

Antonella Massaro

*Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione:  
coordinate di un binomio complesso*

SOMMARIO: 1. Sicurezza, salute e luoghi di detenzione: considerazioni preliminari – 2. L'inadeguatezza del bilanciamento quale strumento di risoluzione del conflitto tra sicurezza e salute – 3. L'inafferrabile consistenza della "dignità" come nucleo incompressibile dei diritti dei soggetti privati della libertà personale – 4. La dialettica tra "salute" e "sicurezza" come dialettica tra "consenso" e "coercizione" – 5. Le comuni esigenze di garanzia dei soggetti ristretti: "detenuti", "internati" e "ospiti" dei CPR. Il rischio di una fuga dalla legalità – 6. Una nozione sostanzialistico-funzionale di "luogo di detenzione" quale necessario completamento della nozione autonoma di "materia penale" elaborata dalla Corte di Strasburgo – 6.1. La nozione autonoma di "materia penale": conseguenze nuove di un dibattito antico – 6.2. L'indipendenza logico-giuridica tra la nozione autonoma di sanzione penale e quella di carcere (e dunque di esecuzione penale). Conseguenze "di disciplina" derivanti da una nozione autonoma di luogo di detenzione – 7. I mille volti della "sicurezza" – 8. La sicurezza penitenziaria – 8.1. La distinzione tra pena minacciata, pena applicata e pena eseguita: il fuorviante monopolio del dibattito relativo agli scopi della pena e il passaggio dalla "funzione" alla "proporzione" – 8.2. L'inscindibile legame tra pena eseguita e sicurezza – 8.3. "Circuito penitenziario" e "trattamento penitenziario": differenziazioni all'insegna della sicurezza? – 9. La salute dei detenuti in astratto: valorizzazione di una "nozione minima" – 9.1. La salute dei detenuti in concreto.

1. *Sicurezza, salute e luoghi di detenzione: considerazioni preliminari*

Il binomio tra "salute" e "sicurezza" nei luoghi di detenzione si sviluppa secondo una trama di relazioni indubbiamente intricata e complessa, alla quale fa da sfondo l'impressione di confrontarsi con categorie talmente generali da dissolversi nelle maglie dell'indeterminatezza, offrendo una copertura concettuale e sistematica rassicurante solo in apparenza. La sicurezza, la dignità e la salute, in effetti, individuano concetti perennemente in bilico tra la consistenza di principi e/o valori capaci (solo) di orientare la penna del legislatore e quella di diritti suscettibili (anche) di ottenere una tutela di tipo giurisdizionale. Una preventiva messa a fuoco dei tasselli

che dovrebbero comporre il mosaico dei “diritti dei soggetti sottoposti a limitazioni coattive della libertà personale”<sup>1</sup>, dunque, consente di individuare le criticità relative all’assetto complessivo del quadro di tutela.

A venire in considerazione è anzitutto la valenza proteiforme assunta dal concetto di sicurezza: si tratta di un volto capace di indossare molteplici ed eterogenee maschere, per quanto le stesse insistano sul comune substrato della “eccezione rispetto alla regola”. Con particolare riguardo al settore penitenziario, l’esigenza diviene quella di individuare i presupposti e i limiti della disciplina derogatoria veicolata dal volano della sicurezza, specie quando necessario assicurare la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti ristretti<sup>2</sup>.

Il carattere “eccezionale” della sicurezza penitenziaria, pare opportuno precisarlo fin da ora, può svilupparsi in una duplice direzione. Da un lato una limitazione coattivamente imposta della libertà personale comporta, in maniera strutturale, l’applicazione di un regime complessivamente derogatorio rispetto a quello cui fanno riferimento i soggetti liberi; dall’altro lato, all’interno del medesimo orizzonte detentivo, già di per sé “eccezionale”, possono emergere regimi ulteriormente derogatori, modulati, almeno in certi casi, assecondando la diversa intensità delle esigenze di sicurezza<sup>3</sup>.

Un’ulteriore questione “pregiudiziale” attiene al concetto di “luogo di detenzione”. Sebbene infatti la dialettica tra sicurezza e diritti fondamentali in riferimento a soggetti detenuti sia stata tradizionalmente esaminata volgendo lo sguardo al “carcere in senso stretto”, si tratta di tematiche che interessano tutti i soggetti sottoposti per un periodo prolungato a limitazioni coattive

<sup>1</sup> Cfr. la distinzione proposta dalla giurisprudenza della Corte EDU tra il concetto di “privazione” della libertà personale e quello di “restrizione” della stessa, rappresentando la prima una forma di grado e intensità maggiori rispetto alla seconda: S. LONGO, F. ZACCHÈ, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubetis, F. Viganò, Torino, 2016, 98; Corte EDU, 15 gennaio 2015, *Lolayev c. Russia*, § 99. Il riferimento terminologico alla “limitazione” o, secondo la terminologia impiegata dall’art. 13 Cost., alla “restrizione”, anziché alla “privazione” sembra tuttavia preferibile in quanto, stando alle premesse ormai consolidate da cui muove la giurisprudenza costituzionale, persino la pena detentiva non può giungere ad annullare del tutto la libertà personale del soggetto, che conserva pur sempre un ultimo e intangibile “residuo di libertà” (*infra*, § successivo). V. tuttavia il titolo della legge n. 354 del 1975: «Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

<sup>2</sup> Per la ricerca del complesso equilibrio tra diritti fondamentali dei detenuti ed esigenze di sicurezza, in particolare, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 6 ss.

<sup>3</sup> I profili generali relativi alla differenziazione nell’esecuzione della pena detentiva per ragioni umanitarie o di cura (tossicodipendenti o alcooldipendenti) o per ragioni di sicurezza sono chiaramente evidenziati R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti “sistematici” per una riforma “mirata” del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 724 ss.

della propria libertà personale.

Si rende dunque necessario proiettare le problematiche relative alla tutela della salute di soggetti “detenuti” in un orizzonte più ampio di quello carcerario in senso stretto, che si estenda anzitutto alla contigua popolazione degli internati, sottoposti alla misura di sicurezza dell’ospedale psichiatrico giudiziario e quindi “ricoverati” nelle nuove Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), ma che prenda in considerazione anche le sfuggenti questioni relative alla c.d. detenzione amministrativa degli stranieri irregolari, ancora relegate in una sorta di nebuloso limbo normativo<sup>4</sup>: il d.l. n. 13 del 2017 (c.d. d.l. Minniti, convertito dalla l. n. 46 del 2017), che, tra l’altro, ha modificato la denominazione dei Centri di identificazione e di espulsione (CIE) in quella di Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) e che ha provveduto ad una presa d’atto dell’esistenza dei “punti di crisi” (*Hotspot*) allestiti per le esigenze di soccorso, di prima assistenza e di identificazione, non pare in effetti aver superato le più evidenti criticità che caratterizzavano il sistema precedente<sup>5</sup>.

Anche sul versante del diritto alla salute, infine, la delimitazione dell’“oggetto del contendere” non si rivela certo un’operazione agevole. Il concetto di salute e, in maniera perfettamente simmetrica, quello di malattia, hanno assunto negli ultimi decenni una valenza tanto ampia quanto ondivaga, giungendo a identificarsi con il generale benessere dell’individuo. Il dibattito *de quo*, collocato nel delicato crocevia tra diritto, medicina e medicina legale, ha interessato solo marginalmente le questioni relative alla “salute in carcere”: in questo contesto parrebbe che l’esigenza resti quella di una tutela della salute intesa nella sua accezione minima di assenza di malattia, concetto che, a sua volta, si risolve spesso in un paradigma meramente organicistico. L’impressione, detto altrimenti, è quella per cui la nozione di salute e la tutela apprestata al corrispondente diritto continuano a viaggiare su un doppio binario, a seconda che si riferiscano a soggetti liberi o a soggetti sottoposti a limitazioni della libertà personale. L’esito in questione, se risultasse confermato, potrebbe mostrare profili di criticità, specie muovendo dalla premessa per cui la salute rappresenti un diritto fondamentale

<sup>4</sup> Sufficiente per ora il riferimento a R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena*, cit., 715: «Il concetto di pena detentiva che adotterò sarà molto ampio, vale a dire farò riferimento ad ogni strumento che, comunque qualificato, comporta la restrizione della libertà in una struttura “totale”: in sostanza, non solo pena detentiva in senso stretto, vale a dire carcere, ma anche detenzione c.d. amministrativa».

<sup>5</sup> Si rinvia sin d’ora a L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017.

della persona, che, legato a filo doppio all'architrave della dignità umana<sup>6</sup>, non dovrebbe ammettere modulazioni legate allo *status* del singolo e/o a pretese esigenze di sicurezza<sup>7</sup>. La salute, anzi, svolge una funzione di limite in ogni situazione di restrizione della libertà personale, come si ricava dalla lettura congiunta degli artt. 32 Cost., 27, terzo comma Cost. e 3 CEDU<sup>8</sup>, sebbene non si possano ovviamente trascurare gli orientamenti più recenti volti a un ridimensionamento del carattere "assoluto" del diritto alla salute, che, se può cedere a fronte di interessi *lato sensu* economici, *a fortiori* potrebbe soccombere sotto la scure della sicurezza<sup>9</sup>.

Anche a voler accettare, infine, la premessa per cui l'inviolabilità di un diritto si "trasforma" per il detenuto nella garanzia di un "contenuto minimo"

<sup>6</sup> Valga per tutti il riferimento al fascicolo 31, intitolato *Right to Health*, inserito nella serie *Human Rights Fact Sheet* realizzata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e dall'Ufficio delle Nazioni Unite di Ginevra, consultabile sul sito *www.ohchr.org*: «The right to health is a fundamental part of our human rights and of our understanding of a life in dignity».

<sup>7</sup> V. al riguardo Cass., Sez. I pen., 1 ottobre 2014, n. 39788, in *Dir. pen. proc.*, 5/2016, 664 ss., con nota critica di S. BELLINO, *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*.

<sup>8</sup> T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di D. Busnelli, U. Breccia, Milano, 1978, 237-238.

<sup>9</sup> Il riferimento è ovviamente a Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, § 9 del *Considerato in diritto* (caso Ilva). Nell'impossibilità di dar conto della letteratura sul punto, si ritiene preferibile lasciar parlare direttamente la sentenza: «non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Sul caso Ilva, per tutti, D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 3/2013, 1498 ss. e V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, ivi, 1494 ss. Cfr. anche V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 592, il quale, muovendo da una distinzione tra dignità e salute, ammette che la prima possa considerarsi "assoluta", mentre la seconda ben potrebbe risultare coinvolta in un giudizio di bilanciamento con altri valori fondamentali.

dei singoli diritti personali<sup>10</sup>, sembrerebbe che la salute rappresenti essa stessa un contenuto minimo, intangibile e incompressibile anche se il suo titolare è un soggetto *in vinculis*.

## 2. L'inadeguatezza del bilanciamento quale strumento di risoluzione del conflitto tra sicurezza e salute

Sicurezza da una parte. Diritti dei soggetti privati della libertà personale dall'altra parte. Proprio muovendo dal binomio in questione, la tentazione potrebbe essere quella di impostare i rapporti tra la sicurezza e i diritti dei detenuti, con particolare riguardo a quello alla salute, nei termini di un conflitto tra diritti (o principi) fondamentali, da risolversi affidandosi anzitutto al rimedio del bilanciamento<sup>11</sup>, inteso non solo quale strumento nelle mani del giudice, ma anche, a monte, in quelle del legislatore.

Percorrendo questo sentiero si verrebbe a una sorta di "scontro tra titani", nel senso che sui piatti della bilancia si troverebbero collocati due diritti-principi dotati di una forza di resistenza particolarmente significativa: l'uno (la sicurezza) proiettato in una dimensione collettiva e l'altro (la salute, direttamente riconducibile alla dignità umana) dotato di una consistenza eminentemente individuale, sia pur nella sua polimorfa natura di diritto anche sociale<sup>12</sup>. Se la sicurezza si trova a volte qualificata come "condizione di esistenza" della società civile<sup>13</sup>, lo stesso potrebbe dirsi della salute assumendo come prospettiva quella del singolo individuo<sup>14</sup>.

L'adeguatezza del giudizio di bilanciamento come strumento cui ricorrere

<sup>10</sup> C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 9-10 ss.

<sup>11</sup> Si rinvia sul punto, anche per la sostanziale assimilazione tra il bilanciamento tra diritti e quello tra principi, a G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, 1/2006, 1 ss.

<sup>12</sup> G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit., 20 distingue tre tipologie di conflitti tra diritti fondamentali. La prima è quella data dalla concorrenza di soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto (conflitti *intra-rights*); la seconda è data dalla concorrenza di interessi individuali non omogenei (conflitti *inter-rights*); la terza, infine, è data dalla concorrenza tra interessi individuali e interessi di altro tipo (collettivi, istituzionali; ecc.).

<sup>13</sup> *Infra*, § 7.

<sup>14</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR) *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, §1: «Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity».

per risolvere il conflitto tra sicurezza e salute si mostra però tutt'altro che indiscussa e indiscutibile, per almeno due ragioni.

In primo luogo la stessa definizione dei due poli dialettici attorno ai quali dovrebbe articolarsi il meccanismo del bilanciamento rappresenta un'operazione a dir poco complessa. I concetti in questione, sia pur per ragioni differenti, condividono la comune sorte di un *deficit* di determinatezza particolarmente evidente, trattandosi di principi-valori tanto evocativi sul piano assiologico quanto sfuggenti su quello definitorio.

In secondo luogo il diritto alla salute, per le ragioni che si cercherà di chiarire, presenta un volto necessariamente e inderogabilmente unitario, indipendente dallo *status* di libero o di ristretto del soggetto che ne è titolare. A mutare sono solo le esigenze di salute di cui è portatore il soggetto sottoposto a limitazioni della libertà personale rispetto a colui che non si trovi nella medesima condizione. La dimensione "astratta" del diritto alla salute, per contro, non subisce variazione alcuna, né per ciò che attiene al suo contenuto né sul versante della sua "non bilanciabilità" per ragioni di sicurezza<sup>15</sup>. Una versione basilare del principio personalista impone di considerare la salute, almeno nella sua dimensione individuale e dunque di aspettativa di non lesione, come parte integrante del nucleo intangibile della persona umana, anche se "detenuta". Il rischio, tuttavia, è che le esigenze di sicurezza, anche a causa di una "fuga dalla legalità" che lascia ampi spazi alla discrezionalità amministrativa, riescano a veicolare surrettiziamente una modulazione di tutela della salute per soggetti particolarmente pericolosi, a partire da quelli inseriti in circuiti differenziati. Persino da parte della Corte EDU si riscontra una certa cautela quando si tratti di rilevare violazioni del diritto alla salute in riferimento a soggetti detenuti in regime di c.d. carcere duro, restituendo l'impressione di un non esplicito (e dunque più insidioso) bilanciamento all'esito del quale abbiano la meglio le esigenze di sicurezza<sup>16</sup>.

Il primo argine in grado di contenere il rischio in questione è rappresentato da una più chiara definizione dei "diritti dei detenuti", mantenendo sempre salda la sia pur banale considerazione per cui un diritto è tale in quanto (e solo se) è suscettibile di una tutela giurisdizionale.

---

<sup>15</sup> Cfr. sul punto M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

<sup>16</sup> *Amplius* F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questo volume e, con specifico riferimento al caso Provenzano, D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute*, *ivi*.

### 3. *L'inafferrabile consistenza della "dignità" come nucleo incompressibile dei diritti dei soggetti privati della libertà personale*

Il riferimento ormai consueto ai "diritti dei detenuti"<sup>17</sup>, focalizzando l'attenzione sulla dimensione soggettiva della titolarità dei diritti più che sulla dimensione oggettiva del contenuto degli stessi, sembrerebbe suggerire l'impressione di un microsistema autonomo<sup>18</sup>, che, nella più ampia cornice delineata dai diritti fondamentali, si caratterizza proprio per peculiare *status* di chi del diritto è titolare.

Sono stati chiaramente evidenziati i rischi insiti nella costruzione (più o meno esplicita) del sistema penitenziario come ordinamento giuridico separato rispetto a quello statale, magari assecondando le suggestioni derivanti dalla teoria della c.d. supremazia speciale<sup>19</sup>.

Posto che il contesto normativo di riferimento resta necessariamente quello costituzionale così come integrato anzitutto dal sistema CEDU, le premesse da cui muove la giurisprudenza della Consulta, almeno per ciò che attiene alle "affermazioni di principio", parrebbero ormai sufficientemente consolidate e ampiamente condivisibili<sup>20</sup>. È divenuta quasi proverbiale l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi

<sup>17</sup> Di "diritti e doveri dei detenuti e degli internati" parla l'art. 69 reg. es., sulla base del quale, con il D.M. 5 dicembre 2012, è stata approvata la Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, consegnata a ciascuno al momento dell'ingresso in istituto: si rinvia sul punto a F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 389 ss.

<sup>18</sup> Di "microsistema", con peculiare riferimento alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, parla Cass., Sez. un. pen., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, cit., 2968.

<sup>19</sup> L'idea è quella per cui si tratterebbe di "spazi liberi dal diritto statale" all'interno dei quali la pubblica amministrazione sarebbe legittimata all'esercizio di poteri liberi o comunque ampiamente discrezionali nei rapporti con i cittadini: questi ultimi si trovano di conseguenza in una posizione di "soggezione speciale", che si traduce anzitutto in una significativa compressione dei propri diritti, senza alcuna predeterminazione legale in tal senso: *amplius* M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 12 ss. e A. MARTUFI, *Diritti del detenuto e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 21.

<sup>20</sup> Per una disamina attenta ed esaustiva G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 187 ss.

la sua personalità individuale»<sup>21</sup>. Costituisce del resto «principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»<sup>22</sup>: la lesione di un diritto fondamentale deve considerarsi in ogni caso non giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza<sup>23</sup>.

Per sprigionare tutte le potenzialità che i principi contenuti nell'art. 27 Cost. sono in grado di esprimere, diviene però necessario riempirli di contenuto, anche (anzitutto) attraverso una più puntuale definizione dei diritti fondamentali<sup>24</sup>, al fine di verificare se il loro esercizio nel residuo spazio di libertà concesso ai detenuti ne lasci immutata la fisionomia, la quale risulta tradizionalmente modellata attorno alla condizione di chi dispone della libertà nella sua massima estensione. Si tratta in altri termini di verificare se lo stato di detenzione possa, in quanto tale, determinare la parziale riscrittura dei diritti di cui i detenuti sono titolari o se, per contro, trattandosi di diritti "fondamentali", gli stessi non possano e non debbano subire variazioni di contenuto e di significato rispetto al medesimo diritto di cui sia titolare un soggetto non ristretto.

Il rilievo assunto dal pilastro della "dignità umana" è indiscutibile e, per le ragioni che si cercherà di chiarire, diviene un punto di riferimento imprescindibile per la stessa individuazione dei caratteri strutturali della sanzione penale. Si tratta però di un concetto, come anticipato, tanto evocativo quanto sfuggente<sup>25</sup>. Sembrerebbe quasi che lo stesso rappresenti l'esatto corrispettivo, sul piano individuale, di ciò che la sicurezza costituisce su quello collettivo<sup>26</sup>. Sono stati chiaramente evidenziati i rischi insiti in un ricorso pressoché acritico al (super)valore taumaturgico condensato nell'etichetta della dignità umana, che, associata intuitivamente e istintivamente a una "connotazione emotiva favorevole", si oppone a ogni sforzo ricostruttivo volto a contenere l'indeterminatezza del suo «contenuto fluttuante e inafferrabile»<sup>27</sup>. Non è un caso che in alcune definizioni della dignità come

<sup>21</sup> Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, § 4.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>22</sup> Corte cost., 25 luglio 1979, n. 114, § del *Considerato in diritto*.

<sup>23</sup> Corte cost., 26 maggio, n. 190, § 3.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> Così, quasi testualmente G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 193.

<sup>25</sup> «[...] non vi è alcun concetto fondamentale del nostro ordinamento morale e giuridico i cui confini siano così variabili come quello della dignità umana»: W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2007, 62.

<sup>26</sup> Analoghe considerazioni in A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 9.

<sup>27</sup> A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 3. V. anche G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Forumcostituzionale.it*.

“valore” riecheggino quelle che si traducono in mere tautologie nella definizione dei diritti umani: la dignità si risolverebbe nella “umanità”, in quel bene che ciascuno possiede per il solo fatto di essere uomo<sup>28</sup>. L'esatta definizione dei diritti fondamentali, capace di andare oltre un generico e tautologico riferimento a “ciò che inerisce alla persona umana”<sup>29</sup>, rappresenta del resto l'autentica sfida di una tutela dei diritti effettiva e non meramente declamatoria<sup>30</sup>.

L'evocativa indeterminatezza del concetto di dignità può dare luogo a un duplice ordine di conseguenze. La dignità può anzitutto divenire un fin troppo comodo tappo buchi, cui ricorrere anche in presenza di “diritti” che faticano in realtà a rinvenire una sicura base di diritto positivo e che, proprio trincerandosi dietro lo scudo della dignità, riescono ad avere la meglio sul campo di battaglia del bilanciamento<sup>31</sup>. Resta però, a monte, un eccessivo margine di discrezionalità nell'operazione di investitura di un diritto attraverso le insegne della dignità, con il conseguente rischio di privare lo stesso di una sia pur minima riconoscibilità, che si traduca poi nella “calcolabilità” della sua tutela.

Sul versante del sistema CEDU il riferimento alla dignità diviene a volte la necessaria porta d'accesso alla tutela dei diritti dei detenuti ai quali la Convenzione non offre un esplicito riconoscimento: è questo, per l'appunto, il caso del diritto alla salute, che, non potendo contare su una base giuridica esplicita nella CEDU, riceve tutela essenzialmente per il tramite dell'art. 3 della Convenzione<sup>32</sup>.

Nel sistema interno, per contro, l'effettività della tutela dei diritti dei

<sup>28</sup> Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 338.

<sup>29</sup> Secondo la ormai celebre definizione di Griffin, i diritti umani sono quei diritti di cui si è titolari “semplicemente in quanto esseri umani”: J. GRIFFIN, *Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights*, in PAS, 101 (1/2001), 2. Sul punto, per tutti, J. GARDNER, «Semplicemente in questo esseri umani»: titolari e giustificazioni dei diritti umani, in *Rag. prat.*, 2/2007, 413 ss.

<sup>30</sup> «La prima difficoltà deriva dalla considerazione che “diritti dell'uomo” è un'espressione molto vaga. Abbiamo mai provato a definirli? E se abbiamo provato, quale è stato il risultato? La maggior parte delle definizioni sono tautologiche: “Diritti dell'uomo sono quelli che spettano all'uomo in quanto uomo”. Oppure ci dicono qualche cosa sullo status desiderato o proposto di questi diritti, non sul loro contenuto: “Diritti dell'uomo sono quelli che appartengono, o dovrebbero appartenere, a tutti gli uomini, o di cui ogni uomo non può essere spogliato”»: N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *Letà dei diritti*, Einaudi, 1997, 8.

<sup>31</sup> Questo, in estrema sintesi, il senso delle considerazioni di A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 7 ss., al quale si rinvia anche per ampie citazioni bibliografiche.

<sup>32</sup> *Amplius* F. CECCHINI, *op. cit.*

detenuti può e deve contare su una puntuale delimitazione dei diritti che, come quello alla salute, trovino già un inequivoco e solido riconoscimento a livello costituzionale: l'operazione in questione assicura che i diritti fondamentali (anche) dei detenuti divengano articolazioni meglio riconoscibili di un ondivago riferimento alla dignità del detenuto.

Nell'attuale contesto costituzionale il concetto di "dignità umana" si colloca, per quel che qui interessa, su almeno due piani, distinti ma coordinati. È circostanza sufficientemente nota quella per cui nella nostra Carta fondamentale manchi un riferimento esplicito alla tutela della dignità, almeno intendendo la stessa in un'accezione individuale<sup>33</sup>. Si tratta di una assenza che risuona ancor più nitidamente dal confronto con altre Carte dei diritti, nazionali o sovranazionali. Il riferimento è, per restare agli esempi più consueti, al § 1 della *Grundgesetz* tedesca, che esordisce con la solenne affermazione per cui «la dignità dell'uomo è intangibile (*unantastbar*). È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»<sup>34</sup> o all'art. 10 della Costituzione spagnola, in cui si prevede che «La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale»<sup>35</sup>. A venire in considerazione è però soprattutto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nella Carta UE, infatti, la dignità acquisisce un'autonomia per molti aspetti inedita, visto che alla stessa è dedicato un intero titolo (il titolo I) e che il suo art. 1, pur presentando una formulazione pressoché equivalente a quella della Legge fondamentale tedesca («la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»), la rende "indipendente" rispetto

<sup>33</sup> L'art. 3 Cost. prevede invece il principio della pari dignità sociale di tutti i cittadini, mentre altre disposizioni evocano il riferimento alla dignità della persona ora come limite assolutamente invalicabile nell'esercizio di altri diritti ora come scopo cui tendono i principali pilastri su cui è edificato lo Stato sociale. Si considerino, in particolare, l'art. 41, secondo comma Cost., secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; l'art. 32 Cost., il quale precisa che i trattamenti sanitari obbligatori imposti per legge non possono in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; l'art. 36 Cost., secondo cui la retribuzione cui ha diritto il lavoratore deve risultare in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. *Amplius* M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 30 settembre e il 1° ottobre 2007*, in *Cortecostituzionale.it*.

<sup>34</sup> Per tutti, anche per i necessari riferimenti bibliografici, S. BLÖMACHER, *Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzept?*, Berlino, 2016, 20 ss.

<sup>35</sup> V. A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Madrid, 2010, 246 ss.

agli altri diritti fondamentali<sup>36</sup>.

L'assenza della dignità umana dalla Costituzione italiana, tuttavia, è più apparente che reale.

Sono ravvisabili almeno due accezioni della dignità umana "individuale"<sup>37</sup> che emergono con sufficiente nitidezza. Anzitutto la dignità è il cuore pulsante del principio personalistico, dell'antioriorità del singolo rispetto allo Stato, divenendo il necessario presupposto assiologico dei diritti fondamentali<sup>38</sup> e finendo con il regolarne i rapporti reciproci. Per tornare alle considerazioni relative alla logica del bilanciamento, la dignità dell'uomo «non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»: lo Stato, in casi estremi, può chiedere al cittadino anche il sacrificio della vita (art. 52 Cost.), ma non anche quello della sua dignità<sup>39</sup>.

Lungi però dall'arrestarsi alla dimensione statica di "motore immobile" dei diritti fondamentali, la dignità assume anche una consistenza dinamica<sup>40</sup>, traducendosi in singoli diritti che della matrice originaria ripetono i caratteri della "intoccabilità" e della "non bilanciabilità". In questo modo la dignità non solo è un valore che permea di sé il diritto positivo<sup>41</sup>, ma si fa essa stessa diritto positivo.

