalizzazione in illecito amministrativo del reato di *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato* non ha ancora trovato attuazione. Tale fattispecie fu introdotta con legge dell'8 agosto 2009 n. 94 (pacchetto sicurezza) che introdusse l'art. 10 bis al D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (T.U. immigrazione). La modifica intervenne dopo che il precedente pacchetto sicurezza (legge 24 luglio 2008 n. 125) aveva già provveduto ad aggiungere tra le aggravanti comuni del codice penale la clandestinità, circostanza poi dichiarata incostituzionale dalla Corte con sentenza dell'8 luglio 2010 n. 249. Successivamente, la legge 28 aprile 2014 n. 67 ha delegato il Governo a depenalizzare proprio l'art. 10 bis del T.U., assegnando però il termine piuttosto lungo di 18 mesi, sicché il provvedimento non è stato ancora adottato. Si segnala, poi, che la legge 30 ottobre 2014 n. 163 ha apportato un'ulteriore modifica al T.U. sull'immigrazione, stabilendo che il periodo massimo di permanenza nei CIE deve essere ridotto da 18 mesi a 3 mesi. Da questo quadro normativo è facile desumere che negli anni passati il legislatore italiano abbia operato scelte di politica criminale, relativamente agli extracomunitari, ispirate a logiche di diritto penale d'autore. Sul punto si veda Orlando, *Traffico di migranti: Sicilia Italia Europa? Incontro di studi interdisciplinare 19-20 dicembre 2014, Palermo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2014, 2229s.

<sup>125</sup> Sulla necessità di assicurare una formazione multiculturale agli operatori penitenziari e sull'opportunità di garantire la mediazione linguistica, culturale e religiosa, si veda Caputo, *Il carcere degli stranieri: problematiche e aspetti gestionali nella pratica operativa della polizia penitenziaria*, in *Dispense ISSP*, 2013, 2.

cui sia l'art. 26 ord. Pen. che l'art. 116 reg. esec. riconoscono il diritto di ricevere l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti<sup>126</sup>. L'isolamento del detenuto immigrato è accresciuto dall'impossibilità di garantire il mantenimento dei rapporti familiari e con l'esterno, dal momento che il più delle volte il soggetto non ha relazioni sul territorio, con la conseguenza ulteriore dell'inattuabilità del principio di territorialità della pena<sup>127</sup>. Ne deriva che alla sofferenza oggettiva della restrizione della libertà si aggiunge la sofferenza soggettiva dello stato di immigrato e il carcere assume un ruolo solo custodiale, dagli effetti altamente criminogeni.

Quanto detto sin ora, lungi dal far pensare ad una differenziazione nel senso del trattamento finalizzato alla rieducazione, sembra avere una valenza esclusivamente negativa<sup>128</sup> e di tipo fattuale piuttosto che ordinamentale. In realtà, l'ordinamento non contiene specifiche disposizioni in tema di trattamento dei detenuti immigrati, essendo il suo impianto tarato sul detenuto cittadino<sup>129</sup>. Risalendo, infatti, al 1975 la riforma del sistema penitenziario e basandosi comunque sull'impianto del sistema carcerario precedente, non è contemplata la possibilità – se non in termini di eccezionalità – di ospitare stranieri per i quali si rende necessario un peculiare trattamento.

Ad oggi, l'Amministrazione ha individuato due soluzioni possibili per tentare di affrontare il problema della detenzione degli stranieri. Alcuni istituti penitenziari si sono dotati di sezioni *ad hoc* per i soli immigrati, altri, invece, hanno preferito non separarli dagli autoctoni. Entrambe le scelte presentano dei risvolti sia positivi che negativi. Nel primo caso, gli immigrati dovrebbero aiutarsi tra loro e mantenere così la loro cultura di appartenenza, i loro usi e i loro costumi, ma con la conseguenza che l'obiettivo dell'integrazione diventa di difficile realizzazione. D'altro canto, anche nella seconda opzione si presentano problemi non da poco. Se da un lato, infatti, la convivenza tra cittadini e autoctoni potrebbe al contrario favorire l'integrazione, dall'altro è più plausibile pensare che una convivenza già di per sé forzata possa porre problemi di sicurezza per lo scontro tra culture assai diverse tra loro, con conseguente vanificazione dell'opera trattamentale anche per gli stessi detenuti cittadini.

<sup>126</sup> Premesso che negli istituti penitenziari è sempre presente un Cappellano per la pratica della religione cattolica, il Regolamento di esecuzione all'art. 116 disciplina l'accesso dei ministri di culto appartenenti alle altre professioni religiose. Il detenuto è tenuto a presentare una richiesta al Direttore, che provvederà ad autorizzare l'ingresso del celebrante.

<sup>127</sup> La situazione è aggravata, poi, dalle responsabilità dell'Amministrazione penitenziaria, che non dovendo rispettare vincoli territoriali, spesso assegna i detenuti immigrati ai peggiori istituti presenti sul territorio, in termini di condizioni di vita carceraria.

<sup>128</sup> Parte della dottrina ritiene che la differenziazione trattamentale dei detenuti stranieri sia di tipo patologico, piuttosto che fisiologico. È il sistema stesso a differenziare in negativo, dal momento che alcuni strumenti, che pure rispondono a una logica trattamentale (come le misure alternative prima dell'intervento della Corte Costituzionale), sono preclusi agli stranieri proprio a causa del loro status. Cfr. Bartoli, *La pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 2, 715s.

<sup>129</sup> Si osserva, infatti, che nel nostro ordinamento non c'è una disciplina organica sull'esecuzione penale degli stranieri soprattutto perché il nostro è stato da sempre un paese di emigrazione, piuttosto che di immigrazione, fenomeno che, invece, si sta verificando negli ultimi trent'anni. Cfr. Masera, *Stranieri irregolari e misure alternative: una libertà diversa?*, in *AAVV, Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimenti della libertà personale*, Torino 2013, 67.

L'unica disposizione rinvenibile nel sistema è prevista dal Regolamento di esecuzione, all'articolo 35. In particolare, il legislatore ha previsto che, nell'esecuzione della detenzione degli stranieri, si debba tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali, favorendo i contatti con le autorità consolari del loro Paese e richiedendo l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato.

E', dunque, evidente che l'ordinamento prevede per gli stranieri una differenziazione trattamentale al negativo, basti prendere in considerazione l'art. 16 del T.U. sull'immigrazione. La norma disciplina la possibilità di applicare in funzione di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione la misura dell'espulsione, esplicitando così una *ratio legis* che prescinde da qualsiasi considerazione in tema di rieducazione e recupero del reo, a favore di una logica tendente esclusivamente alla neutralizzazione e allontanamento dal territorio dello Stato<sup>130</sup>.

