

*A colei che mi ha insegnato
ad accendere fuochi
e non riempire vasi,
mia madre*

Il tema di questo lavoro mi accompagna dalla tesi di laurea quando approfondii la *poena in vinculis* al tempo dei romani, ma la possibilità di indagare la questione carceraria ai giorni nostri mi è stata offerta dai professori Giuliano Balbi e Mariavaleria del Tufo, a cui vanno la mia riconoscenza e il mio affetto per aver sostenuto il mio percorso dal dottorato sino ad oggi.

Ringrazio anche Andreana Esposito, per avermi introdotto a uno studio multidisciplinare e per aver condiviso molti momenti di ricerca, e Gianluca Gentile, per la disponibilità e i preziosi quanto puntuali consigli elargiti.

Un sentito ringraziamento va al presidente Esposito, attento e critico lettore, a cui devo arguti suggerimenti, all'avvocato Riccardo Polidoro, il cui impegno in favore dei detenuti mi è stato di esempio, e al professore Carlo Fiorio, per la disponibilità mostratami.

Mi sia consentito ringraziare la dott.ssa Lucia Marzo dell'Ufficio Studi Ricerche e Relazioni Internazionali del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, per il fondamentale aiuto prestatomi nella ricerca delle fonti secondarie in qualità di responsabile della Biblioteca '*Luigi Daga*' e la Biblioteca dell'Istituto Superiore di Studi Penitenziari per l'ospitalità offertami.

Voglio poi ringraziare tutti coloro con cui condivido quotidianamente il lavoro universitario: in particolare, Nicola Cirillo, Generoso Grasso, Angelo Mastrocola, Eliana Reccia, Gaspare Sicignano.

L'importanza del supporto delle persone esterne alla sfera professionale è innegabile. Per questo motivo voglio ringraziare Marco, mio compagno di vita, per la serena condivisione della strada e il sostegno che mai è mancato, Lorenzo e Niccolò, per la gioia che mi trasmettono e per il tempo sottratto ai loro giochi.

Un ringraziamento particolare va a mia madre e a mia sorella Serena per esserci sempre, senza il loro insostituibile supporto questo libro non sarebbe mai stato scritto.

Infine un pensiero a mio padre, la cui assenza non ha scalfito gli insegnamenti di onestà e libertà.

Nessuno punisce coloro che commettono ingiustizie per il semplice fatto che sono stati ingiusti, a meno che non voglia vendicarsi in modo irrazionale, come una bestia; chi, invece, vuole punire secondo ragione, non vendica l'ingiustizia commessa – dal momento che non può annullare ciò che è stato – ma punisce in vista del futuro, affinché non venga commessa ingiustizia di nuovo, né da quello né da un altro che lo veda punito.

(PLATONE, *Protagora*, a cura di F. Adorno, Bari 1996, p. XXXI)

Indice

pag.

PARTE I LA DIFFERENZIAZIONE PENITENZIARIA

CAPITOLO I

La differenziazione in generale

1.1. Premessa	3
1.2. Le funzioni della pena e la differenziazione trattamentale	4
1.3. I principi generali del trattamento	15

CAPITOLO II

La differenziazione trattamentale oggettiva

2.1. L'età anagrafica	23
2.2. La differenziazione per sesso	27
2.3. La differenziazione per posizione giuridica	32
2.4. La differenziazione per fine pena. La dimissione	35

CAPITOLO III

La differenziazione trattamentale soggettiva

3.1. La differenziazione umanitaria. Gli infermi di mente	37
3.2. La condizione di tossicodipendenza e quella di madre detenuta	40
3.3. I detenuti malati di AIDS	47
3.4. La differenziazione da emarginazione sociale. Gli stranieri in carcere	51
3.5. La differenziazione di protezione: la detenzione dei militari	56

PARTE II
LE IPOTESI SPECIALI

CAPITOLO IV

Dalla differenziazione punitiva a quella trattamentale

4.1. I regimi previsti dagli artt. 4 <i>bis</i> , 14 <i>bis</i> e 41 <i>bis</i> ord. pen.	61
4.2. I collaboratori di giustizia: una differenziazione premiale, di protezione o di opportunità?	70
4.3. Alcuni rilievi conclusivi	73