Senza la pretesa di tentare una classificazione dei diritti fondamentali, per chiarire quali possano considerarsi una diretta derivazione del concetto di "dignità umana individuale"<sup>42</sup>, può forse risultare utile il riferimento alla già citata Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, dopo la dichiarazione di principio contenuta nell'art. 1, specifica il concetto di dignità in due diritti e due divieti: il diritto alla vita (art. 2), da cui deriva il divieto

<sup>36</sup> B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli-Salerno, 2015, *Introduzione*. Sul ruolo della dignità nella Carta UE v. anche G. MONACO, *op. cit.*, 3 ss.

<sup>37</sup> Accanto alla "dignità dell'individuo" emerge poi una "dignità umana", che, assumendo una dimensione collettiva, trascende il singolo per riferirsi all'intera comunità degli esseri umani: da una libertà come fonte di diritti si passa quindi a una dignità come fonte di obblighi, volta a garantire che l'azione del singolo non rechi pregiudizio alla dignità degli altri. Sul punto v. G. RESTA, *Dignità, persone e mercato*, Torino, 2014, 9 ss.

<sup>38</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivistaic.it*, 14 marzo 2008. V. anche M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *op. cit.*, § 1.

<sup>39</sup> G. SILVESTRI, *op. cit.* Sulla "non bilanciabilità" della dignità umana *amplius* B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in *Diritti fondamentali e diritti sociali*, a cura di M. Cossutta, Trieste, 2012, 113 ss.

<sup>40</sup> Cfr., ancora, G. SILVESTRI, *op. cit.*

<sup>41</sup> Corte cost., 11-17 luglio 2000, n. 293, § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>42</sup> Può solo osservarsi che se la dignità fosse considerata il fondamento di tutti i diritti fondamentali, gli stessi diverrebbero per ciò solo non bilanciabili o, il che è lo stesso, necessariamente prevalenti rispetto agli altri: cfr. G. MONACO, *op. cit.*, 15.

della pena di morte; il diritto all'integrità fisica e psichica (art. 3), che comporta una serie di principi che regolano l'esercizio dell'attività medico-chirurgica, a partire da quello del consenso informato; il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4); il divieto di schiavitù e di lavoro forzato (art. 5).

Proprio in questo processo dinamico di "progressiva specificazione" della dignità individuale sembrerebbe collocarsi anche la tutela della salute, che tuttavia si trova a volte richiamata tanto sbrigativamente quanto apoditticamente, rendendo dunque necessario uno sforzo a livello definitorio.

#### 4. *La dialettica tra "salute" e "sicurezza" come dialettica tra "consenso" e "coercizione"*

Prima di affrontare l'intricato nodo relativo al "contenuto" del diritto alla salute, può forse risultare utile isolare una chiave di lettura in grado di sintetizzare le criticità insite in maniera pressoché necessaria nella tutela dello stesso all'interno dei luoghi di detenzione, che potrebbe individuarsi nella dialettica tra la dimensione individuale del consenso e quella collettiva della coercizione.

Da una parte si (im)pone il primato dell'individuo, della sua capacità di autodeterminazione e di quel principio personalistico che dovrebbe metterlo al riparo tanto dall'arbitrio dei pubblici poteri quanto da quello di un medico onnipotente<sup>43</sup>. Dall'altra parte si staglia una restrizione della libertà personale imposta coattivamente per ragioni di difesa sociale. Il complesso (ed eterno<sup>44</sup>) rapporto tra libertà e autorità si delinea in tutta la sua evidenza.

Se il diritto alla salute, almeno sul piano teorico-ricostruttivo, non

---

<sup>43</sup> Nell'ambito della alluvionale letteratura penalistica e medico-legale registratasi in materia di "alleanza terapeutica", si segnalano, in particolare, F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2000, 9 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 378; A. SANTOSUOSSO, *Un (nuovo) vincolo sociale per la medicina*, in *Il consenso informato. Tra giustificazione del medico e diritto del paziente*, a cura di A. Santosuosso, Milano, 1996, VII ss.; L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2016, 1155 ss.; G. MONTANARI VERGALLO [et al.], *La solitudine del medico di fronte al suo "nuovo" codice di deontologia*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2014, 2096 ss.; G. CANZIO, *Medicina e narrazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2014, 869 ss.

<sup>44</sup> Per la valorizzazione di un'indagine diacronica G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 17 ss.

dovrebbe subire variazioni per i soggetti ristretti<sup>45</sup>, con la conseguenza per cui il principio della consapevole partecipazione del singolo alle strategie di cura che lo riguardano resterebbe in via di principio invariato, permangono ovviamente le difficoltà di attuazione legate allo stato di detenzione.

La supremazia della volontà del paziente che partecipa consapevolmente alle scelte capaci di influire sul suo stato di salute è stata realisticamente ridimensionata già in riferimento ai trattamenti medici praticati nei confronti di soggetti liberi: posto che il rapporto tra medico e paziente è normalmente carico di particolari suggestioni e implica spesso su un pressoché totale affidamento del secondo al primo, il malato tenderà a “volere” la terapia che il suo medico gli ha, più o meno consapevolmente, indicato come preferibile, con la conseguenza per cui il primato della volontà rischia di risultare ben fragile e non in grado di assolvere a un’effettiva portata garantistica<sup>46</sup>. Senza contare che anche per i soggetti liberi la centralità del c.d. consenso informato resta a volte sospesa in una sorta di dimensione paradossale: non solo un trattamento medico arbitrario non riceve tutela penale “in quanto tale”<sup>47</sup>, ma sul versante del dissenso espresso e, quindi, del diritto di rifiutare le cure anche quando le stesse siano da considerare salvavita, si è giunti alla sbalorditiva affermazione (superata dalla giurisprudenza più recente) per cui si tratterebbe di un diritto dotato di una indiscutibile base costituzionale, eppure sprovvisto di tutela<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> *Infra*, § 9.

<sup>46</sup> M. BENINCASA, *Liceità e fondamento dell’attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1980, 725. Cfr. sul punto M. TAMBURINI, *Dall’informazione alla comunicazione*, in *Il consenso informato*, cit., 37 ss.; P. CASALI, *L’informazione per una decisione clinica razionale*, ivi, 71 ss.

<sup>47</sup> Il riferimento è alla soluzione proposta da Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, in *Cass. pen.* 5/2009, 1793 ss., con nota di F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l’approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, secondo la quale il trattamento medico arbitrario eseguito *lege artis* e con esito fausto non integra né il reato di lesione personale né quello di violenza privata, sempre che in relazione all’intervento eseguito non fosse ravvisabile un espresso dissenso del paziente. La tutela penale resta dunque affidata alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose, le quali, applicandosi in caso di intervento con esito infausto, finiscono per “assorbire” anche il disvalore derivante dalla mancanza del consenso, che al più potrà incidere in sede di commisurazione della pena. In riferimento alla medesima pronuncia si segnalano anche L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss.; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, ivi, 423 ss.; M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2009, 455 ss.

<sup>48</sup> Si tratta del noto esito cui era approdata la giurisprudenza nella “prima fase” del “caso Welby”. A fronte del rifiuto opposto dal dott. Casale alla richiesta di praticare il distacco del ventilatore artificiale che assicurava la sua respirazione, Piergiorgio Welby propose ricorso *ex art.* 700 c.p.c. per ottenere un provvedimento che obbligasse l’anestesista a

Inutile precisare che le difficoltà in questione si trovano esponenzialmente amplificate nei luoghi di detenzione, tanto sotto il profilo del consenso quanto sotto quello del dissenso<sup>49</sup>.

A questo proposito sembrano emergere delle differenze di fondo tra, da una parte, il carcere in senso stretto e i CPR e, dall'altra parte, le REMS.

Se nei primi due casi le questioni relative alla salute del ristretto sono solo eventuali, quando a venire in considerazione sia il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario la tutela della salute dell'internato diviene il contenuto di una misura imposta coattivamente, nell'ambito di una dialettica tra cura e custodia in cui la prima assume valore per certi aspetti preminente rispetto alla seconda<sup>50</sup>.

---

dar seguito alla sua richiesta. Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, 4/2007, 461 ss., con *Il Commento* di G. CASABURI, giunse alla spiazzante conclusione secondo cui «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente [...], ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento». La giurisprudenza più recente relativa alle pratiche di fine vita, per la verità, sembra attestarsi su posizioni esattamente speculari: v., in particolare, Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2015, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: Il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, relativa al c.d. caso Englaro e, in particolare, alla richiesta del suo tutore di procedere al distacco del sondino nasogastrico. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che «a fronte del diritto, involabile, che il paziente ha, e –nel caso di specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure». In senso conforme Trib. Cagliari, 16 luglio 2017 (caso Piludu). Sui casi Welby ed Englaro, nella letteratura penalistica, F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, 1561 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 3/2007, 902 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, 68 ss. Per un più generale inquadramento della rilevanza penale delle pratiche di fine vita si rinvia, per tutti, a F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 74 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1007; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1995, 670 ss.

<sup>49</sup> Con particolare riguardo al tema "tradizionale" dello sciopero della fame dei detenuti V. MEDAGLIA, *Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto*, in *questo volume*.

<sup>50</sup> Corte Cost., 2 luglio 2003, n. 253. Cfr. T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*,

Il ricovero in REMS, secondo alcuni, non implicherebbe anche l'obbligatorietà della cura, risolvendosi in caso contrario in una sorta di "TSO mascherato"<sup>51</sup>. Resta tuttavia il fatto che il soggetto "deve" essere curato, anche perché, se così non fosse, l'internamento si esaurirebbe in una dimensione meramente custodialistica volta alla neutralizzazione della pericolosità sociale. Non è un caso che in giurisprudenza si sia ritenuto non applicabile un TSO nei confronti di un soggetto ricoverato in OPG, posto che il trattamento sanitario obbligatorio e la misura di sicurezza detentivo-curativa si pongono tra loro in rapporto di alternatività<sup>52</sup>.

Più in generale, ci si potrebbe domandare come possa essere attribuita una reale possibilità di scelta rispetto a una cura che, malgrado la sanitizzazione imposta per via legislativa con l'istituzione delle REMS, resta orientata anche a finalità di difesa sociale<sup>53</sup>.

Anche in questo caso, probabilmente, sarebbe opportuno leggere al di sotto delle etichette e ammettere che il ricovero nelle REMS rappresenti una forma di trattamento sanitario imposto per via legislativa, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma Cost.<sup>54 55</sup>. Con la duplice

---

cit., 239, il quale precisa che nel caso di ricovero in OPG la tutela della salute non assume il mero ruolo di limite al contenuto del trattamento, ma lo scopo del trattamento stesso.

<sup>51</sup> Sostanzialmente in questi termini S. FERRACUTI, G. NICOLÒ, R. PERINI, *Opq. Il futuro sono le Rems?*, in *www.quotidianosanita.it*, 10 luglio 2014.

<sup>52</sup> Trib. Reggio Emilia, 15/372012, in *www.ilcaso.it* (ultimo accesso 12.04.2017): «In conclusione, non pare [...] che sia possibile sancire una sovrapposizione tra la limitazione della libertà (eccezionale e temporanea connessa alla sola esigenza di cura) tipica del TSO e le limitazioni di libertà personale, strutturale e permanente (entro i limiti di durata della misura) e configurata per esigenze specialpreventive e di difesa sociale oltre che di cura tipiche della misura di sicurezza dell'OPG. Le due fattispecie (Ospedale psichiatrico giudiziario e/o Casa di Cura e di Custodia, da un lato, e Trattamento sanitario Obbligatorio, dall'altro), si pongono l'un l'altra in rapporto di alternatività nella individuazione dei presupposti di limitazione della libertà personale che legittima il ricovero: *i*) Ordinanza del Sindaco, convalidata dal Giudice Tutelare, nell'ipotesi delineata dagli artt. 2 e 4 legge 180/1978; *ii*) Sentenza del Giudice Penale di proscioglimento (o di condanna a pena diminuita ai sensi dell'art. 89 c.p.) correlata a un giudizio concreto di pericolosità sociale, nell'ipotesi di soggetto sottoposto alle specifiche misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p.»

<sup>53</sup> Si tratta di un'osservazione proposta in forma problematica da G. GUGLIELMI, *Relazione al Convegno Misure di sicurezza e manicomi giudiziari. La legge 81/2014: le questioni aperte*, tenutosi a Roma il 25 gennaio 2016.

<sup>54</sup> T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 242-243 e 257 ss.: «l'esecuzione della misura comporta (anzi, deve comportare) la cura dell'internato perché la rieducazione ed il reinserimento sociale implicano, nel caso dell'infermo di mente, la guarigione (o, quanto meno, il miglioramento) della malattia, che è all'origine della pericolosità del soggetto; e non v'è dubbio, ovviamente, che si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio».

<sup>55</sup> Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Art. 32 Cost., secondo comma*, in *Commentario della*

conseguenza per cui resta fermo il limite imposto dal rispetto della persona umana e che, come avviene in materia di TSO, si rende necessario favorire il più possibile una partecipazione del paziente al percorso di cura adeguato alle sue condizioni di salute.

Quanto al limite rappresentato dal rispetto della persona umana, si tratta di una precisazione in fondo ultronea se si muove da una nozione ampia di pena e di luogo di detenzione, da cui deriva anzitutto un'estensione dell'art. 27 Cost. al di là del carcere in senso stretto o, comunque, la diretta applicabilità dell'art. 3 CEDU<sup>56</sup>.

Sul piano del "consenso" dell'internato, si è efficacemente rilevato come «accostare il concetto di consenso informato a quello di trattamento sanitario obbligatorio per una patologia mentale potrebbe apparire come il frutto di un errore, o di una mera provocazione», anche se al medico che abbia avuto a che fare con pazienti sottoposti a TSO è chiaro come, almeno in certi casi, gli stessi conservino degli spazi di autodeterminazione, pur in presenza di una condizione clinico-fenomenologica grave. L'art. 33 della l. n. 833 del 1978, del resto, stabilisce che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato, sebbene lasci in proposito una discrezionalità molto ampia al singolo medico<sup>57</sup>.

Potrebbe dirsi, pur correndo il rischio di semplificare una questione ben più complessa, che l'internato non ha potere decisionale sull'*an* della terapia ma può contribuire, in maniera più o meno determinante, al *quomodo* della stessa, sempre che le sue condizioni di salute lascino residuare quello spazio di libertà decisionale necessario e sufficiente perché possa ravvisarsi un "consenso".

---

*Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociale. Artt. 29-34*, Bologna, 1974, 168-169, la quale precisa che il secondo comma dell'art. 32 Cost. nasce storicamente dalle esigenze di tutela connesse al sistema manicomiale (entro le quali si iscrive evidentemente anche il manicomio giudiziario, nelle sue evoluzioni): l'indole ibrida di una disciplina bastarda, incerta tra fini sanitari e di sicurezza pubblica, si trova dunque proiettata sulla normativa costituzionale, con una disciplina del trattamento sanitario coattivo in bilico tra l'art. 32 e l'art. 13 Cost.

<sup>56</sup> *Infra*, § 6.2.

<sup>57</sup> G. MANDARELLI [et al.], *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Nóos*, 1/2012, 44. Sul punto anche G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 249 ss.; U. FURNARI, *Quale "consenso informato" in psichiatria?*, in *Il consenso informato in psichiatria*, a cura di U. Fornari, Torino, 1997, 1 ss.; G. MASOTTI, T. SARTORI, G. GUAITOLI, *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1992, 305 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32 Cost., secondo comma*, cit., 193 ss.

Si tratta di una constatazione che certo non risolve tutte le questioni problematiche: si pensi, per esempio, ai reali spazi del rifiuto di certe cure da parte dell'internato, anche in considerazione delle esigenze di sicurezza che strutturalmente caratterizzano la misura cui è sottoposto. La riconducibilità del ricovero in REMS al *genus* del trattamento sanitario obbligatorio, tuttavia, potrebbe se non altro presentare il pregio di individuare (ancor) più chiaramente la cornice di garanzia entro cui si iscrive l'esecuzione di una misura, che, vale la pena ribadirlo, comporta come contenuto necessario la tutela della salute dei soggetti ad essa sottoposti.

5. *Le comuni esigenze di garanzia dei soggetti ristretti: “detenuti”, “internati” e “ospiti” dei CPR. Il rischio di una fuga dalla legalità*

Al di là delle specificità della singola misura, la necessità di una riflessione unitaria in riferimento ai soggetti ristretti emerge con sempre maggiore evidenza. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle competenze attribuite al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che, anche coordinando l'operato dei Garanti territoriali, è chiamato a vigilare su tutte le forme di limitazione della libertà realizzate, tra l'altro, negli istituti di pena, nei luoghi di polizia, nei CIE (ora CPR), nelle REMS, nei luoghi di esecuzione dei trattamenti sanitari obbligatori<sup>58</sup>. Fin da subito si è evidenziato come il legislatore, sia pur in estremo ritardo rispetto alle sollecitazioni rinvenibili a livello internazionale<sup>59</sup>, abbia provveduto all'istituzione del Garante nazionale assestandosi «assai opportunamente su un concetto “sostanziale” e non “formale” di detenzione, con ciò ampliando le omologhe previsioni normalmente in vigore con riferimento alle figure locali»<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Il Garante nazionale è stato istituito con d.l. n. 146 del 2013, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n.10. Il d. m. 11 marzo 2015 n. 36 ha poi definito il regolamento relativo alla struttura e alla composizione dell'Ufficio. La prima relazione al Parlamento 2017, tenuta dal Garante Mauro Palma, è disponibile su [www.garantenazionaleprivatilibera.it](http://www.garantenazionaleprivatilibera.it) (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>59</sup> Per una collocazione del Garante nazionale nel contesto internazionale e per la ricostruzione dell'*iter* storico che ha condotto alla sua istituzione, v. L. MANCA, *Il garante nazionale dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà. Alcune riflessioni alla luce del diritto internazionale*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2016. Sull'esigenza di superare i particolarismi derivanti dal sistema dei garanti regionali v. E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2013, 409 ss.

<sup>60</sup> L. SCOMPARIN, *Dai garanti “locali” al nuovo Garante nazionale dei diritti delle persone*

Volgendo lo sguardo al contesto sovranazionale, il riferimento obbligato è al Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), istituito dall'omonima Convenzione europea del 1987 (entrata in vigore nel 1989), integrata da due Protocolli nel 1993 (entrati in vigore nel 2002) e concepito dal Consiglio d'Europa come organo funzionale alla piena attuazione dell'art. 3 CEDU<sup>61</sup>.

Il CPT, secondo quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione istitutiva, «esamina, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti»<sup>62</sup>. Il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti, lungi dal restare confinato entro il perimetro degli istituti penitenziari in senso stretto, definisce il proprio ambito di operatività attraverso la condizione soggettiva di chi è sottoposto a generiche «privazioni della propria libertà personale», purché poste in essere da una autorità pubblica (art. 2 Convenzione)<sup>63</sup>. La prevalenza accordata alla natura fattuale anziché formale della detenzione non manca di determinare criticità nella definizione delle competenze del CPT<sup>64</sup>, ma rappresenta una testimonianza sufficientemente tangibile dell'esigenza di estendere la riflessione sui diritti dei «detenuti» anche al di là del carcere inteso in senso stretto.

Il termine «carcere», del resto, è mutuato dal linguaggio comune e da quello sociologico, senza mai comparire nella legge sull'ordinamento penitenziario<sup>65</sup>:

*detenute*, in *Piemonteautonomie.cr.piemonte.it* (ultimo accesso 12.04.2017). Per un inquadramento del Garante nazionale nel *genus* delle autorità amministrative indipendenti G. FANCI, *Il Garante nazionale delle persone private della libertà personale*, in *Rass. pen. crimin.*, 2012, 2, 7 ss. Tra gli elementi di maggiore debolezza della nuova figura è stata fin da subito evidenziata la sua «connotazione marcatamente subordinata all'esecutivo»: M. CERESA-GASTALDO, *Una authority di carta pesta per i diritti dei detenuti*, in *Leg. pen.*, 2014, 420.

<sup>61</sup> Valga per tutti il rinvio a R. MORGAN, M. EVANS, *Combating torture in Europe*, Strasburgo, 2001, 21 ss. e, con peculiare riferimento alle questioni legate alla tutela della salute dei «detenuti», a D. BERTRAND, M. UMMEL, T.W. HARDING, *Le Comité européen pour la prévention de la torture: comment la médecine et le droit peuvent se mettre au service des droits de l'homme*, in *Méd&Droit*, 56/2002, 8 ss.

<sup>62</sup> Un'assimilazione tra il *modus operandi* del CPT e quello del «difensore civico penitenziario» è proposta da F. DELLA CASA, *Suggestioni influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario in Italia*, in *Cass. pen.*, 10/2004, 3487.

<sup>63</sup> La circostanza per cui la limitazione della libertà personale avvenga ad opera di un'autorità pubblica sembra in effetti l'autentico criterio di selezione delle «competenze» del CPT: S. LEHALLE, P. LANDREVILLE, J.P. CÉRÉ, *Le Comité européen de prévention de la torture: mécanisme de contrôle des établissements de détention*, in *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 228-229.

<sup>64</sup> R. MORGAN, M. EVANS, *Combating torture in Europe*, cit., 28.

<sup>65</sup> E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2012, 40-41, il quale tuttavia esclude che la nozione di carcere possa essere estesa fino

la sua etimologia suggerisce l'idea di un luogo chiuso, recintato, inaccessibile, dove si è trattenuti contro la propria volontà<sup>66</sup>. Se, dunque, le "istituzioni totali" entro cui si assiste a prolungate e coattive restrizioni della libertà personale ad opera di un'autorità pubblica non sono più limitate alla "prigione" nella sua accezione tradizionale, si rende necessario (e possibile) un adeguamento normativo in funzione di garanzia.

Gli strumenti di *soft law*, quali gli *standards* di trattamento fissati dal CPT anche per i soggetti destinatari di un trattamento sanitario obbligatorio (non importa se in conseguenza della commissione di un reato o meno) e per gli stranieri sottoposti a limitazioni di libertà (con particolare riguardo a quelli irregolari)<sup>67</sup>, per quanto incisivi, rivelano ormai tutta la loro inadeguatezza<sup>68</sup>. Il tempo di interventi normativi che, nell'ordinamento nazionale, si collochino almeno a livello della legislazione ordinaria, non pare più procrastinabile. Le violazioni, surrettizie o palesi, dell'art. 13 Cost. restituiscono l'impressione che il "carcere in senso ampio" sia attualmente adagiato su una coltre normativa instabile ed esplosiva, capace di disintegrare il sistema se la miccia venga accesa prima che lo Stato dei diritti si desti dal suo colpevole torpore.

Dalla già ricordata premessa del prezioso residuo di libertà di cui il detenuto resta pur sempre titolare, la Corte costituzionale fa discendere la conseguenza per cui «l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione)

---

a comprendere anche alla "detenzione amministrativa" realizzata negli ex CIE. Lo stesso Autore riporta le (ormai famose) parole del senatore Gianrico Carofiglio a proposito dei centri di detenzione degli stranieri: «Credo che noi per troppo tempo... abbiamo avuto la cattiva abitudine di tollerare le manipolazioni verbali che nascondono concetti gravi. Questi 18 mesi sono di galera. Sia ben chiaro! Il cittadino straniero non identificato [...] può essere trattenuto in quello che oggettivamente è un carcere, per un periodo di tempo... che equivale più o meno a quello che si trascorre in carcere per una tentata estorsione o per una tentata rapina: galera amministrativa». Altrettanto perentorio A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri» e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 576: «un CIE è un carcere». Sulle questioni di carattere terminologico, anche in una prospettiva "comparata", G. CAMPESI, *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale, Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di A. Spina, V. Militello, Torino, 2015, 221 ss.

<sup>66</sup> V. voce *Carcere* in *Etimo.it*.

<sup>67</sup> *Normes du CPT*, CPT/Inf/E (2002) – Rev. 2015, consultabili in *Cpt.coe.int*.

<sup>68</sup> Sui complessi rapporti tra *soft law* e diritto penale A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano, 2010, I, 31 ss.

espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»<sup>69</sup>.

Non sembra tuttavia che “i casi e i modi” relativi ai gradi di privazione della libertà personale risultino sempre chiaramente indicati per legge, perdendosi anzi, specie nelle ipotesi più complesse, nel sottobosco delle circolari amministrative e dei regolamenti interni. Se la scelta della legge come fonte cui affidare l'ordinamento penitenziario assumeva nel 1975 un preciso significato, anche ideologico<sup>70</sup>, la sempre più incalzante supremazia delle fonti secondarie è un dato che si impone in maniera fin troppo evidente, delineando una tendenza che taglia trasversalmente il carcere, le REMS e i CPR.

Per ciò che attiene ai detenuti in senso stretto, il riferimento più immediato è alla loro collocazione in circuiti differenziati, che, giustificati da esigenze di sicurezza, rinvergono la propria disciplina in circolari del DAP e che, malgrado gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità, risultano tutt'ora sforniti di una tutela giurisdizionale che possa considerarsi “completa”. Con l'ulteriore paradosso per cui la differenziazione dei circuiti penitenziari prevista per legge (a partire dalla distinta collocazione tra imputati e condannati) continua a non ricevere adeguata attuazione nella gran parte degli istituti penitenziari<sup>71</sup>.

Si tratta di una situazione che, sia pur in maniera differente, riguarda anche l'organizzazione delle nuove REMS, alle quali è stato affidato l'impegnativo ruolo di segnare il definitivo superamento dei residui manicomiali ancora ravvisabili nel sistema degli ospedali psichiatrici giudiziari. Malgrado la (condivisibile) ambizione della svolta segnata dall'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 (convertito dalla legge n. 9 del 2012), che, rianodando le fila di un processo già avviato dal D.P.R. del 1 aprile 2008, prosegue poi con il d.l. n. 52 del 2014 (convertito dalla legge n. 81 del

<sup>69</sup> Corte cost., 24 giugno-28 luglio 1993, n. 349, § 4.2. del *Considerato in diritto*. Senza contare, se ci fosse ancora bisogno di ribadirlo, che l'art. 25, secondo comma Cost. impone di definire per legge non l'*an* della punizione, ma anche il *quomodo* della sua realizzazione: T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, 155.

<sup>70</sup> V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1981, 6. Sulla progressiva espansione della discrezionalità amministrativa nel sistema inaugurato dalla riforma del 1975, che doveva servire a superare la fissità del regime precedente a favore dell'individualizzazione trattamento, v. T. PADOVANI, voce *Istituti penitenziari*, in *Noviss. dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, 463.

<sup>71</sup> G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1/2012, 188.

2014)<sup>72</sup>, il legislatore dell'emergenza non è intervenuto sulla misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario così come prevista dal codice penale, né ha apportato modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario. L'ospedale psichiatrico giudiziario rimane inserito nel catalogo delle misure di sicurezza previste dall'ordinamento, senza veder neppure alterata la propria denominazione formale, così come gli "internati" restano accostati ai detenuti nella legge n. 354 del 1975, senza che la specificità della gestione sanitaria delle nuove strutture e, quindi, di coloro che sono "ricoverati" nelle stesse, riceva valorizzazione alcuna sul piano normativo: non è un caso che tra le prime questioni postesi in maniera evidente c'è stata quella della riferibilità (o meno) delle norme contenute dell'ordinamento penitenziario alle nuove strutture "sanitarizzate"<sup>73</sup>.