Diversamente, le Regole penitenziarie europee del 2006 prendono in considerazione la posizione dell'immigrato detenuto soprattutto in un'ottica di *favor*, riconoscendogli una posizione di debolezza da tutelare maggiormente. Gli artt. 37 e 38, infatti, prevedono in capo agli Stati obblighi di informazione sui diritti loro spettanti, da ottemperare rimuovendo qualsiasi ostacolo di natura linguistica che ne comprometterebbe la comprensione, nonché obblighi di tutela dei bisogni linguistici e culturali di ogni gruppo etnico.

##### 5.5.- La differenziazione di protezione. La detenzione dei militari.

Il trattamento degli appartenenti alle forze armate che abbiano commesso un reato – sia esso comune o militare –, e che conservino il loro *status* di militare, è da sempre considerato differenziato rispetto a quello previsto per i detenuti ordinari. Prima ancora che sotto il profilo degli elementi del trattamento, la differenziazione è di tipo strutturale, avendo riguardo alla separazione degli istituti penitenziari ordinari da quelli destinati ai militari. In caso di condanna alla reclusione militare<sup>131</sup> o qualora ne faccia richiesta il condannato stesso<sup>132</sup>, infatti, la pena deve essere scontata in appositi stabilimenti, distinti in carceri giudiziarie militari e reclusori militari<sup>133</sup>. Una ulteriore differenziazione per struttura, la cui *ratio* sembra trovare una giustificazione nel *favor* accordato alla scala gerarchica per il solo fatto di rivestire un più alto grado, è prevista dagli artt. 26 c.p.m.p. e 82 D. lgs. n. 66 del 2010 per gli ufficiali, i quali sconteranno la pena inflitta in uno stabilimento diverso a loro riservato.

<sup>130</sup> In tal senso si veda Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 4, 1334s.

<sup>131</sup> L'art. 22 c.p.m.p. prevede che il militare autore di reato possa essere condannato alla pena speciale della reclusione militare, ovvero alle pene comuni dell'ergastolo o reclusione ordinaria. L'art. 26, poi, dispone che la reclusione militare da un mese a ventiquattro anni sia scontata negli istituti previsti con obbligo del lavoro. Ove la pena dovesse essere inferiore a sei mesi, allora il condannato può essere assegnato a una sezione speciale del carcere giudiziario militare.

<sup>132</sup> Ai sensi dell'art. 79 della legge 1 aprile 1981 n. 121 anche le forze di polizia possono richiedere di scontare la sanzione detentiva nei penitenziari militari.

<sup>133</sup> La distinzione nelle due tipologie è prevista dal D. lgs. 9 ottobre 2010 n. 66 all'art. 78. Il regolamento degli istituti militari è stabilito con decreto del Ministro della Difesa (art. 77).

La differenziazione per i detenuti militari si sostanzia in un rafforzamento di alcuni elementi trattamentali. In particolare, rispetto al recluso comune, il lavoro è obbligatorio<sup>134</sup>, così come l'istruzione, che consiste in almeno un'ora di educazione militare tecnica al giorno e due ore settimanali di esercitazione pratica.

Benché sia il Codice penale militare in tempo di pace sia il Codice dell'ordinamento militare<sup>135</sup> operino significative equiparazioni tra l'ordinamento penale e penitenziario comune e l'ordinamento militare<sup>136</sup>, si contrappongono ancor oggi due orientamenti<sup>137</sup> circa il rapporto tra il regime carcerario militare e quello ordinario, da cui si deve partire per indagare la *ratio* della differenziazione trattamentale in ambito penitenziario.

Una concezione più risalente sostiene che le differenze tra le due forme di detenzione si giustifichino alla luce dell'autonomia dell'ordinamento militare, che non può neanche essere considerato una *species* di quello ordinario. Peculiare sarebbe, infatti, la finalità del trattamento, che non troverebbe una sua ragione d'essere nella sola rieducazione e risocializzazione del reo, bensì nell'esigenza di *rieducazione al servizio delle armi*<sup>138</sup>, ossia nella *rieducazione al dovere della patria*. La risocializzazione e il reinserimento in società, poi, sono avvertiti in misura minore, poiché il militare condannato alla detenzione è sempre parte del consorzio militare<sup>139</sup> e la sua appartenenza riduce il senso di esclusione sociale, che è, invece, forte negli ospiti delle carceri comuni.

Diversamente, l'orientamento oggi dominante ritiene il regime carcerario militare perfettamente *sovrapponibile e assimilabile* a quello comune, soprattutto in

<sup>134</sup> Art. 26 c.p.m.p.

<sup>135</sup> Il Codice dell'ordinamento militare è stato introdotto dal D. lgs. 9 ottobre 2010 n. 66.

<sup>136</sup> L'art. 76 del D. lgs. n. 66 del 2010 dispone che per tutto quanto non espressamente previsto, si applicano le norme dell'ordinamento penitenziario comune. Gli artt. 66 e 74 c.p.m.p., poi, equiparano alla disciplina del codice penale comune le previsioni in tema di cause estintive del reato e della pena, oltre alle misure amministrative di sicurezza.

<sup>137</sup> Per una disamina su entrambi gli orientamenti si veda Rivello, *Il procedimento militare*, Milano 2010, 337; Nicolosi, *Pene militari*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, IX, 434; Gallo, *La normativa sull'ordinamento carcerario militare e sul trattamento del detenuto*, Gaeta 1993, *passim*.

<sup>138</sup> La finalità essenzialmente militare è stata sostenuta anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza 19 novembre 1991 n. 414. Secondo la Corte «*Dalla specialità della giurisdizione e del diritto penale sostanziale e processuale militare non discenderebbe necessariamente la specialità della esecuzione della pena se non fosse perseguito il fine di una rieducazione particolare del militare-detenuto. La sola ragione valida per la conservazione della specialità della pena detentiva militare deve individuarsi nella sua natura, funzionale all'espletamento del compito delle Forze Armate conforme all'art. 52 della Costituzione: la difesa della Patria, in un ordinamento informato allo spirito democratico della Repubblica, nonché il concorso alla salvaguardia delle libere istituzioni e al bene della collettività nazionale nei casi di pubbliche calamità, come ulteriormente statuisce l'art. 1, secondo comma, della legge 11 luglio 1978, n. 382 (Norme di principio sulla disciplina militare) [...] Residuando ancora un apprezzabile fondamento della specialità della reclusione militare, nel quadro della odierna integrazione dell'ordinamento militare in quello statale, consistente in una particolare funzionalizzazione della rieducazione del condannato al dovere costituzionale di difesa della Patria, attuale e non virtuale quando sia collegato alla qualità del cittadino alle armi, non sembra si possa ravvisare lesione del principio di uguaglianza per il diverso regime di espiazione della pena detentiva dei condannati militari e dei condannati comuni*».

