

PARTE I

LA DIFFERENZIAZIONE PENITENZIARIA

CAPITOLO I

La differenziazione in generale

SOMMARIO: 1.1. Premessa. – 1.2. Le funzioni della pena e la differenziazione trattamentale. – 1.3. I principi generali del trattamento.

1.1. *Premessa*

Questo lavoro ha ad oggetto le diverse ipotesi di differenziazione penitenziaria e in particolare la cosiddetta differenziazione strutturale che assegna i detenuti e gli internati ai circuiti penitenziari, a seconda della loro pericolosità e delle esigenze di sicurezza. A tal fine verranno analizzate tutte le ipotesi oggettive e soggettive di differenziazione presenti nell'ordinamento penitenziario, per verificare la fondatezza dell'idea di partenza: l'eccesso a cui il sistema tende è disfunzionale rispetto al fine primario della rieducazione e risponde quasi esclusivamente a logiche di prevenzione speciale o meramente custodiali, che tradiscono l'originario disegno normativo.

La differenziazione è un tema da sempre caro all'Amministrazione penitenziaria, da molto prima dell'avvento della legge di riforma del 1975 e che ancor oggi presenta profili di grande attualità. Le ragioni principali che giustificano un interesse anche di studio per tale argomento sono di due ordini. Da un lato, è necessario operare una ricognizione normativa per individuare le diverse ipotesi previste nell'ordinamento; dall'altro, occorre verificarne l'efficacia in termini di raggiungimento degli obiettivi di rieducazione e risocializzazione che ne costituiscono il fondamento.

La differenziazione, infatti, pur tendendo formalmente all'individualizzazione del trattamento rieducativo, è stato spesso strumento ora di accentuazione dell'aspetto custodialistico, ora di risoluzione in via emergenziale di problemi come il sovraffollamento carcerario. Ciò ha contribuito fortemente a trasformare il volto della sanzione detentiva attuale.

In particolare, i cambiamenti più rilevanti si sono avuti in relazione alla differenziazione in circuiti penitenziari, a cui è dedicata l'ultima parte del lavoro.

La necessità inderogabile, da un lato di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, dall'altro di riformare il sistema dei circuiti secondo una logica più rispondente al principio di rieducazione della pena, ha spinto l'amministrazione penitenziaria a una serie di interventi in materia. Quelli più significativi hanno riguardato dapprima il circuito di bassa sorveglianza, a cui è stato esteso il regime della custodia attenuata previsto fino a quel momento solo per i detenuti tossicodipendenti. Successivamente, lo stesso modello è stato esportato nel circuito di media sicurezza, per il tramite delle nuove modalità operative del carcere aperto e della sorveglianza dinamica di cui si darà conto¹.

1.2. *Le funzioni della pena e la differenziazione trattamentale*

È dalla nascita del moderno stato di diritto che il tema del fondamento del potere punitivo dello Stato impegna gli studiosi del diritto penale. Il dibattito è oggi particolarmente acceso, soprattutto per la complessità dei cambiamenti sociali, che determinano una sempre maggiore riduzione degli spazi propri della potestà statale a favore dell'affermazione di altri poteri (*in primis* quelli economici e finanziari).

Se le domande *chi è legittimato a punire? e perché?* non trovano a tutt'oggi una facile risposta, diversamente il quesito relativo a *quali scopi deve perseguire la pena?* sembra non agitare il dibattito più di tanto². La teoria della polifun-

¹ Avvertenza ai lettori.

Tutte le pronunce della Corte di Cassazione sono rinvenibili in www.italgiureweb.it.

Il presente lavoro è aggiornato con le previsioni dello schema di Decreto legislativo frutto del lavoro della Commissione Giostra. La Commissione è stata istituita con decreto del Ministro della Giustizia il 19 luglio 2017, con il compito di riformare le norme sull'ordinamento penitenziario, dando attuazione alla legge di delega n. 103 del 23 giugno 2017, recante, appunto, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario. Tale Commissione sarà indicata con il numero II, per differenziarla dalla Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, presieduta ugualmente dal prof. Glaucio Giostra e istituita sempre con Decreto del Ministro di Giustizia il 2 luglio 2013, a sua volta indicata con il numero I.