Il decreto interministeriale del 1 ottobre 2012, nel suo Allegato A, precisa che, poiché i pazienti possono presentare caratteristiche psicopatologiche significativamente variabili, le Regioni, ferma restando la gestione sanitaria, assicurano un'implementazione adeguatamente diversificata delle REMS, anche in termini strutturali, organizzativi, di sicurezza e di vigilanza esterna, nonché per livelli di protezione, idonea a rispondere alle diverse caratteristiche psicopatologiche e alla loro evoluzione. Da ciò deriva quindi

<sup>72</sup> *Amplius*, anche per i necessari riferimenti normativi e bibliografici, A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del "folle reo"*, in questo volume.

<sup>73</sup> F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2013, spec. 92 ss. e C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1341 ss. sottolineano chiaramente la difficile riferibilità di molte delle disposizioni contenute nella legge sull'ordinamento penitenziario a soggetti "ricoverati" in residenze ad esclusiva gestione sanitaria: si pensi, per restare agli aspetti più evidenti, alle limitazioni relative alla permanenza all'aperto (art. 10 ord. penit.), all'apparato disciplinare (artt. 38-40 ord. penit.), all'impiego della forza fisica (art. 41 ord. penit.), al regime di sorveglianza particolare (art. 14-bis ord. penit.) o al regime c.d. di carcere duro (art. 41-bis ord. penit.). Sul punto v. anche R. PALMISANO, *Tema per Stati Generali dell'Esecuzione Penale - Tavolo 11*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ultimo accesso 12.04.2017) e, in particolare, l'accordo cui è pervenuta la Conferenza unificata Stato Regioni del 26 febbraio 2015, 11 ss., il cui testo è disponibile su [www.statoregioni.it](http://www.statoregioni.it) (ultimo accesso 12.04.2017). Già I. CARACCIOLI, *La posizione degli internati negli istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive*, in *Rass. pen. e criminol.*, 1-2/1981, 19-20, sottolineava come le innovazioni più significative dell'ordinamento penitenziario in tema di individualizzazione del trattamento fossero relative più ai detenuti che agli internati. Con particolare riguardo ai nuovi artt. 35-bis e 35-ter ord. penit., A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli 'esclusi eccellenti' della riforma*, in [Giurisprudenzapenale.it](http://Giurisprudenzapenale.it), 13 luglio 2016.

che, analogamente a quanto avviene per il carcere, l'accentuarsi di un profilo custodialistico all'interno delle nuove Residenze per far fronte ad esigenze di sicurezza resti affidato alla discrezionalità amministrativa<sup>74</sup>.

Per contro, con altrettanto fedele "allineamento" a quanto si registra sul versante carcerario, la pur radicale riforma inaugurata dalla legge n. 9 del 2012, lascia sorprendentemente in ombra la distinzione tra ospedale psichiatrico giudiziario e casa di cura e custodia: la coppia OPG e CCC, anche in ragione della mancata predisposizione di strutture "separate" per l'esecuzione della misura meno restrittiva, è stata spesso trattata in passato come un'endiadi, ma rispondeva proprio, nell'impianto originario del codice Rocco, all'esigenza di una differenziazione tra soggetti che versavano in condizioni di differente pericolosità<sup>75</sup>.

Varcando poi (solo metaforicamente, si intende, vista la difficoltà di accesso) la porta dei centri che il legislatore, eliminando lo scomodo riferimento linguistico all'espulsione, ha di recente etichettato come "di permanenza per i rimpatri", il vilipendio dell'art. 13 Cost. mostra senza reticenza tutta la sua carica offensiva<sup>76</sup>. Come efficacemente chiarito sin da tempo, le questioni di spessore formalistico-terminologico rivelano in proposito tutta la loro sterile superfluità. Poco importa se la condizione degli stranieri irregolari negli ex CIE possa e debba essere definita come detenzione amministrativa, trattenimento, ospitalità coatta *et similia*: ciò

<sup>74</sup> Cfr. il programma della Regione Lombardia, che prevede la realizzazione delle strutture regionali articolata in tre diversi livelli di intensità assistenziale: Residenze ad Alta intensità terapeutico-riabilitativa e assistenziale (REMS-AI), Residenze per alta riabilitazione a media intensità assistenziale (REMS-MI), Residenze per alta riabilitazione a bassa intensità assistenziale (REMS-BI). Le REMS-AI sono destinate a ospitare gli internati ad elevata pericolosità sociale, anche provenienti dagli altri cinque OPG italiani: deliberazione n. X/122 del 14 maggio 2013 della Regione Lombardia, consultabile in *Penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2013, con commento di F. FEDERICI, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?* In argomento anche G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l'istituzionalizzazione ospedaliera*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1387 ss. Per le questioni relative alla ripartizione delle responsabilità derivanti dalla sanitarizzazione delle strutture e, quindi, dall'estromissione dell'"apparato penitenziario" dalla gestione della sicurezza interna si rinvia a L. BRIZI, *Dallo psichiatra "medico-terapeuta" allo psichiatra "medico-direttore": forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS*, in *questo volume*.

<sup>75</sup> E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 769-770 chiarisce come la casa di cura e custodia muove proprio dalla convinzione di poter fondere le esigenze terapeutiche e quelle di neutralizzazione sociale in un modello equilibrato e privo di tensione, adatto ai soggetti "meno pericolosi".

<sup>76</sup> Per un quadro d'insieme del d.l. Minniti si rinvia a L. MASERA, *op. cit.* e a P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *questo volume*.

che importa è gli “ospiti” dei Centri di permanenza per i rimpatri sono sottoposti a restrizioni della libertà personale che rientrano senza dubbio nel raggio di garanzia dell’art. 13 Cost.<sup>77</sup>. Non è un caso, del resto, che l’art. 5 CEDU (equivalente convenzionale dell’art. 13 Cost.) preveda esplicitamente l’ipotesi in cui uno straniero irregolare possa essere sottoposto a limitazioni della libertà personale<sup>78</sup>: la detenzione è ammissibile solo se e nella misura in cui risulti conforme a quanto previsto dalla “base legale” interna e proporzionata e non arbitraria, anzitutto in riferimento ai termini di durata<sup>79</sup>.

La base legale del trattenimento negli ex CIE era costituita essenzialmente dall’art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998<sup>80</sup> che, tra l’altro, nulla stabiliva in relazione alle condizioni minime dei Centri<sup>81</sup> e al “residuo di libertà” da garantire agli immigrati irregolari: il riferimento al “pieno rispetto della dignità” contenuto nel secondo comma dell’art. 14 d. lgs. n. 286 del 1998 vale solo a confortare l’idea per cui fino a quando la dignità

<sup>77</sup> Per tutti A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2012, 2 ss. e M. PIERDONATI, *La restrizione della libertà personale nel “carcere amministrativo” dei C.I.E.: tradimento e riaffermazione del principio di legalità*, in *Stranieri e giustizia penale*, a cura di R. Del Coco, E. Pistoia, Bari, 2014, 243 ss.

<sup>78</sup> Art. 5 CEDU, § 1, lett. f): «se si tratta dell’arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d’espulsione o d’extradizione».

<sup>79</sup> Per tutti i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino, Torino, 2013, 84-85; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, 567 ss.

<sup>80</sup> Sulla violazione dell’art. 13 Cost. per mancata definizione dei “modi” di limitazione della libertà personale in riferimento alla disciplina “ante d.l. Minniti” v. A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri»*, cit., 580-581. Cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, cit., 4, il quale riteneva che anche rispetto alla determinazione dei «casi» di restrizione, declinati essenzialmente come “luoghi”, l’art. 14 presentasse profili di incostituzionalità. Sottolinea il carattere “fuori legge” della detenzione amministrativa negli ex CIE A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2013, 30. Per le questioni relative al problematico rispetto della riserva di giurisdizione A. MARLETTA, *Detenzione “amministrativa” e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2012, 603 ss. Sulla situazione successiva al d.l. n. 13 del 2017 si rinvia a P. GUALTIERI, *op. cit.*

<sup>81</sup> «Eppure è lo spazio a disegnare la morfologia dello *status detentionis*»: A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri»*, cit., 580. In argomento, in particolare, AA. VV., *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, Roma, 2011 e Av. Vv., *Volte e maschere della pena*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, 2013, 39 ss.

non si articoli in una serie di diritti (giustiziabili), la stessa, specie a livello di legge ordinaria, non riesce ad andare oltre la consistenza di una formula di stile meramente declamatoria.

La stessa “ammissione di colpa” del legislatore sembra potersi leggere tra le righe dell’art. 19 d.l. n. 13 del 2017, il quale al terzo comma stabilisce anzitutto l’ampliamento della rete dei Centri, con la costruzione delle nuove strutture in siti e aeree esterne ai centri urbani (occhio non vede, cuore non duole?). Si stabilisce al contempo che le strutture in questione debbano avere una capienza limitata: contrariamente però alla scelta effettuata dal legislatore dell’emergenza in riferimento alle REMS, per cui si è stabilito che i posti massimi non possano essere più di venti, il d.l. Minniti opta per un criterio di limitazione di tipo “teleologico”, stabilendo che le condizioni dei Centri debbano essere «idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l’assoluto rispetto della dignità della persona». Torna dunque il riferimento alla panacea della dignità umana, che, da una parte, sembra certificare a livello normativo la consapevolezza istituzionale delle sistematiche violazioni della stessa registratesi nei Centri e, dall’altra parte, testimonia la rinuncia a una disciplina di dettaglio che riesca (o quanto meno provi) a tradurre il valore della dignità da valore potenziale a dimensione attuale.

Considerazioni almeno in parte analoghe sembra possano valere anche per i punti di crisi (*Hotspot*), osservati speciali in Europa soprattutto a seguito della sentenza *Khlaifia*<sup>82</sup>. Anche in questo caso, in effetti, il nuovo art. 10-ter del d.lgs. n. 286 del 1998 introduce una normazione solo apparente: per la definizione delle strutture in questione si rinvia infatti al d.l. n. 451 del 1995 (convertito dalla legge n. 563 del 1995), che però nulla dice in riferimento alla loro organizzazione interna, e al d.lgs. n. 142 del 2015 relativo ai CPA (Centri di prima accoglienza), anch’esso a dir poco laconico.

L’assenza della legalità, anche intesa nella sua accezione minima della riserva di legge, continua dunque a risuonare in maniera assordante e mentre si prende atto che la “detenzione amministrativa” nulla ha da invidiare a quella eseguita negli istituti penitenziari, senza però poter contare (almeno) sulle garanzie offerte dall’ordinamento penitenziario, si resta inermi di fronte a questa sconsolata constatazione. Se la cancellazione *tout court* del sistema di detenzione nei CPR non è evidentemente una soluzione né praticabile né auspicabile, una sua “riconduzione a legalità” sarebbe un’operazione molto più agevole da realizzare: prima che la miccia si surriscaldi troppo, fino a prendere fuoco.

---

<sup>82</sup> *Infra*, § 6.2.

6. *Una nozione sostanzialistico-funzionale di “luogo di detenzione” quale necessario completamento della nozione autonoma di “materia penale” elaborata dalla Corte di Strasburgo*

Una nozione unitaria di “luogo di detenzione” o, se si preferisce, di “carcere” non risponde del resto a una mera constatazione che sta nei fatti. Quand’anche il riferimento al “solo” art. 13 Cost. non si ritenesse sufficiente, sarebbe pur sempre necessario fare i conti con la sempre più marcata europeizzazione del diritto penale, che, originariamente refrattario a ogni forma di “incursione” da parte di fonti sovranazionali, deve ormai confrontarsi con una progressiva ridefinizione dei contorni del principio di legalità nell’ambito di un sistema di fonti sempre più reticolare e, per certi aspetti, tentacolare<sup>83</sup>.

L’aspetto più evidente è rappresentato dalla curvatura in senso sostanzialistico-funzionale dei concetti di “illecito penale” e, quindi, di “sanzione penale”, individuati sulla base di coordinate almeno apparentemente distanti da quelle che rappresentano la bussola tradizionale per il giurista di *civil law*, specie seguendo la rotta del diritto penale. Le cadenze scandite dalla giurisprudenza di Strasburgo fin dalla fine degli anni Sessanta con i “criteri Engel”<sup>84</sup>, ma che solo dopo le prime sentenze gemelle della Corte costituzionale<sup>85</sup> hanno sprigionato pienamente il loro potenziale “sovversivo”, sono

<sup>83</sup> «Dalla “Cina imperiale” al labirinto penale», secondo la suggestiva immagine offerta da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5. Sulla dissoluzione della piramide kelseniana e della sistematica a gradini di matrice tedesca, sostituite da una struttura “reticolare” del sistema delle fonti, v. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pp. 145 e ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2014, 1109 ss.

<sup>84</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel v. Netherlands*, n. ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

<sup>85</sup> Si tratta delle ormai celeberrime sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale. Nell’impossibilità di dar conto delle innumerevoli indicazioni bibliografiche relative alle pronunce in questione, ci si limita a segnalare i rilievi critici, in larga parte condivisibili, di M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2008, 203 ss. e P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 232 ss. La portata delle “prime gemelle”, non immediatamente messa a fuoco in una prospettiva strettamente penalistica, ha veicolato una “rivoluzione europeista” anche nell’ambito del diritto nazionale per eccellenza: v., in particolare, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, 160 ss. e V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il*

all'apparenza agevolmente sintetizzabili: al fine di garantire un'omogenea applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU in riferimento ad ordinamenti assai differenti tra loro, si rende necessario elaborare delle nozioni autonome di "legge" e di "materia penale", che, lungi dall'arrestarsi alle etichette formali attribuite dai singoli legislatori nazionali, valorizzino la "sostanza delle cose" in funzione di garanzia<sup>86</sup>.

La nozione autonoma di "materia penale", muovendo dal concetto sostanziale di "sanzione penale" (e, a monte, di "illecito penale") si estende necessariamente ai contigui profili di carattere processuale, perimetrando l'area di operatività dell'art. 6 CEDU. Seguendo il filo conduttore irrobustito dalla *vis expansiva* mostrata dalla materia penale, sembrerebbe che i tempi siano maturi per assicurare che le nozioni autonome *made in Strasburgo* trovino applicazione anche nella fase più tipicamente esecutiva.

Il *genus* della materia penale elaborato dalla Corte di Strasburgo, detto altrimenti, sembra ormai scindersi nelle *species* di sanzione penale, processo penale e, infine, esecuzione penale. A venire in considerazione, quindi, sono altrettante "nozioni autonome", che ripetendo dalla comune origine della *matière pénale* una matrice sostanzialistico-funzionale, perseguono l'obiettivo di definire la natura giuridica degli istituti che si collocano nell'area del diritto punitivo, all'ulteriore scopo di individuare la disciplina applicabile.

---

*giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, 1 ss. Sul marchio di "parziale conformità" impresso dalle c.d. seconde gemelle (sentenze della Corte costituzionale n. 311 e 317 del 2009), che ribadiscono l'impianto complessivo per ciò che attiene alla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti italiano, preoccupandosi però di allentare, almeno in parte, la vincolatività del precedente attraverso il riconoscimento di "margine di apprezzamento" del giudice nazionale, per tutti, R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2010, spec. 3-4. Con la sentenza n. 49 del 2015, infine, il Giudice delle Leggi giunge a un capovolgimento assiologico delle cadenze seguite in precedenza: non solo si passa dalla «soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo» della sentenza n. 39 del 2008 (§ 5 del *Considerato in diritto*) al «predominio assiologico della Costituzione sulle norme della CEDU» (§ 4 del *Considerato in diritto*), ma si precisa che il giudice italiano è vincolato a recepire la norma elaborata da Strasburgo solo in presenza di un "diritto consolidato o di una sentenza pilota" (§ 7 del *Considerato in diritto*). Sulla sentenza n. 49 del 2015 si rinvia alle incisive pagine di O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 20 ss.

<sup>86</sup> In argomento, a scopo meramente esemplificativo, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Jus17@unibo.it*, 1/2009, 60 ss.; G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen. web*, 1/2012, 1 ss.; R. RUSSO, *Il diritto punitivo della CEDU e il "tranello" di civil law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1805 ss.

### 6.1. *La nozione autonoma di “materia penale”: conseguenze nuove di un dibattito antico*

Sebbene la giurisprudenza della Corte EDU relativa a una delimitazione sostanziale della materia penale abbia alimentato un dibattito che sembrerebbe assumere i tratti di un'autentica “rivoluzione copernicana”, le questioni e le categorie tornate all'attenzione del giurista affondano le loro radici negli atavici dilemmi che involgono lo stesso “alfabeto” del diritto (non solo penale): l'impressione, in effetti, è quella di trovarsi nel bel mezzo della selva oscura di quei dibattiti relativi al concetto di sanzione e alla distinzione tra le varie tipologie di sanzione conosciute dall'ordinamento, che rinviano a uno dei nodi più complessi della teoria generale del diritto e del reato. Si pensi, solo per restare agli aspetti più evidenti, alle considerazioni relative alla distinzione tra delitti e contravvenzioni e, quindi, al c.d. diritto penale amministrativo<sup>87</sup>, tornate alla ribalta specie a seguito dell'intervento di depenalizzazione organica realizzato dalla l. n. 689 del 1981 e della Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, relativa ai criteri di riparto tra illecito penale e illecito amministrativo<sup>88</sup>. Oppure si pensi, più in generale, al concetto di “diritto punitivo”, che comprenderebbe il diritto penale ma non si esaurirebbe in esso<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> ART. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 385 ss.; S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 760 e Id., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, 355 ss.; L. RAGGI, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*, in *Il Filangieri*, 1907, 349 ss.; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 10 ss.; G. BATTAGLINI, *La pena in rapporto alle sanzioni civili ed amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, spec. 403 ss. Per un'efficace ricostruzione del dibattito in questione si rinvia a M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le “zone grigie” della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, I, 771 ss.

<sup>88</sup> C. E. PALIERO, *La legge n. 689 del 1981: prima codificazione del “diritto penale amministrativo” in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 117 ss.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, spec. 129 ss.; F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, 253 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 37 ss.; E. DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1987, 777; T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1984, 952 ss. Per considerazioni di taglio comparatistico M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1987, 731 ss.

<sup>89</sup> P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in *Ind. pen.*, 1982, 79 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, *passim*; G. ZANOBINI, *op. cit.*, 38 ss. Sul concetto di “illecito di diritto pubblico”, capace di ricomprendere

Tanto i criteri volti a individuare una distinzione “sostanziale” tra l’illecito penale e quello amministrativo, anche sul versante di una più marcata linea di confine tra delitti e contravvenzioni, quanto le più generali riflessioni sul *genus* della sanzione punitiva di cui quella criminale sarebbe solo una *species*, se collocati in una prospettiva di diritto positivo e in un ordinamento a legalità formale, o si esauriscono su un piano meramente descrittivo o, il più delle volte, aspirano a indirizzare gli interventi del legislatore. Per ciò che attiene alla disciplina applicabile, le sanzioni penali sono “semplicemente” quelle che il legislatore sceglie di qualificare come tali e ciò che distingue l’illecito penale dalle altre tipologie di illecito previste dall’ordinamento è unicamente il criterio formale della sanzione<sup>90</sup>.

L’esigenza che derivava (e deriva ancora) da una riflessione sui rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo sembra delinearci con sufficiente nitidezza se collocata in una prospettiva storica<sup>91</sup>. Il principio di legalità formale, in effetti, ha subito un’autentica eterogeneità dei fini rispetto alle sue origini di stampo illuministico-liberale. Queste ultime affondano le loro radici in un inequivoco substrato garantista, teso a imbrigliare l’azione pubblica capace di incidere sui diritti individuali entro il capestro del diritto penale. In quest’ottica l’obiettivo era quello di circoscrivere l’area della “materia penale”, perché tutto ciò che risultava collocato all’esterno della stessa si trovava attratto nella sfera della libertà. L’ampio raggio del diritto amministrativo si prestava però a divenire il fin troppo comodo espediente per sottrarre determinate azioni dei pubblici poteri al giogo delle garanzie, posto che al di fuori del recinto del diritto penale, “formalisticamente” individuato, potevano giustificarsi interventi repressivi fondati sul mero sospetto e sulla discrezionalità-arbitrio dei pubblici poteri. Di qui la necessità di recuperare criteri di controllo sostanziale che consentissero di arginare il rischio di una truffa delle etichette, finalizzata all’elusione di un sistema di garanzie connesso alla sola legalità penale. Di qui, inoltre, la convinzione che la sola via per uscire indenni dallo sterile sentiero del formalismo fosse quella di estendere anche al

---

l’illecito penale, l’illecito amministrativo e l’illecito depenalizzato-amministrativo v. M. SINISCALCO, *op. cit.*, 143 ss. Per un più organico inquadramento della materia si rinvia F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IX, Padova, 2015, 945 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 39 ss.

<sup>90</sup> Tra gli altri M. GALLO, *op. cit.*, 6; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 17; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Bologna, 2014, 168. Sullo spostamento dal *prius* al *posterius* da parte della dottrina italiana, con conseguente svalutazione del momento di scelta dell’oggetto della regolamentazione penalistica, v. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1982, 1009.

<sup>91</sup> M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le “zone grigie” della legalità tra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 1/2007, 743 ss.

diritto penale amministrativo le garanzie del diritto penale in senso stretto, in modo da sottrarre alle distinzioni in questione buona parte della loro ragion d'essere.

La feritoia aperta dalla nozione autonoma di materia penale è riconducibile alla medesima *ratio* di evitare facili scappatoie all'applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ammantate da una legalità formale esposta a degenerazioni formalistiche. Il dibattito relativo al diritto punitivo è però costretto, per dir così, a un passo indietro e ad uno in avanti. Il passo indietro consiste nella spasmodica ricerca di criteri sostanziali che consentano di "scovare" il penale al di là delle qualifiche formali scelte dai singoli ordinamenti nazionali. Il passo in avanti deriva dal fatto che l'applicazione della disciplina di garanzia propria della materia penale non è più solo eventuale e, al massimo, confinata nelle discussioni relative alle linee guida da suggerire alla politica legislativa, ma diviene una conseguenza necessaria, che si produce "per il sol fatto" che i criteri sostanziali abbiano portato a compimento la loro operazione di "disinganno".

La problematicità della questione non si annida tanto a valle, sul versante degli effetti, quanto a monte, sul piano dell'individuazione dei presupposti. Ciò in quanto i criteri *Engel* si mostrano essenzialmente dei criteri vuoti<sup>92</sup>, capaci di risultare orientati a favore di risultati anche opposti l'uno rispetto all'altro.

Nella loro scarna formulazione originaria gli *Engel criteria* si mostrano quanto mai laconici: se, come ampiamente noto, la qualifica formale attribuita a una certa sanzione da parte del singolo ordinamento ha un valore solo relativo<sup>93</sup>, ciò che importa verificare sarebbe la natura dell'infrazione (*very nature of the offence*) e il grado di severità della sanzione (*the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*)<sup>94</sup>. Nella giurisprudenza successiva il criterio che finisce per accentrare su di sé la verifica del carattere penale è quello relativo alla natura dell'infrazione, il più delle volte specificato dagli aggettivi *deterrent and punitive* riferiti allo scopo della stessa (*the purpose of the penalty*) e a volte affiancato dalla portata generale della sanzione<sup>95</sup>. In altri casi, poi, si esplicita il riferimento al

<sup>92</sup> Di recente F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 18.

<sup>93</sup> Per tutte, dopo la sentenza *Engel*, Corte EDU, 26 marzo 1982, *Adolf v. Austria*, § 30.

<sup>94</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82.

<sup>95</sup> Si segnalano, in particolare, Corte EDU, *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006, n. ric. 73053/01, § 38: «The second criterion, the nature of the offence, is the more important. [...] It may therefore be concluded that the surcharges were imposed by a rule whose purpose was deterrent and punitive. The Court considers that this establishes the

carattere “punitivo” (della sanzione o del procedimento)<sup>96 97</sup>.

Non si comprende con esattezza, in particolare, se nelle “norme” elaborate dai giudici di Strasburgo i parametri sostanziali su cui si fonderebbe

---

criminal nature of the offence». Corte EDU, *Öztürk v. Germany*, 13 novembre 1982, n. ric. 8544/79, § 53: «Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature», su cui C. E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1985, 894 ss.; Corte EDU, *Bendenoun v. France*, 24 febbraio 1996, n. ric. 12547/86, § 47: «That provision covers all citizens in their capacity as taxpayers, and not a given group with a particular status. It lays down certain requirements, to which it attaches penalties in the event of non-compliance. Secondly, the tax surcharges are intended not as pecuniary compensation for damage but essentially as a punishment to deter reoffending. Thirdly, they are imposed under a general rule, whose purpose is both deterrent and punitive»; Corte EDU, *Grande Stevens v. Italy*, 4 marzo 2014, n. ric. 18640/10, § 96: «Per quanto riguarda la natura dell’illecito, sembra che le disposizioni la cui violazione è stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire l’integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. La Corte rammenta che la CONSOB, autorità amministrativa indipendente, ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l’efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici (paragrafo 9 *supra*). Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (si veda *mutatis mutandis*, *Menarini Diagnostics S.r.l.*, sopra citata, § 40; si veda anche *Société Stenuit c. Francia*, rapporto della Commissione europea dei diritti dell’uomo del 30 maggio 1991, § 62, serie A n. 232 A). Inoltre, la Corte è del parere che le sanzioni pecuniarie inflitte mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva. Erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità (si veda, *mutatis mutandis*, *Jussila*, sopra citata, § 38). Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo (paragrafo 91 *supra*), di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori».

<sup>96</sup> Corte EDU, 2 settembre 1998, *Kadubec v. Slovakia*, n. ric. 27061/95, § 52: «The fine imposed on the applicant was intended as a punishment to deter reoffending. It has a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties»; Corte EDU, 10 giugno 1996, *Benham v. United Kingdom*, n. ric. 19380/92, § 56: «In addition, the proceedings had some punitive elements. For example, the magistrates could only exercise their power of committal to prison on a finding of wilful refusal to pay or of culpable neglect»; Corte EDU, 29 agosto 1997, *A.P., M.P., T.P. v. Switzerland*, n. ric. 19958/92, § 41: «The penalties, which in the present case take the form of fines, are not intended as pecuniary compensation for damage but are essentially punitive and deterrent in nature».

<sup>97</sup> Sul contiguo versante della Corte di Giustizia, che si uniforma essenzialmente alle indicazioni fornite dalla Corte EDU, v., in particolare, Corte Giust., 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group NV e altri contro Commissione*, C-45/08, § 42; Corte Giust., *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, § 35; Corte Giust., 5 giugno 2012, *Bonda contro Commissione*, C-489/10, § 37.

la nozione autonoma di materia penale attribuiscono prevalenza a criteri teleologici, a criteri contenutistici o se si propongano di valorizzare entrambi<sup>98</sup>. Inutile precisare che una chiara distinzione tra “contenuto” e “scopo” della sanzione rappresenti l’operazione preliminare necessaria per non incorrere in fraintendimenti<sup>99</sup>, specie quando, come in questo caso, dalla stessa si pretenda di ricavare conseguenze in termini di disciplina.