<sup>139</sup> Art. 63 c.p.m.p. Sul punto si veda Rivello, *Processo penale militare*, in AAVV, *Trattato di procedura penale. Modelli differenziati di accertamento*, VII, Torino 2011, 1274.

considerazione dell'univocità della funzione della pena, che non ammette una finalità diversa per l'ordinamento militare<sup>140</sup>.

A tal punto, allora, risulta di difficile individuazione il fondamento di una differenziazione trattamentale che pure c'è ed è evidente nel sistema penitenziario. Non può essere preso in considerazione neanche il tipo di reato commesso, sia perché si tratta il più delle volte di un reato comune, sia perché a nulla vale la circostanza che è stato commesso da un militare, altrimenti ciò dovrebbe giustificare una differenziazione trattamentale per ogni tipologia di reo. Non rimane che considerare tale ipotesi di differenziazione come un *favor* normativizzato, pur se così argomentando si addiverrebbe a una disparità di trattamento ingiustificata rispetto ai detenuti comuni<sup>141</sup>.

A ben vedere, tale ipotesi di differenziazione si spiegherebbe solo con l'esigenza di tutelare il detenuto militare nella sua integrità fisica e morale da eventuali condotte aggressive o vendicative di altri detenuti, giacché questi potrebbero provare sentimenti di rivalsa nei confronti di chi giornalmente persegue il crimine e si trova d'un tratto dall'altra parte. Certo si tratta di una forma eccessiva di tutela, potendo essere sufficienti apposite sezioni istituite nelle carceri ordinarie, così come avviene per altri delinquenti, autori di reati invisibili al resto della popolazione carceraria.

#### 5.6.- La differenziazione punitiva. Gli artt. 4 bis, 14 bis, 41 bis ord. pen.

Tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta si assiste alla nascita di un *doppio binario in sede esecutiva*<sup>142</sup>, che sarà al contempo oggetto di tentativi, da un lato di contenimento ad opera della Corte Costituzionale e, dall'altro di inasprimento da parte del legislatore.

In quegli anni, infatti, la necessità di arginare i numerosi episodi di rivolte nelle carceri e di evasioni riuscite o solo tentate, impose al legislatore di affrontare la problematica della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari, tema sino ad allora quasi del tutto trascurato, a favore del trattamento e della rieducazione. Invero, ci si rese conto che l'aver trattato ai margini la tematica della governabilità delle carceri e della sicurezza metteva comunque a rischio anche la possibilità di garantire un adeguato trattamento e con esso la rieducazione stessa, stante lo stretto nesso funzionale tra i diversi concetti<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> Sul punto si veda Riondato, *Riflessioni sulla pena militare (per uno studio sulla compatibilità tra reato militare e pene sostitutive)*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1986, 4-5, 313s. Cfr. anche Pasculli, *Rieducazione e pena militare*, Padova 2006, 108. Il dovere patrio e il sistema di valori posti alla base dell'istituzione militare dovrebbero, comunque, riguardare tutti i cittadini e non solo i militari.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 124. Per l'autore non c'è ragione per cui il militare, in virtù di tale qualifica, debba subire una pena speciale e meno afflittiva rispetto al cittadino.

<sup>142</sup> L'espressione è di De Minicis, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 11, 1269s.; sul punto si veda anche Guazzaloca, *Criterio del doppio binario, utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria di emergenza*, in Giostra, Insolera (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata*, Milano, 1995, 141.

<sup>143</sup> La stretta correlazione tra sicurezza e trattamento viene esplicitata solo nel 2000 nel Regolamento di esecuzione n. 230, il cui art. 2 afferma al co. 1 che *l'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del*

Ecco, quindi, che furono introdotti gli articoli 4 *bis*, 14 *bis* e 41 *bis* ord. pen.<sup>144</sup> – la cui sequenza assomiglia a una sorta di successione di Fibonacci – tutte norme avvinte dalla *stessa logica securitaria della neutralizzazione del reo pericoloso*<sup>145</sup> e che hanno sostituito il più innocuo art. 90 ord. pen., disposizione dal carattere eccezionale e dalla scarsa applicazione<sup>146</sup>.

Anche le nuove ipotesi sono state presentate come eccezionali e di limitata operatività rispetto a situazioni di rilevante gravità, con la conseguenza che trattamento e rieducazione sarebbero dovuti rimanere il fulcro e l'anima dell'ordinamento penitenziario. Così non è stato, dal momento che esclusione dei benefici, sorveglianza particolare e carcere duro hanno da subito svolto una funzione tutt'altro che marginale. Rieducazione e trattamento, infatti, sia nelle loro enunciazioni generali di principio sia nella disciplina specifica, non riescono a sovrastare l'eccezionalità dei nuovi istituti, poiché questi sono troppo gravi e troppo estese nella loro applicabilità, risultando all'apparenza anche più efficaci nei risultati di breve periodo<sup>147</sup>.

D'altronde, già solo la collocazione sistematica delle norme lascia pensare che il legislatore abbia voluto ascrivere a tali misure un ruolo di primo piano. Anziché, infatti, relegarle – data l'eccezionalità del carattere e la similarità delle funzioni svolte – in un unico punto della legge sull'ordinamento penitenziario, il legislatore ha optato per una distribuzione a pioggia, sì da caratterizzare quasi tutti gli ambiti del sistema penitenziario. Le ipotesi relative al divieto di concessione dei benefici ricadono nell'ambito dei principi generali del trattamento penitenziario, mentre il regime di sorveglianza particolare riguarda i rapporti tra le modalità proprie del trattamento e il potere disciplinare<sup>148</sup>, attenendo alla sicurezza interna degli istituti

*trattamento dei detenuti e degli internati*. Relativamente al rapporto tra trattamento e sicurezza, parla di nesso imprescindibile Padovani, *Istituti penitenziari*, in *Nov. dig.*, Torino 1983, App., vol. IV, 462s.

<sup>144</sup> L'art. 4 *bis* riguarda il *divieto di concessione di benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti* e fu introdotto dalla legge 12 luglio 1991 n. 203; l'art. 14 *bis* è relativo al *regime di sorveglianza particolare*, mentre il 41 *bis* ha ad oggetto le *situazioni di emergenza* ed entrambi sono stati introdotti dalla legge 10 ottobre 1986 n. 663 (meglio nota come legge Gozzini).

<sup>145</sup> Cfr. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1334.

