

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI òROMA TREö
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI FINALE DEL MASTER DI II LIVELLO

in

òDIRITTO PENITENZIARIO E COSTITUZIONEö

ESECUZIONE PENALE E DETTATO COSTITUZIONALE

Relatore:

Prof. Marco Ruotolo

Corsista:

Dott. Fabrizio Minicozzi

Anno Accademico 2016 - 2017

*Chi ha commesso un crimine
è condannato a scontare
la propria pena
con la privazione della libertà,
giammai della dignità!*

INDICE	Pag
INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1	
1.1 La pena e le sue funzioni: principi costituzionali	4
1.2 Il concetto di libertà personale e sue limitazioni	11
1.3 Il principio di legalità: storia ed evoluzione	15
1.4 I diritti costituzionalmente garantiti: art. 2 Cost. cenni	18
1.5 Il concetto di libertà personale: verso la Drittwirkung	19
CAPITOLO 2	
2.1 Il diritto penitenziario come diretta attuazione del dettato Costituzionale	23
2.2 Legge 26 luglio 1975 n. 354	25
2.3 L'esecuzione penale alla luce dell'art. 650 c.p.p.	31
2.3.1 Importanza della motivazione della sentenza	35
2.4 La pena detentiva in carcere come extrema ratio	36
2.5 Verso una esecuzione esterna della pena: l'osservazione scientifica della personalità	39

Conclusioni	42
Bibliografia	45
Siti Internet consultati	50
Ringraziamenti	50

INTRODUZIONE

Nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo il concetto di dignità¹, espresso con la formula «tutti gli esseri umani nascono eguali in dignità e diritti»², presenta diverse interpretazioni e non solo come concetto di dote e o meta. Esso da un lato è espressione di qualità particolari di una persona e quindi espressione di un giudizio di valore in termini specifici; dall'altro, invece, si riferisce ad una qualità appartenente a tutti e quindi alla natura umana. L'art. 3 della Costituzione, l'art. 1 della Carta Europea dei diritti fondamentali³ e il preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo costituiscono l'accezione di riferimento.

La dignità umana, il cui dato distintivo è rappresentato dalla precarietà degli individui come diretta conseguenza della mancanza di libertà, si sostanzia nel diritto al rispetto ossia di pari considerazione delle persone dove libertà ed eguaglianza si fondono. Queste componenti che costituiscono la dignità potranno subire limitazioni, per motivi di sicurezza, ma mai potranno sminuire il valore della persona nel suo complesso per effetto della restrizione in carcere. Essa è intesa come patrimonio irretrattabile della persona umana⁴ che l'articolo 3 della Costituzione italiana pone in termini di eguaglianza e pari dignità sociale affinché il rispetto sia non solo formale ma anche sostanziale affidando alla Repubblica l'obbligo di rimuovere quegli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo. Partendo dalle misure restrittive della libertà personale che incidono altresì sulla libertà residua di ogni singolo uomo (sent. Corte costituzionale n. 349 del 1993) e dal primato della persona umana e dei suoi diritti (sent. Corte Costituzionale n. 26 del 1999) è possibile notare come tale pensiero possa trovare fondamento nell'art. 27 della Costituzione il quale prevede che «le pene non possano consistere in trattamenti contrari al senso

¹ RUOTOLO M., *Dignità e carcere*. II edizione con prefazione di ONIDA V., Napoli, 2014

² Articolo 27 Costituzione 3 comma Parte I Diritti e doveri dei cittadini Titolo I Rapporti civili

³ FLICK G.M., *La costituzione, i diritti, la dignità delle persone* Relazione al convegno Parole di giustizia. Nuovi diritti negati e diritti negati. La Spezia, maggio, 2009

⁴ MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 107

di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato >>. A tal riguardo è doveroso definire che tale concetto abbia avuto nel corso del tempo diverse definizioni. Francesco Carnelutti affermava, infatti, che la terminologia riguardante il concetto di rieducazione può avere una duplice radice nel senso che può essere *ödocereö* o *öducereö*. Il concetto di rieducazione sociale tradotto nei termini del reinserimento sociale è ripreso alla luce della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, della giurisprudenza della Corte EDU ma anche dal progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario, che non a caso fa riferimento alla *öeffettivitàö* della rieducazione. In tal senso la chiave di lettura del principio costituzionale indicato all'art. 27 Cost. non deve essere intesa nel senso dell'imposizione, e quindi rispondente al concetto del *öducereö* di Carnelutti, ma in termini di offerta di opportunità. Affinché il processo rieducativo sia tale è necessario che esso sia volto alla autodeterminazione e responsabilizzazione del destinatario della misura in quanto il rischio che potrebbe realizzarsi è quello dell'astrattezza del significato.

Con la sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 1990⁵ ci si allontana dalla concezione polifunzionale della pena per addivenire ad una valorizzazione massima del grado della finalità di risocializzazione. La Corte ha evidenziato che tutti coloro che sono impegnati nel processo punitivo statale tendono ad un unico obiettivo dove il carcere viene inteso non come punto di arrivo ma come punto di ripartenza dove la finalità rieducativa, prevista dal terzo comma dell'art. 27 Cost. venga intesa come limite all'ordinamento penitenziario chiamato a garantire il processo rieducativo e non ad imporlo dando la libertà al detenuto di aderire o meno al trattamento.

Negli ultimi tempi si pone attenzione al tema dell'esecuzione penale riferendosi inevitabilmente alle condizioni di dignità umana all'interno del carcere. Il processo di riforma dell'ordinamento penitenziario muovendosi in tal senso vuol dare *öeffettivitàö* alla funzione rieducativa della pena che prevede l'applicazione delle leggi; ma queste da sole non bastano, hanno necessità di essere integrate in un clima favorevole evidenziandone il

⁵ Cfr. Corte Costituzionale sentt.. 313 del 1990

cambiamento culturale che deve operare ed interessare tutti coloro che gravitano attorno al contesto carcere.

CAPITOLO 1

1.1 La pena e le sue funzioni: principi costituzionali

Nel corso dei secoli, nei vari contesti storici e culturali, si sono sviluppate differenti correnti di pensiero che puntando su aspetti diversi hanno legittimato il ricorso alla pena ponendo attenzione anche alla sanzione penale che ha da sempre assunto valenza di castigo, di punizione inflitta quale ristoro sociale per il reato commesso. Con riferimento alla pena è possibile individuare due teorie: la teoria assoluta e quella relativa. Secondo il primo approccio, si attribuisce alla sanzione penale una funzione prettamente retributiva, concepita come corrispettivo che deve essere pagato dal reo alla collettività a causa dei suoi crimini. L'idea di fondo può essere riassunta nel brocardo *puniter quia peccatum est*. La teoria relativa esprime una diversa chiave di lettura e punta l'attenzione sulla prevenzione quale scopo della pena dove, a seconda dei suoi destinatari, la prevenzione viene distinta in generale e speciale. Seguendo la teoria general preventiva, la sanzione serve ad impedire la commissione di nuovi reati da parte dei consociati, fungendo da deterrente e guida all'obbedienza; di converso secondo la concezione special preventiva la pena viene inflitta in modo che lo stesso autore di un crimine non ne commetta di nuovi in futuro⁶. Proprio con riguardo alla prevenzione speciale, va osservato

⁶ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori editore, 2008, pag. 33

C. Beccaria fu il promotore della cd. Teoria generalpreventiva. Il suo pensiero fu rivoluzionario sotto il profilo della funzione della pena, che può essere ricavato da questo breve tratto dalla sua opera principale: «Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. [] Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal fare nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali». Sulla scia di Beccaria, si affermò il pensiero di G. ROMAGNOSI D. che, nel 1791, con l'opera *Genesi del diritto penale*, scrisse: «Qual cosa la società si può, e deve proporre di ottenere colla pena? [...] Non di tormentare o affliggere un essere sensibile; non di soddisfare un sentimento di vendetta; non il revocare dall'ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo, bensì incutere timore ad ogni facinoroso onde in futuro non offenda la società.

La teoria specialpreventiva si sviluppò agli inizi del '900 per mezzo della scuola positivista, i cui principali esponenti furono C. Lombroso, E. Ferri e R. Garofalo. Secondo questi AA., la delinquenza era cagionata da uomini antropologicamente sottosviluppati, con deficienze sotto

che per la sua attuazione è necessario individuare due momenti specifici che incidono, da un lato, sull'intimidazione e neutralizzazione del reo attraverso le istituzioni penitenziarie, distaccate dalla realtà sociale, nelle quali scontare per intero la condanna divenuta irrevocabile, dall'altra, optare per la rieducazione e risocializzazione del reo mediante misure alternative che permettano un contatto con il mondo esterno e quindi consentano una modifica dello *status detentionis* nel corso dell'esecuzione della condanna a pena detentiva⁷.