Semplificando un quadro in realtà ben più complesso<sup>100</sup>, il criterio capace di valorizzare il contenuto della sanzione è quello che, attraverso il formale riferimento alla gravità, va alla ricerca di un suo contenuto afflittivo<sup>101</sup>. Trascurando il fatto che lo stesso concetto di “sanzione” è stato spesso costruito attorno alla presenza di una conseguenza negativa per il suo destinatario (con conseguente esclusione dalla categoria delle misure premiali)<sup>102</sup>, si rende quanto mai ardua una graduazione “controllabile” del grado di gravità-afflittività, tale da delimitare gli stessi contorni della materia penale. Non è un caso, probabilmente, che anche i tentativi volti a circoscrivere il concetto di “contenuto necessariamente penale” non sempre riescono a sottrarsi al rischio di innescare un autentico circolo vizioso. Si è sostenuto, ad esempio, che tutte le sanzioni idonee a incidere, attualmente (pena detentiva) o potenzialmente (pena pecuniaria), sulla libertà personale del soggetto, dovrebbero necessariamente essere qualificate dal legislatore come penali<sup>103</sup>: *nulla quaestio* per la pena detentiva, ma quella

<sup>98</sup> Sottolineano la prevalenza del criterio teleologico C. E. PALIERO, “Materia penale” e *illegittimo amministrativo*, cit., 912-913; M. COLACURCI, *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2/2016, spec. 799 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1899 ss. Per un’attenta e documentata ricostruzione critica v. di recente R. RUSSO, *op. cit.*, spec. 1809 ss. L’Autrice, in particolare, evidenzia come la Corte europea abbia in non rare occasioni svalutato il criterio finalistico per privilegiare quello relativo alla gravità, giungendo in definitiva ad escludere la natura penale di una sanzione cui pure veniva riconosciuta finalità punitiva (Corte EDU, *Ezeh and Connors v. United Kingdom*, 9 ottobre 2003, n. ric. 39665/98, 40086/98; Corte EDU, *Morel v. France*, 6 giugno 2000, n. ric. 34130/96).

<sup>99</sup> C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 91 e voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 354.

<sup>100</sup> Per più ampie considerazioni v. P. GUALTIERI, *op. cit.*

<sup>101</sup> Cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2/2014, 356, il quale propone di recuperare un concetto di sanzione in senso stretto valorizzando «la significatività delle conseguenze negative per il destinatario (pur indipendentemente da ogni ulteriore considerazione sulle finalità dell’atto)».

<sup>102</sup> Per tutti G. ZANOBINI, *op. cit.*, 1-2. Una nozione ampia di sanzione è invece quella proposta, tra gli altri, da N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 533.

<sup>103</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, X, Milano, 2012, 5.

pecuniaria in tanto è in grado di incidere potenzialmente sulla libertà personale dell'individuo in quanto il legislatore la qualifichi come pena, assoggettandola quindi al meccanismo di conversione previsto dagli artt. 102 e 108 l. n. 689 del 1981.

Neppure il criterio teleologico pare destinato a maggior successo, almeno nella misura in cui lo stesso si risolve nella dicotomia tra prevenzione e repressione, con la prima sostanzialmente estranea dalla logica del diritto penale in senso stretto, che risulterebbe pertanto limitato a interventi di tipo repressivo.

Se si intende il concetto di prevenzione come legato a filo doppio a quello di deterrenza, magari articolata nelle due accezioni della prevenzione generale e speciale, si pretenderebbe di rinvenire un'effettiva capacità euristica negli ondivaghi scopi della pena, che, oltretutto, ben potrebbero rivelarsi comuni alle sanzioni amministrative.

Qualora invece, come appare più "fondato", si collochi la prevenzione nella prospettiva della neutralizzazione del soggetto pericoloso, l'ampliamento del diritto penale anche a una prospettiva più propriamente preventiva e il solco storico-politico entro il quale si collocano le misure di prevenzione e le misure di sicurezza<sup>104</sup>, suggeriscono già da soli quanto in salita si riveli la via di chi intendesse assumere il criterio in questione come ago della bilancia in grado di decidere i casi dubbi.

Da questo punto di vista risultano emblematiche le vicende interpretative che hanno riguardato la "nuove" forme di confisca<sup>105</sup>, con particolare riguardo a quelle antimafia. La confisca di prevenzione, in particolare, non risponderebbe né a un intento repressivo né a una funzione propriamente preventiva, collocandosi piuttosto nel perimetro di un *tertium genus*

<sup>104</sup> «Le basi del "diritto penale attuale" consistono nella *repressione* e nella *prevenzione*» scriveva S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 13. P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 25-26 concludeva che «il diritto penale [...] ha innanzitutto *finalità preventive*» e che anzi la prevenzione «è il fondamento logico-razionale di tutto il diritto penale». Amplius F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., 1928 ss. Con particolare riguardo alle misure di sicurezza detentive v. A. MENCARELLI, *Le misure di sicurezza detentive al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

<sup>105</sup> «Sempre che al *nomen* corrisponda davvero una figura unitaria o non piuttosto un caleidoscopio di istituti, ciascuno dei quali iscritto in un differenziato regime, fortemente condizionato dalla specifica natura della *res* da assoggettare alla misura, al reato cui la cosa pertiene, e, da ultimo ma non certo per ultimo, dagli esiti del processo in cui la confisca viene applicata»: Cass., Sez. un. pen., 26 giugno 2015, Macchia, n. 31617, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1364. Si rinvia sul punto alle ampie indagini di D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007 e E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.

costituito da una sanzione amministrativa equiparabile negli effetti alla misura di sicurezza *ex art. 240*, secondo comma c.p.<sup>106</sup>. Pur senza entrare nel dettaglio dei tratti distintivi di questo preteso *tertium genus*, non può fare a meno di osservarsi come le conclusioni in questione, sostanzialmente trasposte anche sul piano della confisca allargata<sup>107</sup>, non abbiano incontrato opposizione alcuna sul versante “europeo”. A fronte della disinvoltura con cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il carattere sanzionatorio della confisca urbanistica *made in Italy*, affidandosi a motivazioni di fatto ellittiche e/o apodittiche<sup>108</sup>, si registra un orientamento altrettanto compatto nel lasciare fuori le misure antimafia dall’area della materia penale: atteggiamento, sembrerebbe, poggiato più su preoccupazioni di tipo politico-criminale che su solide fondamenta di tipo normativo<sup>109</sup>. In

<sup>106</sup> Cass., Sez. VI pen., 18 ottobre 2012, n.10153, in *Cass. pen.*, 1/2014, 256 ss., con nota di A.M. MAUGERI, *Un’interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte*; Cass., Sez. un. pen., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 942 ss., con nota di A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*. Aveva invece sostenuto la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, come ampiamente noto, Cass., Sez. V pen., 13 novembre 2012, Occhipinti, n. 14044, in *Penalecontemporaneo.it*, 26 luglio 2013, con nota di A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?*

<sup>107</sup> Cass., Sez. un., 17 dicembre 2013, Montella, n. 920, in *Cass. pen.*, 4/2004, 1182 ss.; Cass., Sez. VI pen., 06 marzo 2009, n. 25096; Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2010, n. 40537; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 13582. Per maggiori indicazioni al riguardo v. M.F. CORTESI, *Confisca di prevenzione “antimafia” e confisca “allargata”: rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. pen.*, 3/2014, 6 ss.

<sup>108</sup> Valga per tutti l’opinione in parte concordante, in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque a Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara v. Italy*, n. ric. 17475/09: il giudice portoghese esordisce rilevando come «la presente causa avrebbe potuto consentire alla Corte di chiarire le condizioni e le modalità di questo fondamentale strumento della politica penale contemporanea, tenendo conto degli sviluppi del diritto internazionale dei diritti dell’uomo, del diritto penale internazionale, del diritto penale comparato e del diritto dell’Unione europea. La camera ha scelto di non farlo», per poi pervenire alla considerazione secondo cui «classificare la confisca tra le «pene» è molto discutibile, dal punto di vista sia dei criteri della dogmatica penale classica che dei criteri, tratti dalla giurisprudenza Engel, di qualificazione giuridica del reato nel diritto della Convenzione».

<sup>109</sup> V. le efficaci considerazioni di G. CIVELLO, *La sentenza “Spinelli” sulla confisca di prevenzione: resiste l’assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova disciplina normativa*, in *Arch. pen. web*, 1/2015, 7 ss., il quale (nota 20) riporta in proposito, in particolare, Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno and others v. Italy*, n. ric. 4514/07, § 45: «Il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia delle proporzioni ben preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di tipo mafioso ricavano dalla loro attività illecita gli danno un potere la cui esistenza mette in discussione il primato del

questo caso, potrebbe dirsi, il concetto di prevenzione si trova assimilato più a quello di deterrenza, in un contesto in cui la confisca pare ormai aver stabilizzato la propria «legittimazione come “controspinta motivazionale” al crimine lucrativo»<sup>110 111</sup>. È tuttavia fin troppo evidente come in questa slabbrata accezione generalpreventiva il concetto di prevenzione perderebbe ogni reale capacità selettiva, riducendosi a un riferimento vuoto, buono per tutti gli usi e per tutti i fini.

Un criterio che, valorizzando gli effetti della sanzione e ponendosi per certi aspetti a mezza via tra quelli attinenti al contenuto e quelli che enfatizzano anche (o solo) lo scopo, sembra in grado di assicurare un sufficiente grado di controllabilità, è rappresentato dalla nota distinzione tra sanzioni esecutive e sanzioni punitive. Le sanzioni esecutive consisterebbero nell'esecuzione del precetto giuridico violato, realizzando una situazione di fatto identica o equivalente a quella che si sarebbe realizzata se si fosse adempiuta la regola trasgredita e mirando quindi all'attuazione della stessa. Le sanzioni punitive, che non si esauriscono in quelle criminali, hanno come contenuto la diminuzione di beni giuridici (libertà personale, patrimonio) applicate all'autore della trasgressione, al fine di assicurare

---

diritto nello Stato. Così, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, in particolare la confisca in questione, possono apparire indispensabili per lottare efficacemente contro le suddette associazioni». Sul punto anche A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 7-8/2016, § 2. Sulla possibilità (e opportunità) di qualificare la confisca di prevenzione come sanzione penale in base ai criteri Engel, per tutti, V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2012, 15.

<sup>110</sup> V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1261-1262.

<sup>111</sup> La connotazione prevalentemente afflittiva della misura e la finalità repressiva della stessa hanno invece “avuto la meglio” in riferimento alla confisca per equivalente ex art. 322-ter c.p. (Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, che ha valorizzato in proposito l'assenza di un nesso di pertinenzialità rispetto al reato commesso: v. P. CORSO, *La confisca per equivalente non è retroattiva*, in *Corr. trib.*, 2009, 1775 ss. Sul punto v. anche F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 9/2009, 3420 ss.) e per la confisca del veicolo prevista dall'art. 186 c.d.s. A quest'ultimo riguardo Corte cost., 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196, § 5.1. del *Considerato in diritto* ha osservato che la misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile (e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva») e la sua operatività non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva, con la conseguenza per cui la confisca si presenta non idonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita: sulla pronuncia in questione, per tutti, V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2/2011, 534 ss.

l'effettività della regola violata<sup>112</sup>.

Qualora evidentemente si ritenga che tra le sanzioni punitive criminali e quelle punitive amministrative possa e debba sussistere una eterogeneità di disciplina, è evidente come il criterio in questione valga a ben poco, perché solo il criterio formale sarà in grado di delineare l'area del "penale in senso stretto". Se per contro si convenga sulla necessità che le sanzioni punitive siano sottoposte a un regime di garanzia unitario, la questione diviene più nitida e, soprattutto, conforme alle indicazioni provenienti dal sistema EDU.

Una considerazione, per quanto banale, può forse valere a riassumere il senso di queste considerazioni. Se davvero fosse possibile, sulla base di criteri sostanziali, attribuire natura penale a ciò che penale non è, dovrebbe per ciò solo considerarsi illegittimo un intervento di depenalizzazione che, lasciando ogni altro elemento inalterato, si limiti a sostituire una pena pecuniaria con una sanzione amministrativa del medesimo contenuto. A meno che l'intervento in questione non assicuri le stesse garanzie che l'assetto precedente riconduceva a quelle sanzioni. La forza pervasiva della materia penale di derivazione convenzionale rischia in effetti di tradursi nella tendenza a una panpenalizzazione<sup>113</sup> o, comunque di scoraggiare quegli interventi di depenalizzazione che rappresentano la necessaria boccata d'ossigeno nell'asfissiante contesto di un diritto penale "massimo": l'effetto in questione può scongiurarsi solo estendendo le garanzie del diritto penale, a partire da quelle del diritto penale sostanziale, anche alle

<sup>112</sup> M. GALLO, *op. cit.*, 4-5. Obbligato il riferimento a N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 531, il quale, muovendo dalla preliminare dicotomia tra sanzioni preventive e successive, distingue nell'ambito di queste ultime le misure punitive (che infliggono un male) e le misure riparative (che estinguono, in tutto o in parte, il male prodotto). P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 787, colloca la pena nell'ambito delle sanzioni eterogenee, intese come le conseguenze giuridiche di carattere impeditivo (la nullità) o di carattere afflittivo (la pena) che l'ordinamento fa derivare coattivamente dalla violazione di un obbligo e che non partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti. Le sanzioni omogenee, per contro, sarebbero le conseguenze giuridiche "coattive" che partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti (come il risarcimento del danno). Anche G. LICCI, *op. cit.*, 1027 muove dalla distinzione tra funzione ripristinatoria e funzione punitiva per delineare il concetto di afflittività, che verrebbe a connotare la sanzione penale rispetto a quella amministrativa: con la conseguenza per cui la sanzione penale si distinguerebbe per l'assenza di omogeneità tra la parte ipotetica e quella sanzionatoria della norma (1030).

<sup>113</sup> Cfr., per i possibili effetti estensivi della penalità derivanti dagli obblighi di tutela penale, S. MANACORDA, "Dove di punire?" *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1364 ss.

sanzioni amministrative punitive<sup>114</sup>.

Torna attuale, altrimenti detto, il dibattito relativo alla reale portata dell'art. 25, secondo comma Cost., che nella sua formulazione letterale sembra riferirsi all'intero diritto punitivo<sup>115</sup>, ma che ha visto storicamente

<sup>114</sup> Particolarmente indicative al riguardo le considerazioni di Corte EDU, *Öztürk v. Germany*, 13 novembre 1982, cit., § 49, che sembra opportuno riportare per esteso: «The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention. By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Engel and others judgment, ibid., p. 33, § 80) as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules. The Convention is not opposed to the moves towards “decriminalisation” which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as “regulatory” instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention».

Si pensi, solo per restare agli aspetti maggiormente evidenti del dibattito più recente, alla possibile operatività del principio di retroattività della *lex mitior* anche alle sanzioni amministrative. La Corte costituzionale, chiamata di recente a pronunciarsi sulla mancata previsione del principio di retroattività della legge favorevole nell'art. 1 della l. n. 689 del 1981, ha chiarito che né dall'art. 3 Cost. né dall'art. 7 CEDU può ricavarsi che il principio in questione debba essere esteso in maniera generalizzata anche alle sanzioni amministrative, rientrando nella discrezionalità del legislatore - nel rispetto del limite della ragionevolezza - modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina: Corte cost., 6 luglio 2016, n. 193, § 3.4. e ss. del *Considerato in diritto*, su cui v. il commento di A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività alle sanzioni amministrative*, e P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, entrambi in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, 247 ss. Del resto, anche in riferimento a sanzioni esplicitamente qualificate come punitive da parte della Corte EDU, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato qualche resistenza di troppo nell'applicazione dei principi della legalità sostanziale, limitandosi a fare applicazione dell'art. 6 CEDU: in riferimento alle sanzioni applicate dalla CONSOB Cass., Sez. I civ., 2 marzo 2016, n. 4114, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Il dialogo difficile: ancora fraintendimenti della Cassazione civile sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni CONSOB e retroattività* in mitius. Nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3497, in *Resp. civ. e prev.* 7-8/2010, 1638.

<sup>115</sup> Sull'individuazione di un diritto punitivo che comprende ma non si esaurisce nel diritto penale e sulla lettura “ampia” dell'art. 25, secondo comma Cost., necessario è sufficiente il

ridimensionata la sua portata applicativa al solo diritto penale in senso stretto<sup>116</sup>. Nell'era dell'interpretazione "convenzionalmente orientata", posto che il sistema CEDU ha reso pressoché evanescente il concetto di diritto penale formal(istica)mente inteso, sono forse maturi i tempi per proiettarsi verso il futuro volgendo lo sguardo al passato, nel senso di ritenere riferibili le garanzie costituzionalconvenzionali al diritto punitivo nel suo complesso, i cui contorni, lungi dal restare affidati a evanescenti suggestioni teleologiche, possono essere tracciati muovendo dagli effetti prodotti dalla singola misura e, quindi, affidandosi alla più controllabile distinzione tra sanzioni punitive e sanzioni esecutive<sup>117</sup>.

6.2. *L'indipendenza logico-giuridica tra la nozione autonoma di sanzione penale e quella di carcere (e dunque di esecuzione penale). Conseguenze "di disciplina" derivanti da una nozione autonoma di luogo di detenzione*

Sebbene i criteri *Engel* non abbiano ancora raggiunto un sufficiente grado di stabilizzazione, la questione parrebbe porsi in termini "più semplici" disarticolando il concetto di materia penale nei tre momenti già evidenziati: sostanziale, processuale ed esecutivo.

Pare opportuno precisare che ogni operazione volta a ricondurre una qualunque situazione giuridicamente rilevante a una categoria generale (in questo caso quella ampia di "luogo di detenzione") assume significato e importanza solo quando, oltre a soddisfare un'esigenza di classificazione, conduca all'applicazione di una determinata disciplina: quella, cioè, caratteristica della categoria generale richiamata<sup>118</sup>.

Sul versante sostanziale le conseguenze di disciplina che deriverebbero dalla categoria generale della "materia penale" non sempre risultano

riferimento a P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, cit., 79 ss. e Id., voce *Pena*, cit., 787-788. Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 51, il quale sottolinea che, indipendentemente dalla lettura più o meno ampia dell'art. 25, secondo comma Cost., si registra un ampio consenso in merito all'applicazione anche al diritto amministrativo punitivo di principi di garanzia relativi all'illecito penale.

<sup>116</sup> Per tutti C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 137 e voce *Sanzioni amministrative*, 371 ss., ai quali si rinvia anche per più ampie indicazioni.

<sup>117</sup> La distinzione tra sanzioni punitive e sanzioni esecutive in funzione di garanzia è quella proposta anche da M. TRAPANI, la cui opinione ho avuto modo di conoscere in occasione delle lezioni di diritto penale da lui tenute presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre" e attraverso numerosi colloqui personali sul punto.

<sup>118</sup> Pressoché testualmente M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino 2014, 516-517.

delineate con sufficiente chiarezza. Le vicende che stanno interessando la confisca urbanistica, per esempio, suggeriscono che l'attribuzione della natura penale a una sanzione non comporti necessariamente l'applicazione, per intero, dello statuto della pena in senso stretto, previsto cioè dall'ordinamento nazionale. Accanto a una "pena nazionale" prende dunque corpo una "pena CEDU"<sup>119</sup>, che, sempre per restare al caso della confisca conseguente a lottizzazione abusiva, può applicarsi a terzi e in assenza di una sentenza di condanna. *Rectius*: può applicarsi in presenza di una sentenza di condanna individuata a sua volta sulla base di una nozione autonoma, la quale valorizzi il dato sostanziale di «un pieno accertamento di responsabilità» e che per questo non sarebbe incompatibile, né logicamente né giuridicamente, con una sentenza che dichiari l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione<sup>120</sup>.

A ciò si aggiungano i non sempre chiari rapporti tra gli artt. 6 e 7 CEDU<sup>121</sup>, per quanto in molti casi la qualificazione di una sanzione come penale rappresenta l'operazione logicamente e giuridicamente preliminare per verificare la sussistenza delle garanzie processuali<sup>122</sup>.

La nozione sostanziale di carcere, tuttavia, appare sostanzialmente indipendente rispetto a quella di sanzione penale. Se, infatti, sul piano dell'ordinamento interno il diritto, il processo e l'esecuzione penale sono

<sup>119</sup> Per più diffuse considerazioni al riguardo sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015, 10 ss.

<sup>120</sup> Corte cost., 14 gennaio 2015-26 marzo 2015, n. 49, § 6.2. del *Considerato in diritto*. Sulla pronuncia in questione, in particolare, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 6/2015, 2204 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015; II. G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2/2014; XII. D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 giugno 2015.

<sup>121</sup> R. Russo, *op. cit.*, 1816 rileva, ad esempio, come i giudici di Strasburgo mostrino maggiore cautela nell'ampliare i confini della materia penale quando a venire in considerazione non siano le "mere" garanzie processuali, ma quelle sostanziali, a partire del principio di irretroattività, *ex art. 7 CEDU (Corte EDU, Traktörer Aktiebolag v. Sweden, 7 giugno 1989, n. ric. 10873/84)*.

<sup>122</sup> Emblematica in tal senso Corte EDU, *Grande Stevens v. Italy*, 4 marzo 2014, n. ric. 18640/10, *cit.*, su cui, per tutti, A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) da due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.

tenuti insieme da un vincolo sistematico inscindibile e inevitabile<sup>123</sup>, l'assenza di un ordinamento CEDU allenta di molto il legame strutturale tra "pena" e "carcere". Si può essere "detenuti" anche senza aver commesso un "illecito penale" e, quindi, non necessariamente in esecuzione di una "sanzione penale". Ciò che importa è che il soggetto sia sottoposto coattivamente, da parte della pubblica autorità, a limitazioni prolungate della propria libertà personale, in esecuzione di una sanzione non altrimenti specificata<sup>124</sup>: muovendo da queste premesse, per esempio, si "stempera" il dibattito relativo alla natura giuridica del trattenimento dello straniero, che finirebbe per imbrigliare entro pastoie formalistiche la possibile applicazione di strumenti di garanzia al soggetto detenuto<sup>125</sup>.

Anche la prospettiva entro la quale si colloca l'ordinamento penitenziario, a ben vedere, si muove in una logica per certi aspetti similare: le sue disposizioni trovano applicazione nei confronti di imputati, detenuti e internati, senza che la natura giuridica delle misure di sicurezza e, *a fortiori*, quella della custodia cautelare si riveli in qualche modo decisiva. Quel che importa, detto altrimenti, è la comune condizione dei soggetti in questione, indipendentemente da come possa o debba essere qualificato giuridicamente il presupposto che ha determinato lo stato di detenzione.

La perdurante inerzia del legislatore in riferimento ai centri di trattenimento degli stranieri irregolari è ormai circostanza che parrebbe a dir poco superfluo sottolineare. La vicenda dei CPR, almeno fino a questo momento, dimostra però che anche il diritto penale giurisprudenziale<sup>126</sup>, al quale si potrebbe essere tentati di guardare come salvifico *deus ex machina* capace di assicurare che, se non altro, "ci sarà un giudice a Strasburgo", mostra tutta la propria inaffidabilità. Non può fare a meno di rilevarsi come,

<sup>123</sup> Sull'inscindibile legame tra il diritto penitenziario, il diritto penale sostanziale e quello processuale, per tutti, M. GALLO, *Linee di tendenza per la riforma della parte generale del codice penale*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto, A. Lombroso, Venezia, 1976, 11 e G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, ivi, cit., 65.

<sup>124</sup> Sulla riconducibilità del trattenimento al *genus* delle sanzioni v. P. GUALTIERI, *op. cit.*

<sup>125</sup> Per una valorizzazione, a proposito della detenzione nei CIE (ora CPR), dell'art. 7 CEDU, v. A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri»*, 598 e ss., il quale sottolinea come la natura "penale" del trattenimento si ricaverebbe agevolmente tanto da considerazioni di tipo teleologico (la detenzione nei CIE ha uno scopo preventivo, rispetto alla commissione di illeciti penali, ma anche retributivo e specialpreventivo, rispetto alla mancata collaborazione dello straniero trattenuto nelle procedure per la sua identificazione), quanto per la gravità del regime del trattenimento, caratterizzato da condizioni intrinsecamente afflittive.

<sup>126</sup> M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2016, 3 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

analogamente a ciò che avviene sul versante dello statuto speciale predisposto dall'ordinamento nazionale in materia di criminalità organizzata (*sub specie* tanto di confisca quanto di carcere duro), l'atteggiamento della Corte EDU per ciò che attiene al trattenimento dello straniero irregolare sembra ispirato a un atteggiamento di estrema prudenza.

Se la privazione della libertà personale deve essere “regolare”, per la determinazione del requisito in questione la Corte non può che rinviare alla legislazione nazionale, esigendo che l'intervento in questione sia dotato di una base legale tanto sostanziale quanto processuale. Certo, non può trattarsi di un meccanico e acritico rinvio alla normativa interna, posto che è necessario non solo preservare la *ratio* dell'art. 5 CEDU (ovvero la tutela della libertà individuale a fronte di invasioni arbitrarie da parte dei pubblici poteri), ma anche assicurare la “preminenza del diritto”<sup>127</sup>, intesa come compatibilità con l'intero sistema della Convenzione: da ciò deriva, anzitutto, la necessità di garantire la generale esigenza di certezza del diritto (*legal certainty, sécurité juridique*) attraverso previsioni di diritto interno chiare e prevedibili nella loro applicazione, in modo che il singolo sia posto nella condizione di prevedere in maniera ragionevole le conseguenze derivanti da una propria condotta<sup>128</sup>.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, la recente sentenza della Grande Camera della Corte EDU relativa al caso *Khlaifia* da una parte ha mostrato di valorizzare i controlli “sostanziali” escludendo la chiarezza/prevedibilità della normativa di riferimento per il CSPA di Lampedusa, ma dall'altra ha individuato negli ex CIE quasi un modello virtuoso di riferimento: in quello che formalmente è considerato un luogo di accoglienza e non di detenzione – osservano i giudici di Strasburgo – i soggetti non possono beneficiare delle garanzie previste in caso di collocazione in un CIE, per la quale è necessaria una decisione amministrativa

<sup>127</sup> V. ESPOSITO, *La preminenza del Diritto oltre lo Stato*, Arch. pen. web, 1/2015, 1 ss.