<sup>146</sup> Art. 90 ord. pen. *Esigenze di sicurezza: quando ricorrono gravi e eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro per la Grazia e la Giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza.*

<sup>147</sup> Sulla reale efficacia delle misure *de qua*, in particolare del regime previsto dall'art. 41 *bis* ord. pen., molti dubitano. E', infatti, rilevabile *ictu oculi* che se il regime del carcere duro persegue la finalità di rescindere i contatti tra il detenuto e le organizzazioni criminali per neutralizzarne la pericolosità sociale, questo obiettivo dovrebbe risolversi in tempi relativamente brevi, posto che al soggetto è inibito praticamente qualsiasi contatto con il mondo esterno. Non si spiegherebbe, dunque, come mai molti detenuti subiscono tale forma di reclusione per svariati anni e senza alcuna interruzione, tempi che dovrebbero far pensare a un raggiungimento degli obiettivi, ovvero al fallimento delle misure stesse. Sul punto si veda Cesaris, *art. 41 bis, Ordinamento*, cit., 420 e Piccirillo, *Nota a Tribunale di Napoli 11 aprile 2002*, in *Dir. Giust.*, 2002, 4, 75.

<sup>148</sup> Cfr. Cappitelli, *Appunti sul regime di sorveglianza particolare*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 4319B. Per la giurisprudenza, *presupposto del regime di sorveglianza particolare dell'art. 14 bis ord. pen. è uno specifico comportamento del detenuto (all'interno della struttura carceraria) che comprometta la sicurezza o turbi l'ordine nell'istituto, che impedisca con violenza o minaccia l'attività degli altri detenuti o internati, che nella vita penitenziaria si avvalga dello stato di soggezione degli altri*

penitenziari. Diversamente, le situazioni di emergenza e il carcere duro concernono i rapporti tra il regime penitenziario e la tutela della sicurezza esterna.

Si tratta di istituti, che, introducendo una differenziazione trattamentale giustificata ora dalla tipologia di reato commesso ora dalla pericolosità sociale del singolo individuo, sono caratterizzati da due aspetti in particolare. Da un lato, la differenziazione trattamentale ha riguardo non a un gruppo indifferenziato di detenuti, bensì a un soggetto determinato; dall'altro, la diversità del trattamento rispetto all'ipotesi ordinaria consiste nella restrizione più o meno marcata della stessa offerta trattamentale.

A tal punto, è necessario verificare in che termini tali misure perseguono comunque finalità trattamentali e rieducative e ciò richiede non solo l'individuazione della loro natura giuridica, ma soprattutto, la possibilità che questa sia unica per tutti e tre gli istituti. L'orientamento maggioritario non ravvisa tale possibilità, alla luce della diversità dei presupposti caratterizzanti le norme. Ne deriva che l'art. 4 *bis* ord. pen. costituirebbe una misura a carattere preventivo-cautelare, in cui la differenziazione trova il suo fondamento nel tipo di reato commesso<sup>149</sup>, laddove l'art. 14 *bis* ord. pen. denoterebbe la sua natura di sanzione disciplinare<sup>150</sup>. L'art. 41 *bis* ord. pen.<sup>151</sup>, invece, ha un carattere più complesso, trattandosi di una misura di prevenzione e difensiva, che persegue anche una finalità di deterrenza<sup>152</sup>.

Il carattere preventivo cautelare o difensivo o ancora disciplinare costituiscono solo aspetti marginali di tali misure, laddove troppo gravi sarebbero le conseguenze giuridiche, se si ammettesse che siamo di fronte a vere e proprie punizioni, a una

*detenuti nei suoi confronti. Il regime ha contenuti disciplinari ed il fine è di impedire tali comportamenti.* Così Cass. pen. Sez. I, sentenza 23 ottobre 2008, n. 241838. Dunque per la Corte Suprema l'art. 14 *bis* ord. pen. riconosce in capo all'Amministrazione penitenziario un potere disciplinare finalizzato a garantire la sicurezza interna delle carceri.

<sup>149</sup> Per un'approfondita disamina dell'art. 4 *bis* ord. pen. si veda Cesari, Giostra, *art. 4 bis, Ordinamento*, cit., 49s. Gli autori, nel ricostruire i diversi interventi normativi che hanno modificato più volte il catalogo dei reati ricompresi nell'ambito di operatività della norma *de qua*, sottolineano la difficoltà di individuare un criterio classificatorio adeguato per distinguere tra di loro le varie ipotesi. Restituisce la giusta portata della norma in esame l'opinione di chi la ritiene una norma simbolo. Così Guazzaloca, *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, in Corso, Insolera, Stortoni (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino 1995, II, 746. Si veda, altresì, Giunchedi, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Archivio pen.*, 2015, 1, 1.

<sup>150</sup> Sul punto non tutti concordano; alcuni, infatti, negano tale carattere disciplinare e sostengono la stessa natura preventivo-cautelare in capo sia all'art. 4 *bis* che al 14 *bis* ord. pen. Cfr. Grippo, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, 41 bis e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in [www.penalcontemperaneo.it](http://www.penalcontemperaneo.it), 15 marzo 2012.

<sup>151</sup> Per una ricostruzione dell'istituto, *ex multis*, si veda Cesaris, *art. 41 bis, Ordinamento*, cit., 411s.; Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, *passim*; Giunta, Ardita, Pavarini, *Il carcere duro tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 247; Ardita, Degl'Innocenti, Fadda, *Diritto penitenziario*, 119; Margaritelli, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 2010, 757s.; Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova 2010, 119s.

<sup>152</sup> Parte della dottrina ritiene che il regime del carcere duro svolga anche una funzione di deterrenza nei confronti degli associati alla criminalità organizzata non ancora assicurati alla giustizia. Ciò costituirebbe un *sospetto enorme in quanto si tratterebbe di attribuire al legislatore l'uso esemplare dell'inasprimento carcerario a puro scopo di prevenzione generale dissuasiva*. Così Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova 1994, 186. Cfr. anche Canepa, Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2006, 207.

sanzione nella sanzione<sup>153</sup>. Solo qualche voce in dottrina ha rilevato il carattere di trattamento inumano, crudele e degradante<sup>154</sup> del dettato dell'art. 41 *bis* ord. pen., ma i più hanno sempre salvato tali istituti, giustificandoli alla luce di uno pseudo bilanciamento in cui le esigenze di sicurezza prevalgono in assoluto su qualsiasi altro diritto.

La circostanza che al carcere duro, in quanto misura tra le tre più gravi, non sia mai stato riconosciuto il carattere di tortura ha trovato l'avallo non solo della giurisprudenza nazionale<sup>155</sup>, ma anche della giurisprudenza della Corte europea<sup>156</sup> che lo ha sempre ritenuto compatibile con la salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>157</sup>.