Nel sistema normativo penale antecedente alla Costituzione (codice Rocco risalente agli anni '30) vigeva una regola di tendenziale stabilità ed immutabilità della sentenza di condanna del giudice di cognizione ossia quella emessa dal giudice del tribunale ordinario. In tale contesto normativo si attribuiva alla pena una funzione di prevenzione generale dove essa era essenzialmente "afflizione". Da questa concezione derivava il "principio dell'inderogabilità dell'attuazione integrale della pena", per cui una volta che la condanna avesse acquisito la qualità di cosa giudicata, la determinazione della sanzione penale sarebbe divenuta immodificabile salvo i casi di clemenza (grazia, amnistia, indulto, liberazione condizionale)⁸. Da tale regola ne derivano il principio d'intangibilità del giudicato e la funzione prevalentemente retributiva e general-preventiva della pena. Il compito di vigilare sulla corretta esecuzione dei pronunciamenti del giudice penale fu conferito al giudice di sorveglianza, istituito "presso ciascun tribunale e negli altri luoghi designati con decreto dal ministro della giustizia" (art. 585 c.p.p. 1930).

Nel 1948 è entrata in vigore la Carta costituzionale che, tra tutti gli altri principi, annovera nell'art. 27 Cost. Comma 3 il principio secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". In un primo focus interpretativo avvenuto durante i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, ricordiamo

il profilo psico-fisico e per questo motivo abbisognavano di sanzioni penali che, caricate di una funzione curativa, fossero idonee a neutralizzare la pericolosità sociale .

⁷ MARINUCCI G. ó DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, 2006, pagg. 9 ss.; CANEPA M ó MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 23 ss.

⁸ CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli Editore, 1992, pag. 19-20. F. CAPRIOLI VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2011, pag. 3.

che tale articolo è la risultante di una sintesi di scuole di pensiero diverse ovvero quella Classica e quella Positiva. Per la Scuola Classica, di cui Francesco Carrara era esponente di spicco, l'uomo era dotato di libero arbitrio e di conseguenza il delitto non sarebbe mai il risultato di situazioni ambientali sfavorevoli ma semplicemente un atto scelto consapevolmente⁹. In merito alla funzione della pena, la Scuola Classica sosteneva che essa dovesse ristabilire l'ordine esterno ed essere una risposta al male commesso¹⁰. A questa concezione si contrapponeva quella della Scuola Positiva, per la quale la pena doveva consistere in un processo di rieducazione volto al reinserimento del reo. Al termine dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente in materia di funzioni della pena si evidenziò la necessità di «stimolare positivamente il processo di rieducazione del reo»¹¹ mentre i principi fondamentali (oltre a quelli di salute, istruzione, lavoro e di natura sociale), permettevano di cogliere la vera essenza dell'«inviolabilità dei diritti, che si riferisce al patrimonio irretirabile della persona umana intesa come principio supremo della libertà-dignità, principio che pervade la Costituzione Repubblicana in contrapposizione al tradizionale principio individualistico e liberale della libertà-proprietà, tipico dell'ordinamento pre-repubblicano»¹².

Ritornando ad analizzare il dettato dell'art. 27 C. è possibile individuare due asserzioni in quanto se, da un lato, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato dall'altro, invece, è in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a un'inerte e passiva indulgenza¹³. In tale

⁹ Segretariato Generale, *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, edizione curata dalla Camera dei Deputati, Roma, dicembre 1970.

¹⁰ FIANDACA G.; MUSCO E., *Diritto Penale, Parte generale*, 4 edizione, Zanichelli, Bologna, 2006, pag. 470-480

¹¹ RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, 2014, pag. 9-20

¹² MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pag. 107; BALDASSARRE A., *Libertà (problemi generali)*, in Enc. Giur., XIX, Treccani, Roma, 1990, pag.20;

¹³ Sentenza Corte costituzionale 4 febbraio 1966, n. 12. La Consulta ha affermato, nel significato letterale, che il precetto secondo cui le pene «devono tendere» alla rieducazione del condannato sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa disponendo di tutti i mezzi idonei a realizzarla, ove la pena, per natura ed entità, si presti in tal senso. E' da escludere che la pena pecuniaria possa adempiere ad una funzione rieducativa.

contesto un trattamento umano e civile deve essere individualizzato, volto a riconoscere al condannato diritti e facoltà per un trattamento rieducativo libero da costrizioni fisiche o psicologiche, conforme alla libertà di coscienza e volontà del reo¹⁴. Quindi, nel rispetto dell'autodeterminazione del condannato la pena, affinché concretizzi la sua tendenziale funzione rieducativa, ha bisogno di essere personalizzata in modo che possa aderire alle esigenze psicofisiche del condannato, riconoscendogli delle vere e proprie situazioni giuridiche soggettive nei limiti della loro compatibilità con lo stato detentivo. Tale riconoscimento è stato avallato dal Giudice delle leggi che ha rilevato la mancanza di una «valida e ragionevole» garanzia giurisdizionale come idoneo mezzo di tutela del diritto del condannato ad un costante riesame della disposizione sanzionatoria «al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»¹⁵, che comporta obblighi a carico dell'amministrazione penitenziaria¹⁶. Sia la dottrina

¹⁴ PULVIRENTI A., *Dal õgiusto processoõ alla õgiusta penaõ*, Utet giuridica, 2008, pag. 6-7; MAIDECCHI D., *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. pen. e crim.* 2002, pag. 80; PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., pag. 111, la libertà di coscienza, pur non espressa dalla Costituzione, è comunque ricavabile dal combinato disposto degli art. 2, 19, 21. Essa è intesa come libertà di autodeterminarsi e formare la propria concezione di vita. GIOSTRA G., *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pag. 1379, afferma che l'obbligo giuridico del legislatore espresso dall'art. 27 Cost. non è rieducare ma introdurre norme sostanziali e processuali che garantiscano misure e mezzi teleologicamente orientati.

In giurisprudenza la Corte Cost. in data 26 giugno 1990, con sentenza n. 313 ha evidenziato che õla 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. Ciò che il verbo «tendere» vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione [í] Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

¹⁵ Corte Cost., 27 giugno 1974, n. 204, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43 r.d. 28 maggio 1931, n. 602 rispetto all'art 24 comma 2 e art. 111 comma 2 Cost., in riferimento alla competenza del Ministro della giustizia di concedere o meno la liberazione condizionale. Anche, Corte Cost., 5 aprile 1974, n. 110 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 207, terzo comma c.p., nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia - anziché al giudice di sorveglianza - il potere di revocare le misure di sicurezza, nonché, ai sensi dell'art. 27 legge 87/1953, l'illegittimità costituzionale del secondo comma dello stesso articolo 207 c.p., in quanto non consente la revoca delle misure di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge».

¹⁶ In giurisprudenza, si veda Cass., 1 luglio 1981, *Varone*, in *Rass. pen. crim.*, 1981, pagg. 524 ss. In particolare si evidenzia il riconoscimento da parte della Suprema Corte di un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria a favore del condannato, libero di adeguarsi o meno al

che la giurisprudenza costituzionale dapprima hanno dato una interpretazione restrittiva dell'art. 27 comma 3 Cost. in quanto, sulla base del verbo "tendere" e dell'articolazione interna della disposizione, hanno ritenuto che lo scopo rieducativo della pena sia solo eventuale¹⁷ e secondario rispetto alla funzione retributiva¹⁸.

trattamento. Così rispetto alla questione oggetto della sentenza, riferita alle modalità di calcolo del periodo da detrarre dalla pena, la valutazione a fondamento della riduzione di pena deve tener conto dell'impegno mostrato dall'interessato nel trarre profitto dalle opportunità obbligatoriamente avanzate dall'amministrazione penitenziaria.

¹⁷ FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, 2001, pag. 650 evidenziano come la dottrina contemporanea all'emanazione della Carta Costituzionale abbia espresso che la retribuzione rimane la finalità essenziale mentre la rieducazione continua ad essere messa in disparte nella fase esecutiva. In particolare PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1950, pag. 593, ritiene che le «pene devono rimanere pene», perché se acquisissero un contenuto esclusivamente rieducativo, lo stesso art. 27 comma 3 Cost. perderebbe di significato nella parte in cui proclama che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Il precetto costituzionale, secondo l'A., «ha inteso disciplinare non un istituto di rieducazione, ma la pena, la vera pena col suo logico e naturale contenuto di afflittività», per cui l'espressione "tendere" è solo un invito a fare il possibile per realizzare la rieducazione, non un vincolo necessario. Nello stesso senso, anche, G. BATTAGLINI, *Diritto penale: parte generale*, III ed., Cedam, 1949, pag. 532-533; secondo l'A. la *ratio* della pena non sta nell'emenda, aspetto secondario, ma nell'azione che essa esercita sulla società: la pena funge da corrispettivo al male morale del delitto, in modo da assicurare che «la società riprenda fiducia in se stessa e nell'ordine etico-giuridico turbato». M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, 1966, pag. 154, mette in luce come dalla combinazione delle due parti del comma 3 dell'art. 27 Cost. si ricava la natura essenzialmente retributiva della pena, da eseguire nei limiti del rispetto della dignità umana, e la funzione emendativa, «finalità estrinseca in quanto tale alla funzione della pena ideologicamente giusta e meramente eventuale poi sotto il profilo della sua effettiva realizzazione». L'A. ritiene che il legislatore avrebbe dovuto usare l'espressione "consistono" piuttosto che "devono tendere", perché così si sarebbe potuta concepire la funzione rieducativa come «nota tipica della pena, senza lasciarla nel rango di risultato meramente eventuale» come invece è avvenuto.