CAPITOLO V

La differenziazione logistica

5.1. La differenziazione strutturale: gli istituti detentivi	77
5.2. L'osservazione scientifica della personalità	83
5.3. Il provvedimento di assegnazione	88
5.4. Il principio di territorialità della pena	91
5.5. Dal trattamento alla sicurezza: un binomio inscindibile?	95

CAPITOLO VI

I circuiti penitenziari

6.1. L'istituzione dei circuiti	101
6.2. Sull'illegittimità delle fonti	104
6.2.1. L'impugnabilità del provvedimento di assegnazione. La legge 21 febbraio 2014 n. 10	107
6.3. Il primo livello: il circuito di sicurezza e i suoi sottocircuiti	113
6.3.1. Il provvedimento di declassificazione	117

PARTE III
 VERSO IL NUOVO VOLTO DELLA SANZIONE DETENTIVA

CAPITOLO VII

L'istituto a custodia attenuata (ICATT)

7.1. L'antenata dell'ICATT: la colonia penale sarda	123
7.2. Il carcere ignorato. La custodia attenuata	127
7.3. Fonti, <i>ratio</i> e fondamento della custodia attenuata	129
7.4. I pilastri della custodia attenuata: la valutazione penitenziaria della pericolosità sociale e l'elemento della volontarietà del reo	135
7.4.1. I pilastri della custodia attenuata: l'articolazione custodiale e il programma trattamentale	140
7.4.2. I pilastri della custodia attenuata: l'importanza della connessione tra l'edilizia carceraria e le attività trattamentali	142
7.5. L'esperienza della custodia attenuata per le madri detenute (ICAM)	145
7.6. Non è tutt'oro quel che luccica ma ...	149

CAPITOLO VIII

*I nuovi modelli detentivi
 come rimedio al sovraffollamento carcerario*

8.1. Un'endemica questione	155
8.2. Il completamento del circuito regionale <i>ex art.</i> 115 D.P.R. n. 230/2000	161
8.3. La riforma del circuito di media sicurezza	163
8.4. Libertà dietro le sbarre: il cd. regime aperto	165
8.4.1. Ancora sulla valutazione della pericolosità	167
8.4.2. Alcune considerazioni in merito alla natura giuridica del carcere aperto	170
8.5. Una nuova modalità operativa: la vigilanza dinamica	173
8.5.1. Dal <i>Panopticon</i> alla vigilanza dinamica	175
8.5.2. Il ruolo degli addetti alla sicurezza e la responsabilità da <i>culpa in custodiendo</i> ai sensi dell'art. 387 c.p.	178
8.6. I nuovi istituti nei lavori della Commissione Giostra II	182
8.7. Sorveglianza dinamica e carcere aperto fuori dai confini nazionali. Brevissimi cenni	184

pag.

CAPITOLO IX

Tirando le fila ...

9.1. Sui nuovi modelli detentivi	189
9.2. Il superamento della logica dei circuiti	193
9.3. Un possibile scenario futuro	197
<i>Bibliografia</i>	205

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'ipotesi 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.italggiureweb.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. Glauco 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 propter malum actionis*. Del resto, all'odierno recupero del ruolo della vittima

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.penalcontemporaneo.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 ancora VASSALLI G., *Funzioni*, cit., p. 304.

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.

Alla collettività tutta sarebbe rivolta la prevenzione generale sia nell'acce-

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.

zione 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 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 teoria¹³, 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 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 definiscono i criminali come appartenenti a una classe socialmente svantaggiata*.

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.

*La suggestione positivistica 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.

Con il prevalere della strisciante convinzione che la funzione rieducativa sia

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

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

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

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

²⁶ Così PALAZZO F., BARTOLI R., *Appunti generali sulla riforma del sistema penitenziario, in Certezza 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.

L'on. Leone si espresse a favore della scelta di non optare per nessuna funzione della pe-

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

na 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 2013 n. 279.

