

# LA DELEGA PER LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

di Pasquale Bronzo

(Ricercatore di diritto processuale penale, Università Sapienza, Roma)

SOMMARIO 1. Pregi della delega. - 2. Limiti della delega - 3. I nodi da sciogliere. - 3.1. Automatismi. - 3.2. Affettività. - 3.3. Lavoro. - 4. Rilievi conclusivi.

1. Come noto, la legge l. 23 giugno 2017, n. 103 contiene anche la delega - molto attesa - per la riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>1</sup>. La proposta dalla quale prendeva avvio l'iter della cd. legge Orlando nella sua originaria titolazione finalizzava le modifiche alla «effettività rieducativa della pena»<sup>2</sup>. Questo dato sollecita due rilievi.

Primo: che si avverta - oggi - la necessità di assicurare *effettività* al finalismo rieducativo della pena denuncia la scarsa attuazione del principio costituzionale per la cui realizzazione fu varata, ormai quarantadue anni fa, la legge di ordinamento penitenziario<sup>3</sup>. In effetti, quella legge così avanzata - che abbandonava l'impronta custodialistica ancora visibile nella disciplina dell'esecuzione penale, per abbracciare convintamente le logiche della risocializzazione<sup>4</sup> - non è mai stata applicata appieno. Ciò è derivato da varie cause, alcune originarie, altre sopravvenute.

Una 'effettiva' applicazione è mancata *ab origine* in relazione ad alcuni istituti, organizzativamente faticosi, ma di importanza centrale nella realizzazione delle finalità rieducative (si pensi alle misure alternative, pensate per costituire forme, seppur extramurarie, di *espiazione* della pena); altri istituti hanno invece risentito di una cultura meno avanzata rispetto alle disciplina legislativa (si pensi al ruolo del volontariato).

---

<sup>1</sup> Sulla quale cfr. P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E. M. Mancuso, Milano, 2017, p. 602; F. Fiorentin, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 307; F. Fiorentin, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Milano, 2017, p. 415; C. Fiorio, *Art. 1, comma 85 Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, V ediz., Milano, 2017, Tomo III, p. 3546; A. Furguele, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Giappichelli, 2017, p. 325; P. Maggio, *La delega in materia penitenziaria*, in *Arch. p. proc. pen.* 2017, p. 67

<sup>2</sup> Si tratta del ddl. n. 2798/C presentato il 23 dicembre 2014. Per un commento al primo testo della delega e una serie di suggerimenti al legislatore delegante e all'ipotetico delegato vedi le proposte in *Carceri: materiali per una riforma*. Working paper, a cura di G. Giostra, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 giugno 2015.

<sup>3</sup> Lo nota G. Giostra, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismi.it*, 2015, f. 2, p. 4 ss., il quale ricorda il timore di F. Bricola (*Introduzione*, in *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, p. 10) che il buon esito della novella potesse essere compromesso dalla mancata riforma penale e dal conseguente sovraffollamento carcerario; che la mancata predisposizione di un apparato amministrativo di gestione delle misure alternative spingesse queste ultime verso l'indulgenzialismo; che, data la distanza tra la spinta ideale di quella legge e il contesto socio-culturale, gli allarmi securitari portassero ad includere l'organizzazione dell'espiazione carceraria nelle logiche della politica dell'ordine pubblico.

<sup>4</sup> Tratto ulteriormente enfatizzato dalla successiva legge Gozzini, l. 10 ottobre 1986, n. 663.

A partire dalla fine degli anni '80, poi, istanze securitarie manifestatesi sempre più acutamente nella società e nella politica hanno condotto all'introduzione di quei noti meccanismi normativi che indirizzano alcuni detenuti particolarmente 'pericolosi' verso percorsi detentivi differenziati; già agli inizi degli anni '90 molti di questi meccanismi, strumentalizzati come incentivo alla collaborazione processuale, erano divenuti mezzi di contrasto alla criminalità organizzata (art. 41-bis, art. 4-bis)<sup>5</sup>; oggi automatismi e preclusioni sacrificano alla tranquillità collettiva gran parte delle possibilità di risocializzazione di una sempre più vasta platea di detenuti (si pensi ai 'recidivi qualificati')<sup>6</sup>. Si può insomma dire che quella del 1975 sia una riforma almeno in parte tradita; e viene da chiedersi se oggi, alla vigilia di quella che è definibile come 'riforma della riforma', sia lecito sperare in una sorte migliore.