¹⁸ Secondo Corte Cost., sent. 12/1966 «la rieducazione del condannato, pur nell'importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio, poiché è soltanto a questo che il legislatore, con evidente implicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità": proposizione quest'ultima che altrimenti non avrebbe senso [...]. Il principio rieducativo, dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non può essere interpretato in senso esclusivo ed assoluto, ma nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata [...]. Con la norma di cui all'art. 27 della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare l'esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità: e ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale». Così anche con la sentenza n. 264, del 21 novembre 1974 la Consulta ha ritenuto che: «non contrasta con il principio secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" (art. 27, terzo comma, Cost.), la pena dell'ergastolo, (art. 22 c.p.) posto che dissuasione, prevenzione, difesa sociale sono a fondamento delle pene, non meno della sperata emenda».

Il bisogno di garanzie giurisdizionali trova fondamento oltre che con riferimento alla funzione della pena *ex art. 27* comma 3 Cost. anche nell'*art. 13* comma 2 Cost., il quale in tema di libertà personale impone una riserva di legge e una di giurisdizione¹⁹ per ogni «restrizione della libertà personale», essendo quest'ultima un bene indisponibile. In tal senso l'ambito della giurisdizione penale non risulta essere più circoscritto alla fase cognitiva ma si estende a tutte le attività che incidono sulle libertà della persona anche nella fase dell'esecuzione. Sia la Corte costituzionale che la dottrina ha espresso un orientamento che privilegia un'interpretazione estensiva dell'*art. 13* comma 2 Cost.²⁰, secondo cui l'esigenza imprescindibile di una procedura giurisdizionale vale per ogni provvedimento incidente sulla libertà sia esso peggiorativo o migliorativo per il condannato. L'esigenza di una giurisdizionalizzazione dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale trova ulteriore conforto nell'*art. 25* comma 2 Cost. che fissa il principio, riassunto nel brocardo coniato da Anselm Feuerbach, *«nullum crimen, nulla poena sine lege»*: per cui nessuna pena, comprese le misure alternative, può essere irrogata in mancanza di una legge che la preveda e in assenza di un provvedimento del giudice che la motivi. Quindi la legalità e la connessa garanzia giurisdizionale pretese per l'applicazione di una sanzione da parte del giudice di cognizione rispetto ad una fattispecie di reato accertata non possono essere ignorate per la modifica dei contenuti della pena *in executivis*.

Ancora Corte Cost., 5 maggio 1979, n. 25 afferma che «la fase di esecuzione della pena, invece, risponde all'esigenza della certezza della sua applicazione, che costituisca minaccia tale da indurre a non commettere il reato. Ed è in ragione di questa funzione di contropinta, di inibizione al reato, che la minaccia dell'applicazione è considerata funzione essenziale della pena».

¹⁹ GIOSTRA G., *Tre settori da differenziare*, cit., pagg. 1355 e ss. Richiamando la teoria sostanzialistica, per la quale la giurisdizione è tale in quanto legata alla lesione di diritti soggettivi o violazione dell'ordine giuridico con il fine di *iusdicere*, l'A. afferma che «in realtà, non esistono materie sostanzialmente giurisdizionali» quanto piuttosto «materie coperte da riserva di giurisdizione». Non sussiste quindi un rapporto ontologico tra certe materie e la giurisdizione, ma solo un obbligo del legislatore di predisporre determinate garanzie per l'emaneazione di provvedimenti autoritativi su alcune materie.

²⁰ Corte Cost., 5 aprile 1974, n. 110 dichiara che la violazione dell'*art. 13* comma 2 Cost. «deriva dal fatto che il potere di far cessare la misura limitativa della libertà personale è attribuito (e per un dato tempo e in via esclusiva) ad un organo non giurisdizionale che può provvedere insindacabilmente, a ragione o torto dell'interessato, senza l'obbligo di attenersi ai criteri cui deve invece adeguarsi l'autorità giudiziaria».

L'art. 25 Cost. enuncia il cosiddetto principio di legalità inteso come la necessità che determinati istituti giuridici o provvedimenti siano regolati dalla legge. Il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* esplica la sua funzione attraverso quattro corollari: la riserva di legge, il divieto di analogia, il principio di determinatezza, il principio di irretroattività. Le origini di queste regole sono di natura politica prima ancora che giuridica. Il pensiero illuminista e la dottrina del contratto sociale, che sono i precursori dell'ideologia liberale dello stato di diritto²¹, hanno focalizzato l'attenzione sul principio di legalità formale per la quale non si può sanzionare nessuno per un fatto che non sia qualificato, da una legge, come reato né con pena che non sia altresì prevista dove la libertà personale va limitata nella misura strettamente essenziale alla convivenza civile²² mentre la Legge, potere supremo nella tripartizione in quanto espressione della volontà generale dei cittadini, è considerata intrinsecamente giusta, quale positivizzazione dei principi della Ragione. Indubbio è che il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sia strettamente connesso, già dalle sue origini nel pensiero di Feuerbach, ad una precisa scelta in merito alla finalità della pena²³: lo scopo dello Stato è quello di creare le condizioni per una convivenza pacifica e ordinata, predisponendo mezzi di ostacolo psicologico alla commissione di delitti. Non essendo praticabile un ostacolo di ordine fisico, consistente nella carcerazione di tutta la popolazione, la pena deve servire a trattenere l'individuo dal commettere un delitto, attraverso la minaccia del castigo. Perché la pena sia efficace essa, dunque, deve essere certa, chiara²⁴, determinata e di intensità superiore al piacere che il delinquente trarrebbe dal delitto.

Espressione più immediata del principio di legalità è la riserva di legge che trova precisi riferimenti normativi negli art. 25, comma 2° e comma 3° Cost. e art. 1 c.p., nonché art. 199 c.p. La dottrina si è per lungo tempo interrogata sull'esatta portata dell'art 25 Cost., per alcuni una sintesi imperfetta del

²¹ VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, p. 287

²² BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10^a ed., Torino, 2011, p. 13.

V. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 47 ss, ²³

²⁴ BECCARIA C., *opera cit.*

principio di legalità²⁵, ma ormai la dottrina largamente maggioritaria ritiene la norma espressione del principio di legalità nella sua formula più ampia, comprensiva del divieto di analogia e del principio di irretroattività²⁶. Una lettura decisamente estensiva, per ovvie ragioni garantistiche e di sistema, dell'art. 25 Cost. è giustificata anche dal confronto con il medesimo principio posto in apertura del Codice Rocco dove una corretta interpretazione sistematica non può condurre a ritenere meno ampia una norma contenuta in un testo costituzionale che fa della tutela della libertà personale uno dei cardini della sua struttura rispetto ad una norma codicistica.

La funzione principale della riserva di legge non è la salvaguardia della certezza del diritto, come talora si afferma, bensì la concentrazione del monopolio della criminalizzazione²⁷ nelle mani del potere legislativo, respingendo il ricorso a fonti sostanziali di produzione del diritto, ma anche quello a fonti formali diverse dalla legge; la riserva di legge è quindi tesa esclusivamente alla certezza del diritto.

1.2 Il concetto di libertà personale e sue limitazioni.

L'articolo 13 della Costituzione recita: *«La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati*

²⁵ MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 39.

²⁶ V. VASSALLI G., *op. cit.*

²⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7^a ed., Padova, 2011, p. 41, ma anche BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 40; BRICOLA F., sub art. 25, 2° e 3° comma, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 231.

e restano privi di ogni effetto. E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva. La libertà della persona è il presupposto per l'esercizio di tutte le altre libertà garantite dalla Costituzione nonché esprime la condizione essenziale da cui parte l'autonomia dell'individuo per esercitare e godere di ogni altro diritto di libertà. Tale libertà è un diritto naturale dell'uomo riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico; inoltre il concetto di libertà viene interpretato come libertà fisica, intesa come diritto alla vita, salute, integrità fisica, sia come libertà morale intesa anche come diritto di manifestare il proprio pensiero o la propria idea religiosa. Meritano non poca attenzione i tre pilastri su cui si fondano i criteri relativi all'inviolabilità della persona che sono costituiti dalla riserva di legge, la riserva di giurisdizione e l'obbligo alla motivazione dei provvedimenti di libertà. Nasce l'esigenza di rappresentare che sulla base della riserva di legge sia possibile soddisfare determinate esigenze correlate all'impiego di misure di coercizione quali gradualità, adeguatezza e proporzionalità²⁸

La riserva di legge è lo strumento che attribuisce alla legge (ed atti equiparati) la disciplina di una data materia. In tale contesto il potere legislativo può stabilire casi e modalità con cui è possibile limitare la libertà personale del cittadino. La regola che ne deriva è quella di evitare che la disciplina di taluna materia sia affidata in modo anomalo ad atti che si trovano, nella gerarchia delle fonti, ad un livello inferiore alla legge. Il principio della riserva di legge nell'ordinamento italiano presenta due formulazioni: quella precostituzionale, che si rinviene all'art. 1 del c.p. *«Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato ne con pene che non siano da esse stabilite»* e quella costituzionale prevista all'art. 25 della Cost. *«Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»*. La formulazione esposta esprime una regola di validità che deriva dall'esterno del sistema sanzionatorio ravvisandone un limite alla pretesa punitiva dello Stato nelle sue differenti distinzioni tra il penalmente rilevante e il penalmente indifferente. La riserva di legge ha una

²⁸ GREVI V. *«Libertà personale dell'imputato e Costituzione»*, Milano, 1976 p. 336.

funzione di garanzia, in quanto vuole assicurare che in materie particolarmente delicate, come nel caso dei diritti fondamentali del cittadino, le decisioni vengano prese dall'organo più rappresentativo del potere sovrano ovvero dal Parlamento. La riserva di legge si sostanzia in: *ordinaria e formale*. La riserva di legge ordinaria a sua volta è costituita da quella:

È *assoluta*, la materia deve essere regolata dalla legge ordinaria o da atti ad essa equiparata; esclude di disciplinare certe materie con fonti di grado secondario;

È *relativa*, lascia spazio alle fonti secondarie per definire una materia;

È *rinforzata*, se viene richiesto al legislatore di dettare con legge o atto avente forza di legge solo i criteri generali che disciplinano una determinata materia, mentre l'attuazione della stessa può avvenire con regolamenti autorizzati o fonti secondarie, all'interno, tuttavia, dei principi e dei criteri individuati con legge.