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 chiamato a garantire il rispetto della persona nella sua dignità, principio questo

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.

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 sostan-

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'Europa per il trattamento dei detenuti* sono state oggetto di due rivisitazioni, la prima nel 1987

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 diverse ora in base al loro stato giuridico ora a seconda dell'età e del sesso, ora

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.

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 economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose.

³⁸ Per un'approfondita analisi dei rapporti tra pericolosità sociale e differenziazione si veda BARTOLI R., *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" 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.

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 deve essere la stessa dell'esecuzione della pena. Nondimeno, è nell'immediatezza

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*.

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-familiari e una ricostruzione della storia pregressa della persona, in modo da de-

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.

lineare 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.

Il fascicolo si forma già all'atto dell'ingresso in istituto e il contenuto è for-

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.

mato 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.

Si tratta di un'elencazione che non può avere il carattere della tassatività –

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*.

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.

Secondo parte della dottrina⁵², proprio gli elementi del rapporto con il mon-

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).

⁵² BERNASCONI A., *Art. 15*, in *Ordinamento*, cit., p. 192. L'autore considera la scelta del legislatore del 1975 come il frutto della precisa di volontà di tracciare un ponte tra tradizione

do 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, dell'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 pe-

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*).

nitenziario 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 rapportare 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 previ-

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.

sti 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. 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 indirettamente, nella misura in cui elenca le diverse tipologie di istituti penitenziari a cui possono essere assegnati 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, non è di immediata comprensione il motivo per cui il comma 1 dell'art. 79 estende 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 penitenziario⁶.

All'inerzia legislativa⁷ ha fatto fronte la giurisprudenza, intervenuta in molte

⁶ Sul punto si veda LA GRECA G., *Art. 79, in Ordinamento*, cit., p. 1078.

⁷ 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.

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 concesse⁸. 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 incostituzionalità⁹.

Al riguardo, recentemente è stato presentato un disegno di legge recante *Norme sull'ordinamento penitenziario minorile e sull'esecuzione delle misure private 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*¹⁰. Il provvedimento auspica la diversifica-

⁸ Si veda, ad esempio, Trib. min. Milano, sentenza del 8 settembre 1979, in *F. it.* 1980, II, p. 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 G., *La disciplina penitenziaria minorile: inerzia legislativa e innovazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1982, II, p. 137.

⁹ 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 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 espiazione, 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 svolge un'effettiva funzione di emenda.*

¹⁰ 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'e-

zione 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, n. 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.

2.2. 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.

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

secuzione 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.

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 prossimo¹¹. 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 detenute¹². Sul totale dei reclusi, solo il 4% circa è rappresentato da donne.

L'oggettivizzazione dei numeri rispetto al fenomeno della criminalità femminile si traduce, in concreto, in una discriminazione delle detenute sotto il profilo trattamentale. Il percorso rieducativo offerto alle donne autrici di reato soffre in termini di attribuzione di risorse rispetto a quanto previsto per la detenzione maschile. Della questione si è occupata anche la Commissione Giostra II, che ha modificato l'art. 1 ord. pen.¹³, annoverando tra le possibili cause di violazione del principio di imparzialità trattamentale anche il sesso e l'orientamento sessuale. Dalla lettura dello schema di Decreto emerge anche un'ulteriore intervento riformatore, teso a ridurre il più possibile tale disparità di trattamento. Per il comma 5 dell'art. 14 ord. pen. è stato previsto che pur volendo mantenere la separazione delle detenute dalla restante popolazione carceraria maschile, non

¹¹ Si veda LOMBROSO C., FERRERO G., *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Le Roux e c., Torino-Roma 1893. L'opera è stata riedita con prefazione di GIBSON E. E NRAFTER N.H., et al., Milano 2009.

¹² 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.

¹³ Il co. 2 dell'art. 1 ord. pen. secondo lo schema di Decreto, così recita: *Esso [il trattamento] è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione.*

possono essere comunque compromesse le attività trattamentali per lo scarso numero di utenti.