Se realmente prevalessero gli aspetti propri della prevenzione generale e speciale, in nessun modo potrebbero affermarsi limitazioni o esclusioni di alcuna sorta delle attività trattamentali e di recupero. D'altronde, a volerla dire tutta, non è neanche corretto ravvisare una differenziazione trattamentale in senso stretto, nella misura in cui il sistema non prevede un trattamento diverso nei contenuti per i detenuti assoggettati a tali disposizioni. Semplicemente, il trattamento e la rieducazione sono fortemente limitati o addirittura sospesi, con il limite dei trattamenti disumani e degradanti. Ne deriva che l'unica vera differenziazione è da ravvisarsi nella

---

<sup>153</sup> D'altronde, anche la durata breve prevista per la sorveglianza particolare, pur se prorogabile, lascia pensare a una sorta di punizione nella sanzione per la condotta tenuta, sicché formalmente tali misure si caratterizzano per una funzione di prevenzione, tuttavia nella sostanza sembra evidente il loro carattere sanzionatorio. La diversa natura e funzione del regime della sorveglianza particolare rispetto a quello del carcere duro trova una sponda anche nella giurisprudenza di legittimità. La Cassazione, infatti, ritiene i due istituti addirittura applicabili in via concorrenziale, giacché il 14 *bis* ord. pen. si giustifica con l'esigenza di garantire la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari, mentre l'art. 41 *bis* ord. pen. trae il suo fondamento dai gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica che potrebbero essere turbati dai collegamenti tra le associazioni criminali. Ne consegue che presupposti, contenuti e fini sono diversi sotto il profilo sostanziale, si da legittimare un'applicazione contemporanea degli istituti. Così Cass. pen. sez. I, sentenza del 26 novembre 2008 n. 44072.

<sup>154</sup> Si veda sul punto Nicosia, *Il cd. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, disumano e degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, 1240s.

<sup>155</sup> Per tutte si veda Corte Costituzionale, sentenza n. 376 del 5 dicembre 1997. Per la giurisprudenza costituzionale il regime del carcere duro non costituisce un esempio di trattamento disumano e degradante, anche perché le necessità di una differenziazione trattamentale – seppure ispirate a esigenze di sicurezza – non possono comportare l'esclusione delle attività di osservazione e trattamento.

<sup>156</sup> In varie occasioni la Corte europea si è pronunciata a favore del regime del carcere duro, escludendo la violazione dei diritti fondamentali dell'uomo. L'ultima pronuncia in tal senso riguarda il caso Riina c. Italia, deciso con sentenza del 19 marzo 2013, in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato che non è stata raggiunta la soglia minima di gravità per l'applicazione dell'art. 3 CEDU, giacché *il trattamento riservato al ricorrente non ha ecceduto l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Solo il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene inumane o degradanti (CPT), ha espresso delle perplessità in ordine alla legittimità dell'istituto, soprattutto per quanto concerne la genericità dei gravi motivi di ordine e sicurezza che sono alla base dell'operatività della norma. Sul punto si veda VIGANÒ, *La neutralizzazione*, cit., 1334s.

<sup>157</sup> La Corte europea non si è mai pronunciata in merito all'illegittimità di tali istituti, tutt'al più ha affermato la violazione del diritto di accesso a un tribunale *ex art. 6 Cedu*, dal momento che non è garantita la possibilità di un ricorso efficace (così Corte europea, *Musumeci c/ Italia*, sentenza dell'11 gennaio 2005, ricorso n. 33695/96). Anche le Regole penitenziarie europee agli artt. 24.2 e 53 non escludono la possibilità di restrizioni ad alcuni aspetti trattamentali, ovvero di misure speciali di alta sicurezza o di protezione. Si tratta di limitazioni che sono riconducibili ad alcune di quelle previste dagli artt. 14 *bis* e 41 *bis* ord. pen. e sono riferibili anch'esse a ipotesi di differenziazione individualizzata, dal momento che devono riguardare singoli detenuti (art. 53 co. 6).

circostanza che per il regime ordinario si attua il trattamento e per quello speciale no<sup>158</sup>.

Semmai, una differenziazione trattamentale sostanziale è da ravvisarsi tra chi si pente e decide di collaborare *ex art. 58 ter* ord. pen. e chi non opta per tale scelta<sup>159</sup>. Nel primo caso, infatti, non solo vengono meno tutte le restrizioni previste, ma addirittura scattano delle conseguenze di natura premiale<sup>160</sup>, sicché è proprio questa forma di differenziazione che dovrebbe far propendere per il carattere punitivo delle misure in esame.

Persino la preclusione processuale in base alla quale il detenuto in regime speciale non può prendere parte all'udienza per il reclamo innanzi il magistrato sorveglianza<sup>161</sup>, contribuisce ad ascrivere una valenza punitiva alla misura *de qua*.

Anche la facile obiezione per cui non si tratterebbe di misure a carattere punitivo, perché esse trovano applicazione anche per gli imputati, vale a poco. Infatti, non c'è differenziazione trattamentale o esigenza di sicurezza che possa giustificare un regime così gravoso per un soggetto per il quale ancora non è intervenuta una sentenza di condanna definitiva.

Il discorso non è riferibile solo agli imputati e dovrebbe essere di più ampio respiro. Nessuna esigenza di stretta necessità o sicurezza può giustificare una deroga al rispetto dei diritti fondamentali, le cui garanzie presuppongono ontologicamente un'assoluta indifferenziazione trattamentale, a prescindere da qualsiasi categorizzazione possibile<sup>162</sup>.

Probabilmente vede bene quella parte della dottrina che ritiene la logica del diritto penale del nemico<sup>163</sup> posta alla base di istituti come quelli in esame, da cui si

<sup>158</sup> Il sistema, poi, non risulta coerente se si pensi che anche i detenuti in regime speciale possono beneficiare della liberazione anticipata *ex art. 54*, con il vantaggio di un maggiore automatismo. Non avendo potuto partecipare alle attività trattamentali e non avendo possibilità di risocializzazione, è difficile immaginare che si possano configurare casi di cattiva condotta, tali da far venire meno il beneficio.