La riserva di legge formale si riferisce solo alla legge formale approvata dal Parlamento ovvero a tutte quelle leggi che rappresentano strumenti attraverso i quali il Parlamento controlla l'operato del Governo, le quali sono riservate all'approvazione parlamentare (Si pensi alla legge di bilancio, la cui natura autorizzatoria è sottolineata dalla stessa Costituzione all'art.81 Cost.).

La Costituzione permette di limitare la libertà personale solo nei modi e nei casi previsti all'art. 13 C. comma 2 dove si sancisce che tale limitazione acquista il carattere della eccezionalità. L'art. 272 del c.p.p. afferma che la libertà della persona possa essere limitata con misure cautelari soltanto a norma del presente titolo avente ad oggetto le misure cautelari personali. Inoltre tale articolo ammette che vi siano altre misure che limitano tale diritto come ad esempio l'arresto ed il fermo. Con l'art. 279 c.p.p. che riguarda il caso in cui all'applicazione e revoca delle m.c. provvede il giudice si attua la *riserva di giurisdizione*. Esso è un principio giuridico secondo cui su determinate materie e per le decisioni sulla restrizione della libertà dell'uomo possa intervenire solo ed esclusivamente l'autorità giudiziaria. Ad esempio non può sostituirsi a questa l'autorità amministrativa; infatti nell'art. 13 Cost. si afferma che un

arresto è valido solo quando è determinato dall'autorità giudiziaria altrimenti l'arresto si considera come se non fosse mai avvenuto. L'autorità amministrativa potrà però intervenire nel caso di urgenza, adottando dei provvedimenti provvisori che devono però essere comunicati entro 48 ore all'autorità giudiziaria, che a sua volta nelle successive 48 ore deve convalidarli, altrimenti si intendono revocati. A sostegno di questo nel diritto si fa menzione della parola competenza allorché viene definita la sfera di poteri e facoltà attribuite ad un organo dove ogni organo ha il suo ruolo, le sue regole e tutti gli atti compiuti al di fuori della propria competenza vengono considerati invalidi e affetti da vizio di incompetenza. È questa la nota «garanzia dell'*habeas corpus*» già espressamente riconosciuta nel XVII secolo in Gran Bretagna, cioè del riconoscimento a tutti dell'inviolabilità della propria libertà personale di cui all'art. 13 Cost. ossia con la libertà dagli arresti²⁹ sino a ricomprendere la libertà morale e la dignità dell'uomo. Solo il giudice, infatti, in veste di autorità *super partes* è in grado di offrire *garanzie d'imparzialità*.

L'art. 13 cost. viene coordinato con l'art. 111 Cost. il quale prevede che, contro i provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria ordinaria o speciale in materia di libertà personale, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge. In tal senso ne deriva un obbligo della motivazione che permette un controllo sulla legittimità del provvedimento giurisdizionale e la conoscenza dei motivi per una eventuale impugnazione. Tale obbligo è uno strumento di garanzia perché impone al giudice di indicare espressamente *fatti, motivi e l'iter cronologico* che ha giustificato l'adozione del provvedimento restrittivo al fine di dimostrare di aver applicato la legge; inoltre deve accompagnare ogni provvedimento giurisdizionale che limiti la libertà personale. In merito all'obbligo di motivazione dei provvedimenti di libertà, si può rammentare come il *genus* dei provvedimenti giurisdizionali obbligatoriamente motivati, di cui all'attuale articolo 111 Cost., ribadisce e comprende in sé le varie *species* di provvedimenti restrittivi previsti nel Titolo I della prima parte della Costituzione.

²⁹PITRUZZELLA G., Diritto Costituzionale 6a ed., Giappichelli, Torino, 2005

1.3 Il principio di legalità: storia ed evoluzione

Il principio di legalità nasce già negli anni della Rivoluzione Francese, 1789, a causa di un regime molto duro e inflessibile, il cosiddetto Ancien Régime. In quel periodo *il magistrato del sovrano* decideva le leggi e il Re le approvava. Questo modo di pensare scatenò il rigetto dei sudditi e le persone iniziarono a pensare che il giudice dovesse essere la bocca della legge. Nell'ideologia politica del tempo, nata nel club dei giacobini durante il periodo della rivoluzione francese, da qui il termine di giacobinismo, si affermò l'idea che la legge dovesse essere interpretata in modo rigido e letterale che, abbandonando l'idea dell'amministrare la legge all'interno dei tribunali medioevali, fece sopravvivere la concezione del giudice come mero tramite della regola propria. Il principale sostenitore di tale principio fu Jean-Jacques Rousseau mentre la teorizzazione dello stesso principio affonda le sue radici nel pensiero illuminista ed in particolar modo nella teoria contrattuale. Secondo tale teoria la legittimazione delle istituzioni deriva dal contratto sociale stipulato liberamente tra i cittadini detentori della sovranità, i quali sono disposti a rinunciare ad una parte delle loro libertà per tutelare e salvaguardare i diritti naturali che sono garantiti dalle istituzioni stesse. Partendo da questo assunto di base, concezione filosofica-politica, la legge rappresenta il fulcro dello stato perchè espressione della partecipazione dei cittadini nei confronti delle istituzioni. Nei primi anni dell'ottocento P.J.A.R. Feuerbach, conia il brocardo latino di *nulla poena sine lege* con il quale viene ricollegata la ratio del principio di legalità con la funzione della pena; si realizza quindi la traduzione del fondamento politico del principio in termini giuridico-penali. Secondo Feuerbach affinché la minaccia della pena funzioni è fondamentale che i cittadini conoscano, in modo preventivo, quali fatti siano necessari affinché si realizzi l'infrazione della sanzione. Una diretta filiazione teorica delle dottrine illuministiche francesi si rintraccia nell'opera di Cesare Beccaria (1738-

1794)³⁰ il quale, con il breve trattato *Dei delitti e delle pene*³¹, definito *manifesto del garantismo* contribuì in modo significativo allo sviluppo del moderno diritto penale³⁰. Beccaria affermava che *le leggi sono le condizioni, con le quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla*.

Il principio di legalità regola la materia delle fonti nel diritto penale è trova espressione nell'art. 25 Cost. ed art. 1 e 199 c.p.. Secondo il dispositivo dettato dall'art. 25 Cost. Comma 1 *«Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»* mentre il comma 2 stabilisce *«Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge»*. L'esercizio del potere deve avvenire in modo discrezionale ma non in maniera arbitraria. Tale principio è detto anche *sistema del doppio binario* in quanto se da un lato prevede delle pene, che sono ancorate alla colpevolezza del soggetto per il fatto di reato e commisurate alla gravità dello stesso, dall'altro prevede le misure di sicurezza imperniate sul concetto della pericolosità sociale che riguarda l'autore del reato nonché la durata indeterminata della stessa. Il binomio che ne deriva si traduce in una duplice privazione della libertà personale. Tale principio è alla base degli ordinamenti giuridici moderni nonché di talune Convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali *«CEDU»* che assume sempre maggiore importanza soprattutto per quanto concerne l'interpretazione del concetto di *«pena»*.

Esistono diverse accezioni del principio di legalità: è possibile, infatti, individuare una legalità formale, sostanziale e mista.

Il principio di legalità formale esprime una scelta politica individualistico-garantista volta a salvaguardare la libertà del singolo individuo, il cosiddetto *favor libertatis*. Discende direttamente dall'ideologia liberale dello stato di

³⁰ TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, pp. 462 ss.

³¹ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano 1964.

diritto³² in cui la libertà viene limitata nella misura essenziale alla convivenza civile³³ mentre la Legge, considerata intrinsecamente giusta, rappresenta la volontà generale dei cittadini e quindi espressione positiva della Ragione. La formalità pecca di un eccesso di rigidità e costituisce un ostacolo alla difesa sociale contro il crimine generando una frattura tra la criminalità reale e quella legale, in tal senso avvantaggia la condotta criminale di coloro che agiscono ai margini della legge.