Successivamente, riconoscendo una centralità nella rieducazione e nel reinserimento sociale al principio di territorialità della pena, i proponenti la riforma hanno ulteriormente sottolineato come su tale postulato incida il numero assai ridotto di istituti femminili rispetto a quelli maschili. Circostanza fattuale, questa, che rende ancora meno sopportabile il provvedimento di restrizione della libertà personale.

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 il dato percentuale ha subito una notevole impennata rispetto alla criminalità maschile, anche per il diverso ruolo che la donna ha assunto in società¹⁴.

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 sesso¹⁵. Ciò potrebbe significare sia che ai detenuti – siano 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, viene sempre più chiaramente avvertita la necessità di prendere in considerazione il ruolo, fondamentale, anche ai fini rieducativi, che dovrebbe essere riconosciuto al mentenimento, da parte del detenuto e

¹⁴ Cfr. LEMBO M.S., DE PASQUALI P., CASALE A.M., *Profili criminali e psicopatologici del reo*, Maggioli, Ravenna 2014, p. 11. Si veda anche BISI, *Criminalità femminile e differenza di genere*, in <http://w3.uniroma1.it/dcnaps/bisi/criminalit%E0.htm>.

¹⁵ 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, ricompresa nella libertà morale. Sul punto si veda FIANDACA G., *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna 2011, p. 186 e CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova 2010, p. 282.

dell'internato, di relazioni affettive intra-murarie anche a carattere sessuale. Tale esigenza apertamente rilevata dalla Corte Costituzionale¹⁶ è tradotta in prassi in molti Paesi europei¹⁷.

Di tale aspetto si è occupato anche il Governo, che nel D.D.L. presentato alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014¹⁸ ha sollecitato una *rivisitazione complessiva* dell'ordinamento penitenziario. Tra le varie questioni che dovrebbero essere oggetto di modiche 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*.

La Commissione Giostra II ha effettivamente preso in considerazione la questione, proponendo una modifica all'art. 18 ord. pen., al fine di regolare la possibilità di incontri intimi¹⁹. Ai detenuti non inseriti nel regime previsto dall'art. 41 bis ord. pen. era data la possibilità – previa autorizzazione – di avere incontri

¹⁶La Corte Costituzionale ha riconosciuto l'importanza 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.*

¹⁷In Francia nelle carceri sono previste le cd. *Maison Central* in cui è permesso ai detenuti avere incontri sessuali, mentre in Svizzera e in Germania vengono messi a disposizione dei piccoli appartamenti senza sorveglianza e in Spagna la possibilità di soddisfare la sfera affettiva costituisce un premio riconosciuto ai 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 G., *Sul preteso diritto dei detenuti alla sessualità "intra moenia"* (osservaz. a Corte Cost. 19 dicembre 2012 n. 301), in *Giust. civ.*, 2013, 5-6, pp. 907 ss.; FIORENTIN F., *Detenzione e tutela dell'affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. Mer.*, 2013, 5, pp. 974 ss.

¹⁸Si 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 del 15 gennaio 2015.

¹⁹La nuova rubrica dell'art. 18 ord. pen. avrebbe dovuto essere: *“Colloqui, rapporti intimi, corrispondenza e informazioni”*.

della durata di tre ore con il coniuge o qualsiasi altra persona legata da continuativi rapporti affettivi, in locali idonei a intrattenere relazioni intime. La proposta non ha trovato spazio nello schema di Decreto legislativo, ostando, probabilmente, sia ragioni logistico-organizzative, sia la considerazione che la collettività non è ancora pronta ad accettare un simile passo.

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 interessati²⁰. 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 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 degli 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.