<sup>128</sup> Si rinvia alla recente Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia and others v. Italy*, 15 dicembre 2016, n. ric. 16483/12, §§ 88 ss., anche per il grado di interesse che la pronuncia in questione riveste in riferimento all'ordinamento italiano. Relativa al medesimo caso Corte EDU, *Khlaifia and others v. Italy*, 1 settembre 2015, n. ric. 16483/12, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2015, con nota di A. GILIBERTO, *Lampedusa: La Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011* (v. anche L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiani*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, 256 ss.). In precedenza, tra le altre, Corte EDU, *Saadi v. United Kingdom*, 29 gennaio 2008, n. ric. 13229/03, §§ 67 ss.; Corte EDU, *Amurr v. France*, 25 giugno 1996, n. ric. 19776/92, §§ 50 ss.; Corte EDU, *Bozano v. France*, 18 dicembre 1986, n. ric. 9990/82, § 54; Corte EDU, *Nasrullojev v. Russia*, 11 ottobre 2007, n. ric. 656/06, § 71; Corte EDU, *Shamsa v. Pologne*, 27 novembre 2003, n. ric. 43355/99, 43357/99, §§ 48 ss.

suscettibile di controllo da parte del giudice di pace. Con l'ulteriore conseguenza per cui i ricorrenti non solo sono stati privati della libertà personale in assenza di una base legale chiara e accessibile, ma neppure hanno potuto beneficiare delle garanzie fondamentali dell'*habeas corpus*, previste, per esempio, dall'art. 13 della Costituzione italiana<sup>129</sup>.

È tuttavia significativo che il CIE sia indicato come “modello di garanzia” in riferimento al controllo giurisdizionale previsto dalla normativa interna, non anche quanto alle condizioni di detenzione<sup>130</sup>. Proprio a questo riguardo, per contro, una nozione ampia di carcere, capace di comprendere anche i centri di trattenimento degli stranieri irregolari, potrebbe produrre i suoi effetti. Posto che la necessità è quella di rinvenire una base legale sufficientemente chiara e posto che la stessa per le modalità di detenzione nei CPR sembra mancare, una terza via rispetto all'alternativa illegittimità costituzionale e/o convenzionale potrebbe forse rivenirsi nell'estensione analogica dell'ordinamento penitenziario. Si tratta in effetti di un'operazione che sembra agevolmente praticabile per buona parte delle condizioni generali indicate nel Capo II della l. n. 354 del 1975 (artt. 5-12), nelle quali, non a caso, rientra anche l'art. 11, rubricato “servizio sanitario”.

Se, altrimenti detto, l'universo carcerario “in senso stretto” diviene spesso il facile bersaglio di considerazioni critiche, volte a stigmatizzarne la consistenza di “discarica sociale” assunta dalle strutture penitenziarie italiane, che, con l'ormai celeberrima “sentenza Torreggiani”, sono divenute motivo di imbarazzo giuridico e politico nel contesto sovranazionale, il respiro garantistico della legge sull'ordinamento penitenziario potrebbe forse insinuarsi nelle maglie del carcere “in senso ampio”, offrendo una base quanto meno riconoscibile ai diritti degli ospiti in “campi” di trattenimento a cui, per ragioni di sicurezza, nessuno sembra voler (e/ poter) rinunciare<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia and others v. Italy*, cit., § 105.

<sup>130</sup> Sulla violazione dell'art. 3 CEDU nel centro di prima accoglienza di Lampedusa Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia and others v. Italy*, cit., §§ 136 ss.

<sup>131</sup> Del resto «i diritti umani si sono rivelati inapplicabili, persino nei paesi che basavano su di essi la loro costituzione, ogni qual volta sono apparsi degli individui che non erano più cittadini di nessuno stato sovrano». Senza contare che «uno degli aspetti più sorprendenti dell'esperienza moderna è che è manifestamente più facile privare della capacità giuridica una persona completamente innocente che l'autore di un reato»: H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, 406 e 408.

## 7. I mille volti della “sicurezza”

Quelle compendiate sotto l’etichetta della “sicurezza”, come già precisato, sono premesse a volte talmente generiche da risultare prive di reale contenuto fino a quando non se ne precisi più nel dettaglio la portata applicativa<sup>132</sup>. Si tratta del resto di un’etichetta tanto sfuggente quanto, al tempo stesso, affascinante. Da una parte, infatti, il concetto di “sicurezza” risulta semanticamente ondivago, prestandosi a letture molto differenti tra loro che giungono a lambire i confini di un’inafferrabile nozione massmediatica di “ordine pubblico ideale”<sup>133</sup>. Dall’altra parte, e forse proprio in ragione della sua strutturale indeterminatezza, il concetto in questione denota un innegabile “*appeal*”, rendendosi interprete di sentimenti diffusi e rappresentando il volano attraverso il quale veicolare risposte simboliche da parte dell’ordinamento<sup>134</sup>: la sicurezza diviene cioè una «parola d’ordine o parola magica [...] periodicamente evocata come un bisogno collettivo»<sup>135</sup>. Ciò anche e soprattutto in un momento storico in cui, specie in ragione del consolidarsi delle minacce derivanti dal terrorismo internazionale, la questione non si pone più nei termini di un regime giuridico che determini una formale ma momentanea sospensione delle garanzie costituzionali, quanto piuttosto in quelli di una “normalizzazione” dell’emergenza, affidata alla legislazione ordinaria e destinata a far fronte a fenomeni strutturali e non più transeunti<sup>136</sup>.

Non è un caso, a conferma dello strutturale polimorfismo del *genus* “sicurezza”, che la risposta penale alle esigenze di cui lo stesso si fa portatore possano assumere volti molto diversi tra loro<sup>137</sup>: il ricorso sempre più

<sup>132</sup> Nella letteratura penalistica, per tutti, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna, 2011, 13 ss. (anche in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558 ss.).

<sup>133</sup> M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 17.

<sup>134</sup> S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, 2008, 706.

<sup>135</sup> M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 17.

<sup>136</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 262; T. E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, cit., 118; G. M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 783. Sulla irriducibile contrapposizione tra diritto penale e guerra v. la recente ricostruzione proposta da M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale. Sull’adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Politica criminale e culturale giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, ESI, 2017, 245 ss.

<sup>137</sup> W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2008, 15 ss.; G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1679 ss.;

marcato a misure di sicurezza o addirittura di prevenzione<sup>138</sup>, l'enfaticizzazione del tipo d'autore che lascia in secondo piano il "tipo di fatto"<sup>139</sup>, la contrapposizione tra un diritto penale del cittadino e un diritto penale del nemico<sup>140</sup>, l'introduzione di fattispecie incriminatrici fondate su un'esaasperata anticipazione della tutela penale, ma anche la valorizzazione del principio di precauzione per prevenire danni che sarebbe impossibile curare o la surrettizia individuazione di regole precauzionali (anziché cautelari) come presupposto su cui fondare il giudizio di responsabilità per colpa<sup>141</sup>.

Storicamente la "sicurezza" è stata individuata come *ratio* fondante del "patto sociale": la concentrazione di poteri in capo allo Stato si giustificerebbe proprio in quanto lo stesso sia in grado di assicurare la sicurezza dei consociati come stabile alternativa a una condizione di guerra<sup>142</sup>. La sicurezza assume dunque non tanto la consistenza di diritto fondamentale, quanto piuttosto quella dell'obiettivo cui tende il (e a cui è la legata la

<sup>138</sup> Non a caso accostate concettualmente in P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632 ss. nonché in ID., *La prevenzione generale nel diritto penale*, cit., 13 ss.

<sup>139</sup> Per tutti G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2011, 1 ss.

<sup>140</sup> Il riferimento è ovviamente a G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 3/2004, 88 ss. Nell'impossibilità di dar conto delle (a dir poco) alluvionali discussioni registratesi sulla teorica del diritto penale del nemico, a volte forzatamente dilatata ben oltre i limiti della sua formulazione originale, si rinvia a scopo meramente esemplificativo a T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2/2006, n.2, 735 ss.; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 757 ss.; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 4/2006.

<sup>141</sup> Solo per restare alle più recenti trattazioni monografiche D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione: profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; E. CORN, *Principio di precauzione nel diritto penale: studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013; A. ORSINI, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino, 2015.

<sup>142</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, Cap. XVII: «La causa finale, il fine o il disegno degli uomini (che per natura amano la libertà e il dominio sugli altri), nell'introdurre quella restrizione su se stessi sotto la quale li vediamo vivere negli Stati, è la previdente preoccupazione della propria conservazione e di una vita più soddisfatta; cioè a dire, di trarsi fuori da quella miserabile condizione di guerra che è un effetto necessario (come è stato mostrato) delle passioni naturali degli uomini, quando non ci sia alcun potere visibile che li tenga in soggezione e li vincoli con la paura di punizioni all'adempimento dei loro patti e all'osservanza delle leggi di natura». Sulla "sicurezza come problema hobbesiano" v. D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2009, 547 e ID., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, ivi, 2/2016, 641 ss.

permanenza del) patto sociale.

Rovesciando almeno parzialmente la prospettiva, ma restando nell'ambito del medesimo orizzonte ricostruttivo, potrebbe ritenersi che la sicurezza, lungi dal configurarsi come *télos* cui è orientato lo Stato di diritto, ne divenga addirittura il presupposto: da causa finale delle comunità che si organizzano secondo diritto si converte (anche) in causa efficiente delle stesse. La sicurezza, altrimenti detto, diverrebbe la pre-condizione necessaria affinché gli altri diritti possano essere esercitati e, dunque, si tradurrebbe nel "primo", logicamente e giuridicamente, tra i diritti fondamentali<sup>143</sup>: il "diritto che consente di avere diritti", garantendo una condizione di certezza giuridica indispensabile al loro esercizio.

Una delle conseguenze derivanti dalla natura di diritto fondamentale riconosciuta alla sicurezza diviene quella per cui il rapporto con gli altri diritti, quali la vita e la libertà, potrebbe e dovrebbe essere risolto secondo la logica del bilanciamento: la "priorità logica" riconosciuta alla sicurezza la renderebbe anzi il diritto "collettivo" al cui altare sacrificare la tutela dei diritti "individuali", risolvendo l'eterna dialettica tra libertà e sicurezza<sup>144</sup> nettamente a favore del secondo polo dell'alternativa<sup>145</sup>.

In posizione esattamente speculare si pone chi, pur riconoscendo che «la sicurezza è un bisogno umano e una funzione generale del sistema giuridico», ritiene che in un sistema giuridico il bisogno di sicurezza non sia primario, ma accessorio rispetto agli altri bisogni riconosciuti come diritti nell'ambito di quel sistema. Con l'ulteriore conseguenza per cui un preteso "diritto fondamentale alla sicurezza" sarebbe il risultato di

<sup>143</sup> Così, di recente, M. TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, a cura di G.L. Falchi, A. Iaccarino, Città del Vaticano, 2012, 795. In tema di sicurezza come diritto fondamentale, obbligato il riferimento a J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York, 1983, anche per una "non convenzionale" impostazione del rapporto tra sicurezza e libertà spec. 1 ss. e 21 ss.). V. anche T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forumcostituzionale.it*; per un'esautiva sintesi della questione e le necessarie indicazioni bibliografiche sono offerte Id., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, 2008, 119 ss.

<sup>144</sup> Per tutti L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 531-533 e D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 548 ss. Un recente bilancio, con ampie indicazioni bibliografiche, è offerto da G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della L. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1389 ss. Nella letteratura tedesca si segnala, per tutti, l'ampia indagine G. KATRIN, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention*, Berlino, 2013.

<sup>145</sup> W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 72.

una costruzione costituzionale «falsa o perversa»<sup>146</sup>. Il “diritto ad avere diritti”<sup>147</sup> si risolverebbe quindi nella “sicurezza dei diritti”, la quale, a sua volta, richiede che i diritti siano previsti da norme sufficientemente chiare e che degli stessi sia assicurata la giustiziabilità<sup>148</sup>.

Può certamente convenirsi con chi osserva che la pretesa di sicurezza, in assenza di specificazioni ulteriori, sia caratterizzata da un contenuto troppo ampio per poter assumere la consistenza di un “diritto” che, in quanto tale, sia anche giustiziabile<sup>149</sup>.

Il “diritto alla sicurezza” di ciascuno si tradurrebbe quindi, di volta in volta, nel diritto alla vita, all’integrità personale o alla riservatezza.

Non è un caso, forse, che nelle Convenzioni internazionali in cui si rinviene un esplicito riferimento a un “diritto alla sicurezza” ciò avvenga nella prospettiva di un diritto strettamente individuale, che, lungi dal contrapporsi alla libertà personale, ne diviene precisazione e completamento: secondo quanto previsto dall’art. 5 CEDU, ad esempio, «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge» e analoghe formulazioni si trovano all’art. 9, primo comma del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>150</sup> o all’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>151</sup>. Il concetto di “sicurezza” in questo caso sta a ribadire l’esigenza che ogni forma di privazione della libertà personale sia sottratta a qualsivoglia forma arbitrio<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 19-21. Una costruzione di questo tipo, precisa l’Autore, è superflua se individua la legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte dei cittadini oppure è ideologica, se implica la selezione di alcuni diritti di gruppi privilegiati, che, divenendo la priorità di azione per l’apparato amministrativo e giudiziale, comporta limitazioni per i diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali.

<sup>147</sup> La suggestione terminologica, ovviamente, è presa a prestito da H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 410 e di recente si trova anche in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

<sup>148</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, 20-21. In senso adesivo M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democraziae sicurezza.it*, 2013, n. 2, spec. 3. Sulla secondarietà del diritto alla sicurezza rispetto agli altri diritti “basici” v. anche ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 10 e

<sup>149</sup> D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 548.

<sup>150</sup> Art. 9, primo comma PIDCP: «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona. Nessuno può essere arbitrariamente arrestato o detenuto. Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge».

<sup>151</sup> Art. 6 CDFUE «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

<sup>152</sup> Per tutte Corte EDU, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*, n. 14569/05, con cui la

Affinché l'obiettivo della sicurezza del singolo diritto possa essere perseguito, possono rendersi necessarie politiche di marca securitaria, volte a "sacrificare" certi diritti individuali<sup>153</sup>. Il bilanciamento, beninteso, può riguardare diritti diversi che hanno (o possono avere) un medesimo titolare oppure diritti uguali o diversi riferibili però a differenti titolari: si può, per esempio, sacrificare la riservatezza di un soggetto per garantire l'incolumità di quello stesso o di altri soggetti, ma si potrebbe giungere a sacrificare la vita di un soggetto per salvaguardare quella di un altro.

Si pensi, a quest'ultimo proposito, all'evocativa vicenda che ha interessato la celeberrima legge federale tedesca sulla sicurezza dei voli (*Luftsicherheitsgesetz*, dell'11 gennaio 2005), il cui § 14, comma 3, prevedeva che l'autorità competente (il Ministro della Difesa o un altro membro del Governo) potesse autorizzare l'abbattimento di un aereo, anche di linea, nel caso in cui in base alle circostanze si fosse dovuto desumere che lo stesso potesse essere utilizzato contro la vita di persone e

Corte ha escluso la violazione dell'art. 5 CEDU per una pretesa detenzione irregolare subita da due cittadini francesi presso l'aeroporto di Roma Fiumicino, ritenendo per contro violato l'art. 3 della Convenzione in ragione delle sofferenze fisiche e mentali inflitte dai ricorrenti da quattro poliziotti, attraverso un uso della forza probabilmente necessario ma non proporzionato alle esigenze del caso. Al § 39 si legge che «l'articolo 5 § 1 esige innanzitutto la «regolarità» della detenzione, compresa l'osservanza dei modi previsti dalla legge. In materia, la Convenzione rinvia essenzialmente alla legislazione nazionale ed enuncia l'obbligo di rispettarne le disposizioni normative e procedurali. Essa prescrive però, in aggiunta, la conformità di qualsivoglia privazione della libertà allo scopo dell'articolo 5: tutelare l'individuo dall'arbitrio. L'articolo 5 § 1 enumera i casi in cui la Convenzione consente di privare una persona della libertà. L'elenco è esaustivo e solo un'interpretazione stretta si confà allo scopo della disposizione: garantire che nessuno sia privato arbitrariamente della libertà (*Vasileva c. Danimarca*, n. 52792/99, 25 settembre 2003, §§ 32-33; K.-F. c. Germania, 27 novembre 1997, § 70, Recueil des arrêts et décisions 1997 VII). Su quest'ultimo punto, la Corte fa notare che, in caso di privazione della libertà, è di fondamentale importanza osservare il principio generale della sicurezza giuridica. È quindi essenziale che le condizioni della privazione della libertà in virtù del diritto interno siano chiaramente definite e la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, così da soddisfare il criterio di «legalità» stabilito dalla Convenzione, secondo il quale qualsiasi legge deve essere sufficientemente precisa per evitare ogni rischio di arbitrio (*Nasrullojev c. Russia*, n. 656/06, § 71, 1° ottobre 2007; *Khudoyorov c. Russia*, n. 6847/02, § 125, CEDU 2005-X (estratti); *Jėčius c. Lituania*, n. 34578/97, § 56, CEDU 2000-IX; *Baranowski c. Polonia*, n. 28358/95, §§ 50-52, CEDU 2000-III, e *Amuur c. Francia*, sentenza del 25 giugno 1996, Recueil 1996 III)».

Per la lettura della coppia concettuale "libertà e sicurezza" nei termini di un'endiadi S. LONGO, F. ZACCHE', *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, cit., 98.

<sup>153</sup> Sul bilanciamento come "soppressione" di un diritto a vantaggio di un altro R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 219. *Contra* G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 26.

l'abbattimento rappresentasse l'unico strumento per evitare questo pericolo attuale. La Corte costituzionale tedesca ha dichiarato incostituzionale la previsione *de qua*, (anche) in quanto incompatibile con la tutela della vita umana assicurata dall'ordinamento giuridico tedesco: l'abbattimento di un aeromobile risulterebbe legittimo nei confronti di un velivolo ipoteticamente vuoto o con a bordo i soli dirottatori, ma non anche in presenza di membri dell'equipaggio e/o passeggeri. Se infatti si ammettesse che questi ultimi possano essere "sacrificati" dallo Stato per preservare la vita di coloro che si trovano a terra, si tratterebbero degli uomini come oggetti: conclusione cui si oppongono la tutela della vita e della dignità umana, che l'ordinamento assicura a ogni persona<sup>154</sup>.

Di fronte a una disposizione come quella approvata dal legislatore tedesco l'impressione è stata quella del superamento anche dell'ultimo tabù<sup>155</sup>, attraverso il tentativo di risposta a un interrogativo la cui sola formulazione parrebbe suonare come paradossale: quando e per quali ragioni allo Stato è consentito uccidere?<sup>156</sup>. Al di là della risposta che si ritenga di poter/dover fornire, appare evidente come il compito di uno "Stato di diritto" e, ancor di più, quello di uno "Stato dei diritti" divenga quello di dettare le regole inderogabili per un bilanciamento ispirato alla logica del "sacrificio" all'altare della sicurezza, che risulterebbe altrimenti guidato dal mero arbitrio politico. La parola d'ordine diviene allora quella della "proporzione"<sup>157</sup>, dietro la quale, a ben vedere, si cela in maniera non troppo nascosta la logica dell'*extrema ratio*.

## 8. La sicurezza penitenziaria

Il dibattito rapidamente riassunto, funzionale all'individuazione (o alla

<sup>154</sup> BVerfG, 15 febbraio 2006, 357/05, su cui, in lingua italiana, M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. Kostoris – R. Orlandi, Giappichelli, 2006, 95 ss.; B. HIRSCH, *Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea*, in *Criminalia*, 2009, 189 ss. V. BALDINI, *Stato di prevenzione vs. Stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infinita (A proposito di una decisione della Corte costituzionale federale tedesca sulla legge federale in materia di sicurezza dei voli)*, in *Rivistaaic.it*.

<sup>155</sup> M. PAWLICK, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, in *JZ*, 2004, 21, 1045.

<sup>156</sup> R. MERKEL, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, in *JZ*, 2007, 8, 373 ss.

<sup>157</sup> G. M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in *Giur. it.*, 2008, 785; R. MERKEL, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz, cit., 374 ss.

negazione) di una base giuridica sufficientemente solida sulla quale edificare politiche di marca securitaria e teleologicamente rivolte alla pretesa costituzione di uno “Stato di prevenzione”<sup>158</sup>, sembrerebbe muoversi in una prospettiva assai distante dalle questioni che interessano la sicurezza penitenziaria. A ben vedere, tuttavia, anche la “sicurezza penitenziaria” si iscrive, sia pur in maniera peculiare, entro la cornice più generale delineata dalla “sicurezza senza aggettivazioni”. Ciò per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, un aforisma talmente diffuso da aver ormai perduto ogni contatto con la sua paternità originaria, insegna che “il carcere è lo specchio della società”. Questo significa anzitutto che il carcere riproduce icasticamente (e impietosamente) i tratti più caratterizzanti di quella compagine sociale della quale è il prodotto<sup>159</sup>; ma significa anche, nell’ottica più particolare che qui interessa, che la «“ossessione securitaria” organizzata intorno alla risposta penale e alla centralità del carcere»<sup>160</sup> rende le strutture penitenziarie l’ultimo anello, quello più insidioso e nascosto, di una “gestione sicurezza” che di *extrema ratio* ha davvero ben poco.

Il panpenalismo degli ultimi decenni, esibendo i muscoli del proibizionismo e brandendo la spada della pena detentiva, ha mostrato chiaramente come la sicurezza, lungi dal rimanere confinata in un’accezione prevalentemente oggettiva, abbia assunto troppo spesso le vesti di uno slabbrato e fuorviante “bisogno di tranquillità” di connotazione soggettiva.

Ciò ha comportato, in primo luogo, un’autentica schizofrenia sistematica, posto che, mentre gli interventi sul versante del diritto penale sostanziale si muovevano nella logica di un “diritto penale massimo”, le riforme realizzate sul versante processuale ed esecutivo si preoccupavano di potenziare gli strumenti di deflazione, per esempio attraverso un rafforzamento dei riti alternativi o delle misure alternative alla detenzione<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> V. in particolare E. DENNINGER, *Vom Rechtsstaat zum Präventionstaat*, in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlino, 2005, 223 ss. e S. HUSTER – K. RUDOLPH, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Berlino, 2008, 221 ss.; J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das «Model Deutschland», seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*, Frankfurt am Main, 1986.

<sup>159</sup> Per tutti G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull’istituzione penitenziaria*, in *La bilancia e la misura*, cit., 54: il carcere, pur rappresentando un residuo marginale, anonimo e poco considerato della società, ne costituisce al contempo «lo specchio più fedele e significativo, apparendo al suo interno rappresentate, per quanto spesso in modo mostruosamente deformato, molte delle caratteristiche e delle tendenze che la contrassegnano».

<sup>160</sup> F. CORLEONE, *Il carcere, specchio (deformato) della società*, in “*Ossessione della sicurezza o cultura della convivenza?*”, a cura di P. Del Pasqua, S. Saccardi, 2009, Firenze, 82 ss.

<sup>161</sup> L. FERRAJOLI, *Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice*, in *La bilancia e la misura*, cit., 71. Evidenzia le diverse velocità che hanno interessato gli interventi legislativi in materia di processo penale, carcere, ordinamento giudiziario e diritto

Senza contare che i discorsi sulla sicurezza hanno pericolosamente assecondato la tendenza «a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza». Il diritto penale, altrimenti detto, non ha mostrato un volto classicamente e compattamente autoritario, ma quello di un diritto «che differenzia fra noi e loro, fra i salvati e i sommersi; fra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo. Un sistema garantista e securitario per noi, repressivo per loro»<sup>162</sup>. Si tratta degli stessi “sommersi” che giungono a popolare le carceri, proiettando spesso nell'universo penitenziario le stesse istanze di sicurezza che, congiunte all'assenza di politiche sociali<sup>163</sup>, sono valse a imprimere loro lo stigma di “soggetto pericoloso”: «non può essere un caso se le carceri sono piene di immigrati e tossicodipendenti!»<sup>164</sup>.

Lo statuto differenziato sul versante del diritto penale sostanziale si trova dunque completato da uno statuto differenziato sul piano dell'esecuzione.

In secondo luogo, la medesima logica del bilanciamento-sacrificio che parrebbe caratterizzare in maniera strutturale il concetto di sicurezza “fuori le mura” si rinviene anche una volta varcata la soglia dei luoghi di detenzione.

In quest'ultimo contesto, evidentemente, il rapporto tra libertà e sicurezza assume connotati peculiari. Non si tratta, in nome di una sicurezza “potenziale” votata alle esigenze di una prevenzione a tutti i costi, di immaginare “deviazioni” rispetto al modello liberale di diritto penale (anche processuale) tali da giustificare una compressione dei diritti fondamentali. Si tratta, piuttosto, di affrontare questioni relative a una sicurezza “attuale”, relativa a soggetti che già si trovano sottoposti a limitazioni della propria libertà personale “nei casi e modi previsti dalla legge”. L'esigenza, per ricorrere all'esemplificazione più banale, non è quella di costruire fattispecie incriminatrici disancorate dalla tutela di un vero e proprio bene giuridico, al fine di edificare una barriera ad ampio raggio a fronte di “terroristi” o “mafiosi” né di corredare le fattispecie in questione di strumenti di indagine

---

penale sostanziale anche E. RESTA, *Tra responsabilità e pena*, *ivi*, 184.

<sup>162</sup> D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 556-557. Sulla «discutibile selezione dei “clienti” del carcere» v. anche E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, cit., 36.

<sup>163</sup> A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2009, 109.

<sup>164</sup> M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 94. Ancora più icastiche le considerazioni di F. CORLEONE, *Il carcere malato*, consultabile in *Ristretti.org*: «Basta un'analisi anche superficiale della composizione sociale dei detenuti presenti in un giorno dell'anno per avere la rappresentazione plastica, o meglio in carne e ossa, dei rifiuti umani della nostra società».

di carattere eccezionale, ma quella di gestire il terrorista o il mafioso (o pretesi tali, qualora si tratti di indagati) già approdati in un luogo di detenzione e dunque già sottoposti a limitazioni della propria libertà personale.

8.1. *La distinzione tra pena minacciata, pena applicata e pena eseguita: il fuorviante monopolio del dibattito relativo agli scopi della pena e il passaggio dalla "funzione" alla "proporzione"*

Ogni considerazione relativa al complesso universo delineato dalla sicurezza penitenziaria muove da un presupposto tanto banale quanto a volte (come tutto ciò all'apparenza banale) sottovalutato: il concetto di sicurezza è indissolubilmente e, verrebbe da dire, ontologicamente, legato non solo alla detenzione in carcere, ma a ogni forma di limitazione della libertà personale.