La concezione sostanziale, che si fonda sul *favor societatis*, si afferma nella Russia sovietica e nella Germania nazional-socialista dove i fatti socialmente pericolosi, anche se non previsti, sono considerati dei reati e quindi prevedono l'applicazione di una pena *nullum crimen nulla poena sine periculo sociali*. Ogni fatto che offende l'ordine sociale costituisce reato, ragion per cui da un lato le azioni pericolose sono punibili in quanto non rispondono ai modelli comportamentali riconosciuti e alle attese sociali anche se non espressamente incriminate dalla legge e viceversa, dall'altro, non sono punibili le azioni incriminate dalla legge se non sono socialmente pericolose. Tale accezione, seppur risponde ad un modello di giustizia più reale e sostanziale, non produce forme garantistiche su cui si fonda lo Stato di diritto moderno aprendo le porte all'arbitrio e alle discriminazioni.

La concezione mista del principio di legalità prevede che un fatto di reato deve essere compatibile con gli altri principi costituzionali di *materialità* (*nullum crimen nulla poena sine actione*), di *offensività* (*nullum crimen nulla poena sine iniura*), di *colpevolezza* (*nullum crimen nulla poena sine culpa*) e del *finalismo rieducativo* della pena.

³² VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in. Dig. Disc. Pen., VIII, 1994, p. 287; MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7^a ed., Padova, 2011. Contra: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6^a ed., Bologna, 2009,

³³ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10^a ed., Torino, 2011, p. 13.

1.4 I diritti costituzionalmente garantiti: art. 2 Cost cenni

Il fenomeno della tutela dei diritti fondamentali inizia a farsi strada nel nostro ordinamento a partire dagli anni 60 producendo effetti non solo nazionali ma estendendo il loro campo di applicazione anche a livello comunitario³⁴ e internazionale dove sono state riconosciute particolari forme di tutela a situazioni giuridiche soggettive aventi ad oggetto l'individuo nonché l'importanza dei beni della vita ad essi sottesi. Il riconoscimento dei diritti fondamentali rappresenta l'elemento essenziale che caratterizza uno Stato di diritto dove non solo costituiscono i principi supremi dell'ordinamento Costituzionale ma qualificano anche la struttura democratica dello Stato in quanto la loro assenza ne produrrebbe un sovvertimento. I diritti fondamentali trovano la loro garanzia nella *rigidità* della Costituzione (art. 138 Cost.) e nel *controllo costituzionale* affidato alla Corte Costituzionale (art. 134 Cost.). Di fatti nella sentenza n. 170 del 1984 (rifacendosi alla sentenza n.183 del 1973) la stessa Corte ha ribadito che il rapporto tra il diritto interno e quello comunitario è oggetto di una propria valutazione in riferimento ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona. Questa affermazione è stata ribadita in modo più esplicito con la sentenza del 1988 n. 1146 dove si afferma che i principi supremi della Costituzione non possono essere oggetto di modifica o sovvertiti nel loro contenuto neanche da leggi di revisione costituzionale né da altre leggi costituzionali in quanto appartengono ai valori³⁵ supremi (C. cost. 1146/1988, 18/1982, 183/1973) su cui si fonda la Costituzione. Successivamente, con riferimento al valore della vita, la Corte con sentenza del 1996 n. 223 ha stabilito che il divieto della pena di morte non è altro che la proiezione della garanzia estesa al bene fondamentale della vita tutelato e riconosciuto quale primo diritto inviolabile dell'uomo all'art. 2 Cost.

³⁴ ANZON A., *I tribunali costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona*, in *Diritto e società*, n.1/2010, 1-36.

³⁵ MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Ed. Giappichelli, 1995 Torino

il quale recita *«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali...»*. Nella sua originaria interpretazione tale articolo comprendeva il riconoscimento di diritti quali quelli della persona, del paesaggio, della tutela della salute, ma il decorso del tempo ha fatto sì che potesse essere considerato come una valvola aperta (a partire dagli anni 80 e a seguito di una serie di sentenze della Corte costituzionale) capace di generare o includere *nuovi diritti* che non erano stati previsti nella costituzione e che *evolversi* culturale della società ha evidenziato: pensiamo alla privacy, alla tutela dell'ambiente, al riconoscimento della vita del nascituro e al diritto all'abitazione.

L'inviolabilità enunciata all'art. 2 è espressione di una duplice funzionalità interpretativa in quanto se da un lato consente una unitaria categorizzazione di tutti quei diritti previsti dalla Costituzione a tutela della persona umana³⁶ (inclusi diritti civili, sociali ed economici) dall'altro indica lo status di inviolabilità di cui godono i valori supremi nell'ordinamento giuridico. I valori supremi non sempre si identificano con i limiti espressi dalla revisione costituzionale (139 Cost.) ma anche al contenuto intrinseco del valore sui cui si fonda la Costituzione; pertanto accanto al profilo di inviolabilità negativa si fa sempre più presente quella positiva che concerne i rapporti tra i diritti fondamentali e i poteri dello Stato considerati nello svolgimento delle sue funzioni.

1.5 Il concetto di libertà personale: verso la *Drittwirkung*

L'art. 13 Cost. è volto a garantire il primo diritto insormontabile dell'uomo: la libertà dell'individuo. Esso recita *«Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge»*. Partendo dalla valutazione del secondo comma del predetto articolo si nota come la Corte costituzionale, in materia di tutela dagli arresti e limitazione fisica dell'individuo, abbia avuto non pochi

³⁶ BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XI, Roma 1989

problemi in termini di inclusione o esclusione di varie ipotesi di limitazione della libertà personale intesa come "autonomia e disponibilità della propria persona". Per risolvere la questione la Corte Costituzionale ha adoperato un doppio metro di giudizio ovvero due criteri, l'uno integrativo dell'altro ovvero il criterio quantitativo e quello qualitativo.

Il criterio quantitativo è costituito dalla considerazione che non tutte le limitazioni della libertà personale ricadono nel divieto posto dall'art. 13 ma ne restano escluse solo quelle di lieve entità incapaci di ledere la dignità della persona. L'esempio risulta essere rappresentato dal fatto che la Corte ha distinto, per quanto concerne i rilievi segnaletici compiuti dalla pubblica sicurezza, tra quelli invasivi della libertà personale (prelievi di sangue o indagini su parti del corpo non esposte alla vista) e quelli "esterni" che magari possono comportare immobilizzazione della persona (per assumere le impronte digitali o rilievi fotografici) che però non costituiscono costrizioni lesive perché lievi e momentanee.

Il solo utilizzo di tale primo criterio non darebbe risultati positivi senza l'integrazione con il criterio qualitativo. Questo determina come in ambito coercitivo fisico si possa comprendere nella tutela della libertà personale anche il divieto di violenza morale. L'orientamento della Corte è stato quello secondo il quale l'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale bensì a quelle limitazioni che violano il principio tradizionale dell'*habeas corpus*³⁷. La garanzia non deve essere indirizzata solo verso la coercizione fisica della persona ma anche ad una scemata riduzione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere³⁸. L'art. 13 Cost. 1 comma esprime sia un rapporto che intercorre tra individuo e lo Stato, in quanto detentore di un monopolio della forza, sia relazioni tra gli individui stessi. All'interno di un contesto sociale l'interiorizzazione di una norma rappresenta un moto circolare sospinto dagli

³⁷ Tale istituto è stato introdotto in epoca medioevale con la quale il Sovrano, a seguito della richiesta dell'interessato *in vinculus*, ordinava al custode dell'arrestato di consegnare al proprio cospetto per essere giudicato e passati quindi da una non garanzia dell'individuo ridotto in catene alla garanzia dell'arrestato contro le privazioni della libertà personale attraverso il Habea Corpus Act del 1679.

³⁸ Corte cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30.

operatori giuridici. La tipica previsione normativa si traduce in un diritto che può subire ampliamenti o circoscrizioni ed essere utilizzato dal legislatore o dal giudice che deve in concreto applicare la legge. In tal senso è opportuno specificare che l'importanza dei diritti fondamentali è legata ai diversi piani dell'essere individuo e quindi si riscontrano individui che necessitano sia di una protezione *in senso verticale*, cioè quella che si realizza tra Stato e cittadino, sia in senso orizzontale, rapporti cittadino-cittadino. Quello della libertà è un aspetto che può essere considerato, in ambito privato e alla luce dell'attività legislativa e giudiziaria svolta, come sfera giuridica di applicazione autonoma e differente rispetto agli altri ordinamenti giuridici (*Drittwirkung*). Tale terminologia, nata nelle corti tedesche, è un concetto giuridico che sta a significare come un individuo si basa su di un testo costituzionale per adire altro individuo o Stato per la violazione dei diritti in esso contenuti. La ricostruzione teorica³⁹ formulata da Alexy fornisce una visione dell'efficacia orizzontale dei diritti *a tre piani*. Il giudice, nell'applicare la legge ai singoli casi concreti, sarebbe vincolato ad una interpretazione conforme ai diritti fondamentali coniugando ricostruzione della fattispecie e applicazione della norma al dettato costituzionale onde addivenire ad un giudizio di compatibilità. Si tratta di dar vita ad un piano di operatività definito *mittelbare Drittwirkung* dove i valori e i principi che circondano i diritti costituzionali fondamentali devono essere considerati dalle corti quando esse decidono casi di diritto privato a differenza del *unmittelbare Drittwirkung* dove i diritti stessi possono essere direttamente applicati contro parti private ad opera delle corti⁴⁰, quindi il giudice attribuisce un posizione soggettiva compiendo una opera di interpretazione-creazione.