Almeno un paio di dati ci consentono di sperare bene.

Anzitutto, nonostante il periodico riproporsi di politiche di stampo populista, negli ultimi anni il nostro ordinamento si va affrancando dall'idea che la pena costituisca la migliore risposta al reato<sup>7</sup>.

In secondo luogo, la riforma qui discussa è stata preceduta, l'anno scorso, dall'inedita iniziativa degli "Stati generali dell'esecuzione penale". Per sei mesi i problemi della esecuzione della pena sono stati al centro di analisi e dibattiti che hanno coinvolto studiosi, operatori, interlocutori della società civile, nel corso dei quali sono stati interpellati tutti i diversi portatori di interessi<sup>8</sup>.

All'iniziativa va riconosciuta una *doppia* utilità, ai fini della riforma dell'ordinamento penitenziario. Da un lato, la consultazione e i dibattiti seguenti hanno consolidato ed esteso quella consapevolezza collettiva del valore della rieducazione dei condannati da sempre messa in pericolo dall'accennato populismo penale: l'esperienza della legge penitenziaria del '75 ha infatti dimostrato che in quest'ambito le istanze securitarie mettono a dura prova la capacità dei prodotti legislativi di resistere nel tempo, se essi non vengono protetti da «presidi culturali» che li facciano percepire 'giusti' dalla *collettività*<sup>9</sup>.

Dall'altro lato, la consultazione pubblica ha attivato una sorta di 'concorso di idee' particolarmente prezioso, a fini 'istruttori', alla vigilia della riforma: se quello dell'esecuzione penitenziaria è un sistema straordinariamente complesso, dipende

<sup>5</sup> Sugli enormi problemi posti da questi istituti cfr. A. Presutti "Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in Id., (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 62 ss., nonché più di recente F. Fiorentin, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. Pen.*, 2003, 446.

<sup>6</sup> Derivano dall'accumulo di queste novelle involutive le «forti contraddizioni tra la sanzione teoricamente pensata in senso rieducativo e quella realmente applicata in senso punitivo» (P. Maggio, *La delega*, cit. p. 67)

<sup>7</sup> Si pensi alla recente introduzione della messa alla prova degli adulti, della non punibilità dei fatti tenui, all'ultima depenalizzazione, all'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute; alla creazione di un autonomo dipartimento del Ministero della giustizia per l'esecuzione penale esterna, che punta ad assicurare maggiori risorse ed attenzione alle misure alternative (cfr. G. Giostra, *La riforma della riforma penitenziaria*, cit., p. 6 ss., il quale ravvisa positivi indicatori nel potenziamento delle tutela dei diritti dei detenuti attraverso l'introduzione del reclamo giurisdizionale).

<sup>8</sup> Cfr. l'attenta analisi di F. Fiorentin, *La conclusione degli stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2016.

<sup>9</sup> G. Giostra, *La riforma della riforma*, p. 9, che descrive come una «placenta culturale» per la legge nascita il lavoro degli Stati generali.