Un'ulteriore questione, che sin ora è stata regolata con l'adozione di prassi diverse da istituto a istituto, riguarda la tutela dei detenuti da possibili aggressioni e sopraffazioni a causa della propria identità di genere e del proprio orientamento sessuale. Il tema non è di poco conto, nella misura in cui nella realtà carceraria si amplificano tutti i fenomeni sociali che sollevano contrasti anche nella collettività esterna. Tant'è vero ciò, che la Commissione Giostra II ha rappresentato all'art. 14 co. 7 del Decreto attuativo la necessità di individuare in tale tipologia di detenuti un'altra ipotesi di differenziazione. Laddove, infatti, dovessero prospettarsi pericoli di aggressione in ragione del genere sessuale, i reclusi dovranno essere tenuti separati e raggruppati in categorie omogenee. Ne deriva la necessità di individuare sezioni *ad hoc* su tutto il territorio nazionale a cui de-

²⁰ Art. 18 co. 9.

stinare soggetti che versino in queste situazioni, sempre che il detenuto lo richieda o presti il suo consenso alla separazione. Anche per tali ipotesi si pongono questioni di opportunità di una separazione che si potrebbe tradurre in una segregazione, in cui sarebbe difficile anche individuare un efficace percorso trattamentale. Tuttavia, ci sono situazioni in cui l'esigenza di tutela dell'incolumità personale o anche solo della dignità della persona non può che essere considerata prevalente.

2.3. *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 colpevolezza²¹, 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 il quale, pur potendo applicargli 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. Innanzitutto, per un soggetto non colpevole non è ipotizzabile nessun trattamento rieducativo: non avendo egli commesso il fatto a cosa dovrebbe essere rieducato? In secondo luogo, c'è l'esigenza di salvaguardare il diritto di difesa²², 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

²¹ Si veda in proposito gli artt. 27 co. 2 Cost. e art. 1 co. 5 ord. pen.

²² Cfr. CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2004, p. 116.

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.

L'art. 13 ord. pen., pur disciplinando l'individualizzazione del trattamento, non sembrerebbe riferibile in alcun modo alla tematica in esame, 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 trattamento²³, sicché si può dire che mentre per il condannato è l'istituzione che va verso la persona offrendole 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 programmato²⁴. 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 trattamento²⁵.

Può, poi, accadere che l'imputato non mostri alcun interesse a partecipare a

²³ Sul punto si veda GREVI V., *Diritti*, cit., p. 19.

²⁴ 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 V., *Art. 1, Commento*, cit., p. 18.

²⁵ Il paradosso diventa drammatico ove si prenda in considerazione l'arco temporale in cui si può snodare una misura cautelare.

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 imputato²⁶.

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, che non a una possibilità offerta. Concessione che per le attività educative, culturali e ricreative non dovrebbe incontrare particolari difficoltà, mentre per l'attività lavorativa ovvero 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 imputati²⁷ 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

²⁶ Cfr. BERNASCONI A., *Art. 13, Ordinamento*, cit., p. 166.

²⁷ 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.

danno, il mantenimento in carcere e il rimborso per le spese del procedimento²⁸. 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.

2.4. *La differenziazione per fine pena. La dimissione*

L'ordinamento penitenziario, in relazione al fine pena, prende in considerazione solo il momento in cui il detenuto 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 competente²⁹.

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, l'interesse di avvicinare il detenuto al territorio in cui si deve reinserire prevale sulle 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 nel caso di una pena detentiva di più lunga durata, dovrebbe realizzare una progressione tale che il reo possa lentamente riprendere contatto con la libertà. Di tale

²⁸ È 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.

²⁹ Al riguardo giova sottolineare che la Direttiva 2012/29/UE del 25 novembre 2012 recante *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, prevede all'art. 5 co. 6 un obbligo di informazione della vittima circa la scarcerazione o l'evasione del reo. Non è prevista nel nostro ordinamento una disposizione analoga.

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*³⁰. Non tutti possono accedervi, ma solo i detenuti che hanno concretamente dimostrato una partecipazione attiva al programma trattamentale è sempre che non sussistano cause ostative³¹. Invero, la previsione di una sezione specializzata per i detenuti il cui residuo di pena da scontare sia breve può essere letta nel solco delle innovazioni introdotte dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria dal 2010 nel tentativo di fronteggiare l'emergenza del sovraffollamento carcerario. La *ratio* di una simile attenzione va ravvisata nell'esigenza che tali soggetti beneficino di un regime penitenziario più mite e abbiano maggiori possibilità di passare del tempo fuori delle celle di pernotta. La nuova dimensione spazio-temporale permetterebbe di attuare un percorso trattamentale finalizzato al concreto reinserimento in società, grazie anche al maggiore coinvolgimento delle famiglie e della società esterna. Il provvedimento prevede anche che il detenuto abbia maggiori occasioni di lavoro, sì da garantirgli una minima entrata economica da utilizzare nei primi momenti di libertà.