Il terzo piano riguarda i rapporti tra privati cittadini rispetto ai diritti attribuiti loro dallo Stato seguendo un'ottica di bilanciamento allo scopo di ottenere una ottimizzazione di un diritto fondamentale⁴¹. Si ricollega al concetto dei diritti pubblici soggettivi ed è un modello che unifica le tre versioni della

³⁹ ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 564.

⁴⁰ CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993.

⁴¹ DI CARLO L., *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Milano, 2009, p. 171.

Drittwirkung, nella misura in cui si obbliga il giudice sia all'interpretazione conforme ai diritti fondamentali, come nella mittelbare Theorie, sia all'attribuzione immediata di diritti agli individui (unmittelbare Theorie) sulla base del bilanciamento combinato tra diritti fondamentali, norme civilistiche sottocostituzionali e precedenti giudiziari. Si pone un secondo problema rappresentato, nell'ambito soggettivo dei diritti, della valenza nei rapporti tra cittadini o nei confronti dell'autorità pubblica e se nel primo caso esiste una protezione dei diritti costituzionali da parte del codice penale.⁴² L'inviolabilità della libertà personale è considerata come una meta-diritto, presupposto fondamentale di ogni teoria generale dei diritti rispetto ad un qualsivoglia riconoscimento positivo.

⁴² PITRUZZELLA G. BIN R., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, p. 498.

CAPITOLO 2

2.1 Il diritto penitenziario come diretta attuazione del dettato Costituzionale

In ambito costituzionale gli articoli che assumono importanza di rilievo sono gli art. 2-3-11-13-27 C. che si integrano e forniscono i principi cardine dell'ordinamento penitenziario. Dalla disamina dell'art. 3 Cost. è possibile individuare il *principio di eguaglianza* che si traduce in una eguaglianza formale ed in una eguaglianza sostanziale. Tale termine è entrato nella cultura occidentale con lo stoicismo e soprattutto con il cristianesimo (che considera tutti gli uomini dotati della stessa dignità, in quanto figli di un medesimo Padre) inoltre l'idea che gli uomini siano eguali tra loro ha giocato un ruolo decisivo nelle vicende sociali e politiche soltanto a partire dal Seicento. I principali pensatori politici del XVII e XVIII sec. (da T. Hobbes a J. Locke, da J.-J. Rousseau a I. Kant) partono dall'ipotesi che gli uomini siano liberi ed eguali e di conseguenza pongono l'origine dello Stato in un accordo volontario (il patto o contratto) stipulato dagli individui stessi. Mentre per Platone e Aristotele esisteva una gerarchia *ōnaturaleō* (fondata sull'intelligenza e sul sapere) tra chi è adatto al comando e chi è adatto all'obbedienza - gerarchia che durante il Medioevo si irrigidì nel criterio ereditario, fondato sulla nascita - per i moderni pensatori contrattualisti gli uomini dispongono di eguali diritti e di conseguenza l'ordine sociale e politico è qualcosa di *artificiale* che gli individui costruiscono tramite accordi⁴³. Innanzitutto si tende a definire il concetto di eguaglianza come la condizione per cui ogni individuo o collettività deve essere considerato alla stregua di tutti gli altri, cioè pari, soprattutto nei diritti civili, politici, sociali ed economici. L'eguaglianza di tutti davanti alla legge è, assieme alla libertà, un diritto fondamentale dell'uomo nonché una delle regole-base di una convivenza democratica: *ōTutti i cittadini hanno pari*

⁴³ www.treccani/enciclopedia/uguaglianza

dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua. A quella formale segue l'eguaglianza sostanziale secondo cui *È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e il progresso, segnando il passaggio allo Stato sociale.* Dal combinato disposto degli art 2 e 3 Cost. si ricava il principio della libertà-dignità della persona che da un lato permette di verificare la preesistenza e l'anteriorità logica dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto allo Stato, dall'altro delinea la formazione dello Stato sociale secondo cui i pubblici poteri assumono un ruolo propulsivo. Altro cardine costituzionale è l'art. 27 Cost. che recita *La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.* Né deriva il principio della personalità della pena secondo cui nessuno, se non l'autore del reato, può essere chiamato a risponderne a differenza di quanto accade per l'illecito civile. Per lungo tempo il principio in esame è stato inteso nel senso che solo le persone fisiche fossero da considerarsi penalmente responsabili (*societas delinquere non potest*). L'interpretazione ad oggi prevalente secondo cui un soggetto può essere considerato responsabile solo per fatto proprio colpevole comporta il rifiuto di ogni forma di responsabilità oggettiva o, quantomeno, la necessità di leggere ogni norma che la preveda in modo costituzionalmente orientato, cioè in modo da escludere, di fatto, una responsabilità di tal genere (Corte cost., 12 dicembre 1988, n. 1085). Ulteriore aspetto è ricavabile dal comma 2 da cui deriva il principio di presunzione di *non colpevolezza*. Esso implica non solo il diritto di ciascuno di non essere considerato colpevole, a tutela della sua onorabilità, sotto l'aspetto della reputazione ed integrità fisica ma anche il diritto a non vedersi inflitte sanzioni restrittive della libertà personale se non dopo la condanna definitiva. Nell'attuale codice di rito vi sono varie previsioni a tutela del principio in esame, tra le quali quelle che specificano i presupposti di applicazione delle misure cautelari (art.272 ss. c.p.p.). Si costituzionalizza, quindi, il doppio principio di umanizzazione,

rieducazione e o risocializzazione di cui è espressione l'art. 1 dell'O.P. (L. 354/75)

2.2 Legge 26 luglio 1975 n. 354

Con la legge del 26 luglio 1975 n. 354, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà», il legislatore si è preoccupato in primo luogo di arginare l'azione de-socializzante del carcere al fine di evitare effetti di annientamento della personalità e forme di contagio criminale. Si tratta di un fatto nuovo e importante nella storia delle istituzioni penitenziarie in quanto la legge formale regola tutta la materia relativa all'applicazione delle misure penali privative e limitative della libertà. In precedenza l'organizzazione degli istituti di prevenzione e pena e la materia del trattamento penitenziario erano disciplinate dal regolamento Rocco del 1931, le cui disposizioni avevano in parte carattere di esecuzione ed in parte carattere di organizzazione. Nessuna di tali norme aveva forza di legge cioè la capacità di innovare, modificare o integrare l'ordine legislativo preesistente e di resistere alla capacità innovativa degli atti che non posseggono essi stessi tale forza. Regolare la materia penitenziaria con legge formale ha evidenziato tre aspetti:

la maggiore importanza degli istituti che svolgono esigenze di protezione della collettività attraverso lo strumento di interventi diretti alla custodia e al recupero sociale del reo

le materie che coinvolgono il riconoscimento e la tutela dei diritti soggettivi oltre ad altri interessi siano riservati alla legge

l'attrarre nuovi istituti derivanti da altre branche della legislazione preesistente che secondo la nostra dottrina rientravano nella sfera del diritto penale sostanziale e processuale⁴⁴.

⁴⁴ DI GENNARO G., BONOMO M., BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*: commento alla l. 24 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni

La legge n. 354/75 mosse dalla necessità di consentire il definitivo passaggio dal sistema statale autoritario a quello democratico, dando seguito al movimento di riforma dei codici penali che mirava a tradurre, nella legislazione ordinaria, i principi costituzionali e gli impegni assunti negli accordi internazionali⁴⁵.

La Carta costituzionale pone attenzione ai valori della dignità e inviolabilità della persona umana, dell'uguaglianza formale e sostanziale, della tutela dell'integrità psicofisica di ogni uomo ed alla rieducazione del condannato, contrastando con un sistema penitenziario come quello proposto dal regolamento carcerario di epoca fascista del 1931, ancorato ad una concezione passata della pena, in cui le privazioni e le sofferenze fisiche dovevano servire come mezzo per «favorire l'educazione ed il riconoscimento dell'errore e per determinare nel reo, attraverso il ravvedimento, un miglioramento personale»⁴⁶.

La nuova legge sull'ordinamento penitenziario risentì inevitabilmente della situazione nazionale dell'epoca. Infatti la riforma mosse i primi passi nel periodo in cui il terrorismo politico conosceva, nel nostro Paese, una costante progressione di eventi e in tal senso vennero apportate diverse modifiche rispetto all'assetto originario delle misure alternative proposte diminuendone la funzione risocializzante e inibendo la possibilità di accedere a determinate categorie di detenuti. Tali restrizioni, secondo parte della dottrina, rappresentarono una sorta di "tributo politico" pagato per rendere meno osteggiata l'approvazione della nuova riforma penitenziaria e, così, facilitarne l'accettazione da parte dell'opinione pubblica⁴⁷.