non tanto dalla delicatezza dei valori in gioco, quanto dalla molteplicità ed eterogeneità degli attori. Si tratta infatti di un sistema che richiede l'apporto di un gran numero di soggetti, non tutti operatori giuridici (come sono i magistrati, i cancellieri, gli avvocati, le forze di polizia), né tutti operatori del settore (come sono gli educatori, o i funzionari amministrativi); per funzionare efficacemente, poi, esso necessita anche della cooperazione di soggetti provenienti da ambienti estranei alla giustizia penale: medici, infermieri, psicologi, pedagogisti, ministri di culto, interpreti, operatori economici (imprenditori, pubblici e privati, industriali o agricoli, cooperative con vari oggetti sociali, dai servizi al terzo settore); e serve, nondimeno, l'apporto dei cittadini comuni, attraverso il volontariato. Ogni soggetto immette in quel sistema competenze e sensibilità proprie della categoria di appartenenza, spesso molto diverse tra loro. Per questo, la revisione di un simile apparato richiede analisi e valutazioni che decodifichino diverse esigenze e sensibilità, difficilmente acquisibili nei tempi e nei modi dell'ordinario esercizio di una delega legislativa; di certo non nella misura che invece è stata consentita da quella procedura di ascolto democratico.

Questa istruttoria allargata dovrebbe aver favorito lo studio delle soluzioni non solo astrattamente preferibili ma anche quelle destinate alla migliore applicazione e da parte dei diversi *operatori*. E c'è da sperare che di quelle soluzioni il legislatore delegato sappia fare tesoro; il delegante se ne è servito, dato che i criteri direttivi, almeno nella selezione delle linee di intervento, sono pressoché sovrapponibili alle linee guida contenute nella relazione finale<sup>10</sup>.

Un altro spunto di riflessione si può trarre – dicevamo – dalla circostanza che nel titolo originario del progetto legislativo si finalizzasse la riforma alla «effettività rieducativa della pena»: essa ci dice infatti che il legislatore non imputa la crisi dell'attuale sistema penitenziario al fallimento dell'ideale rieducativo – come da qualche parte si sostiene – bensì all'insufficiente realizzazione di quest'ultimo. Cosicché l'esperienza dell'attuale normativa penitenziaria non deve indurci ad abbandonare l'aspirazione ad un carcere risocializzante, in favore del più realistico traguardo di un carcere capace di garantire la sicurezza rispettando la legalità; occorre piuttosto trovare modi e mezzi in grado di attuare finalmente quei principi nella parte in cui essi sono da troppo tempo soltanto enunciati.

Si può dire che questa riforma sia «nata dalla crisi»<sup>11</sup>, nel senso che la presentazione del disegno di legge si colloca all'interno della serie di iniziative e provvedimenti attraverso i quali il nostro Paese ha dato risposta alla questione carceraria conclamata con la dichiarazione di emergenza di cui al d.p.c.m. 13 gennaio 2010, ed alla condanna che ne è derivata ad opera della Corte di Strasburgo (8 gennaio 2013, *Torreggiani vs. Italia*)<sup>12</sup>. Essa però risponde, prima ancora, ad una esigenza (più profonda e meno contingente) di una messa a punto dell'opera – solo

---

<sup>10</sup> Si tratta della relazione redatta dal Comitato di esperti che ha sintetizzato le riflessioni maturate nei vari Tavoli Lo nota A. Furgiuele, *La riforma del sistema*, cit. p. 325.

<sup>11</sup> F. Fiorentin, *La delega di riforma*, cit. p. 415.

<sup>12</sup> Leggila in *Cass. pen.* 2013, p. 1203,.

avviata, nel 1975 - di conformazione della nostra esecuzione penale al paradigma costituzionale della rieducazione.

2. Non sono solo 'luci', tuttavia: questa delega ha i suoi limiti. Anzitutto, la genericità dei criteri direttivi, «che, per la vaghezza della loro formulazione, assomigliano più ad un ambizioso catalogo di buoni propositi che non a guide operative per il legislatore delegato»<sup>13</sup> al quale molto spesso si lascia, di fatto, mano libera. Su molti temi risulterebbe consentita anche un'attuazione minimale, fino al sostanziale svuotamento delle direttive.

In secondo luogo, pesa un'assenza. Ad ostacolare la piena attuazione dell'ideale rieducativo proclamato dalla Costituzione è, da sempre, non solo e non tanto l'inflazione penalistica, che incide sul *quantum* della risposta penale, ma il *quomodo* di questa risposta, che è ancora di fatto imperniato sul carcere. Naufragata la prospettiva di una riforma penale, dopo il mancato esercizio della delega contenuta nella l. 28 aprile 2014, n. 67, in materia di pene detentive non carcerarie, questa riforma «presenta [...] un limite "a monte", non incidendo anche sul sistema delle pene»<sup>14</sup>.