² Per una puntuale ricostruzione filosofica della teoria della pena si veda FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 2004; EUSEBI L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano 1989. 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 MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 8, p. 922.

zionalità della pena³, 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 che i presupposti sottesi alla nozione di pena coincidano con la retribuzione, la prevenzione generale e la prevenzione speciale⁴.

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 storico⁵.

Certamente l'idea della retribuzione⁶ 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.

Storicamente non si è mai riusciti a rinunciare né alla necessità di assicurare al singolo offeso e conseguentemente alla collettività tutta una qualsivoglia forma di ristoro per il male subito, né all'idea che la pena sia un *malum passionis*

³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, V ed., Giuffrè, Milano 1985, p. 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 M., *Per una concezione post riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, p. 1210.

⁴ Si è 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 PUGIOTTO A., *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, 10 giugno 2014.

⁵ Si veda GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano 2007.

⁶ Sul punto si veda VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1961, p. 304.

propter malum actionis. Del resto, all'odierno recupero del ruolo della vittima del reato, per tanto tempo ai margini del sistema penale⁷, sono sottese probabilmente anche istanze di questo tipo. La retribuzione si caratterizza, tuttavia, per una molteplicità di significati che può assumere: dalla punizione all'espiazione morale, dalla restaurazione dell'ordine violato alla riaffermazione del potere normativo statale. I tentativi di sottrarre all'idea della retribuzione la moderna sanzione penale sono comunque fallimentari. Anche sostenere che l'essenza stessa della pena sia 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 punitiva⁸, non porta a una tale risultato. Accostare, infatti, alla disapprovazione sociale l'elemento del *risentimento vendicativo*⁹ significa far rientrare dalla finestra l'afflittività propria della più classica retribuzione¹⁰.

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 considerino ora i destinatari ora le caratteristiche della pena¹¹.

⁷ Negli ultimi decenni il ruolo della vittima e la necessità della sua tutela sono stati al centro dell'attenzione del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. Si veda la Raccomandazione n. R(85)11 sulla posizione della vittima nel quadro del diritto penale e della procedura penale e la recente direttiva 2012/29/UE, che, sostituendo la precedente direttiva 2001/220/GAI, ha istituito norme minime in materia di assistenza e protezione delle vittime di reato. Cfr. DEL TUFO M., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in VISCONTI C., FIANDACA G. (a cura), *Punire, Mediare, Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino 2009, p. 107. Più recentemente, FALCINELLI D., *Il diritto penale della vittima del reato*, Dike Giuridica Ed., Roma 2017.

⁸ FEINBERG J., *The expressive function of punishment*, in FORTI G., *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., pp. 46 ss. 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 A., *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2010.

⁹ *Ibidem*, p. 48.

¹⁰ 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.

¹¹ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto*, cit., p. 250.

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 culturale¹².

Sotto il profilo storico, i mutamenti di natura sociologica e culturale accompagnati dall'incremento della criminalità in termini quantitativi, oltre che qualitativi, hanno determinato – negli anni sessanta – un rinvigorimento della teoria della coazione psicologica. La minaccia della pena fungerebbe da contropesca psicologica 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 teoria¹³, l'idea che il potenziale reo desista dal suo intento criminoso solo perché, nel bilanciamento tra i vantaggi e gli svantaggi, prevalerebbero questi ultimi funzionerebbe pure, se la pena minacciata fosse di un'entità e 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.

Proprio la prevenzione speciale, non tanto nella sua finalità di neutralizzazione quanto soprattutto nell'accezione della rieducazione¹⁴, ha ricoperto un ruolo di primo piano nei discorsi intorno alla funzione della pena sino agli anni Settanta, grazie anche a una lettura più attenta e articolata dell'art. 27 Cost¹⁵. 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 de-

¹² Per un importante contributo sul tema della prevenzione generale, si veda DE FRANCESCO G.V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2014, pp. 15 ss.

¹³ 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. AA.VV., *I diritti dei nemici*, in *Quad. Fior. St. Pen. giur. Mod.*, I, XXXVIII, Giuffrè, Milano 2009, pp. 442 ss.

¹⁴ 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 M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 2014, p. 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 L., *Diritto*, cit., p. 251).

¹⁵ 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.

*finiscono 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*¹⁶.

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-psichiatrica¹⁷. 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*¹⁸.