I principi caratterizzanti la L. 354/75 sono:

2.2.1 Principio della qualificazione del trattamento (il trattamento viene improntato alla tutela della dignità e della personalità per di più alla salvaguardia dei diritti di tutti coloro che sono privati dalla libertà personale,

con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, Milano 1991.

⁴⁵ Il riferimento va alla Risoluzione O.N.U. 30 agosto 1955 contenente le *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, al rispetto del quale l'Italia si era impegnata a adeguare la propria legislazione in materia penitenziaria

⁴⁶ DI GENNARO G., *Trent'anni di ordinamento penitenziario*, in <http://www.leduecitta.it>

⁴⁷ GIOSTRA G. *Un limite non giustificato in tema di misure alternative*, in *Politica del Diritto*, pag. 435 (1978),

art. 1 O.P.) L'art. 1 citato rappresenta l'espressione più significativa di questo nuovo modo di intendere la posizione del ristretto all'interno dell'universo carcerario e con il relativo regolamento di esecuzione D.P.R. 431/76⁴⁸ il legislatore pone al centro dell'attenzione non più il fatto-reato ma la figura del soggetto ristretto, quale persona umana⁴⁹. Vi è un chiaro riferimento all'art. 27 Cost. 3 comma che enuclea, nelle sue linee essenziali, il nuovo modo di concepire il momento detentivo, fondato sul *trattamento individualizzato* e strutturato in base alle caratteristiche personali del singolo detenuto. La realizzazione di questo programma avveniva grazie alla duplice partecipazione dello Stato e del detenuto in base al cosiddetto "*sinallagma rieducativo*"⁵⁰ secondo cui lo Stato da una parte rinunciava ad esigere una porzione di pena detentiva ancora da espiare in carcere mentre dall'altra il detenuto si impegnava a partecipare in prima persona all'opera di rieducazione che avrebbe consentito il suo reinserimento nella società attraverso l'utilizzo di strumenti trattamentali, quali le attività culturali, ricreative e sportive, l'istruzione, il lavoro e soprattutto le *misure alternative alla detenzione*, che sono occasioni di contatto col mondo esterno.

Bisogna, però, distinguere il mero trattamento rieducativo, dal trattamento penitenziario di cui si parla nella legge. Il trattamento penitenziario comprende *quel complesso di norme e di attività che regolano ed assistono la privazione della libertà per l'esecuzione di una sanzione penale quindi rivolto verso tutti i detenuti indipendentemente dal loro status*, mentre il trattamento rieducativo comprensivo di quello penitenziario è *rivolto esclusivamente ai detenuti*

⁴⁸ È stato integralmente sostituito dal nuovo regolamento di esecuzione D.P.R. 230/2000 il nuovo regolamento d'esecuzione, si è voluto delineare un nuovo assetto del trattamento, maggiormente conforme alle finalità dell'o.p. del 1975, per dare attuazione agli elementi del trattamento penitenziario e valorizzare compiutamente il fondamentale principio costituzionale della funzione rieducativa della pena. Si tratta di una rivoluzione finalizzata a recuperare il valore della persona detenuta, la sua centralità in ambito penitenziario e ad affermare una nuova idea di carcere, concepito non più come luogo di mera afflizione ed esclusione del soggetto dalla società civile ma come luogo di opportunità, fondato su un progetto di recupero sociale, di restituzione alla società di un uomo più responsabile e consapevole.

⁴⁹ GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1980, 285 ss..

⁵⁰ COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, PRESUTTI A. (a cura di), Milano 1994, pag 5.

condannati sul rispetto del principio della volontarietà. Il tutto si concretizza con interventi finalizzati verso i detenuti sottoposti all'osservazione scientifica della personalità, alla predisposizione di un programma di trattamento individualizzato e alla valutazione periodica dei risultati.

2.2.2 *Misure alternative alla detenzione*: si tratta della prima volta nella legislazione nazionale di prevedere le misure alternative alla detenzione, in particolare, gli istituti di affidamento in prova e di semilibertà, che permettono di spostare, seppur sensibilmente, il tradizionale punto di equilibrio tra esigenze di neutralizzazione e istanze di non desocializzazione.⁵¹

Infatti esse permettono, a determinate condizioni e su determinati presupposti, di poter uscire prima del termine della pena dal circuito carcerario ed iniziare una forma di risocializzazione al di fuori di esso. Dal punto di vista costituzionale tali misure rappresentano il carattere più innovativo del principio di umanizzazione e rieducazione secondo alcune sentenze dettate dalla corte costituzionale (sent. 282/1989; sent 349/1993; sent. 532/2002).

2.2.3 *Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*⁵²: riguarda il passaggio di gestione delle questioni che concernono l'esecuzione della pena dal Ministro della Giustizia al PM e al Magistrato di Sorveglianza. Infatti, prima della riforma, la competenza spettava al Ministro di Giustizia, secondo il Regio Decreto 28 maggio 1931 n. 602, articolo 43. Con ciò non si intendeva spostare i compiti dell'esecutivo al Giudiziario, bensì favorire l'introduzione di un sistema in cui le decisioni su specifiche questioni inerenti la condizione del soggetto privato della libertà e l'adozione di determinati provvedimenti relativi alla salvaguardia dei diritti dello stesso dovessero attenere al giudice, nel

⁵¹ MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, parte generale, II edizione, Milano, 2006, pag. 523

⁵² GOGGI F. (1976), *Elementi caratterizzanti del nuovo ordinamento penitenziario*, in Giustizia Penitenziaria, I, pag. 118 ss

quadro di un procedimento che contempla il contraddittorio tra il P.M. ed il difensore⁵³.

La riforma dell'Ordinamento Penitenziario varata con la L. 354/75 ha subito nel corso del decennio, denso di esperienze e avvenimenti di rilievo, una serie di modifiche a partire dalla legge Gozzini del 1986, (che ha proposto soluzioni concrete per l'attuazione del dettato costituzionale relative alle caratteristiche ed alla funzione della pena nel nostro ordinamento incidendo sulla differenziazione del regime penitenziario, sui permessi premio, sull'ammissibilità alle misure alternative alla detenzione, sulla disciplina del lavoro e sull'ampliamento delle competenze della Magistratura di Sorveglianza) per approdare poi alle modifiche successive con L. 203/1991 356/92 296/93 fino ad arrivare alla legge Simeoni del 1998 n. 165 che di fatto ha riformulato l'art. 656 c.p.p. in materia di esecuzione delle pene detentive *in melius* nei confronti del condannato. Si è ritenuto che tale ultima riforma dovesse essere applicata anche nell'ambito del sistema penale minorile quanto meno per quanto riguarda la nuova disciplina dell'ordine di esecuzione. Ci si indirizza verso l'apertura del carcere verso l'esterno durante l'esecuzione⁵⁴ della pena: in effetti la legge sull'ordinamento penitenziario rappresenta il superamento della pena intesa come prosecuzione del processo penale e introduce il nuovo processo di esecuzione penale orientato alla conoscenza della persona e al conseguente accertamento della sua capacità di esprimere valori e comportamenti socialmente utili recependo il dettato costituzionale fondato sulla rieducazione e finalizzato al reinserimento sociale del detenuto. Viene introdotta così accanto alla *pena certa* la *pena flessibile*, che permane nel processo penale e che potrebbe persino rimanere tale nel corso dell'esecuzione ove i processi di conoscenza della persona conducano ad escludere la sua capacità risocializzante⁵⁵. La «rivoluzione promessa» è stata anche una «rivoluzione tradita»⁵⁶, perché il principio della pari

⁵³ SOMMA E., *La Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale e processo di sorveglianza*, in *Atti del convegno di Lecce*, Milano 1977, pag. 159 Fosso Irma, *Il carcere utile* Pagina 22

⁵⁴ MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, parte generale, II edizione, Milano, 2006, pag. 523.

⁵⁵ DE PASCALIS M., *Le prospettive di cambiamento del sistema penitenziario*, docenza del Master in «Diritto penitenziario e Costituzione»

⁵⁶ FLICK G.M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza Costituzionale*, in *DeS*, 1, 2012 - Editoriale Scientifica srl., 187 e ss.

dignità sociale ed il principio personalistico, assieme al valore di eguaglianza che si esprime nella dignità della persona si scontra con la quotidianità della pena detentiva con le condizioni e l'inadeguatezza delle strutture, con il sovraffollamento e con l'identificazione del carcere quale discarica sociale per coloro che sono rifiutati dalla società.

2.3 L'esecuzione penale alla luce dell'art. 650 c.p.p.

I provvedimenti dell'autorità giudiziaria in materia penale, sia quelli del giudice cui fa espressamente riferimento, in termini generali, art. 125 c.p.p., sia quelli del pubblico ministero (es.: artt. 244 s., 247 s., 253 s., 267.2 c.p.p.), contengono un'attività valutativa (un *giudizio*) e un atto di volontà (un *comando*)⁵⁷. Accertamento della responsabilità penale (giudizio) e irrogazione della pena (comando) costituiscono, ad esempio, gli elementi indefettibili del *genus* sentenza di condanna. Ogni comando postula una sua proiezione verso l'esterno destinato a incidere sulla realtà il quale esige per sua stessa natura di essere attuato. Questa esigenza logica e giuridica di attuazione dei provvedimenti penali, anche contro la volontà dell'interessato, viene definita dal legislatore *forza esecutiva*⁵⁸.