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 immediatamente successiva. 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.

³⁰ Circolare DAP n. 0290895-2010 del 7 luglio 2010 con oggetto *Ulteriori iniziative per fronteggiare il sovraffollamento e la stagione estiva e garantire adeguate condizioni di vita per la popolazione detenuta. Sezioni per detenuti prossimi alla dimissione.*

³¹ Costituiscono cause ostative: la condanna per i reati *ex art. 4 bis* ord. pen., il regime di sorveglianza particolare, precedenti disciplinari, patologie psichiatriche e precarie condizioni di salute.

CAPITOLO III

La differenziazione trattamentale soggettiva

SOMMARIO: 3.1. La differenziazione umanitaria. Gli infermi di mente. – 3.2. La condizione di tossicodipendenza e quella di madre detenuta. – 3.3. I detenuti malati di AIDS. – 3.4. La differenziazione da emarginazione sociale. Gli stranieri in carcere. – 3.5. La differenziazione di protezione. La detenzione dei militari.

3.1. 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 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 vita¹, dall'altro che situazioni diverse debbano essere trattate in maniera diversa, sì 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 della risocializzazione².

¹ 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.

² Sul punto si veda PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino 2002, p. 176.

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'altra³.

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 reclusi⁴. 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'applicazione di una misura di sicurezza in virtù della pericolosità sociale del soggetto, permette di cogliere la *ratio* della privazione della libertà. La diversità del fondamento dei presupposti applicativi della reclusione, a seconda che la si riferisca ai condannati ovvero agli 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 diversa⁵.

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, possano essere 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.

³ 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.

⁴ Così FASSONE F., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna 1982, pp. 150 ss. 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*.

⁵ La 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. Cfr. anche Raccomandazione 1977 (R 818) e 1983 (R 83).

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 indifferenziato⁶. È come se il legislatore avesse operato una non scelta, optando per un trattamento che si atteggia 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 legislatore⁷. Vale a dire, se i risultati della differenziazione sono così negativi, meglio sarebbe stato attuare una differenziazione trattamentale in concreto. La recente soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari ha lasciato irrisolta la questione, trattandosi di un'operazione formale che non si è tradotta in un cambiamento tangibile⁸.

⁶ 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.

⁷ Cfr. PUGIOTTO A., *Il volto*, cit., p. 6. L'autore definisce gli ospedali psichiatrici giudiziari dei *non-luoghi per non-persone*.

⁸ 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

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 carcere⁹.

3.2. La condizione di tossicodipendenza e quella di madre detenuta

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 AIDS¹⁰, il cui stato di salute fisico e psichico

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 BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2015; DOLCINI E., *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano 2006, II, p. 1090; DELLA CASA F., *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, 1, pp. 64 ss.; PICCIONE D., *Morte di un'istituzione totale? Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista, 2012, p. 8; FIORIO C., *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, 3, p. 409 ss.; SCOMPARIN L., *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, p. 325 ss.

⁹ 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.*

¹⁰ Cfr. ARDITA S., BRUNETTI B., STARNINI G., BABUDIERI S., *Incompatibilità con lo stato di detenzione dei pazienti con infezioni da HIV*, in *Rass. pen.*, 2003, 3, pp. 165 ss.; COMUCCI P., *Considerazioni sulla normativa regolante i rapporti fra detenzione e infezione da HIV*, in *Rass. pen.*, 2003, 3, pp. 188 ss.

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 differenziato¹¹ non solo nella sostanza, ma anche nella forma rispetto alle altre 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 unico¹², ivi comprese le disposizioni in tema di esecuzione della pena del tossicodipendente¹³.