Infine, questa delega esordisce chiedendo al Governo di operare «fermo restando quanto previsto dall'art. 41-bis». La clausola di riserva è facilmente spiegabile con l'intento di propiziare il varo di una novella (già di per sé delicata) che sarebbe stato complicato dal coinvolgimento di un istituto-simbolo come quello del 'carcere duro'<sup>15</sup>. Ciò nondimeno, la scelta ha qualche costo in termini di coerenza della riforma, e soprattutto rappresenta un'occasione mancata per migliorare un istituto la cui compatibilità costituzionale e convenzionale è da sempre controversa<sup>16</sup>, quantomeno per un certo difetto di proporzionalità dei sacrifici imposti ai diritti fondamentali a fini di sicurezza collettiva<sup>17</sup>.

Un'altra complicazione è stata ravvisata nella clausola di invarianza finanziaria (comma 92 della legge) apposta dalla legge Orlando in relazione alle deleghe ivi contenute<sup>18</sup>. In realtà, l'apposizione di tale clausola anche nelle leggi-delega è una evenienza oggi pressoché ordinaria, data da un lato la cronica scarsità di risorse finanziarie e, dall'altro, l'attuale disciplina della contabilità di Stato, che dalle deleghe contenenti norme onerose esige la garanzia delle somme necessarie all'adozione dei

<sup>13</sup> G. Giostra, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. giust.*, 2015, f. 5, p. 62.

<sup>14</sup> P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale*, cit., p. 23.

<sup>15</sup> Sul punto il delegante non ha recepito le articolate riflessioni degli Stati generali (cfr. P. Maggio, *La delega in materia penitenziaria*, cit., p. 68).

<sup>16</sup> Cfr. Corte edu, 28 febbraio 2000, Messina c. Italia; 30 ottobre 2003, Ganci c. Italia, 19 marzo 2013, Riina c. Italia, 1° settembre 2015, Paoletto c. Italia.

<sup>17</sup> Qualche ritocco avrebbe consentito una 'messa in sicurezza' della disciplina, rispetto al rischio di ben più traumatici interventi da parte delle Corti di garanzia Cfr. F. Fiorentin, *La delega per la riforma*, cit. p. 307, il quale fa riferimento, in particolare, alla opportunità di riproporzionare le limitazioni, limitare la discrezionalità amministrativa, potenziare i controlli giurisdizionali, carenti in termini di rapidità e, dunque, di effettività, e vieppiù indeboliti per effetto della novella che ha stabilizzato l'istituto nel nostro ordinamento (l. 15 luglio 2009, n. 94).

<sup>18</sup> P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale*, cit., p. 23.

successivi decreti legislativi di attuazione<sup>19</sup>. Solitamente, nell'impossibilità di prevedere stanziamenti all'atto di approvazione della delega, le coperture vengono ricercate 'in corsa', dagli uffici ministeriali e governativi competenti, nelle more della predisposizione dei decreti; spesso si ricorre alle leggi finanziarie istituendo fondi appositi<sup>20</sup>. Una modalità 'normale' dunque, che crea tuttavia qualche incertezza quando, come in questo caso, lo studio delle soluzioni attuative è affidato dal Ministro ad una commissione di tecnici.

3. Sulla scelta delle linee di intervento effettuata dal Parlamento è difficile non convenire<sup>21</sup>; del resto la selezione è tributaria, s'è detto, delle riflessioni degli Stati generali, che già avevano registrato un diffuso consenso fra studiosi ed operatori; tra le pieghe della delega sono tuttavia facilmente visibili i punti problematici; in questa sede possiamo soltanto accennare a quelli principali.

3.1. Il più serio è nel criterio di cui alla lett. e), che – in modo alquanto articolato – richiede la «*eliminazione* di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato», mentre richiede la «*revisione* della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo», aggiungendo però «salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale».