<sup>159</sup> Proprio in tema di collaborazione, persino la Corte Costituzionale ha riconosciuto *il carattere sostanzialmente mistificatorio dell'inestricabile collegamento tra collaborazione e rieducazione, essendo la prima un'opzione pratica che nasce dalla convenienza processuale..., mentre la seconda corrisponde invece ad un percorso di rivisitazione dei propri valori, delle proprie condizioni di vita*. Così Corte Costituzionale, sentenza 7 agosto 1993 n. 306. Invero, la stessa Consulta è poi ritornata sui suoi passi, affermando che il detenuto escluso dai benefici ai sensi dell'art. 4 bis ord. pen. versa in tale condizione per la sua scelta di non collaborare, frutto dunque del rifiuto della possibilità di cambiare il suo percorso di vita. Cfr. sentenza 24 aprile 2003 n. 135. Sui rapporti tra collaborazione rieducazione si veda Giostra, *Questione carceraria, governo dell'insicurezza sociale e politica criminale*, in *Quest. giust.*, 2014, 2, 11s.

<sup>160</sup> Tanto che parte della dottrina ravvisa l'esistenza di tre circuiti, a seconda se il caso riguarda un reo ordinario, un soggetto in misura restrittiva particolare ovvero un collaboratore di giustizia. Cfr. Cesaris, *Art. 41 bis*, cit., 417.

<sup>161</sup> Sul punto si veda Bartoli, Cappitelli, *In tema di reclamabilità trattamentale*, in *Cass. pen.*, 2012, 6, 2308 B.

<sup>162</sup> Parte della dottrina ritiene che sia una questione di *civiltà carceraria*. Così Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna 1980, 190.

<sup>163</sup> Sul diritto penale del nemico e sul suo teorico Jakobs si veda Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 735s.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla quest. crim.*, 2007, 2, 55; Viganò, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in Bernardi, Pastore, Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano 2008, 107; Fiorentin, Delli Priscoli, *Pericolosità sociale e diritto penale del nemico*, in *Riv. pen.*, 2009, 4, 425; Veneziani, *La pena, nozioni, fondamento e funzioni*, in *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Trattato di

evidenzierebbe ancora di più il loro carattere meramente punitivo. Se il sistema puntasse, infatti, alla sola neutralizzazione del nemico, dovrebbe comunque rieducarlo assicurandogli un adeguato trattamento. La mancanza del trattamento fa appunto propendere per una scelta punitiva del legislatore, con l'ulteriore conseguenza che ravvisare una differenziazione trattamentale laddove il trattamento non c'è dà luogo ad una vera e propria truffa delle etichette<sup>164</sup>.

### 5.7.- I collaboratori di giustizia: una differenziazione premiale, di protezione o di opportunità?

Il rilievo che il fenomeno del pentitismo e dei collaboratori di giustizia assunse all'inizio degli anni Novanta, in concomitanza con il periodo dello stragismo di stampo mafioso, si evince non solo dalle numerose norme processuali introdotte, ma anche dalle modifiche intervenute in ambito penitenziario. Fu, infatti, evidente sin da subito l'importanza di una strategia che agisse in quattro direzioni diverse: garantendo la protezione del soggetto, prevedendo una premialità penale in termini di sconti di pena, assicurando delle tutele processuali e infine intervenendo anche nella fase di esecuzione della pena<sup>165</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, centrale si è rivelato sin da subito il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria nella gestione dei detenuti pentiti, così come la necessità di prevedere una differenziazione trattamentale. Ecco che nella legge di riforma dell'ordinamento penitenziario fu introdotto l'art. 58 *ter*<sup>166</sup> proprio per disciplinare il trattamento delle persone che collaborano con la giustizia.

Diverse sono le esigenze che giustificano un trattamento differenziato rispetto ai detenuti comuni e possono distinguersi sotto un duplice profilo a seconda se riguardano la figura del collaboratore, ovvero interessano anche l'ordinamento stesso<sup>167</sup>. Per quanto concerne il primo aspetto, la posizione del pentito in carcere richiede particolari cautele, sia perché il soggetto ha interrotto qualsiasi rapporto con il mondo a cui è appartenuto sino a questo momento, trovandosi così in una situazione di isolamento totale, sia perché la sua scelta impone l'adozione di adeguate misure di protezione a tutela della sua incolumità. Relativamente al secondo aspetto, la differenziazione risponde a una logica premiale, al fine di

---

diritto penale parte generale, Milano 2014, II, 22. Sui rapporti tra il diritto penale del nemico e il regime del 41 *bis* ord. pen. si veda Giunta, Ardita, Pavarini, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, in *Criminalia*, 2007, 272.

<sup>164</sup> Il termine differenziazione implica necessariamente un trattamento che sia diverso rispetto a quello predisposto per i casi ordinari e non piuttosto un trattamento mancante o addirittura uguale ma solo attenuato nella sua concretizzazione. Se così non fosse, poi, si arriverebbe al paradosso che essendo le misure della sorveglianza particolare e del carcere duro sovrapponibili, si avrebbe una differenziazione della differenziazione.

<sup>165</sup> Sul punto si veda Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002, *passim*. L'autore ritiene fondamentali tre tipologie di intervento differenti per stimolare la collaborazione, una di tipo sostanziale, una processuale e infine una penitenziario. Si veda anche Fumo, *Delazione collaborativa, "pentimento" e trattamento sanzionatorio*, Napoli 2001.

<sup>166</sup> La norma fu introdotta con la legge 12 luglio 1991 n. 203, successivamente modificata dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45.

<sup>167</sup> Si tratta di finalità ribadite anche dal D.M. 7 febbraio 2006 n. 144 dettato in materia di trattamento penitenziario di coloro che collaborano con la giustizia.

incentivare e promuovere la collaborazione stessa e deve preservare la genuinità delle informazioni.

Proprio per rispondere a tali esigenze l'ordinamento prevede un trattamento differenziato già al momento dell'assegnazione all'istituto penitenziario. La scelta è operata dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, in deroga al principio di territorialità della pena e ai normali criteri di assegnazione e deve ricadere su appositi istituti o sezioni riservate<sup>168</sup>. La *ratio* è da ravvisare nella necessità che il soggetto non entri in contatto con altri detenuti magari anche loro collaboratori di giustizia, onde evitare che le informazioni possano subire dei condizionamenti o comunque essere comunicate ad altri<sup>169</sup>. In concreto, più che un trattamento di favore, si tratta di un vero e proprio isolamento che non può durare oltre centottanta giorni, termine entro il quale deve essere redatto il verbale illustrativo contenente le dichiarazioni rese dal detenuto<sup>170</sup>.

Rispetto alla ordinaria osservazione della personalità condotta dal gruppo di osservazione e trattamento sui detenuti comuni, la valutazione del collaboratore è affidata alla magistratura di sorveglianza e a una Commissione del Ministero degli Interni e deve tenere conto di diversi fattori<sup>171</sup>. In primis, è necessario che sia accertato il tipo di collaborazione, che può essere effettiva se ne consegue un utile contributo per le attività investigative; in caso contrario è fittizia, ossia impossibile, se all'informazione fornita dal soggetto si è giunti per altre vie: ovvero irrilevante, se di nessuna utilità<sup>172</sup>. Va, poi, valutata la pericolosità del soggetto e vanno individuate le speciali misure di protezione che devono essere adottate.