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 reati¹⁴,

¹¹ 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 M.G., *La libertà personale del tossicodipendente*, in *Giur. sist. dir. pen.*, Torino 1998, p. 258; CURTI GIALDINO F., *Tossicodipendenze e contesto carcerario*, in QUADRIO A., DE LEO G. (a cura di), *Manuale di psicologia giuridica*, LED ed., Milano 1995, p. 75; INSOLERA G., *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano 2008; GIANFILIPPI F., *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino 2015; PAVARINI M., *La pena tossica. Carcere misure limitative della libertà per il condannato e imputato tossicodipendente*, in BRICOLA F., INSOLERA G. (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Cedam, Padova 1991, p. 169.

¹² 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 n. 162 del 1990 (Jervolino-Vassalli) e la successiva rivisitazione delle tabelle ministeriali sulle sostanze stupefacenti.

¹³ Cfr. NOTARO D., *Fra Corte Costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, in MORGANTE G. (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Giappichelli, Torino 2015.

¹⁴ 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 S., *La detenzione dei tossicodipendenti e la normativa sugli stupefacenti*, in ARDITA S. (a cura di), *Esecuzione penale e tossicodipendenza*, Milano 2005, pp. 3 ss.

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 carcerario¹⁵, 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)¹⁶, in cui il soggetto può seguire un programma di cura e riabilitazione individualizzato¹⁷.

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 ICATT¹⁸. Non si può dire neanche che si tratti di una forma deten-

¹⁵ 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, www.osservatorioantigone.it, 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 E., *Carceri surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, pp. 33 ss.

¹⁶ 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.

¹⁷ Nota MORRONE A., *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Cedam, Padova 2003, p. 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 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.*

¹⁸ 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; dalla

tiva 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 connaturata 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 relazione¹⁹.

prassi emerge, infatti, che le informazioni ai detenuti su tale opportunità non provengano generalmente né gli avvocati, né tanto meno dai direttori di carcere.

¹⁹ 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, in www.antigone.it.

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 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 madre, 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.

Spesso, l'esecuzione penale incrocia beni e principi di rango costituzionale²⁰ 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.²¹ 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.

Due i provvedimenti normativi che si sono susseguiti nel tempo, dedicati 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 speciale²² e l'istituto dell'assistenza all'esterno dei

²⁰ Così MASTROPASQUA G., *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, p. 1853. Sulla detenzione delle donne madri si veda FIORIO C., *Madri detenute e figli minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 931 ss.; ID., *Regimi penitenziari differenziati. La tutela delle detenute madri con figli minori*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto 2012*, Treccani, Roma 2012.

²¹ 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.

²² L'art. 3 della legge n. 40 del 2011 (cd. legge Finocchiaro) prevede che *Quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-ter, le condannate madri di prole di età non su-*

figli ex art. 21 bis ord. pen.²³. 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 pena²⁴.

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 rilevanza²⁵.

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 deve esservi 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 prostitu-

periore 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 espriare 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.

²³ 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.

²⁴ Per un più ampio commento alle recenti modifiche normative si veda FIORENTIN F., *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, 2011, 11, pp. 2616B ss.; MARCOLINI S., *L. 21 aprile 2011, n. 62 Disposizioni in tema di detenute madri*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 maggio 2011; BALSAMO A., *Relazione in data 23 maggio 2011 a cura dell'Ufficio massimario della Corte di Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2011.

²⁵ 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 un 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.

zione, 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 merito 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 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, che, con le finanze sono allo stremo, difficilmente destineranno fondi per tali strutture.

Non si può fare a meno di 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. Invero, della questione si è occupata anche la Commissione Giostra II, il cui schema di Decreto legi-

slativo ha previsto un'importante modifica all'art. 47 *quinquies* ord. pen. In particolare, nella novellata detenzione domiciliare speciale, la possibilità di espiare la pena in istituti a custodia attenuata è riconosciuta a tutte le madri condannate con prole di età inferiore a sei anni. La grande innovazione risiede nell'eliminazione di qualsiasi limite²⁶ a tale possibilità rispetto alla pena irrogata e nella subordinazione del provvedimento di assegnazione al consenso dell'interessata²⁷.