Si tratta di un punto qualificante della riforma: se si vuole davvero conformare il nostro sistema al principio rieducativo e scongiurare frizioni col principio costituzionale di eguaglianza, *sub specie* di ragionevolezza delle scelte legislative, occorrerebbe superare il reticolo degli automatismi penitenziari, restituendo al giudice di sorveglianza la discrezionalità necessaria a contemperare risocializzazione e sicurezza collettiva; o quantomeno impedire l'attuale paradosso per cui, in date ipotesi, l'acclarato conseguimento delle finalità rieducative della pena deve essere ignorato dal giudice, astretto dal meccanismo presuntivo<sup>22</sup>.

La criticità maggiore della previsione contenuta nella lett. e) è data dalla circostanza (della quale il delegato non può che prendere atto) che l'opzione a favore

---

<sup>19</sup> Cfr. art. 17 L. 31.12. 2009, n. 196: ove «per la complessità della materia trattata» non sia possibile in sede di delega determinare gli effetti finanziari, è consentito quantificare i costi nei decreti legislativi, ma in questi ultimi non è permesso però di individuare le coperture necessarie, non trattandosi di atti 'approvati' dal Parlamento: occorrono, all'uopo, provvedimenti legislativi successivi alla delega, alla cui entrata in vigore è subordinata l'emanazione dei decreti; per le norme programmatiche o per le leggi di riforma per la cui realizzazione occorrono tempi lunghi e ulteriori provvedimenti attuativi, è consentito di rinviare l'individuazione delle risorse a provvedimenti successivi o alle manovre di bilancio.

<sup>20</sup> E' accaduto di recente per un'altra riforma importante, quella del cd. *Jobs act*, di cui alla l. 10.12. 2014, n. 183.

<sup>21</sup> Se si eccettua l'assenza dell'istituto di cui all'art. 41-bis ord. penit., della quale si è detto.

<sup>22</sup> Cfr. Corte Cost., 1.6.2016, n. 125, in *Giur cost.* 2016, p. 1003, con nota di L. Caraceni, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi.*

del principio di individualizzazione del trattamento è perseguita *a metà*: la delega infatti accetta le presunzioni normative di pericolosità in relazione ad una cerchia di fattispecie, per le quali la bilancia, tra istanze securitarie e principio rieducativo, continua a pendere vistosamente a favore delle paure collettive.

Non meno problematica è tuttavia la definizione dell'area che si vuole eccettuata dall'intervento riformatore<sup>23</sup>. La formulazione della norma non fa chiarezza, anzitutto, sul rapporto tra la clausola finale di riserva e i due tipi di interventi richiesti al Governo (la delega prescrive l'*eliminazione* degli automatismi per la generalità dei condannati salvo che per gli ergastolani, in relazione ai quali richiesto al delegato solo una *revisione*). Questo problema interpretativo è tuttavia risolubile agevolmente, sulla base di considerazioni di ordine logico, nel senso della validità della clausola eccettuativa per tutti i tipi di intervento, siano essi di ridimensionamento ovvero di eliminazione<sup>24</sup>. Meno semplice è individuare il perimetro entro il quale gli automatismi non vanno né eliminati né ridotti, ma devono restare, secondo la delega, inalterati.