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 sia un paziente da trattare. Chi dice che un'offerta formativa diversa non possa portare a risultati migliori in termini di risocializzazione, soprattutto se contempra la possibilità concreta che il reo sia 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'esecuzione¹⁹ 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, che va ritagliata sulla personalità del reo in base agli indici di commisurazione previsti dal legislatore²⁰.

¹⁶ Così PAVARINI M., *Pena*, in *Enc. Sc. Soc.*, Treccani, Roma 1997, p. 541.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ PASTORE M., *L'illusione correzionale. Il sistema Borstal inglese per minori tra rieducazione e punizione*, in DAGA L., *Il sistema sanzionatorio e le misure alternative alla detenzione*, in *Scritti e discorsi 1980-1993*, in www.rassegnapenitenziaria.it/cop/98.pdf.

¹⁹ 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.

²⁰ Sul punto si veda FIANDACA G., *Diritto*, cit., p. 652 e VASSALLI G., *Funzioni*, cit., p. 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 impulso al legislatore e all'amministrazione nell'attuazione di nuovi istituti e nel promovimento di nuove iniziative*.

Con il prevalere della strisciante convinzione che la funzione rieducativa sia ormai un mito decaduto, sul finire degli anni settanta si consolidano tendenze neo-retribuzionistiche, secondo cui la funzione principale della pena consisterebbe nel soddisfacimento dei *bisogni emotivi di punizione*, propri e del singolo e della collettività tutta²¹.

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 che le diverse e contrapposte posizioni convivano in un pacifico paradosso²². 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 Gozzini e Simeone) 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 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 al problema del sovraffollamento carcerario.

Alle stesse logiche rispondono le recentissime norme dettate in tema sia di sorveglianza dinamica²³, introdotta in alcune tipologie di penitenziari, sia di detenzione domiciliare²⁴, senza che ciò significhi, appunto, che stiamo andando verso l'af-

²¹ Cfr. EUSEBI L., *La pena in "crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia 1990.

²² 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 esplicare 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 A., *Il volto*, cit., p. 4.

²³ DELLA BELLA A., *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, 30 novembre 2011

²⁴ 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 MANNOZZI G., *Il*

fermazione 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 dubitare²⁵ – 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.

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*²⁶. 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. Molti degli strumenti previsti dalla legge n. 354 del 1975 sono rimasti sulla carta e non hanno mai trovato attuazione, sicché non è possibile parlare di un fallimento della funzione risocializzante della sanzione penale se non dopo aver fatto realmente un tentativo in tal senso.

De iure condito, si può dire che si sia proceduto in tale direzione con l'introduzione della differenziazione trattamentale, che tuttavia viene continuamente frammentata in diverse ipotesi, di cui non sempre si può dire che la rieducazione sia l'unico filo conduttore.

Circa il rapporto tra trattamento rieducativo e penitenziario, sembra utile ricordare che durante i lavori dell'Assemblea Costituente la discussione relativa alla funzione della pena sorta per la redazione dell'art. 27 fu lunga e articolata, pur se da subito fu condivisa la scelta di non optare per una funzione piuttosto che per un'altra²⁷. In proposito, si riconobbe che le opinioni sullo scopo della

legno storto del sistema sanzionatorio, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, pp. 781 ss.

²⁵ FIANDACA G., *Diritto*, cit., p. 652.

²⁶ Così PALAZZO F., BARTOLI R., *Appunti generali sulla riforma del sistema penitenziario*, in *Certeza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Giapichelli, Torino 2007, p. 137.

²⁷ 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.

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 punire²⁸ e 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 trattamento rieducativo²⁹. 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 umana³⁰. Diversamente, la seconda parte dell'enunciato

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 compete 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 G., *Commento all'art. 27 co. 3 e 4*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1991, p. 5. Si veda anche TOSCANO G., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2012, p. 10.

²⁸ 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>.

²⁹ La dicotomia trattamento rieducativo – trattamento penitenziario non è l'unica che si può individuare relativamente al trattamento del reo, che può assumere un significato di cura antitetico alla sicurezza del soggetto. Come si vedrà più avanti, infatti, per la concezione sottesa alle recenti innovazioni del sistema penitenziario, la sicurezza non è fine a se stessa, ma costituisce 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. Al di là delle 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 e il reinserimento sociale. Invero, si tratta – ad avviso di chi scrive – di modi diversi di denominare le nozioni di trattamento che comunque, stando al dato normativo, non sono che due: il penitenziario e il rieducativo. Cfr. BELLOMIA S., *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1980, p. 921 e DAGA L., *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano 1980, p. 1304.