Pare opportuno precisare che il dibattito sull'esecuzione della pena è rimasto a lungo offuscato dall'influenza forse eccessiva esercitata dalle riflessioni relative alla funzione (*rectius*, alle funzioni) che la sanzione penale, con particolare riguardo a quella detentiva, si vedrebbe attribuita. L'attenzione pressoché esclusiva alla riflessione teorica sugli scopi della pena, del resto, è stata per molto tempo il fattore di più evidente miopia di una scienza penalistica così tanto arroccata nella torre d'avorio dei principi filosofici di valenza universale da perdere di vista i più contingenti problemi legati alla "banale" esecuzione penitenziaria<sup>165</sup>. Chiunque abbia avuto occasione di oltrepassare la porta di un carcere, in qualità di imputato o indagato, di operatore del diritto, di volontario o di semplice osservatore esterno, può probabilmente concordare sul fatto che l'effettivo o solo illusorio commiato da Kant e da Hegel<sup>166</sup>, in grado di appassionare e dividere intere generazioni di giuristi, si dissolva con una rapidità tale da suscitare

<sup>165</sup> ART. KAUFMANN, *Strafrecht und Strafvollzug*, in *Die Strafvollzugsreform*, a cura di ART. KAUFMANN, C.F. Müller, 1971, 35 e W. HASSEMER, *Strafzumessung, Strafvollzug und die „Gesamte Strafrechtswissenschaft“*, ivi, 53. Con specifico riguardo alla questione del sovraffollamento carcerario A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1211-1212. Il carcere rappresenta del resto una sorta di «rimosso collettivo», ignorato o dimenticato, eppure capace di riassumere un enorme potenziale simbolico, condensando le immagini del pericolo, della sicurezza, del castigo, del nemico, dell'autorità e dell'autorevolezza dello Stato, dell'onestà, della giustizia: G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, cit., 55.

<sup>166</sup> Il riferimento è ovviamente a U. KLUG, *Il commiato da Kant e da Hegel*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 3 ss.

un certo imbarazzo in chi osservi quei luoghi indossando (anche) le lenti del diritto<sup>167</sup>. Senza contare che qualsiasi riflessione sulla pena disancorata dal dato positivo rischia di suonare come mero esercizio di stile, utile a fini storico-descrittivi, capace di alimentare la discussione filosofica o quella di politica del diritto, ma non anche di offrire efficienti strumenti di lettura di un ordinamento giuridico “storicamente dato”.

Per restare alle cadenze del dibattito tradizionale, potrebbe forse osservarsi che anche dietro alle (ri)costruzioni che hanno ad oggetto le funzioni della pena la dimensione della sicurezza si staglia in maniera piuttosto riconoscibile. Ciò è evidente in quelle teoriche che valorizzano la funzione preventiva della pena, *sub specie* tanto di prevenzione generale quanto di prevenzione speciale<sup>168</sup>, ma a ben vedere la stessa finalità rieducativa, se affrancata da residue incrostazioni di marca eticizzante, si trova ricondotta entro il perimetro della “risocializzazione”<sup>169</sup>, la quale, evidentemente, proietta l’interesse del singolo in una dimensione collettiva, orientata (anche) a una ritrovata “pace sociale”<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 115-116, il quale prende atto che la mole del dibattito sulla funzione della pena appare sproporzionato per eccesso rispetto ai mutamenti che lo stesso è stato in grado di indurre nella pratica penale, lasciando l’impressione che si sia trattato più di una disputa intellettuale sostanzialmente fine a se stessa che non di una riflessione fra strategie concretamente alternative sulle modalità con le quali far fronte al problema criminale.

<sup>168</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XII, accostando concettualmente i due piani della prevenzione in una prospettiva di marca utilitaristica, osservava che «il fine dunque non è altro che d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali». Nell’impossibilità di dar conto, anche in maniera sommaria, delle costruzioni teoriche sviluppatasi attorno alle diverse finalità della pena e delle basi normative rinvenibili a sostegno dell’una o dell’altra nel nostro ordinamento, si rinvia, rispettivamente, alle indagini di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss. e E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, 77 ss.

<sup>169</sup> V. AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, VI, Milano, 2015, 5 ss., in cui si fa riferimento alla pena rieducativa «come interesse sociale più che individuale». Per le varie sfumature assunte dalla prevenzione speciale, intesa di volta in volta come ri-educazione alla moralità, alla legalità o all’autodeterminazione, v. M. PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. dir. penit.*, 1983, 16 ss. Sulle diverse accezioni attraverso le quali la giurisprudenza costituzionale ha concretizzato il concetto di rieducazione si rinvia a G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190-191.

<sup>170</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 729, il quale avverte chiaramente come l’idea specialpreventiva sia esposta al rischio costante di una degenerazione, consistente nel carattere autoritario di una risocializzazione perseguita attraverso un mutamento coattivo della personalità. L’esigenza, di conseguenza, diviene quella di individuare precisi limiti di legittimità della risocializzazione, con riferimento ai diritti inviolabili della persona umana.

Solo una ricostruzione della pena in termini retributivi risolve la sua giustificazione teorica in una dimensione esclusivamente individuale, relegando le esigenze di sicurezza in un orizzonte più strettamente esecutivo<sup>171</sup>. Non è un caso che i caratteri coesenziali della pena retributiva siano in larga parte quelli che compongono attualmente il volto costituzionale della sanzione penale: la personalità, la proporzionalità, la determinatezza e la inderogabilità<sup>172</sup>.

Senza voler sminuire un dibattito che affonda le sue radici nelle origini della riflessione filosofico-penalistica, l'impressione è quella per cui la complessità e la eterogeneità delle opinioni proposte non risulti del tutto proporzionata alla "ragion pratica" delle stesse.

Sullo sfondo di queste considerazioni si taglia la distinzione, anch'essa banale ma non sempre evidente, tra la "pena minacciata", la "pena commisurata" e la "pena eseguita": tra la pena prevista dal legislatore, quella applicata dal giudice e, infine, quella che trova attuazione attraverso i meccanismi dell'esecuzione penale<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> Si tratta di considerazioni che valgono per le concezioni retributive nella loro versione classica, non contaminate cioè da quelle istanze generalpreventive che attribuiscono alla pena retributiva anche una funzione stabilizzatrice, in quanto capace di offrire risposta all'allarme sociale e al desiderio di punizione conseguenti alla commissione del reato, rafforzando il sentimento di fiducia dei consociati nei confronti dell'ordinamento. Per una compiuta disamina delle ricorrenti convergenze tra il modello retributivo e quello generalpreventivo v. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1983, 938 ss. e, più di recente, C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, 101 ss.

<sup>172</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 718-719: la pena retributiva è personale e proporzionata in quanto il corrispettivo del male commesso non può che essere applicato al suo autore in misura proporzionata al male inflitto. Una pena indeterminata, inoltre, suonerebbe come un non senso dal punto di vista retributivo. Quanto all'aspetto più discusso, quello della inderogabilità della pena, lo stesso è riassunto dalla celebre opinione di Kant (*Metafisica dei costumi*), secondo cui se anche la società civile si dissolvesse con il consenso dei suoi componenti, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe venir prima giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella funzione. V. anche M. GALLO, *Linee di tendenza per la riforma della parte generale*, cit., 16: «retribuzione significa proporzione, significa garanzia; tutto ciò che va al di là della responsabilità per un fatto suscettibile di controllo [le ipotesi di responsabilità oggettiva] non è compatibile con la retribuzione, costituisce la negazione dalla garanzia rappresentata da questa idea-guida». Sull' "eterno ritorno" delle concezioni retributive della pena, che, malgrado le persistenti e significative critiche, mostrano una vitalità mai del tutto compromessa, si rinvia alla recente e dettagliata indagine di C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 99 ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

<sup>173</sup> Si tratta della nota distinzione dialettica proposta, proprio in riferimento agli scopi della pena, da C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, 381 ss. (su cui S. MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. pen.*, 1981, 155 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, in

Una giustificazione in termini generalpreventivi, nell'attuale contesto costituzionale, può per esempio intendersi riferita solo alla "pena minacciata"<sup>174</sup>: se, infatti, l'esecuzione della pena nei confronti del singolo fosse orientata a una finalità di intimidazione o deterrenza, il principio personalistico ne uscirebbe irrimediabilmente frustrato<sup>175</sup>. A ben vedere la "pena minacciata", in ragione del suo carattere strutturalmente e irrinunciabilmente afflittivo, deve saldamente restare ancorata a fondamenta garantistiche, che tuttavia – questo è il punto – le pur raffinate ricostruzioni attorno al suo fine giustificativo non riescono ad assicurare. Si tratta piuttosto di valorizzare i principi costituzionali di riferimento, i quali, vale la pena precisarlo, costituiscono un vincolo per il legislatore prima e per gli operatori poi, indipendentemente da quale sia la funzione che si intenda attribuire alla pena: alla legalità della pena, non solo per ciò che attiene alla *species*, ma anche (soprattutto) per ciò che attiene al *quantum*, si affiancano i principi di proporzionalità e di personalità della stessa, valorizzati attraverso un consapevole "rinvigorimento" dei principi di offensività e di colpevolezza. Il tutto, evidentemente, inserito nella cornice del diritto penale come *extrema ratio*<sup>176</sup>. La "bancarotta" del

---

*Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* a cura di B. Schünemann, Berlino, 1984, 70 ss.; G. FIANDACA, *Art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 333). Nella dottrina tedesca cfr. W. HASSEMER, *Strafzumessung, Strafvollzug*, cit., 53 ss., con particolare riferimento alla fase di commisurazione a quella di esecuzione della pena e al complesso coordinamento tra fini astrattamente antinomici. Nella letteratura italiana T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 317-318 chiarisce che il limite delle tradizionali teorie in materia di funzione della pena risiede nel fatto che le stesse ignorano la «dinamica della pena, che non può essere considerata sempre uguale a se stessa, ma vive nell'esperienza giuridica in tre fasi distinte: a) *edittale* [...]; b) *giudiziale* [...]; c) *esecutiva* [...]». Ciascuna di queste fasi è caratterizzata da un diverso modo di atteggiarsi dei profili funzionali della pena». Sull'autonomia e le reciproche interazioni tra le tre fasi E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., spec. 80. V. anche F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1998, 433 ss., nella ricerca di un equilibrio tra certezza ed efficacia, quali due articolazioni distinte (ma non inconciliabili) dell'effettività della pena. Critico sulla possibilità/opportunità di scindere l'indagine relativa ai fini della pena a seconda della "fase" di riferimento A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società*, Scritti 1956-2008, II, Giuffrè, 2009, 940-941.

<sup>174</sup> Sul "dominio" della funzione della prevenzione generale nella fase edittale T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 318; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 79.

<sup>175</sup> *Contra* A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1981, 25 ss.

<sup>176</sup> Il concetto di *extrema ratio* è «uno dei pezzi più prestigiosi, ma anche fra i meno sfruttati, nell'argenteria del penalista», che resta il solo reale elemento di raccordo tra funzione della pena e politica criminale: così L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 121.

sistema penale è del resto condensata dalle distorsioni di “un diritto penale massimo”, «sviluppatosi al di fuori di qualunque disegno razionale e nel quale sono perciò entrati in crisi tutti i classici principi di legittimazione»: il principio di tassatività e, quindi, di certezza del diritto penale, quello di offensività e di proporzionalità delle pene, l’obbligatorietà dell’azione penale, l’efficienza della macchina giudiziaria<sup>177</sup>.

Nell’epoca della crisi della legge e del Parlamento e dell’ondata di europeizzazione del diritto penale, che, congiuntamente, sembrano segnare il ritorno al mutevole diritto giurisprudenziale di marca premoderna, un appello alla legalità “stretta” di stampo tradizionale potrebbe suonare come anacronistico. Un atteggiamento di disillusa rassegnazione, che tra i due mali del legislatore incapace e della supplenza giudiziaria (nazionale ed europea) si accontenti di scegliere quello minore identificato nella “democrazia giudiziaria”, significherebbe però abdicare del tutto al compito critico e garantista della scienza penale: e questa, perlomeno nell’attuale contesto storico-politico, non pare la soluzione più auspicabile<sup>178</sup>.

Se la pena minacciata guarda essenzialmente al fatto commesso ed è dunque proiettata verso il passato, la pena eseguita guarda al reo ed è essenzialmente proiettata verso il futuro: proprio su quest’ultimo versante sembrerebbe trovare la sua ragion d’essere quel finalismo rieducativo della pena cui fa riferimento l’art. 27, terzo comma Cost.<sup>179</sup>. Nell’ottica esecutiva il perno diviene ad ogni modo quello di una pena che, indipendentemente dalla ragione per la quale sia stata inflitta, risulti rispettosa delle esigenze compendiate dall’etichetta della “dignità” del detenuto, che si specifica poi nei singoli diritti (come tali giustiziabili) di cui lo stesso è titolare.

Potrebbe obiettarsi che una “pena senza scopo”<sup>180</sup> rischi di condurre a una

<sup>177</sup> L. FERRAJOLI, *Sulla crisi della legalità penale*, cit., 68.

<sup>178</sup> Sull’emersione di un pensiero dogmatico “debole”, motivato dal realismo dei penalisti, M. PAVARINI, *La penalistica civile e la criminologia ovvero discutendo di un diritto penale minimo*, in *La bilancia e la misura*, cit., 86-87.

<sup>179</sup> Il dibattito registratosi in Assemblea Costituente, per la verità, si concentrò sugli astratti principi in tema di funzione e di finalità della pena, trascurando quelli relativi alle sue concrete modalità di esecuzione e lasciando cadere nel vuoto gli emendamenti finalizzati all’introduzione nel dettato costituzionale di specifici collegamenti tra le finalità rieducative e l’«ambiente» o il «sistema» carcerario: G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 46. *Contra*, rispetto all’opinione espressa nel testo, Corte cost., 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313, § 8 del *Considerato in diritto*, secondo cui «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

<sup>180</sup> Cfr., sia pur in una dimensione più ampia e complessa, M. PAVARINI, *La pena «utile»*,

sorta di nichilismo teleologico, tipico tra l'altro dei regimi totalitari che non hanno alcun bisogno di "giustificare" l'esercizio del potere punitivo<sup>181</sup>.

Lo scopo della pena, in realtà, è immanente alla pena stessa ed è rappresentato, da una parte (à la von Liszt<sup>182</sup>) dalla tutela di interessi giuridici; dall'altra parte (à la Kant) dall'uomo in sé, in quanto soggetto portatore di una dignità "innata" che neppure lo stato di detenzione può legittimamente sottrargli<sup>183</sup>.

la sua crisi e il disincanto, cit., 1 ss.

<sup>181</sup> «E infatti: spinto dalla sete, ho adocchiato, fuori di una finestra, un bel ghiacciolo a portata di mano. Ho aperto la finestra, ho staccato il ghiacciolo, ma subito si è fatto avanti uno grande e grosso che si aggirava là fuori, e mo lo ha strappato brutalmente. – Warum? – gli ho chiesto nel mio povero tedesco. – Hier ist kein Warum, – (qui non c'è perché), mi ha risposto, ricacciandomi dentro con uno spintone. La spiegazione è ripugnante ma semplice: in questo luogo è proibito tutto, non già per riposte ragioni, ma perché a tale scopo il campo è stato creato»: P. LEVI, *Se questo è uomo*, Bologna, 1996, 28. Anche la pena retributiva, almeno in apparenza, si presenta come "giusta in sé": v. sul punto L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 937, il quale critica l'idea di una retribuzione neutrale, da usare entro il quadro di qualsiasi finalità perseguita dalla pena (941). Sulla necessità che la retribuzione sia orientata a uno scopo anche F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, in *La funzione della pena*, cit., 11 ss.

<sup>182</sup> Sebbene il riferimento sia almeno parzialmente decontestualizzato, F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. Calvi, Giuffrè, 1962, spec. 29 ss. V. anche (65) la celebre affermazione per cui «la pena è prevenzione attuata attraverso la repressione; oppure, come parimenti ci è consentito dire, repressione attraverso la prevenzione».

<sup>183</sup> M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 13-14, distingue tra una dimensione statica e una dimensione dinamica della dignità umana. La prima fa riferimento al concetto di dignità innata, che spetta in ogni caso a ciascun individuo, impedendo che lo stesso si trovi degradato a cosa e che le sue azioni o mancate azioni possano giustificare un trattamento inumano o degradante nei suoi confronti. La dignità acquisita, per contro, è il risultato delle azioni umane e come tale può essere non conquistata o (sia pur momentaneamente) perduta: l'Autore porta in proposito l'esempio dell'art. 48, ultimo comma Cost., il quale prevede che il diritto di voto non può essere limitato se non nei casi di indegnità morale indicati dalla legge. V. anche M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2015, 139, il quale distingue tra tre dimensioni della dignità umana. Il primo livello è quello rappresentato dalla dignità come fondamento dei diritti che ineriscono all'uomo in quanto tale, che ha un carattere assoluto, non ammette transazioni e non è compensabile con altri beni. Al secondo livello si colloca la dignità come fondamento di quei diritti che attengono ai diversi gradi di consapevolezza e maturità cui la persona può attingere, quale, ad esempio, il diritto a un giusto processo e a un'esecuzione della pena che non strumentalizzi il soggetto per perseguire scopi eteronomi. Al terzo livello, infine, si rinviene la dimensione della dignità che si sostanzia in condotte corrispondenti a doveri politici, sociali e familiari e quindi in comportamenti rispettosi della dignità e della libertà delle altre persone. La pena, ad avviso dell'Autore, opera in maniera legittima quando incide esclusivamente sui diritti che afferiscono a questo terzo livello della dignità umana, mentre deve garantire in ogni caso il rispetto delle altre due dimensioni.

Le norme costituzionali che valorizzano il principio supremo della libertà-dignità umana<sup>184</sup> rappresentano un argine sufficientemente solido contro il rischio di derive nichilistiche, relativistiche o addirittura autoritarie<sup>185</sup>.

La c.d. umanizzazione della pena, solo per restare all'esempio più evidente, non ha certo bisogno di "giustificarsi" attraverso una valorizzazione del finalismo rieducativo. L'art. 27, terzo comma Cost. pone il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità in posizione correlata ma distinta rispetto alla "tendenza" alla rieducazione del condannato. Senza contare che in riferimento al finalismo rieducativo, come ampiamente noto, l'Assemblea Costituente ebbe molto a discutere, temendosi da parte di alcuni che il suo inserimento nella Carta fondamentale potesse essere intesa come accoglimento troppo netto delle istanze della c.d. Scuola positiva: l'umanità della pena, invece, non solo non viene messa in discussione, ma si trova messa "al primo posto" nella definitiva formulazione dell'art. 27, terzo comma Cost.<sup>186</sup>: una pena "non umana" o "disumana", nell'attuale contesto costituzionale, sarebbe un non senso giuridico, indipendentemente da quale sia la finalità prevalente che alla pena si intenda riconoscere.

In riferimento alla pena eseguita, detto altrimenti, più che lo scopo a rivelarsi decisivo è il suo contenuto<sup>187</sup>: si tratta di una misura afflittiva, che comporta una restrizione della libertà personale, ma non della dignità "innata" della persona, che spetta sempre e comunque a ciascun individuo.

L'unica dimensione della pena in cui la precisazione del suo scopo può assumere valore "costitutivo" è quello della "pena applicata" dal giudice, anello intermedio tra la pena minacciata dal legislatore e quella eseguita negli istituti penitenziari. Sono fin troppo note le questioni relative alla "cecità assiologica" dell'art. 133 c.p. che, pur estremamente dettagliato nella sua formulazione, non sarebbe in grado di orientare la discrezionalità del

<sup>184</sup> Per approfondimenti e ampie indicazioni bibliografiche si rinvia a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 49 ss. e ID., *Dignità e carcere*, cit., 9 ss.

<sup>185</sup> Cfr., per la neutralità dell'art. 3 CEDU rispetto alle dispute sulla funzione della pena, M. CHIAVARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 65 ss.

<sup>186</sup> Una compiuta ricostruzione dei lavori preparatori relativi all'art. 27, terzo comma Cost. è offerta da M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 38 ss. Sulla "portata" dell'art. 27, terzo comma Cost., per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 93 ss., il quale (157 ss.) perviene alla conclusione per cui la norma in questione orienti la ricerca dei criteri finalistici nella commisurazione della pena nella sfera della prevenzione speciale.

<sup>187</sup> Cfr. B. PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Scritti giuridici in memoria di Massari*, Napoli, 1938, 171, il quale avverte che la retribuzione debba considerarsi non tanto lo scopo della pena, quanto piuttosto il carattere, il modo di essere della stessa.

giudice<sup>188</sup>. È forse proprio in questo contesto che può trovare una più coerente collocazione il riferimento alle concezioni polifunzionali della pena. Se, in assenza di ulteriori specificazioni, l'affermazione per cui la pena assolve a più funzioni rischia di suonare come l'implicita ammissione che di fatto non riesce a svolgerne nessuna, la polifunzionalità della pena può senz'altro concepirsi quale strumento che valga a orientare la discrezionalità del giudice in fase di commisurazione: il giudice, detto altrimenti, privilegerà una tra le tante anime della pena a seconda di quale risulti più confacente al caso concreto. Provando a semplificare un discorso in realtà più complesso e pur nella consapevolezza dei rilievi critici con cui un simile modo di argomentare debba fare i conti, potrebbe dirsi, per esempio, che di fronte a un soggetto che ha commesso per la prima volta un reato poco grave e motivato da circostanze del tutto contingenti, la finalità di prevenzione speciale potrebbe trovare fertile terreno di applicazione; per converso, a fronte di un recidivo inserito in contesti criminali piuttosto radicati, il giudice potrebbe optare per una pena ispirata prevalentemente a esigenze retributive. In ogni caso – questo è il punto – l'esecuzione di quella pena si svolgerà secondo la direzione indicata dall'art. 27, terzo comma Cost.

Il filo rosso che taglia trasversalmente la pena minacciata, comminata ed eseguita sembrerebbe potersi individuare nella proporzione della stessa. La pena astrattamente prevista dal legislatore deve risultare proporzionata in un'ottica di sistema, così come quella applicata dal giudice deve risultare proporzionata al fatto concretamente commesso dal reo. Anche la sua esecuzione, sebbene questo aspetto si trovi raramente valorizzato, deve essere ispirata ai canoni della proporzione, solo che in questo caso il secondo termine di paragone non è offerto dal fatto (astratto o commesso), ma dai diritti fondamentali del detenuto, i quali potranno risultare compresi solo nella misura in cui la loro restrizione o il loro annullamento non possa essere altrimenti evitato come conseguenza della libertà personale del soggetto: di modo che, per l'appunto, la pena risulti nel suo complesso proporzionata anche nella sua dimensione esecutiva.

La premessa in questione presuppone però che il diritto di cui il detenuto è titolare e della cui "compressione proporzionata" si discute, rientri nel novero di quelli astrattamente comprimibili. Ciò non vale per il diritto alla salute, almeno nella misura in cui lo stesso venga ricondotto a una nozione restrittiva che, lungi dal frustrare il graduale superamento di uno sterile paradigma organicista, valga a recuperare l'effettività della

<sup>188</sup> Per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34 ss. e F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 80 ss.

sua tutela, specie in riferimento ai soggetti ristretti.

Risulta quasi superfluo precisare che il concetto di proporzione, in quanto libero da pastoie teleologiche ritagliate attorno al peculiare modello della pena detentiva in senso stretto, si presta a funzionare quale parametro di legittimità per tutte le misure eseguite in luoghi di detenzione, anche nel caso in cui, come avviene per il trattenimento dei CPR, le stesse non rappresentino la conseguenza di un illecito (in senso stretto)<sup>189</sup>.

Risulta ancor più superfluo, tuttavia, precisare come il riferimento alla proporzione rischi di sovraccaricare il dibattito relativo alla pena in senso ampio dell'ennesimo concetto "incalcolabile", che, come la sicurezza e la dignità, diviene buono per tutti gli usi e refrattario a ogni tentativo di definizione che possa dirsi ancorato a criteri oggettivi.

Il principio di proporzionalità, come ampiamente noto, sta assumendo una fisionomia sempre più delineata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, anche a seguito della rilevanza che lo stesso si vede attribuito in ordinamenti diversi da quello italiano<sup>190</sup> e nella giurisprudenza delle Corti europee<sup>191</sup>. Si tratta di un principio che viene da molto lontano,

<sup>189</sup> Sul ruolo della proporzione nello "statuto speciale" delineato per lo straniero irregolare v. F. B. MORELLI, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, cit., 96 ss.

<sup>190</sup> È indubbiamente nell'esperienza giuridica tedesca che il principio di *Verhältnismäßigkeit* riferito all'esercizio dell'attività dei pubblici poteri ha conosciuto i più compiuti tentativi di ricostruzione sistematica, attraverso la distinzione di (almeno) tre diverse componenti del giudizio di proporzione: la *Geeignetheit* (idoneità dei mezzi), la *Erforderlichkeit* (necessità) e la *Angemessenheit* o *Verhältnismäßigkeit in engeren Sinn* (proporzionalità in senso proprio). Il potere di intervento dello Stato in settori che hanno ad oggetto diritti fondamentali può dunque esercitarsi nei limiti in cui i mezzi impiegati si rivelino adeguati al perseguimento degli scopi avuti di mira, non siano disponibili mezzi più efficaci o comunque più miti e l'esito del bilanciamento tra la gravità dell'intervento e gli interessi coinvolti risulti ragionevole: per tutti P. KIRCHHOF, *Mittel des staatlichen Handels*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee, P. Kirchhof, 5, 2007, 37 e, per ciò che attiene all'impiego del criterio in questione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlino, 1976. Per la poliedrica versatilità del principio, di recente, AA. VV., *Verhältnismäßigkeit*, a cura di M. Jestaedt, O. Lepsius, Mohr Siebeck, 2015. In lingua italiana, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 409 ss.; D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992, 128 ss.; A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 36 ss.

<sup>191</sup> Sul principio di proporzionalità nel diritto eurounitario e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 233 ss. V. anche C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzio-*

funzionando da linea guida nello svolgimento dell'attività amministrativa e, dunque, nella regolazione dei rapporti tra autorità e libertà<sup>192</sup>. Nella peculiare veste di "proporzionalità della pena", in particolare, affonda le sue radici nel garantismo utilitarista di stampo illuminista, atteggiandosi a necessario corollario di una pena intesa in un'accezione rigorosamente individuale e retributiva, spesso affiancato all'esigenza di una pena "dolce" e quindi "non disumana"<sup>193</sup>.

Non è certo questa la sede per ricostruire, sia pur sommariamente, i sentieri percorsi dal principio di proporzionalità della pena che, spesso confondendosi tra le maglie della ragionevolezza e/o del finalismo rieducativo, conducono al complesso (ma sempre meno timido) dialogo intercorrente tra la Corte costituzionale e il legislatore<sup>194</sup>.

---

*nalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 1, 111 ss.; V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, ivi, 106-107. Per i rapporti tra sussidiarietà e proporzione M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2/2013, 149 ss.

<sup>192</sup> Per un'efficace e documentata ricostruzione delle origini storiche del canone della proporzionalità, muovendo dallo Stato di polizia prussiano per giungere allo Stato costituzionale, si rinvia a G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 227 ss. L'Autore sottolinea, tra l'altro, che proprio con il mutamento di prospettiva teso a collocare i diritti fondamentali in posizione ontologicamente anteriore rispetto all'organizzazione dei pubblici poteri, che resta funzionalizzata alla loro tutela, la proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) dell'azione statale si trova messa in relazione con il meccanismo del bilanciamento (*Abwägung*) tra i diritti costituzionalmente protetti e gli interessi statali con essi concorrenti (230-231). Sull'impiego del principio nella giurisprudenza costituzionale, tra i molti, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Cortecostituzionale.it*, 2013 e AA. VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, ivi, 2013.