Si parla in proposito di «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati» e di «condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale». L'ultima fattispecie, senz'altro più chiara, lascia però in ombra la legittimità di eventuali preclusioni correlate a delitti 'comuni' aggravati dal metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione ex art. 7 l. 203/1991. La prima fattispecie («casi di eccezionale gravità e pericolosità») è invece assai più ambigua: la «tipologia dei reati» o le «caratteristiche personali del condannato» che fondano la preclusione vengono individuati attraverso una clausola generale che assegna al delegato una discrezionalità priva di limiti, se non quello ovvio della ragionevolezza. Sembrerebbe coerente con lo spirito della riforma un'interpretazione che, valorizzando l'avverbio «comunque» (inteso nel senso di 'in ogni caso') che collega le due fattispecie, consentisse al Governo di mantenere tutte e soltanto le preclusioni legate ai reati di mafia e terrorismo: il delegato *dovrebbe* eliminare (o ridurre, a seconda dei casi) tutti gli automatismi penitenziari che non siano collegati a reati di mafia e terrorismo, per i quali invece *dovrebbe* mantenere la preclusione; a questa indicazione il delegato *potrebbe* sottrarsi mantenendo preclusioni relative a casi specifici di eccezionale gravità e pericolosità. La delega verrebbe perciò esercitata anche conservando le preclusioni oggi esistenti per i soli reati di mafia e terrorismo, a specificazione della nozione di «casi di eccezionale gravità e pericolosità».

Resta invece affidata alle valutazioni del delegato la rimodulazione delle preclusioni esistenti, soprattutto quella legata alla mancata collaborazione con la

<sup>23</sup> La clausola eccettuativa era assente nell'originario progetto legislativo, e si deve al testo finale come è risultato a seguito dell'approvazione, con voto di fiducia (15 marzo 2017), del maxiemendamento AS -2067-A, che ha consentito il varo della legge dopo due anni di gestazione.

<sup>24</sup> Se infatti la clausola eccettuativa per mafia e terrorismo si riferisse solo agli interventi *riduttivi* (cui si riferisce la seconda parte del criterio in relazione agli ergastolani) e non anche agli interventi di *eliminazione* degli automatismi (ai quali si riferisce la prima parte) il legislatore delegato potrebbe *eliminare* del tutto – ma assai opinabilmente – le preclusioni *anche nei confronti di detenuti condannati per mafia e terrorismo*, con l'unica eccezione degli *ergastolani* (per i quali queste preclusioni potrebbero essere solo *ridotte* ma non eliminate, mentre dovrebbero essere mantenute quali sono nei «casi di eccezionale gravità» e per delitti di mafia e terrorismo).

giustizia dell'art. 4 bis comma 1, che potrebbe essere trasformata (salvo che per mafia e terrorismo) da assoluta in relativa; ossia superabile con adeguata motivazione da parte del giudice, secondo la proposta elaborata dalla Commissione Palazzo<sup>25</sup>, eventualmente valorizzando la presenza di condotte positive nel senso dell'allontanamento del detenuto dall'ideologia criminale<sup>26</sup>.

Qualsiasi rimodulazione dovrà però fare i conti anche con l'accennato divieto di modifica del regime di carcere duro *ex art. 41-bis* ord. penit., che fa rinvio ai *nomina delicti* elencati nel primo comma dell'art. 4-bis.

3.2. Quello delle preclusioni non è l'unico criterio di delega la cui attuazione è problematica, soprattutto per resistenze socio-culturali: l'altro è quello che riguarda la tutela dell'affettività dei detenuti. Nonostante la posizione della Corte costituzionale, che ha definito una «esigenza reale [...] quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale»<sup>27</sup> e della Corte europea per i diritti dell'uomo<sup>28</sup>, e nonostante le indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali<sup>29</sup>, il nostro sistema è ancora carente nel garantire il diritto del detenuto a coltivare la propria affettività durante la detenzione, specie in relazione all'aspetto particolare della sessualità. Quest'ultimo rientra infatti tra i diritti fondamentali, comprimibili in ragione dello stato detentivo solo entro gli ordinari limiti della sicurezza, alla cui assicurazione di certo non bastano i permessi, ancora legati ad una logica premiale, riservati ai condannati e preclusi a chi è in attesa di giudizio, nonché vietati ai detenuti per alcuni reati, in modo assoluto o fino a certe quote di espiazione. Né basterebbe ritoccare la disciplina dei colloqui rimuovendo l'indefettibilità del controllo a vista (art. 18 comma 2 ord. penit.). Occorrerebbe ripensare per intero l'istituto delle visite familiari - quanto a condizioni, numero e durata - per consentire una esplicazione, rispettosa della dignità del detenuto e dei congiunti, di ogni bisogno affettivo compatibile con le esigenze custodiali. Qualsiasi obiezione meno che seria finisce per includere la negazione degli affetti nella pena<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale*, in *Penalecontemporaneo.it*, 19 febbraio 2014