³⁰ 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'una dell'altra*. Così Corte Cost., sentenza del 22 novembre

costituzionale riguarda il trattamento rieducativo, che va inteso – appunto – nel senso della funzione della pena³¹.

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 semanticamente 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 trascurato 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.

In realtà le due ipotesi trattamentali non solo non coincidano, ma hanno rilevanza diversa, come 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 primo piano quello penitenziario a cui è dedicato il primo comma³² 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 il sistema è

2013 n. 279.

³¹ Cfr. CASSESE M., *Il senso di umanità, il trattamento e la sicurezza*, in AA.VV., *Diritti umani e carcere*, Jovene, Napoli 2008, p. 180.

³² 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 V., *Art. 1*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova 2006, p. 11.

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 rieducato³³. 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 penitenziario³⁴.

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 penitenziario³⁵, 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 europee³⁶, infatti, opera sotto il profilo sostanziale

³³ GREVI V., *Art. 1, Ordinamento*, cit., p. 5. Viene così riconosciuto il principio dell'autodeterminazione del condannato, in quanto espressione del diritto alla dignità ex art. 2 Cost. Cfr. DAGA L., *Trattamento*, cit., pp. 1319 ss.

³⁴ 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 G.M., *Il regime penitenziario*, Milano 2012, pp. XIII; cfr. BELLOMIA S., *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano 1980, XXX, p. 921.

³⁵ 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.

³⁶ 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'Eu-*

ziale la stessa 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 comporta 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 e degli internati³⁷. 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 reclusi 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 per la distinzione dei carcerati in base alle loro caratteristiche, alla tipologia di istituto assegnato, se abbia perseguito una finalità di differenziazione fondata sul trattamento e tendente alla rieducazione o se abbia fatto prevalere istanze di sicurezza e per la collettività e per gli istituti stessi. Neppure all'interno di ciascuna eventuale opzione, si riesce a individuare un parametro ordinativo unitario. Ad esempio, anche a voler considerare esclusivamente la differenziazione relativa alle caratteristiche dei detenuti e degli internati, i criteri di riferimento sono i più disparati: i soggetti vengono distinti e destinati a strutture

ropa per il trattamento dei detenuti sono state oggetto di due rivisitazioni, la prima nel 1987 ad opera della 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.

³⁷ 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 L., *Diritto*, cit., pp. 256 ss. e p. 748.

diverse ora in base al loro stato giuridico ora a seconda dell'età e del sesso, ora considerando la tipologia di reati commessi o la pericolosità sociale³⁸.

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 in presenza di confuse scelte legislative, la separazione in gruppi dei detenuti e internati non è una questione meramente regolamentare ma è piuttosto funzionale al trattamento³⁹. 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, stabilisce uno stretto legame tra la riuscita del programma trattamentale e l'omogeneità del gruppo di lavoro⁴⁰.

1.3. *I principi generali del trattamento*

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 econo-

³⁸ Per un'approfondita analisi dei rapporti tra pericolosità sociale e differenziazione si veda BARTOLI R., *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistemati" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 385 ss.

³⁹ Cfr. CESARIS L., *Art. 14*, in *Ordinamento*, cit., p. 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.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 168. Nel testo si ricorda come i criteri di assegnazione non costituiscano una novità del sistema trattandosi di parametri già noti, l'innovazione è piuttosto 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 al fine di evitare influenze dannose e agevolare il trattamento.

niche 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. Si tratta di una *norma manifesto*, che tuttavia contiene irrinunciabili enunciazioni di principio, tese a porre in collegamento la predisposizione di un programma trattamentale ritagliato il più possibile sul singolo soggetto e la rieducazione del reo. Ciò emerge ancora più evidentemente nella nuova versione dell'art. 13 ord. pen. contenuta nello schema di Decreto attuativo predisposto dalla Commissione Giostra II. Il novellato comma 2 prevede, infatti, che debbano essere incentivate le attitudini e valorizzate le competenze, giacché queste costituiscono un importante sostegno nel percorso di recupero e reinserimento del soggetto condannato. Certo la riforma avrebbe potuto essere maggiormente incisiva, a cominciare dall'inserimento di quel principio di responsabilizzazione del detenuto, prima inserito e poi oggetto di ripensamento nell'ultima versione del Decreto.