Se queste sono le caratteristiche della differenziazione trattamentale prevista per i collaboratori di giustizia, ne risulta allora alquanto incerta la *ratio* sottesa. In prima battuta sembrerebbe prevalere una logica premiale, tendente a incentivare la collaborazione soprattutto per assicurare la riparazione anche solo parziale del danno arrecato con la commissione del reato. Un trattamento sanzionatorio o penitenziario di favore finalizzato al ravvedimento, dunque, non dovrebbe sollevare particolari questioni, dal momento che ben si coniugherebbe con la funzione rieducativa della pena.

Analizzando approfonditamente la disciplina di riferimento, però, emerge tutto l'opportunità legislativo posto a fondamento dell'istituto. Il collaboratore di giustizia ha commesso dei reati il più delle volte gravi, essendo collegati alla criminalità organizzata, sicché dovrebbe subire la pena prevista per tali fattispecie alla stessa stregua di tutti gli altri condannati per gli stessi fatti. Senonché, può beneficiare di un trattamento di favore per il solo fatto di collaborare con la

---

<sup>168</sup> Art. 6 co. 13 legge 13 febbraio 2001 n. 45 recante *Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza*.

<sup>169</sup> Art. 6 co. 14 legge N. 45 del 2001 e art. 3 D. M. N. 144 del 2006.

<sup>170</sup> Per una puntuale ricostruzione della disciplina di riferimento si veda Ardita, Degl'Innocenti, Fadda, *Diritto penitenziario*, Roma 2014, 134.

<sup>171</sup> Il soggetto competente alla valutazione della collaborazione costituisce un ulteriore elemento di differenziazione rispetto a quanto previsto dall'art. 4 *bis* ord. Pen. in tema di divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti. In tal caso, infatti, i protagonisti sono il magistrato o il tribunale di sorveglianza, il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del luogo di detenzione del soggetto, il Direttore dell'istituto penitenziario e il Procuratore nazionale o distrettuale antimafia per alcune ipotesi particolari.

<sup>172</sup> Cfr. Art. 58 *ter* co. 1 ord. Pen. Sul punto si veda Ardita, Degl'Innocenti, Fadda, *Diritto*, cit., 128.

giustizia<sup>173</sup>, contribuendo attivamente alle indagini. A ben vedere, l'art. 58 ter ord. Pen., piuttosto che una figura autonoma di differenziazione trattamentale, sembra costruita come eccezione di un'altra ipotesi di differenziazione e cioè quella prevista dall'art. 4 bis ord. Pen. In particolare, i soggetti rientranti nelle categorie indicate da quest'ultima disposizione sono esclusi da tutta una serie di benefici processuali, penitenziari e di esecuzione della pena, a meno che non decidano di diventare collaboratori di giustizia e in tal caso si aprono le porte della premialità. Le due norme sono una diretta conseguenza dell'altra<sup>174</sup>, oltre che il 58 ter ord. Pen. Essere in netta contrapposizione con la disciplina prevista dall'art. 41 bis ord. Pen.

Sia che domini una logica esclusivamente premiale, sia che prevalgano ragioni di opportunità, in entrambi i casi deve essere garantita la protezione del detenuto che sceglie di collaborare con la giustizia. L'ordinamento, infatti, assicura numerose cautele non solo nell'esecuzione della pena detentiva, ma anche nelle traduzioni o nei piantonamenti, al fine di garantire l'incolumità del soggetto.

#### 6.- Alcuni rilievi conclusivi

La considerazione che la differenziazione trattamentale sia uno strumento indispensabile sotto il profilo dell'efficacia delle pena ai fini della rieducazione del reo, non significa che essa non sia scevra da critiche. E' stato da più parti obiettato che se lo scopo ultimo della pena è la risocializzazione, questa non può che trovare attuazione a mezzo della differenziazione trattamentale, dovendo essere ritagliata esattamente sul singolo soggetto, ma ciò comporta ontologicamente una diseguaglianza sostanziale.

La differenziazione, pur nascendo in ragione della necessità di assicurare un adeguato trattamento garantendo l'omogeneità dei detenuti, per conseguire l'obiettivo della rieducazione, presenta due rilevanti ordini di problemi, sia sotto il profilo ordinamentale che relativamente ai soggetti destinatari.

Circa il primo punto, infatti, l'istituto entra in contrasto sia con il principio di legalità, che con l'assunto per cui il nostro è un diritto penale del fatto. Ciò a meno di non voler considerare la fase dell'esecuzione della pena come qualcosa di altro e diverso dal diritto penale puro, per la quale appunto, non valgono i principi garantiti dal diritto sostanziale.

D'altronde, il fondamento della differenziazione è proprio la valutazione della personalità del reo, con la conseguenza che identici fatti possono portare all'applicazione di pene e di un trattamento diversi, determinando, così, una criticità in termini di *certezza formale del diritto penale*<sup>175</sup>. In effetti, una pena finalizzata alla risocializzazione per il tramite della differenziazione trattamentale e fondata sull'osservazione della personalità del reo paga un tributo in termini di legalità, perché non è più legislativamente predeterminata, potendo variare da caso a caso,

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, 126.

<sup>174</sup> Cesari, *art. 58 ter*, in *Commento*, cit., 753.

<sup>175</sup> Cfr. Pavarini, *Voce Pena*, cit. L'autore ripercorre le critiche rivolte ai fautori della prevenzione speciale e della differenziazione trattamentale da coloro che legittimano il ruolo formale della legge che deve essere uguale per tutti, garantire la certezza del diritto e guardare al fatto e non ai soggetti, non mancando, però, di notare che un ritorno al formalismo giuridico riproduce alla fine le stesse diseguaglianze che si volevano evitare.

nonché di arbitrio giudiziale, essendo i meccanismi sia punitivi che premiali affidati alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza<sup>176</sup>.

Per quanto concerne, invece, i destinatari della differenziazione, questi si troveranno a subire un trattamento differenziato il più delle volte per posizioni o qualità rivestite, con la conseguenza di essere sempre più isolati e dalla società civile e da quella penitenziaria. Una differenziazione basata sulla singola persona del reo, poi, non può fare a meno di prendere in considerazione il livello sociale di provenienza e in base al fatto commesso inserire il soggetto in una determinata categoria. Ciò determina un duplice rischio.