<sup>26</sup> Secondo la variante proposta dal Tavolo XVI degli Stati generali dell'esecuzione penale, cfr. il contributo di F. Siracusano, in *Carceri: materiali per una riforma, cit.*, p. 176 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., 19.12.2012, n.301, in *Giur. cost.* 2012, p. 4726, con nota di F. Fiorentin, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*.

<sup>28</sup> La quale, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria derivante dagli artt. 8 e 12 CEDU ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e "Diritto al matrimonio"), hanno più volte manifestato il proprio apprezzamento nei confronti dei movimenti di riforma in tal senso (cfr. Corte edu, 4.12.2007, Dickson c. Regno Unito; Corte edu 29.7.2003, Alliev c. Ucraina).

<sup>29</sup> Il principio n. 24, comma 2 delle Regole penitenziarie europee, sebbene ammetta che restrizioni alla riservatezza nel corso delle visite possano essere adottate per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, a tutela della vittima ovvero per prevenire la commissione di reati, afferma che deve essere garantito «contatto minimo accettabile» e le modalità delle visite devono favorire il mantenimento e lo sviluppo di relazioni familiari il più possibile normali (quando possibile, devono essere autorizzate delle visite familiari di lunga durata) anche a tutela della famiglia del detenuto.

<sup>30</sup> Considerare la privazione sessuale coesenziale allo stato restrittivo equivale a concepire l'astinenza forzata come uno dei modi attraverso i quali il carcere «fa presa sul corpo» (M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, p. 18).

3.3. E' problematico pure il criterio relativo all'«incremento delle opportunità di lavoro retribuito» (lettera g), anche se per ragioni diverse rispetto ai precedenti punti di delega, attinenti all'efficacia degli interventi rispetto allo scopo. La valorizzazione del lavoro penitenziario rappresenta - effettivamente - uno dei settori più bisognosi di intervento. Di certo gioverebbe ridefinirlo in maniera coerente alla sua funzione trattamentale: l'inclusione del lavoro tra i contenuti delle pene detentive (art. 22, 23, 25 c.p.) e l'obbligatorietà conseguentemente prevista dalla legge penitenziaria (art. 20 ord. pen) stridono con l'idea moderna di una rieducazione che non si impone mai al detenuto, ma che gli si offre, e che necessita della sua adesione.

E tuttavia, l'urgenza di intervenire in materia di lavoro penitenziario si deve soprattutto al fatto che per nessun elemento del trattamento rieducativo si registra uno iato tanto profondo tra le norme, che lo annoverano tra i principali strumenti di risocializzazione, e la realtà, nella quale assistiamo ad una scarsissima 'offerta' lavorativa<sup>31</sup>. Ciò, come noto, dipende da vari fattori, tra i quali primeggia l'insufficienza di fondi, indispensabili per far fronte sia ai costi di organizzazione e gestione, sia a quelli legati alla retribuzione e contribuzione dell'attività lavorativa. Da questo punto di vista, è opinabile che, per avvicinare la realtà all'apparato normativo - che già prevede molteplici meccanismi di incentivazione e facilitazione degli investimenti imprenditoriali nel lavoro carcerario (v. in particolare l'art. 20-bis ord. penit.) e che da poco può giovare anche dell'istituto dell'"impresa sociale"<sup>32</sup> - siano indispensabili nuove norme. Ulteriori strumenti promozionali (che non sarebbero comunque esenti da costi) possono certo giovare, ma a dare smalto al lavoro penitenziario servono innanzitutto seri investimenti finanziari, e una migliore *performance* organizzativa.