A prescindere dalle recenti modifiche, 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 rieducazione⁴¹. Tuttavia, l'art. 13, dopo aver affermato al primo comma che il trattamento deve essere ritagliato sui bisogni della personalità di ciascuno, individua con estrema concretezza due momenti fondamentali nel trattamento di condannati e internati: l'osservazione scientifica e la formazione della cartella personale del detenuto.

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 de-

⁴¹ Per un commento sull'art. 13 ord. pen. si veda BERNASCONI A., *Art. 13*, in *Ordinamento*, cit., pp. 157 ss.; SARTARELLI S., *Art. 13*, in GIARDA A., SPANGHER S., *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano 2010, p. 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*.

ve essere la stessa dell'esecuzione della pena. Nondimeno, è nell'immediatezza dell'ingresso in istituto e nei momenti immediatamente 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 significative⁴². È pur vero che le problematiche psicologiche non necessariamente condizionano 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-

⁴² L'attualissimo dibattito sul contributo delle neuroscienze al diritto penale ha portato alcuni a ritenere che il criminale è tale in quanto carente 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 richiama gravi forme di emarginalizzazione e persecuzione storicamente note. Per un approfondimento si veda DI GIOVINE O., *Diritto penale e neuroetica*, Cedam, Padova 2013; ID., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, p. 626; MERZAGORA BETSOS I., *Colpevoli si nasce?*, Cortina ed., Milano 2012; PASCULLI M.A., *Neuroscienze e diritto penale*, Aracne, Roma 2013; BERTOLINO M., *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organico?*, in SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Cedam, Padova 2009.

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 cause⁴³. Invero, la formulazione dell'art. 13 porta a considerare come destinatario unico del trattamento un certo *modello di delinquente*⁴⁴, coincidente con un soggetto appartenente alla scala sociale più bassa, emarginato e disadattato. È 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 inteso⁴⁵.

Invero, l'intervento riformatore della Commissione Giostra II ha toccato proprio tale punto, eliminando il riferimento alle carenze fisiopsichiche, nonché al disadattamento sociale. Dalla relazione tecnica annessa allo schema di Decreto emerge, infatti, la considerazione che un simile riferimento avrebbe messo implicitamente in connessione il determinismo biologico con la commissione di reati. Sennonché, non essendo sempre alla base dell'illecito penale una causa di disadattamento sociale, è assolutamente condivisibile la scelta di eliminare tale richiamo. Non solo, ma l'attuale versione dell'art. 13 ord. pen. non tiene in debito conto l'evoluzione delle forme di criminalità, volendo con ciò fare riferimento ai crimini commessi da chi è tutt'altro che ai margini della società (come ad esempio i cosiddetti reati dei colletti bianchi).

Circa il secondo momento chiave nel trattamento dei ristretti, la formazione di una cartella personale è di primaria importanza per poter avere sempre traccia della storia del recluso 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 stata ospitata⁴⁶.

⁴³ 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.

⁴⁴ Sul punto si veda BERNASCONI A., *Art. 13*, in *Ordinamento*, cit., p. 158.

⁴⁵ In effetti si potrebbe anche pensare che il reato di un cosiddetto colletto 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. Cfr. MERZAGORA I., TRAVAINI G., PENNATI A., *Colpevoli della crisi? Psicologia e psicopatologia del criminale dal colletto bianco*, Angeli Ed., Milano 2016, p. 65.

⁴⁶ Cfr. art. 26 Regolamento di esecuzione rubricato *Cartella personale*. Il principio è stato inserito nel comma 4 dell'art. 13 ord. pen. dal Decreto attuativo predisposto dalla Commissione Giostra II.

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 giudiziari⁴⁷. 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 penitenziario⁴⁸ e rieducativo. Di particolare rilievo anche i dati sanitari, non solo per il detenuto stesso qualora per particolari condizioni di salute necessitasse di un trattamento adeguato, ma anche per la popolazione carceraria che deve essere tutelata da possibili forme di contagio. Circa i dati soggettivi, nella cartella personale del detenuto confluiscono 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.