Da un lato, la possibilità che la differenziazione si traduca in meccanismi automatici che prescindono totalmente dalla persona del delinquente. Dall'altro, si può determinare l'emarginalizzazione dei livelli sociali più bassi<sup>177</sup>: una volta che la persona è stata differenziata sotto il profilo della pena e inserita in una cerchia individuata e ristretta di criminali, difficilmente riuscirà a uscire – anche terminata l'esecuzione della pena – da quella categorizzazione e tenderà sempre a essere identificato con il gruppo a cui è stato assegnato (il tossicodipendente, il minore criminale, colui che è stato sottoposto a sorveglianza particolare, lo straniero delinquente, etc.). Rischio quest'ultimo, che – paradossalmente – non corrono gli autori di reato inseriti nella categoria più ampia dei delinquenti comuni e per i quali il trattamento individuato è nel complesso simile e non presenta aspetti peculiari<sup>178</sup>.

A tutte queste considerazioni si aggiunge, poi, una critica all'eccesso di differenziazione a cui si è addivenuti nel tempo, che ha visto crescere esponenzialmente le ipotesi normative e non. Ne sono scaturite, infatti, difficoltà concrete nell'applicazione delle regole, oltre a una vera e propria moltiplicazione dei sistemi in funzione di ogni tipologia di detenuto, che ha determinato anche la perdita di una visione complessiva dell'ordinamento penitenziario.

A tal punto è necessario domandarsi se una differenziazione trattamentale così strutturata serva agli scopi propri dell'ordinamento, ovvero sia da ripensare. Il *vulnus* dell'istituto è da ravvisare probabilmente nella centralità della sanzione detentiva, che ancora oggi persiste e che per garantire sicurezza interna ma anche e soprattutto esterna, ha una sempre maggiore necessità della differenziazione trattamentale. In realtà, si tratta di un circolo vizioso per cui all'aumento di domanda di differenziazione corrisponde la produzione di effetti opposti, come avviene, ad esempio, per gli immigrati e per i malati di AIDS, la cui discriminazione è evidente. Tuttavia, l'eccesso di differenziazione va a sovrapporsi, paradossalmente, all'indifferenziazione che in concreto caratterizza tutto il sistema penitenziario, che nasce su basi egalarie e che quasi mai riesce ad assicurare una reale distinzione di

---

<sup>176</sup> Cfr. Ferrajoli, *Diritto*, cit., 750. L'autore l'evoluzione dell'ordinamento penitenziario ricordando come anche la previsione di un regime di sorveglianza particolare in carceri ad hoc per i delinquenti pericolosi con i suoi risvolti negativi sia frutto di una scelta legislativa nel senso della differenziazione trattamentale.

<sup>177</sup> *Idem*.

<sup>178</sup> La sensazione è che tanto più il sistema è inefficace sotto il profilo della risposta sanzionatoria sia in termini di prevenzione generale sia in termini di prevenzione speciale, tanto maggiore è il bisogno di differenziazione. Se lo strumento della pena fosse realmente efficace di per sé, allora non ci sarebbe bisogno di differenziare, posto che uno solo sarebbe il trattamento capace di rieducare e reinserire il reo in società. Oggi il fallimento della cosiddetta pena utile ha determinato il passaggio da un modello correzionale a un modello custodiale, per cui lo strumento penale serve a contenere e gestire il rischio criminale. Sul punto si veda ancora Pavarini, *Pena*, cit.

trattamento, non fosse altro a causa dell'annoso e irrisolto problema del sovraffollamento penitenziario<sup>179</sup>.

Forse ci dovrebbe essere una presa d'atto che la differenziazione così com'è concepita non risponde ad alcuna logica rieducativa, ma è frutto di opportunismo ordinamentale, tendente solo a garantire la gestione, l'organizzazione penitenziaria e non ultima la sicurezza interna ed esterna. D'altronde, già la locuzione trattamento differenziato implica *ab origine* una valenza negativa. Da un lato, infatti, l'idea del trattamento rinvia a una concezione del detenuto che lo vede come un malato e dunque come un soggetto da curare<sup>180</sup>; dall'altro, la differenziazione implica una diversità intesa appunto in senso discriminatorio, laddove il fine perseguito è quello – uguale per tutti – della rieducazione.

Il trattamento differenziato, infatti, sembra alla fine ricomprendere solo due grandi macroaree: la prima riguarda la differenziazione di coloro che devono essere solo contenuti (come avviene per il 4 *bis*, il 14 *bis* e il 41 *bis* ord. pen.), mentre la seconda comprenderebbe l'insieme di soggetti che deve essere rieducata<sup>181</sup>. D'altronde l'analisi dei dati porta facilmente a tale conclusione, ove si consideri che a fronte di numeri bassissimi di evasioni e tentate rivolte carcerarie, abbiamo un tasso di recidiva particolarmente elevato.

Da quanto sin qui detto emerge che la differenziazione trattamentale andrebbe fortemente ridotta<sup>182</sup>, se non abolita del tutto, oltre che superata l'idea che giochi totalmente a favore del reo, nel tentativo di garantire un percorso rieducativo efficace. Se realmente il dettato costituzionale dell'art. 27 trovasse attuazione, allora non ci sarebbe bisogno di tante ipotesi di differenziazione, dal momento che il trattamento andrebbe garantito a tutti, senza che si renda necessaria una sua categorizzazione.

---

<sup>179</sup> Cfr. Daga, *Trattamento*, cit., 1317s.

<sup>180</sup> Il sistema sembra sempre più andare in questa direzione. Basti pensare che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha recentemente introdotto un sistema di assegnazioni di codici per colore, da applicarsi per l'assegnazione del detenuto ai circuiti di alta, bassa e media sicurezza, alla stessa stregua di quanto avviene nei pronto soccorso degli ospedali con i codici di triage.

<sup>181</sup> *Idem*. Ad esempio, l'autore critica fortemente la differenziazione per istituti, che non risponde a nessuna logica trattamentale, bensì a esigenze prevalentemente di tipo custodialistico.

<sup>182</sup> In tal senso anche la *Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione* del Ministero della Giustizia ufficio legislativo, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 20 dicembre 2013. Nel documento conclusivo si legge che La Commissione ha ritenuto non più differibile il riallineamento dell'asse normativo alle coordinate costituzionali della finalità rieducativa della pena: finalità con la quale è apparso inconciliabile un sistema di esecuzione penale, come l'attuale, incentrato su percorsi differenziati, sotto il profilo trattamentale e di accessibilità alle forme di esecuzione alternativa al carcere, in ragione del 'tipo di autore', identificato unicamente sulla base del reato oggetto della condanna o della recidiva.