Si potrebbe valorizzare un'offerta 'alternativa' a quella del lavoro, ma non meno fruttuosa, a fini risocializzativi, come quella della attività di pubblica utilità, oggi costretta nell'esangue disciplina dell'art. 21 comma 4-ter ord. penit.<sup>33</sup>. Come strumento trattamentale, il lavoro ha infatti alcuni limiti *intrinseci* di compatibilità con il carcere, per le logiche differenti che caratterizzano rispettivamente il lavoro e la pena; per questo - da un lato - l'amministrazione penitenziaria che ha la già difficile 'missione' della custodia dei detenuti e del loro trattamento penitenziario,

---

<sup>31</sup> Dai dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria al 30 giugno 2017 solo il 30 % dei detenuti è impegnato in attività lavorative, e di questa percentuale già esigua di detenuti lavoratori l'86 % lavora alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, impiegato nei servizi d'istituto che rappresentano l'offerta lavorativa meno professionalizzante, meno gratificante, meno responsabilizzante, sia per la qualità delle mansioni che per il *turn over* selvaggio al quale l'amministrazione ricorre per distribuire la (modesta) offerta sul maggior numero possibile di detenuti.

<sup>32</sup> L'impresa sociale è una particolare figura del 'terzo settore', creata col d.lgs 24 marzo 2006, n. 155 e di recente perfezionata dal d.lgs 3.07. 2017, n. 112 (cfr. A. Bernardoni-A. Picciotti, *Imprese sociali tra mercato e comunità*, Rimini, 2017, *passim*) fondata su attività svolte senza scopo di lucro e di interesse generale, per il perseguimento di finalità di utilità sociale, con particolari forme di distribuzione degli utili e forti agevolazioni fiscali, che obbligatoriamente coinvolge lavoratori appartenenti a categorie svantaggiate, tra le quali è annoverata quella dei detenuti.

<sup>33</sup> Cfr. P. Bronzo, *Modifiche in tema di lavoro di pubblica utilità*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra e P. Bronzo, Roma, 2017, p. 203.

fatica a creare offerta di lavoro, e - dall'altro lato - l'imprenditoria privata e pubblica, al di là delle politiche di incentivazione, stenta ad investirvi: non solo per la inadeguatezza dei tempi e degli spazi carcerari, ma anche perché i detenuti sono lavoratori con caratteristiche di estrema fragilità (si pensi all'alta morbilità legata - non solo - alla tossicodipendenza, o al disagio psichico diffuso) poco compatibili con le esigenze del lavoro produttivo di beni o servizi<sup>34</sup>.

4. La drammatica situazione del lavoro penitenziario rende bene l'idea di quanto sia faticosa l'opera di 'risocializzazione' delle persone che hanno commesso un reato, specialmente all'interno di una istituzione che separa dal mondo e dalla società. Gli sforzi che occorrono per 'riempire' il tempo della pena e rendere «utile» il carcere<sup>35</sup> sono *realisticamente* sostenibili solo in un ordinamento capace di contenere quantitativamente questo strumento, all'interno di un sistema di risposte differenziate al problema della criminalità.

Ecco perché, se la sfida di questa legge è quella di riconfigurare le forme di espiazione extramuraria, che in qualche misura chiamano a farsi carico della risocializzazione soprattutto la collettività<sup>36</sup>, il definitivo compimento dell'ideale costituzionale al quale il legislatore aspira - la «effettività rieducativa della pena» - esige che il carcere diventi una *extrema ratio* sanzionatoria.

---

<sup>34</sup> Ciò che induce a ritenere l'idea del carcere-fabbrica (D. Melossi - M. Pavarini, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario* (XVI-XIX secolo), Bologna, 1977) irrealistica, prima ancora che sbagliata.

<sup>35</sup> A. Margara, *Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Questione Giust.*, 2000, 442 ss.

<sup>36</sup> Il Tavolo ad esse dedicato degli Stati generali era intitolato non a caso "Misure e sanzioni di comunità": più che potenziarne l'applicabilità, ormai ampia, occorre, sul piano normativo, riempirle di contenuti e rafforzare gli apparati amministrativi, sul fronte organizzativo.