Un'ulteriore importante modifica all'art. 13 ord. pen. progettata dalla Commissione Giostra II verrebbe a riguardare la possibilità di indurre una riflessione nel reo circa la propria condotta, sì da immaginare una possibile riparazione a favore della vittima. Si tratta di un primo timido riconoscimento normativo della vittima del reato, nonché della possibilità che l'introduzione di forme di giustizia riparativa e di mediazione possono offrire in termini di contributo al percorso rieducativo⁴⁹.

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.

⁴⁷ 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*.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ La nuova disposizione prevede che *Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione*.

Si tratta di un'elencazione che non può avere il carattere della tassatività – come si evince dall'utilizzo dell'avverbio *principalmente* – dal momento che gli esperti responsabili del trattamento devono poter essere liberi di individuare un qualsiasi altro elemento che possa essere utile ai fini della rieducazione del reo. Basti pensare 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 recidiva⁵⁰. 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 penitenziario⁵¹.

⁵⁰ 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 A., GLIATTA G., *Elementi di diritto e sanità penitenziaria*, Ed. Il nuovo Diritto, 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*, CSE, Torino 1999, pp. 487 ss.

⁵¹ Così DI GENNARO G., in GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna 1981, p. 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).

Secondo parte della dottrina⁵², 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 1931⁵³. 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 enunciativo⁵⁴, posto che ogni singolo elemento del trattamento trova un'autonoma regolamentazione sia nel corpo della stessa legge n. 354 del 1975, sia nel D.P.R. n. 230 del 2000 meglio noto come Regolamento di esecuzione⁵⁵ 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. Il provvedimento non esplicita gli elementi propri di tale regime, ma è immediatamente seguita dalla disciplina del lavoro, delle attività fisiche e ricreative, del-

⁵² BERNASCONI A., *Art. 15*, in *Ordinamento*, cit., p. 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*.

⁵³ Cfr. NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino 2006, IX, p. 47 e p. 51.

⁵⁴ In tal senso DOLCINI E., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, in GREVI V. (a cura di), *Giustizia penale oggi*, Zanichelli, Bologna 1981, 5, p. 68 e DI GENNARO G., BREDAR., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano 1997, p. 117.

⁵⁵ 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*).

l'istruzione e della libertà di pensiero, di coscienza e di religione, mentre i contatti con l'esterno sono regolati all'inizio. 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 penitenziario⁵⁶.

⁵⁶ 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*.

CAPITOLO II

La differenziazione trattamentale oggettiva

SOMMARIO: 2.1. L'età anagrafica. – 2.2. La differenziazione per sesso. – 2.3. La differenziazione per posizione giuridica. – 2.4. La differenziazione per fine pena. La dimissione.

2.1. *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*.

Preliminarmente giova sottolineare che per i minori di età l'estensione dell'operatività delle disposizioni contenute nella legge n. 354 del 1975 doveva risolvere temporaneamente l'assenza di una regolamentazione specifica, il cui vuoto avrebbe dovuto essere colmato di lì a breve¹. Così non avvenne e le disposizioni previste per i reclusi adulti hanno continuato a trovare applicazione per i minori sino ad oggi. L'insostenibilità di una simile soluzione è stata da ultimo denunciata dagli Stati Generali dell'esecuzione penale, il cui Tavolo n. 5 è stato espressamente dedicato ai *Minorenni autori di reato*².

È rilevabile *ictu oculi* la peculiarità, la delicatezza e soprattutto la maggiore importanza³ che il trattamento riveste per i più giovani rispetto a quello previsto

¹ L'art. 79 della legge n. 354 del 1975 prevede al comma 1 che *le norme della presente legge si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge*.

² Significativi cambiamenti giungeranno a seguito della recente approvazione del Decreto attuativo rientrante nel pacchetto di riforme varato dall'esecutivo il 22 febbraio 2018.

³ È 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.

per 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 adulti⁴ 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 anni⁵, 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 infraventicinquenni 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

⁴Per una disamina della differenziazione degli istituti tra adulti e minori antecedentemente alla riforma del 1975 si veda TARTAGLIONE G., *Istituti di prevenzione e di pena*, in *Novv. Dig. it.*, Torino 1982, IX, p. 230.

⁵Art. 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.