3.3. *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 malattia²⁸.

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

²⁶ Nella nuova formulazione prevista dallo schema di Decreto legislativo, l'art. 47 *quinquies* ord. pen. non contiene più l'esclusione dal beneficio della detenzione domiciliare speciale, nonché della possibilità di detenzione in ICAM per le donne condannate per taluni dei delitti previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen. Decade, altresì, il limite di pena previsto in almeno un terzo della sanzione irrogata, ovvero di almeno quindici anni. È, infatti, indifferente il *quantum* di pena irrogato, rispetto alla possibilità che la condannata con prole possa espiare la pena stessa in istituto a custodia attenuata. Un simile beneficio, previsto a vantaggio dei minori, non deve essere sacrificato di fronte ad un certo ammontare di sanzione penale.

²⁷ Con ogni probabilità, il rilievo riconosciuto al consenso della detenuta trova una sua giustificazione nella considerazione che la scarsità di istituti a custodia attenuata dislocati sul territorio nazionale possa tradursi nei fatti in una palese violazione del principio di territorialità della pena *ex art.* 14 ord. pen. Certo, il diniego o la mancanza stessa del consenso non potranno essere considerati preminenti rispetto al superiore interesse del minore, ragion per cui la decisione è poi assunta *de plano* dal magistrato di sorveglianza.

²⁸ Così DARBEDA P., *Les prisons face au Sida: vers des normes européennes*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1990, 4, pp. 821-828.

ze 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 tutta²⁹.

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*³⁰, 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 detentiva³¹.

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 costituzionale³² 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 giudice³³.

²⁹ Sul punto cfr. FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in Scalfati A. (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Cedam, Padova 2004, pp. 47 ss.; ID., *Gli accertamenti medico-peritali sulle condizioni personali e di salute della persona detenuta*, in MONTAGNA M. (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, III, *Gli accertamenti complementari*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 505 ss.

³⁰ L'espressione è di COMUCCI P., *Considerazioni*, cit., pp. 187 ss.

³¹ 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*.

³² Cfr. Corte costituzionale sentenze n. 438 e 439 del 1995.

³³ 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

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.³⁴, 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 gravi³⁵.

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 immunitaria³⁶. 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, realizza un'ingiustificata disparità di trattamento³⁷, 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 gravi³⁸. Dall'al-

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 S., BRUNETTI B., STARININI G., BABUDIERI S., *Incompatibilità con lo stato di detenzione dei pazienti con infezioni da HIV*, in *Rass. pen.*, 2003, 3, pp. 165 ss.

³⁴ 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*.

³⁵ 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.

³⁶ Per un'approfondita esegesi dell'art. 47 *quater* ord. pen. si veda CESARIS L., *Art. 47 quater*, in GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento*, cit., pp. 585 ss.

³⁷ 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.

³⁸ 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 colle-

tro, anche se sono state espunte dal sistema quasi tutte le ipotesi di automatismo, tuttavia il risultato sembra solo formale, dal momento che il potere discrezionale del giudice può essere esercitato solo nel caso in cui sia intenda avviare o sia in corso un programma di cura ospedaliero. Si tratta di un parametro oggettivo, di cui va accertata la sussistenza o meno, che esclude dal beneficio tutti i malati con sindrome conclamata e grave che non vogliono o non possono seguire tali cure.

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 AIDS³⁹.

Alla luce di quanto appena esposto risulta, dunque, che la differenziazione è duplice. Una prima forma assicura un diverso trattamento a seconda che il detenuto sia 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 nel corso del tempo, la sua opportunità continua a trovare una giustificazione nella necessità di tutela del diritto alla salute della popolazione carceraria, essendo l'HIV più frequente negli istituti penitenziari rispetto al resto della popolazione⁴⁰.

gamento 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 da tale sindrome 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 G., *Il trattamento sanzionatorio dei tossicodipendenti affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999 n. 231*, in *Cass. Pen.*, 2000, 2, pp. 550 ss., per il quale la diacronia determinerebbe uno strappo al sistema ordinamentale penitenziario.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.