<sup>193</sup> Valga per tutti il riferimento a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, spec. § XXVII.

<sup>194</sup> Cfr. E. BELFIORE, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto. I principi di ragionevolezza e di Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 39 ss. Di recente A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1427 ss. e, con particolare riguardo alla sentenza n. 68 del 2012, V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida dir.*, 20/2012, 67 ss.; C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso - troppo? - sul serio?»*, in *Giur. cost.*, 2/2012, 906 ss. Sulla recente sentenza n. 236 del 2016 v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2016, il quale sottolinea come la Corte costituzionale abbia (finalmente) valorizzato la proporzione "in quanto tale" e non nella veste di disparità di trattamento rispetto a un *tertium comparationis*. In una prospettiva

Si può solo osservare come, assecondando la distinzione tra pena minacciata, comminata ed eseguita, sarebbe riduttivo ritenere che la proporzione della pena possa funzionare “solo” da criterio in grado di “mettere in discussione” le scelte legislative. Sul piano della pena comminata, la proporzione funziona strutturalmente da criterio capace di orientare la scelta del giudice o, meglio, capace di orientare i criteri indicati dall’art. 133 c.p. verso la funzione che il giudice ritenga prevalente nel caso concreto. Sul piano, infine, della pena eseguita, il criterio della proporzione potrebbe costituire il banco di prova sul quale valutare la congruità delle limitazioni dei diritti dei detenuti “comprimibili”, utilizzando come secondo termine di paragone tanto la libertà personale quanto le esigenze di sicurezza: ammesso che il diritto di cui si discute sia astrattamente comprimibile, si tratta anzitutto di verificare se la sua limitazione sia necessaria per assicurare la restrizione della libertà personale in cui si sostanzia la pena detentiva e, qualora questo primo giudizio restituisca un esito positivo, di accertare che la limitazione praticata sia proporzionata alle esigenze di sicurezza di volta in volta rilevanti. Il controllo in questione, ovviamente, resta affidato al “giudice dei diritti” competente: il magistrato di sorveglianza per detenuti e internati e, *de iure condito*, il giudice di pace per gli ospiti dei CPR.

## 8.2. *L'inscindibile legame tra pena eseguita e sicurezza*

Restando dunque alla prospettiva della pena eseguita, è fin troppo evidente come la gestione di un istituto penitenziario sia ispirata anzitutto (anche se non in maniera esclusiva) a esigenze di sicurezza, solitamente compendiate nelle due etichette della sicurezza esterna e della sicurezza interna<sup>195</sup>.

Non si tratta, beninteso, di una premessa da leggersi in un’ottica esclusivamente custodialistica, visto che il mantenimento dell’ordine e della sicurezza all’interno dell’istituto diviene il presupposto irrinunciabile per una possibile riuscita del trattamento rieducativo<sup>196</sup>: permane tuttavia

---

indubbiamente peculiare v. la valorizzazione del principio di proporzionalità della pena da parte di G. ELLScheid, W. HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung*, in *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1975, 281 ss.

<sup>195</sup> *Infra*, § successivo.

<sup>196</sup> L. CESARIS, *Art. 14*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, I, a cura di F. Della Casa, Padova, 2011, 179. Sulla reciproca compenetrazione tra le regole sulla sicurezza e regole sul trattamento S. ARDITA, L. DEGL’INNOCENTI, F. FALDI, *Diritto penitenziario*, III, Roma, 2016, 94.

la ineliminabile tensione tra la strutturale propensione dell'istituzione penitenziaria alla sicurezza e l'antagonistica finalità della rieducazione/risocializzazione, nell'ambito dell'intima contraddizione di un sistema che pretende di educare alla libertà sottoponendola a incisive limitazioni<sup>197</sup>. Si rende necessario evitare che il primato del trattamento e dell'individuazione esecutiva si risolva nell'insidioso paravento dietro cui occultare una normativa flessibile e lacunosa, pronta all'occorrenza a piegarsi alle esigenze della sicurezza<sup>198 199</sup>.

La spiccata dimensione trattamentale, che costituisce indubbiamente l'ossatura più riconoscibile della svolta normativa impressa dalla legge del 1975, ha rischiato tuttavia di lasciare nell'ombra le questioni legate alla sicurezza. Quest'ultima rappresenta per molti aspetti l'autentico convitato di pietra nell'impianto originario dell'ordinamento penitenziario, forse per demagogia o per falso pudore<sup>200</sup>, forse semplicemente affinché la svolta ideologica attuata con la riforma penitenziaria risuonasse in tutta la sua chiarezza: non è un caso che la "norma manifesto" rappresentata dall'art. 1

<sup>197</sup> T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari: una evasione della legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., 285 ss. Analogamente A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, Milano, 1991, 94. Cfr., per un più ampio inquadramento della questione, L. STORTONI, «Libertà» e «diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento penitenziario, in *Il carcere "riformato"*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977, 35 ss.; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 7 ss.

<sup>198</sup> V. ancora T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari*, cit., 300.

<sup>199</sup> La formulazione dell'art. 14 ord. penit., collocato subito dopo l'art. 13 relativo alla individualizzazione del trattamento, risulta emblematica del complesso rapporto tra la logica securitaria e quella trattamentale: l'articolo in questione individua criteri generali di assegnazione e di raggruppamento di detenuti e internati funzionali all'individualizzazione del trattamento (L. CESARIS, *Art. 14*, cit., 177 e *infra*, § successivo), sebbene lo stesso abbia subito una sorta di eterogenesi dei fini, divenendo la (fin troppo) labile base normativa sulla quale edificare una distinzione dei c.d. circuiti penitenziari ispirata da prevalenti esigenze di sicurezza. Il secondo comma dell'art. 14 ord. penit. stabilisce che «l'assegnazione dei condannati e degli internati ai singoli istituti e il raggruppamento nelle sezioni di ciascun istituto sono disposti con particolare riguardo alla possibilità di procedere a un trattamento rieducativo comune e all'esigenza di evitare influenze nocive reciproche. Per le assegnazioni sono, inoltre, applicati di norma i criteri di cui al primo e al secondo comma dell'art. 42». L'art. 42 ord. penit., rubricato "Trasferimenti", prevede al primo comma che questi ultimi possano essere disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari. Proprio i "gravi e comprovati motivi di sicurezza" sono quelli che storicamente si sono esposti al maggior rischio di abusi, specie per l'assenza di un esaustivo controllo giurisdizionale: M. G. COPPETTA, *Art. 42*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 491, alla quale si rinvia anche per una lettura restrittiva della disposizione *de qua*. V. anche C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 96 ss.

<sup>200</sup> L. CESARIS, *Art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 183.

ord. penit., al suo terzo comma, contenga un prudente riferimento alle esigenze di ordine e disciplina («negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina»), al preminente scopo di vietare ogni restrizione non giustificabile attraverso una valorizzazione delle stesse<sup>201</sup>.

Al primato del trattamento nell'ordinamento penitenziario fa da specular *pendant* il primato delle esigenze di sicurezza nel regolamento esecutivo<sup>202</sup>: si pensi, in particolare, agli artt. 31 e 32 del regolamento, che, dopo un generico riferimento ai criteri indicati nell'art. 14 ord. penit. per il raggruppamento dei detenuti, prendono esplicitamente in considerazione i detenuti e gli internati il cui comportamento richieda particolari cautele, anche al fine di assicurare un'idonea collocazione dei soggetti per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni.

Già la legge n. 663 del 1986, del resto, accanto alla preoccupazione di allentare le maglie di una dimensione carcerocentrica scarsamente compatibile con il volto costituzionale della pena, si preoccupava di colmare la lacuna lasciata aperta dalla riforma del 1975 in materia di sicurezza, abrogando il generico e "arbitrario" art. 90<sup>203</sup> (poi "rimpiazzato" dall'art. 41-*bis*) e introducendo con gli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit. l'inedito meccanismo della sorveglianza particolare, tutto incentrato sul concetto di pericolosità

<sup>201</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 49, il quale sottolinea come «due significativi principi esprimono la decisa volontà di rottura di una secolare tradizione delle istituzioni penitenziarie italiane: i detenuti e gli internati debbono essere chiamati o indicati con il loro nome art. 1, 4° co.); non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze di ordine e di disciplina o, se si tratta di imputati, non indispensabili a fini giudiziali art. 1, 3° co.)».

<sup>202</sup> A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, cit., 95, che fa riferimento al d.P.R. n. 431 del 1976.

<sup>203</sup> L'art. 90 ord. penit. prevedeva che, al ricorrere di gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro di Grazia e Giustizia avesse la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato e strettamente necessario, delle regole di trattamento. Si trattava di una disposizione che, sebbene nelle intenzioni del legislatore sembrava delineare uno strumento eccezionale, ha conosciuto un'applicazione ampia e generalizzata a seguito dell'istituzione delle carceri speciali con il d.m. 4 maggio 1977 e del conferimento dell'incarico di "garante" dell'operazione al Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa: AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 177 ss. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari*, cit., 306-307 evidenzia come, sebbene il decreto del 1977 risultasse in apparenza proiettato sulle questioni relative alla sicurezza esterna, contenesse disposizioni in grado di incidere sul ben più insidioso terreno (in termini di garanzia) della sicurezza interna. Sulle criticità del sistema in questione, per tutti, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 198, che parlano di «un sistema di controllo sulla sicurezza interna ed esterna degli istituti del tutto svincolato dalla legge penitenziaria e spesso in contrasto con la stessa».

penitenziaria dei “detenuti difficili”<sup>204</sup>. Il tentativo di edificare un argine a fronte dell’incombente «fallimento dell’ideologia del trattamento», dovuto alla mancata riforma del sistema sanzionatorio, alle carenze organizzative del sistema penitenziario e all’acuirsi di forme di criminalità organizzata comune e politica<sup>205</sup> con l’ineliminabile esigenza di gestione dei «detenuti difficili» si persegue anche seguendo la via dei regimi differenziati, destinata a proseguire e a snaturarsi nel pernicioso sentiero dei circuiti penitenziari.

Anche il riferimento alla più limitata dimensione della sicurezza penitenziaria, come avviene per il più ampio *genus* della sicurezza, evoca però questioni che solo a fatica si lasciano ricondurre a un inquadramento unitario.

La sicurezza negli istituti penitenziari, anzitutto, è composta da elementi costanti ed elementi variabili<sup>206</sup>. L’esigenza di sicurezza è infatti legata in maniera pressoché strutturale all’esecuzione penale intramuraria, tanto sotto il profilo della “sicurezza esterna” quanto sotto quello della “sicurezza interna”<sup>207</sup>.

Il concetto di sicurezza “esterna” fa riferimento alla necessità di apprestare un adeguato filtro rispetto a quello che c’è oltre le mura, non solo per assicurare l’effettiva esecuzione della pena (contenendo il rischio di evasione), ma anche per evitare contatti con l’eventuale compagine criminale di provenienza.

La sicurezza “interna” si riferisce, per contro, alla necessità di garantire il rispetto delle norme di comportamento nei rapporti tra operatori e detenuti, nonché tra singoli detenuti.

Da parte di alcuno, con l’obiettivo di recuperare un maggiore rigore classificatorio, si precisa che mentre il concetto di “ordine” fa riferimento alla mera dimensione obiettiva della disciplina all’interno degli istituti penitenziari, quello di “sicurezza” attiene anzitutto alla salvaguardia degli interessi dei singoli detenuti e del personale penitenziario, comprendendo poi l’interesse “collettivo” all’effettiva esecuzione della sanzione<sup>208</sup>.

<sup>204</sup> G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987, 113; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., 156 ss.; V. GREVI, *Art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 13; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria tra prassi amministrative e controllo giurisdizionale*, in *Ind. pen.*, 1990, 147 ss.

<sup>205</sup> G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 52. In termini pressoché coincidenti F. BRICOLA, *Introduzione*, cit., 10.

<sup>206</sup> M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 196 ss.

<sup>207</sup> Per una sintesi di questa distinzione, per tutti, R. GRIPPO, *Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2012, 3.

<sup>208</sup> T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari*, cit., 285-286. Sottolinea l’impiego confuso e non sistematico dei concetti di ordine, disciplina e sicurezza

Pur nella fissità di questi elementi costanti, il trattamento può conoscere differenti modulazioni proprio in ragione delle peculiari esigenze di sicurezza ravvisabili rispetto al singolo detenuto o a gruppi di detenuti. L'obiettivo è anche quello di applicare misure più restrittive nei confronti dei soli soggetti per i quali si pongono reali esigenze di sicurezza, al fine di ridurre ai minimi termini il regime custodialistico per coloro che non risultino altrettanto pericolosi e di evitare quelle "influenze negative" tra i detenuti che potrebbero derivare da un regime di detenzione indefferenziata<sup>209</sup>. Il rischio sempre presente, tuttavia, è che i circuiti differenziati, lungi dal veicolare una virtuosa individualizzazione del trattamento, si trasformino in recinti (ulteriormente) ghettizzanti entro l'area segnata dai confini dell'istituzione totale.

Una rapida rassegna delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal suo regolamento di esecuzione mostra chiaramente come le insidie più evidenti derivino, ancora una volta, dall' "insostenibile indeterminatezza" del concetto di sicurezza.

### 8.3. "Circuito penitenziario" e "trattamento penitenziario": differenziazioni all'insegna della sicurezza?

Di particolare interesse risulta la distinzione tra "circuito penitenziario" e "trattamento penitenziario"<sup>210</sup>. La prima espressione, intesa in senso ampio, fa riferimento a entità di tipo logistico, costituite da istituti o sezioni di istituto cui i detenuti sono assegnati in ragione di particolari esigenze relative a condizioni di salute o di particolare vulnerabilità, ma anche per ragioni di sicurezza: si pensi ai circuiti differenziati per i tossicodipendenti, per le detenute madri<sup>211</sup>, per i collaboratori di giustizia.

Indubbiamente peculiare è poi la condizione dei c.d. *sex offenders*. Pur nell'assenza di una disciplina specifica relativa alla detenzione di autori di

nell'ordinamento penitenziario e nel suo regolamento esecutivo L. CESARIS, *Art. 14-bis*, cit., 183.

<sup>209</sup> M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 197; F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. web*, 3/2015, 2.

<sup>210</sup> S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. pen.*, 3/2007, 42-43; F. DELLA CASA, *Art. 59*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di G. Giostra, F. Della Casa, Padova, 2015, 570; F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., 1-2; F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. web*, 1/2016.

<sup>211</sup> Sulla condizione dei detenuti tossicodipendenti e delle detenute madri si rinvia a G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

reati sessuali, questi ultimi si trovano spesso assegnati a sezioni apposite allo scopo di proteggerli dalle reazioni violente che potrebbero derivare dal resto dei detenuti: se poi non sussistono le possibilità logistiche di ricavare sezioni apposite, i *sex offenders* si trovano costretti in condizioni assai prossime all'isolamento<sup>212</sup>. L'introduzione dell'art. 13-*bis* ord. penit. ha aperto un indubbio spiraglio trattamentale, prevedendo che i soggetti condannati per reati sessuali in danno dei minori possano sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno, valutato ai sensi dell'articolo 4-*bis*, comma 1-*quinquies* ord. penit. ai fini della concessione dei benefici<sup>213</sup>. Deve tuttavia rilevarsi come la disposizione in questione non affronti i nodi "di dettaglio" relativi alla sua attuazione<sup>214</sup>, senza contare che l'immane clausola di invarianza finanziaria rischia di lasciare solo sulla carta le buone intenzioni del legislatore<sup>215</sup>.

Con particolare riferimento alla differente allocazione dei detenuti per ragioni di sicurezza, il riferimento obbligato è alla circolare DAP 3359/5809 del 21 aprile 1993, la quale ha istituito tre differenti circuiti:

- il circuito di primo livello, di Alta Sicurezza, destinato ai detenuti più pericolosi, coincidenti essenzialmente con quelli imputati o condannati per uno dei reati previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit.;
- il circuito di secondo livello, di Media Sicurezza, destinato ai detenuti "comuni", che non mostrano particolari indici di pericolosità: si tratta in effetti di un circuito residuale, destinato a coloro che non rientrano né nell'Alta Sicurezza né nella Custodia Attenuata<sup>216</sup>;

<sup>212</sup> A. NAPOLITANO, *I sex offenders: gestione e rieducazione negli istituti penitenziari. Un lungo cammino verso il progetto Bollate*, in *Quaderni ISSP*, n. 10, *Gli spazi della pena*, 2012, 79.

<sup>213</sup> M. BERTOLINO, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2013, 1805.

<sup>214</sup> Non è esplicitato l'organo competente all'elaborazione e all'attuazione dei metodi terapeutici, non è chiarito se occorra un preliminare vaglio del magistrato di sorveglianza o del SSN sull'idoneità del programma, non sono indicati i parametri alla stregua dei quali valutare la partecipazione al trattamento: F. FIORENTIN, *Trattamento penitenziario severo per i sex-offenders*, in *Guida dir.*, 43/2012, 112 e, in senso adesivo, A. BERNASCONI, A. SPINELLI, *Art. 13-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 154.

<sup>215</sup> Art. 10, l. n. 172 del 2012: D. PETRINI, *Il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze e controllo della recidiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2013, 1823.

<sup>216</sup> E. ANNICIELLO, *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, *Quaderni ISSP*, n. 10, 2012. Per l'introduzione di "reparti aperti", ispirati al principio per cui il perimetro della detenzione non debba essere considerato quello della "cella" bensì quello della "sezione" v. Circolare DAP 3594/6044 del 25 novembre 2011, su cui A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario*

- il circuito di terzo livello, di Custodia Attenuata, riservato ai detenuti tossicodipendenti non particolarmente pericolosi.

La circolare DAP 3619/6069 del 21 aprile 2009, intervenuta a specificare la circolare n. 20 del 9 gennaio 2007, ha previsto un'ulteriore articolazione del circuito di Alta Sicurezza in tre sottocircuiti<sup>217</sup>: il primo dedicato al contenimento dei detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.; il secondo ideato per soggetti imputati o condannati per delitti di terrorismo; il terzo riservato ai soggetti già previsti dalla circolare n. 20 del 2007<sup>218</sup>.

Il concetto di "trattamento (o regime) penitenziario", per contro, individua le regole trattamentali di riferimento, che, essenzialmente per ragioni di sicurezza, possono subire delle deroghe al ricorrere dei presupposti di legge: a venire in considerazione sono anzitutto la «sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati» *ex art.* 41-*bis* ord. penit.<sup>219</sup> e il regi-

---

*all'interno delle carceri*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2011.

<sup>217</sup> L'istituzione di nuovo circuito AS ha determinato anche il superamento del circuito di istituti o sezioni di istituto con Elevato Indice di Vigilanza (EIV), istituito con la Circolare DAP 3479/5929 del 9 luglio 1998 per far fronte alle esigenze poste da quei «detenuti che, non avendo titolo di reato per essere inseriti nel circuito di primo livello, presentino tuttavia una pericolosità talmente spiccata da far risultare inopportuno il loro inserimento nel circuito di secondo livello (c.d. media sicurezza)». Si trattava, in particolare, di detenuti la cui particolare pericolosità fosse desumibile: «a) dall'appartenenza all'area della criminalità terroristica od eversiva nazionale od internazionale; b) dalla natura e dal numero dei fatti commessi, dal pervicace intento di evasione, dai fatti di violenza grave commessa in danno di altri detenuti o degli operatori penitenziari, dai fatti di grave nocimento per l'ordine e la sicurezza penitenziaria etc.». La circolare DAP 3619/6069 del 2009, nel prevedere un unico circuito di Alta Sicurezza, "dispone" il superamento di quello EIV e della sua denominazione foriera di fraintendimenti, «evitando che essa possa far pensare, sia pure solo in via teorica ad osservatori esterni, ad una diversificazione ovvero ad una modifica delle regole trattamentali». Sul punto S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit. 49-50; A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2004, 752 ss.; I. FALCO, *La differenziazione trattamentale per ragioni di sicurezza e i circuiti penitenziari*, in *Temi romana*, 4/2014, 9 ss.

<sup>218</sup> La circolare n.20 del 2007 faceva riferimento alle seguenti categorie di detenuti: a) imputati o condannati per i delitti previsti dal primo comma primo periodo dell'art. 4-*bis* l. n. 354 del 1975; b) soggetti cui sia stata contestata l'aggravante di cui all'art. 7 l. n. 203 del 1991; c) soggetti detenuti per altri fatti, cui sia stato contestato a piede libero uno o più reati previsti dall'art. 4-*bis* n. n. 354 del 1975 ovvero nei cui confronti sia venuta meno l'ordinanza di custodia cautelare; soggetti imputati dei delitti previsti dal citato articolo, ma scarcerati solo formalmente per decorrenza dei termini di custodia cautelare.

<sup>219</sup> Per un inquadramento dell'art. 41-*bis* ord. penit. tra i regimi detentivi speciali, si

me di sorveglianza particolare introdotto con gli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit.

L'assegnazione a un circuito differenziato, altrimenti detto, non comporta necessariamente una variazione delle regole di trattamento (pur non escludendone la possibilità) e quindi un'ulteriore restrizione dei diritti del detenuto; anche se, evidentemente, l'assegnazione al singolo circuito, specie quando la stessa sia motivata da esigenze di sicurezza, importa pressoché inevitabilmente una parziale variazione della concreta vita detentiva<sup>220</sup>, tanto più insidiosa in quanto "normativamente non esplicitata"<sup>221</sup>.

Si pensi, in particolare, al circuito di Alta Sicurezza, che trova un fondamento solo generico nell'ordinamento penitenziario (artt. 13 e 14) e nel suo regolamento di esecuzione (artt. 31 e 32)<sup>222</sup>, rinvenendo per contro la sua "disciplina" di dettaglio nelle circolari del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. L'assegnazione a uno dei sottocircuiti in cui si articola l'Alta Sicurezza avviene automaticamente, in base al titolo di reato per il quale il soggetto fa il suo ingresso in carcere: l'uscita dal circuito AS e l'immissione in quello di media sicurezza può avvenire mediante la procedura c.d. di declassificazione, essenzialmente rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria<sup>223</sup>. Non può negarsi l'impressione per cui il circuito di Alta Sicurezza, pur non comportando formalmente l'applicazione di un regime più restrittivo, si atteggi spesso a rimedio cui ricorrere quando la coperta degli artt. 41-*bis* o 14-*bis* ord. penit. si riveli troppo corta<sup>224</sup>. Con la fondamentale differenza per cui il circuito

---

rinvia all'ampia indagine di A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, 166 ss.

<sup>220</sup> S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 43.

<sup>221</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Relazione sullo stato dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Convegni e Seminari*, 2, Senato della Repubblica, 2013 63, il quale precisa come il concreto contenuto di "sofferenza" in cui si sostanzia la pena detentiva, anche in ragione del circuito all'interno del quale il soggetto è inserito, non lo decidono né il legislatore né il giudice: «loro si limitano a stabilire un perimetro esterno: privazione della libertà personale. Quel che ci sta dentro è un lungo viaggio attraverso la discrezionalità amministrativa». V. anche A. DELLA BELLA, *"Il carcere duro"*, cit., 183.

<sup>222</sup> Si preoccupa di esplicitare questa base normativa la Circolare DAP 3479/5929 del 9 luglio 2008.

<sup>223</sup> La circolare DAP n. 157181 del 2015 invita i Direttori delle sezioni dedicate al circuito dell'alta sicurezza a curare la regolarità e tempestività delle procedure relative alla declassificazione dei detenuti. Sul troppo ampio margine di discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in riferimento al regime di sorveglianza particolare R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia*, cit., 23.

<sup>224</sup> R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia*, cit., 24. Con particolare riguardo alla sorveglianza particolare, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto*

dell'Alta sicurezza non prevede esplicite sospensioni delle ordinarie regole di trattamento, indicate tassativamente e suscettibili "in quanto tali" di controllo giudiziale, ma comporta (solo) surrettizie modifiche nell'ordinario svolgersi della vita detentiva<sup>225</sup>.

Se l'art. 14-*bis* ord. penit., relativo al regime di sorveglianza particolare, risponde storicamente all'esigenza di limitare la discrezionalità dell'amministrazione nella "gestione" dei detenuti pericolosi<sup>226</sup>, il circuito di Alta Sicurezza sembrerebbe riproporre il rischio della creazione di "zone franche", che, pur trovando la propria (generica) base legale negli artt. 13-14 ord. penit. e 31-32 reg. esec., restano tendenzialmente impermeabili a una tutela giurisdizionale davvero completa.

I circuiti penitenziari si reggono in (precaro) equilibrio su una condizione per certi aspetti paradossale. Da una parte deve necessariamente ammettersi l'esperibilità di una tutela giurisdizionale, anche per assicurare il rispetto dell'art. 6 CEDU<sup>227</sup> e delle stesse indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale<sup>228</sup>, ma dall'altra parte il circuito differenziato,

*penitenziario*, cit., 207, i quali avvertono che molti detenuti si trovano "di fatto" posti nelle condizioni proprie della sorveglianza particolare, senza però passare attraverso il filtro (e le garanzie) di cui agli artt. 14-*bis* ord. penit. e seguenti.

<sup>225</sup> S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 43.

<sup>226</sup> Sull'elevato tasso di discrezionalità e la pressoché totale assenza di controlli che caratterizzava il sistema delineatosi in presenza dell'art. 90 ord. penit. (abrogato dalla legge n. 663 del 1986, che ha contestualmente introdotto gli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit.) v. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 199; AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 181; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, cit., 97. *Amplius*, per le origini storiche della differenziazione trattamentale, D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*

<sup>227</sup> V. Corte EDU, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, n. 33695/96, relativa alla violazione dell'art. 6 della Convenzione per l'impossibilità di contestare, attraverso il ricorso a un giudice, il provvedimento di sottoposizione all'ormai superato circuito regime di EIV, con argomentazioni tuttavia riferibili anche al circuito AS. Con la successiva Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, i giudici di Strasburgo, applicando i propri orientamenti già consolidati in materia di art. 41-*bis* ord. penit. e "allineandosi" sul punto agli approdi della giurisprudenza italiana, hanno precisato che l'impossibilità di ricorrere contro la decisione di inserimento nel circuito EIV non comportasse di per sé una violazione dell'art. 6 CEDU, in quanto nei confronti delle singole restrizioni che, in concreto, si fossero rivelate lesive dei diritti del detenuto, sarebbe stata pur sempre assicurata il controllo giurisdizionale della magistratura di sorveglianza: sul punto E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2010, 749, 755; F. CASSIBA, A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 2016, 77, i quali sottolineano come la particolare rilevanza della pronuncia derivi anche dal fatto che il ricorrente avesse addotto anche le proprie gravi condizioni di salute per motivare la pretesa violazione dell'art. 3 CEDU.

<sup>228</sup> Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 35 e 69 ord. penit. nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti

non comportando strutturalmente modifiche dell'offerta trattamentale, non è suscettibile, "in quanto tale", di ledere diritti soggettivi: possono quindi costituire oggetto di reclamo al magistrato di sorveglianza<sup>229</sup> solo

degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di detenuti ed internati: v. i commenti, tutti pubblicati in *Giur. cost.*, 1/1999, 199 ss. di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?* Un ulteriore tassello nel microsistema della tutela dei diritti dei detenuti è posto da Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266, che, pur dichiarando inammissibile la questione proposta, chiarisce il valore "vincolante" delle pronunce del magistrato di sorveglianza: F. FALZONE, *La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale: è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?*, in *Rass. pen. e crimin.*, 3/2010, 107 ss.; A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività – una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, ivi, 95 ss.; C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 5/2009, 3779 ss. Il principio in questione è stato sostanzialmente ribadito da Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135, su cui A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2013.

<sup>229</sup> Lo strumento, come ampiamente noto, era stato individuato nel reclamo al magistrato di sorveglianza, che avrebbe deciso con ordinanza ricorribile per Cassazione ex art. 14-ter ord. penit., previsto in riferimento al regime di sorveglianza particolare e investito dell'ingombrante compito di colmare le lacune di tutela giurisdizionale rinvenibili in sede esecutiva: v., in particolare, in materia di colloqui visivi e telefonici, Cass., Sez. un. pen., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 10/2003, 2941 ss., con nota di R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, ivi, 4/2004, 1362. V. anche V. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. pen. crimim.*, 2004, 2, p. 149 ss. Nella giurisprudenza più recente Cass., sez. I pen., 20 marzo 2015, n. 20485; Cass. sez. I pen., 19 luglio 2016, n. 46201. F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, *Arch. pen. web.*, 1/2015, 24, sottolineando come il punto di equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza non si riveli del tutto apprezzabile, parla di un circuito di Alta Sicurezza «in balia dell'Amministrazione penitenziaria». Attualmente sembrerebbe che il rimedio applicabile sia quello del generale reclamo giurisdizionale introdotto con l'art. 35-bis ord. penit., sempre che sia dato ravvisare il presupposto di cui all'art. 69, comma sesto, lett. b) ord. penit., secondo il quale il magistrato di sorveglianza provvede a norma dell'articolo 35-bis sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (cfr. Cass, sez. VII pen., 13 ottobre 2015, 8687). Si segnala però un orientamento restrittivo in riferimento all'applicazione dell'art. 35-bis ord. penit., che sarebbe limitato alle sole violazioni dell'art. 3 CEDU: Cass. Sez. I pen., 7 aprile 2015, n. 32470, in *Dejure*, su cui G. CAMERA, *op. cit.* Sul reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 35-bis ord. penit., in generale e a titolo meramente esem-

i singoli atti esecutivi o le singole disposizioni che, esulando da valutazioni di opportunità rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione, si rivelino concretamente lesive di un diritto<sup>230</sup>; restano invece esclusi dal sindacato del giudice tanto l'atto di assegnazione al circuito quanto le decisioni relative a eventuali istanze di declassificazione.

Il meccanismo *de quo* continua a suscitare non poche perplessità e necessiterebbe, a tacer d'altro, di una più riconoscibile base normativa: anche perché la situazione attuale continua a mostrare profili problematici non solo rispetto all'art. 6 CEDU, ma, a monte, rispetto all'art. 13 Cost. Senza entrare nel dettaglio delle criticità in commento, può forse risultare utile, nel tentativo di delineare coordinate più generali relative ai rapporti tra salute del detenuto e sicurezza penitenziaria, un riferimento al regime di sorveglianza particolare previsto dagli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit.

Si tratta in effetti di una modulazione di trattamento chiaramente ispirata a ragioni di "sicurezza" per vicende verificatesi all'interno dell'istituto (art. 14-*bis*, primo comma ord. penit.) o per altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà (art. 14-*bis*, quinto comma ord. penit.). L'art. 14-*quater* ord. penit. prevede, al quarto comma, che «in ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento inter-

---

plificativo, L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Monduzzi, Milano, 20156; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen. web*, 2/2014; ID., *Art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2015; F. FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen.*, 3/2013 235.

<sup>230</sup> Con specifico riguardo ai circuiti penitenziari Cass., sez. I pen., 24 ottobre 2007, n. 46269, in *Dejure*, Cass., Sez. I pen., 30 gennaio 2014, n. 6737, ivi.

Non sembrerebbe, almeno nella situazione attuale e sempre che si acceda a una lettura ampia dell'art. 35-*bis* ord. penit., che quest'ultimo riesca a superare i limiti applicativi incontrati già in precedenza dall'art. 14-*ter* ord. penit. Di particolare rilievo risulta in proposito Cass., sez. VII pen., 2 ottobre 2014, n. 49193, relativa al caso di un detenuto in regime di Media Sicurezza che proponeva ricorso per Cassazione avverso il decreto con il quale il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile il suo reclamo teso ad ottenere la disapplicazione dell'atto del Direttore della Casa Circondariale che respingeva le richieste di "declassificazione". Il Magistrato aveva giustificato la sua decisione osservando che il reclamo *ex art. 35-bis* lett. b) ord. penit. deve riguardare "l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, mentre l'interessato non aveva allegato detta inosservanza, ma l'errata applicazione al suo caso di criteri stabiliti con varie circolari dall'Amministrazione stessa al fine di "classificare" i detenuti e destinarli ai consoni circuiti. Il detenuto aveva però rinunciato al ricorso, che viene quindi dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte.

no, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli».

È indubbiamente peculiare la formulazione della disposizione *de qua*, specie se posta a confronto con quella dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit.: mentre infatti quest'ultimo prevede, in positivo, quali siano le misure restrittive che possono caratterizzare il regime di c.d. carcere duro, l'art. 14-*quater* ord. penit. si preoccupa di individuare, in negativo, i diritti del detenuto che restano incompressibili anche in regime di sorveglianza particolare.

Ancor più peculiare, tuttavia, è la previsione delle "esigenze di salute" accanto all' "uso di apparecchi radio", ma anche dei colloqui con il difensore e i familiari. Rispetto alle altre previsioni, in effetti, quella relativa alle esigenze di salute si rivela sostanzialmente ultronea, visto che in sua assenza nessun dubbio si sarebbe posto relativamente alla non comprimibilità delle stesse. L'esplicita menzione della salute potrebbe "giustificarsi", forse, proprio in ragione della presa d'atto che l'applicazione di un trattamento di rigore motivato da esigenze di sicurezza possa comportare almeno un affievolimento della tutela della salute del detenuto.

Anche in questo caso deve riconoscersi un ruolo fondamentale al concetto di proporzione<sup>231</sup>, il quale implica che il diritto alla salute non possa mai cedere nel bilanciamento con esigenze di sicurezza. Sembrerebbe autoevidente l'affermazione per cui la tutela della salute rientra nel nucleo duro di "dignità innata" che neppure la pena detentiva può mettere in discussione. La "non trattabilità" del diritto alla salute configura quindi, in linea teorica, una regola che non ammette eccezioni e che comporta l'inevitabile stigmatizzazione di quegli indirizzi giurisprudenziali, rinvenibili anche presso le Corti europee, che, più o meno surrettiziamente, giungono a modulare la tutela della salute in funzione delle esigenze di sicurezza.

Le ragioni che rendono difficoltosa la concreta operatività di questa regola generale risiedono anzitutto nell'estrema complessità, a volte sottovalutata, del concetto di "salute", il quale si presta a comprendere una gamma di sfaccettature che solo a fatica si lasciano ricondurre entro una definizione unitaria.

Se dunque la gestione della sicurezza rappresenta un'esigenza struttu-

<sup>231</sup> Per tutti G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190, il quale sottolinea come l'inviolabilità dei diritti fondamentali esige che l'eventuale loro compressione nello stato di detenzione sia comunque proporzionale alle effettive necessità del trattamento penitenziario e che, soprattutto, sia compatibile con la dignità, intesa come nucleo normativo minimo ed irriducibile degli stessi diritti fondamentali.

ralmente e inscindibilmente legata all'esecuzione penale intramuraria, la questione realmente problematica diviene quella di definire in maniera puntuale quei diritti che attribuiscono concretezza alla dignità intoccabile della persona umana. Diritti che, in quanto tali, devono essere sempre e comunque assistiti da una sicura e riconoscibile tutela giurisdizionale.

### 9. La salute dei detenuti in astratto: valorizzazione di una "nozione minima"

Focalizzando l'attenzione sul diritto alla salute, la sua collocazione nel catalogo dei diritti fondamentali, a partire dal secondo dopoguerra, ha ormai raggiunto un grado di sufficiente stabilità<sup>232</sup>, sebbene si tratti di un'operazione che non può ancora ritenersi del tutto conclusa, almeno in riferimento alle implicazioni che possono derivare dal riconoscimento della salute come diritto "della persona". La partita ancora aperta resta quella della effettività del diritto in questione<sup>233</sup>, che passa anche attraverso una sua più puntuale definizione<sup>234</sup>.

Storicamente la tutela della salute si risolveva anzitutto in una dimensione collettiva, che, collocandosi nell'orizzonte dell'ordine pubblico, era rivolta essenzialmente ad impedire la diffusione di epidemie e malattie contagiose<sup>235</sup>. Il processo teso a valorizzare la dimensione individuale del diritto in questione è stato lento e per nulla scontato: quando, del resto, la visione collettiva ha lasciato il posto a quella sociale, quest'ultima ha rischiato di appannare la dimensione più autenticamente individuale<sup>236</sup>.

<sup>232</sup> Per tutti V. DURANTE, *op. cit.*, 579 ss.; M. BÉLANGER, *Origine et histoire du concept de santé en tant que droit de la personne*, in *Journal int. bioeth.*, 9/1998, 57 ss.; C. BYK, *The history of the right to health as a human right*, *ivi*, 15 ss.; P. C. KUSZLER, *Global Health and the Human Rights Imperative*, in *AJWH*, 2007, 99 ss.

<sup>233</sup> V. DURANTE, *op. cit.*, 580.

<sup>234</sup> Cfr. N. HASSOUN, *The Human Right to Health*, in *Philos. Compass*, 2015, 278 ss., la quale, passando in rassegna gli orientamenti "scettici" rispetto a un inserimento del diritto alla salute nel catalogo dei diritti umani, evidenzia come gli stessi, almeno in parte, osservino che un preteso diritto umano alla salute sarebbe troppo vago e in fondo non necessario.

<sup>235</sup> Per le principali tappe di tipo storico R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 515 ss.; C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, *Agg.* V, Milano, 2001, 1009 ss.; A. GRECO, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in *Resp. civ.*, 4/2007, 304 ss.

<sup>236</sup> G. ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, *Noviss. dig.*, *App.* VI, Torino, 1983, 914, che addirittura ritiene di non dover condividere l'incerta qualificazione della salute come diritto sociale; M. LUCIANI, voce *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, XXVII, Roma, 1991, 2 ss. Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà di curarsi*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, 21, la quale, con specifico rife-

che pure, a ben vedere, rappresenta il presupposto logico e giuridico per ogni altro tipo di tutela del diritto *de quo*. Non è un caso che persino una norma cardine come quella contenuta nell'art. 32 Cost., nella quale convivono l'anima individuale e quella collettiva e/o sociale del diritto alla salute, abbia faticato a liberarsi dall'etichetta di disposizione meramente programmatica, anche per la convinzione che la sua attuazione avrebbe comportato un'incidenza economica eccessiva sulle strutture pubbliche e nei rapporti tra privati<sup>237</sup>. La perdurante assenza del diritto alla salute tra quelli previsti nel catalogo della CEDU<sup>238</sup> rappresenta una delle testimonianze più eloquenti di come il peso sociale del diritto rischi di soffocare il suo respiro più autenticamente individuale.

Il diritto alla salute sembrerebbe dunque partecipare di una sorte per certi aspetti singolare. Da una parte si rivela legato al concetto stesso di dignità umana o, in ogni caso, individua il nucleo duro dei diritti "intoccabili" e "non bilanciabili". Dall'altra parte fatica a emergere in una dimensione "pregiudizialmente individuale".

Si tratta, evidentemente, di una questione che assume un valore ancor più significativo se calato nel contesto dei luoghi di detenzione, per almeno due ragioni.

Anzitutto per soggetti privati della libertà personale diviene fondamentale garantire la salute, prima ancora che come "diritto a" (nella *species*, in particolare, del diritto di prestazione), come "diritto di" (aspettativa negativa di non lesione)<sup>239</sup>, non comprimibile neppure per esigenze di sicurezza.

In secondo luogo la condizione dei soggetti ristretti mostra in maniera evidente la necessità di una nozione di salute sufficientemente determinata e, quindi, "giustiziabile". Si pensi, solo per restare all'aspetto più evidente, all'ampia nozione di malattia scolpita solennemente nella Costituzione istitutiva dell'Organizzazione mondiale della Sanità nel 1948, secondo la

---

rimento al "dovere di cura della propria salute", osserva come la lettura del primo comma dell'art. 32 Cost. suggerisca che «la collocazione della salute come diritto dell'individuo prima, come interesse della collettività poi, non possa esser letta altrimenti che nel senso di una netta priorità della tutela del bene individuale, rispetto all'interesse della collettività che per il suo tramite certamente si realizza».

<sup>237</sup> G. ALPA, *op. cit.*, 913. Per un più generale inquadramento storico-sistematico dell'art. 32 Cost. e per le necessarie indicazioni si rinvia alla ricca indagine di S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 85 ss.

<sup>238</sup> Si rinvia sul punto a F. CECCHINI, *op. cit.* Cfr. anche l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in cui il diritto alla salute "si confonde" in un elenco comprensivo di altri diritti sociali.

<sup>239</sup> Per tutti A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989 e M. LUCIANI, voce *Diritto alla salute*, cit., 2 ss.

quale la salute non si identificherebbe nella mera assenza di malattia, ma in uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale». Sono state già efficacemente evidenziate le debolezze insite in una nozione talmente ampia da sfumare nei contorni di un'aspirazione utopistica<sup>240</sup>, che, se da un lato rischia di alimentare l'illusione del potere taumaturgico della medicina, dall'altro mal si presta a costituire la base di un diritto giustiziabile. Il paradosso della nozione ampia di salute identificata con l'obiettivo sostanzialmente irraggiungibile del completo benessere psicofisico dell'individuo, la quale comporterebbe che nessun individuo possa dirsi davvero sano e che quindi tutti siano da considerare inevitabilmente malati<sup>241</sup>, emerge in tutta la sua evidenza proprio in riferimento ai soggetti detenuti: lo stato di privazione della libertà personale mostra in effetti un'incompatibilità strutturale con un preteso benessere complessivo della persona.

Il superamento del paradigma organicistico che riduceva la salute all'assenza di malattia deve considerarsi, pare opportuno precisarlo, come un risultato che sarebbe poco auspicabile mettere in discussione: la premessa in questione vale certamente quando la salute divenga oggetto di riflessione sul piano bioetico, quando si tratti di meglio definire il rapporto medico-paziente<sup>242</sup> o quando si discuta della tutela della salute in una prospettiva politico-sociale (*sub specie*, in particolare, delle politiche di prevenzione). Se però la prospettiva è – lo si ripete ancora una volta – quella tendente a isolare un diritto individuale a fronte della cui violazione sia possibile ricorrere agli strumenti giurisdizionali, una nozione “restrittiva” di malattia, probabilmente, si rivela quella più funzionale allo scopo<sup>243</sup>.

<sup>240</sup> D. CALLAHAN, *The WHO definition of “health”*, in *The Hastings Center Studies*, 1973, 77 ss. evidenzia come, sebbene un certo grado di astrazione sia inevitabile quando si abbia a che fare con concetti generali, il rischio è non solo quello di trovarsi di fronte a definizioni parziali, ma, soprattutto, quello di prestarsi a possibili “abusi”: la medicina, a tacer d'altro, diverrebbe lo strumento di una pretesa “ricerca della felicità” e si farebbe confluire nel concetto di salute la risoluzione di ogni questione di carattere etico e/o sociale. Sugli aspetti positivi di una definizione ampia di salute v. però S. ROSSI, *op. cit.*, Milano, 2015, 106.

<sup>241</sup> V. in particolare F. LEONARDI, *Il grande paradosso della salute. La salute non è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. Nuove prospettive*, Pisa, 2015 e R. CIOFI, *Verso una nuova definizione del concetto di salute - Oltre la definizione dell'OMS*, in *www.psychiatryonline.it*, 17 aprile 2015 (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>242</sup> Una nozione di salute che, incentrata sul concetto di “benessere per il singolo”, si mostri intrisa di connotazioni anche soggettivistiche, rappresenta indubbiamente una delle basi di quella “rivoluzione copernicana” che da una concezione meramente paternalistica del rapporto medico-paziente ha condotto alla centralità dell'alleanza terapeutica.

<sup>243</sup> Posta l'innegabile connessione sussistente tra il concetto di salute e quello di malattia, potrebbe risultare interessante la vicenda interpretativa che interessa la nozione di malattia quale elemento costitutivo del delitto di lesione personale (art. 582 c.p.). Il superamento del

Potrebbe in particolare ritenersi che la salute, in via di prima approssimazione, debba essere intesa come la condizione di chi non necessita di cure mediche. Non si tratterebbe, dunque, di tutelare un non meglio precisato stato di complessivo benessere dell'individuo, ma "semplicemente" una condizione fisica e mentale che non necessiti di cure, sulla base, evidentemente, del sapere scientifico di riferimento.

Da una più puntuale delimitazione del concetto di salute potrebbero derivare almeno due effetti positivi. Si ridimensionerebbe anzitutto l'impressione che la salute del detenuto, già a livello definitorio, necessiti di adattamenti strutturalmente necessari, con effetti apprezzabili soprattutto sul piano della salute psichica. Se, in effetti, un generico benessere psichico servirebbe a ben poco sul piano della tutela, un più puntuale riferimento alla non necessità di cure di tipo psicologico o psichiatrico, forse, potrebbe contribuire alla messa a fuoco di una questione che troppo spesso resta in ombra nelle ricostruzioni di tipo scientifico e che invece, stando ai resoconti provenienti dalle voci di dentro, assume almeno in certi i casi i caratteri di autentica "emergenza psichiatrica"<sup>244</sup>.

---

paradigma organicistico si è tradotto nel passaggio dalla nozione "giuridica" a quella "medica" del concetto di malattia: si tratterebbe di valorizzare non tanto ogni alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, quanto piuttosto la sussistenza di un processo patologico (acuto o cronico, localizzato o diffuso) che implichi un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo sotto il profilo fisico o psichico. Tralasciando i profili relativi all'esigenza di "graduare" l'intensità della malattia penalmente rilevante, la nozione medico-legale ha l'indubbio pregio di ricomprendere non solo le malattie nel corpo ma anche quelle nella mente, senza indulgere a un paradigma meramente organicistico, ma preservando, pur con le innegabili difficoltà di accertamento, parametri definitivi di tipo oggettivo. La nozione giuridica, come ampiamente noto, è anche quella proposta dalla *Relazione al progetto definitivo del codice penale*, II, 379 e, sebbene non abbia ricevuto particolari consensi in dottrina, è rimasta a lungo prevalente nella giurisprudenza di legittimità, che invece nell'ultimo decennio ha mostrato significative aperture nei confronti della nozione medico-legale: tra le tante Cass., Sez. IV pen., 19 aprile 2016, n. 22156 e, soprattutto, Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, cit.. Le pronunce più recenti, tuttavia, mostrano particolare predilezione per la valorizzazione di un'alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, con la conseguenza per cui, per esempio, l'ecchimosi continua ad essere ricondotta alla nozione di malattia rilevante *ex art.* 582 c.p.: Cass. sez. V pen., 18 marzo 2015, n. 38914; Cass. sez. IV pen., 19 aprile 2016, n. 22156; Cass. sez. V pen., 30 maggio 2014, n. 44026; Cass., sez. VI pen., 26 marzo 2014, n. 34174. A favore di una nozione medico-legale di malattia, che, a tacer d'altro, avrebbe il pregio di rendere meglio riconoscibili i confini tra lesioni e percosse, oltre alla prevalente manualistica, v. P. BAIMA BOLLONE, V. ZABREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, spec. 23 ss.; M.G. GALLISAI PILO, voce *Lesione e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 392-396; T. GALIANI, voce *Lesioni personali*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 144 ss.

<sup>244</sup> A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della*

Il tema della salute mentale dei detenuti è emblematico. Se spesso tra il “dire e il fare c’è di mezzo il carcere”, nel senso che l’universo penitenziario è quello dei diritti affermati ma non attuati, in questo caso la lacuna sembra rinvenibile già a monte. È francamente inaccettabile, per uno Stato dei diritti (ma anche per un “semplice” Stato di diritto), la perdurante assenza nell’ordinamento di una disciplina organica relativa al trattamento della malattia mentale in carcere<sup>245</sup>. Così come francamente inaccettabile è la constatazione per cui la previsione di “circuiti differenziati” sia confinata tra le questioni che attengono all’organizzazione della singola struttura o che si perdano nel consueto oceano di circolari, *a fortiori* in un momento storico in cui il “definitivo superamento” degli OPG rischia di risolversi in un esponenziale aumento di sofferenti psichici in carcere<sup>246</sup>.

In secondo luogo una nozione circoscritta di salute potrebbe favorire una più sicura collocazione degli altri diritti fondamentali del detenuto, che pure contribuiscono a determinare il suo stato di “benessere” (sebbene non completo). Il riferimento è, in particolare, al diritto a un ambiente salubre inteso come ambiente carcerario “degno” (artt. 5 e 6 ord. penit.), ma anche alle prescrizioni relative al vestiario e al corredo (art. 7 ord. penit.), all’igiene personale (art. 8 ord. penit.), al vitto (art. 9 ord. penit.) e alla permanenza all’aria aperta. Pur trattandosi di norme che svolgono una funzione strumentale rispetto alla tutela della salute<sup>247</sup>, sul piano della tutela interna<sup>248</sup> pare opportuno rimarcare la loro autonomia strutturale e giurisdizionale, in modo da assicurare la tutela dei corrispondenti diritti indipendentemente dagli effetti che la loro violazione comporti sul non meglio precisato “benessere” del detenuto.

---

*polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP*, n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, p. 60. V. anche F. FIORI, *I minorati psichici nel sistema penitenziario italiano, profili di gestione e compatibilità con l’esecuzione penale*, ivi, 91 ss.

<sup>245</sup> Per una organica ricostruzione del dato normativo di riferimento si rinvia a M. CAREDDA, *op. cit.* e a G. CAMERA, *op. cit.*

<sup>246</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l’eterna dialettica tra “cura” e “custodia” nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1363.

<sup>247</sup> A. BERNASCONI, *Art. 11*, cit., parla di «salvaguardia preventiva» della salute dei reclusi. Per un inquadramento delle disposizioni in questione nella cornice più ampia del diritto alla salute v. anche M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 142.

<sup>248</sup> Sul versante del sistema CEDU, per contro, si tratta di aspetti che tenderanno a confluire nell’ampio contenitore dell’art. 3 CEDU.

### 9.1. *La salute dei detenuti in concreto*

Se, dunque, da un punto di vista ricostruttivo la salute dei liberi e quella dei detenuti non sembrerebbe individuare il contenuto di diritti “diversi”, è innegabile che una completa equiparazione tra la salute fuori e dentro le mura si risolverebbe in un’operazione acritica e irrealistica.

A venire in considerazione è in primo luogo la consistenza del carcere come agente patogeno, in grado di aggravare condizioni di malattia già esistenti o di determinare l’insorgenza di nuove patologie come effetto della detenzione<sup>249</sup>. Si pensi, a tacer d’altro, alle questioni di salute/malattia derivanti dal peculiare regime cui è sottoposto il detenuto, quali, per esempio, il trauma da ingresso in carcere.

A ciò si aggiunge che le logiche della sicurezza condizionano indubbiamente tanto il rapporto tra operatore e paziente quanto le concrete misure da adottare a fronte di uno stato patologico lamentato dal soggetto detenuto: si pensi, in particolare, all’esigenza di individuare possibili simulazioni al fine di evitare che la tutela della salute divenga il pretesto per accedere a condizioni di detenzione più favorevoli<sup>250</sup>.

Il fatto che sia ravvisabile un problema di salute all’interno del carcere è confermato dall’elevato tasso di suicidi<sup>251</sup>, non solo tra i detenuti ma anche tra gli agenti di polizia penitenziaria<sup>252</sup>.

Questo però è un ambito in cui il compito del “giurista-non-operatore” necessariamente si arresta, non potendo andare molto al di là della mera denuncia di una situazione, è il caso di dirlo, patologica e a tratti incancrenita.

<sup>249</sup> M. BARTOLINI, *La questione psichiatrica all’interno degli istituti di pena*, in *Ristretti.it*: «Il carcere pervertisce, aliena, disgrega, è un momento di vertigine dove tutto si proietta lontano. Non esistono spazi per la dimensione umana, fisica e affettiva. Paura di aggressioni, incertezze del proprio futuro, stati depressivi e di rovina, sindromi psicosomatiche, manifestazioni disforiche, crisi di ansia possono rendere la sopravvivenza in carcere ancora più difficile. Alle forme di patologia fisica si aggiungono forme di sofferenza psichica, di disturbi della personalità e, in rari casi, forme di patologia mentale a carattere reattivo psicogeno, determinate dalle condizioni di vita proprie di ogni carcere»; G. MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. dir. penit. e crimin.*, 2005, 59 ss.

<sup>250</sup> In generale S. FERRACUTI, *Simulazione e malattie simulate*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, XXIII, Psichiatria forense generale e penale, Milano, 1990, 671 ss. Più nello specifico N. ANSELMINI, V. SAVOJA, *La simulazione della malattia mentale in ambito penitenziario*, in *Riv. psych.*, 3/2004, 208 ss.; A.M.A. NIVOLI [et al.], *La simulazione della malattia mentale nelle istituzioni penitenziarie*, in *Giorn. it. psicopat.*, 2011, 203 ss.;

<sup>251</sup> Per tutti L. BACCANO, F. MORELLI, *Morire di carcere*, in *Criminalia*, 2009, 435 ss.

<sup>252</sup> V. già E. CARLETTI, *Carcerati e carcerieri: tutti carcerati, in fondo*, in *Il carcere riformato*, cit., 177 ss.

Il “giurista-non-operatore”, tuttavia, può (deve?) prendere atto che la base legislativa su cui, anche nel carcere in senso stretto, si pretende di fondare la tutela della salute del ristretto è ancora troppo labile perché si possa desistere dallo sforzo di sottolinearne l’inadeguatezza: l’art. 11 ord. penit. tratteggia un sistema carente delle basilari garanzie in punto di contraddittorio e di controllo<sup>253</sup>.

Il giurista “teorico”, allora, può e deve perseguire nell’opera di “disinganno”, marciando al fianco degli operatori e proponendo costruzioni (o ricostruzioni) teoriche sufficientemente solide; anche perché l’apparente *pax Torreggianis*, se adagiata su fondamenta scricchiolanti, non tarderà a lasciare spazio a una nuova, ennesima emergenza<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 45, che non esita a parlare di «più totale informalità».

<sup>254</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1204 ss.