Questa ultima espressione indica l'ambito dell'esecuzione penale che si svolge, nel nostro ordinamento, al di fuori della struttura detentiva.

Il concetto si trova normativamente espresso nell'art. 650 c.p.p.: *«le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili»*. La norma, tuttavia, nel riferirsi soltanto a sentenze e decreti penali di condanna non deve trarre in inganno, la forza esecutiva è una qualità che possiedono *tutti* i provvedimenti dell'autorità giudiziaria⁵⁹; le sentenze e i decreti penali acquistano forza esecutiva solo quando diventano irrevocabili. La forza esecutiva costituisce dunque «quella qualità costante dei provvedimenti della autorità giudiziaria penale che impone come giuridicamente necessaria la loro attuazione»⁶⁰. Con l'adozione di un provvedimento giurisdizionale di condanna che acquisisce definitività si riconosce, in modo irreversibile, la responsabilità penale dell'autore. Salvo non si verta in ambito cautelare, l'esecutività del provvedimento giurisdizionale presuppone la sua irrevocabilità che, a sua volta, si concretizza con l'esaurimento della giurisdizione di cognizione. Il codice di procedura penale utilizza l'espressione «irrevocabile» definendo le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione

⁵⁷CORBI 1992, 5 s.; DEAN 2010, 851.

⁵⁸CORBI 1992, 6; CORBI-NUZZO 2003, 14. Analogamente TONINI 2010, 888, 911 s.

⁵⁹CORBI-NUZZO 2003, 15; DEAN 2004, 83; TONINI 2010, 888, 911 s.

⁶⁰ www.giappichelli.it

diversa dalla revisione, ovvero il decreto penale di condanna quando sia decorso il termine per l'opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile ai sensi dell'art. 648 c.p.p. La conseguente formazione del giudicato determina la creazione del presupposto necessario per l'apertura della fase esecutiva; pertanto, esauritosi l'iter procedimentale e passata in giudicato la sentenza di condanna, nasce il diritto dello Stato alla realizzazione della pretesa punitiva: ed è in questa fase che interviene il diritto dell'esecuzione penale che rende concreta la predetta realizzazione. Si tratta di una fase autonoma, distinta, rispetto a quella cognitiva, ma di solito conseguente alla stessa, da cui dipende la forza esecutiva dei provvedimenti giurisdizionali e dalla loro irrevocabilità (ex art. 650 c.p.p.) pretendendo che il giudizio venga concretizzato allorché si realizza l'esercizio della funzione giurisdizionale, nel rispetto dell'eventuale ricorso al doppio grado di giurisdizione anche di merito (ex art. 648 c.p.p.). L'esecuzione penale, così come disciplinata nel libro X del c.p.p., comprende l'attuazione di quei provvedimenti in capo agli organi legittimati che di volta in volta sono inerenti all'attuazione del comando sanzionatorio contenuto nel *titolo esecutivo*, inteso come il provvedimento normalmente irrevocabile che si configura come giuridicamente idoneo ad essere eseguito perché dotato di forza esecutiva ossia di quel carattere che ne impone l'attuazione come giuridicamente necessaria che costituisce la cosa giudicata, alla risoluzione delle questioni attinenti al titolo stesso e al controllo della rispondenza tra il contenuto sanzionatorio e lo scopo rieducativo della pena. Nel rispetto dei principi internazionali e dei diritti fondamentali nonché nella Costituzione italiana, l'esecuzione della sanzione penale deve avvenire secondo modalità idonee a favorire il reinserimento del condannato nella comunità sociale senza intaccare la dignità della persona né consistere in trattamenti disumani e degradanti. Ci si riferisce indirettamente al fenomeno del *sovraffollamento*, documentato dall'enorme divario tra la capienza massima e quella effettiva esistente all'interno degli istituti penitenziari italiani, che determina per la Corte europea condizioni di vita che integrano la violazione dell'articolo 3 CEDU. Punto focale dell'esecuzione penale è il *titolo esecutivo* quale provvedimento irrevocabile,

tranne le ipotesi particolari di esecutività non correlate alla irrevocabilità. L'esecuzione ha ad oggetto sia la pena (pena pecuniaria, pena detentiva, pena sostitutiva), sia la misura di sicurezza contemplate nel titolo (sentenza, ordinanza, decreto) giurisdizionale da porre appunto in esecuzione (titolo esecutivo). In materia intervengono tre organi, con compiti distinti: *Pubblico ministero, Giudice dell'esecuzione penale e Magistratura di Sorveglianza*. Il Titolo II del libro X del codice di procedura penale si apre con l'art. 655 c.p.p., che affida al pubblico ministero il compito di «curare d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti». Quest'ultimo è promotore dell'esecuzione penale e quindi promotore di giustizia piuttosto che come parte nel rapporto processuale di esecuzione; al PM spettano i poteri di emettere l'ordine di carcerazione e quello di scarcerazione (art. 656 c.p.p. e ss.), così esercitando poteri che incidono sulla libertà personale. In tema di esecuzione, i poteri in questione non presentano spazi di discrezionalità, trattandosi di mera attuazione di un titolo esecutivo che risale al giudice e non al P.M. stesso. All'esecuzione di tali provvedimenti che sono funzionali all'attuazione del comando⁶¹ può essere propriamente riservata la denominazione di esecuzione penale.

Il giudice dell'esecuzione è individuato dall'art. 665 c.p.p., il quale fissa in primo luogo un criterio generale disponendo che competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato; pertanto il giudice dell'esecuzione è il medesimo organo giurisdizionale chiamato a conoscere dell'esecuzione del provvedimento da eseguire. Questo fa sì che al giudice dell'esecuzione sia oggi affidata una competenza funzionale in ordine alla fase esecutiva, in virtù della quale la sua cognizione deve ritenersi estesa a qualsiasi questione che attenga alla fase descritta; inoltre non soltanto può effettuare, in ogni momento, un controllo sui provvedimenti emanati dal p.m., ma anche emanare direttamente, se interpellato, il decreto di cumulo pene o il provvedimento di computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo, pur rientrando tali provvedimenti nella competenza del p.m..

⁶¹ CORBI 1992, 9 s., sul piano lessicale i due fenomeni si differenziano in esecuzione formale intesa come «attività necessarie a rendere operativo il comando» mentre l'espressione esecuzione in concreto intesa come attività «che realizzano in concreto il contenuto del comando».

La *Magistratura di sorveglianza* (art. 677 c.p.p.) è nata con la legge di Riforma dell'Ordinamento Penitenziario, legge 26 luglio 1975 n. 354, attuativa dell'articolo 27 della Costituzione. Il suo ruolo è esteso, oltre che alle questioni relative ai diritti dei detenuti durante l'esecuzione della pena, anche alla concessione e alla gestione delle pene alternative alla detenzione, sia per la parte finale della pena sia prima dell'inizio della sua esecuzione secondo una ampia gamma di competenze, previste dalle leggi 26 luglio 1975, n. 354, 24 novembre 1981, n. 689 e 10 ottobre 1986, n. 663. Il procedimento innanzi al giudice dell'esecuzione e quello innanzi alla magistratura di sorveglianza (procedimenti di esecuzione e di sorveglianza), pur essendo diversi, hanno regole comuni in tema di potere di iniziativa, intervento delle parti, termini e *vocatio in jus*, modalità di impugnazione. Il procedimento di sorveglianza può essere *tipico* davanti al tribunale magistrato di sorveglianza regolato dagli art. 666 e 678 c.p.p., o *atipico* (detto procedimento *de plano*) dinnanzi al tribunale o magistrato di sorveglianza che provvedono senza formalità ossia in camera di consiglio (*ex art. 127 c.p.p.*) senza la presenza delle parti in casi previsti. Esso ha natura giurisdizionale per cui deve intervenire il difensore ed il P.M. dinnanzi ad un giudice autonomo e indipendente che decide secondo le regole del giusto processo. Contro le ordinanze conclusive dei due procedimenti è esperibile solo il ricorso per cassazione (art. 660 c.p.p.). In materia di misure di sicurezza è previsto anche un riesame di merito in appello, giustificato dalla opinabilità, in fatto, del giudizio di pericolosità sociale del soggetto. La Magistratura di sorveglianza si compone di due organi giurisdizionali, il Magistrato di Sorveglianza, che fa parte dell'Ufficio di Sorveglianza, competente per l'intero distretto di Corte d'Appello e il Tribunale di Sorveglianza. Il Tribunale di sorveglianza, sino al 1986 denominato Sezione, è costituito con competenza territoriale estesa all'intero distretto di Corte d'Appello. È un organo collegiale e specializzato, composto di magistrati ordinari che svolgono in via esclusiva queste funzioni, e di esperti non togati (in psicologia, servizi sociali, pedagogia, psichiatria e criminologia, nonché docenti di scienze criminali). Giudica in un collegio di quattro membri, costituito per metà da magistrati ordinari e per metà da esperti

2.3.1 Importanza della motivazione della sentenza

Il principio rieducativo di cui all'art. 27 della Costituzione riguarda il momento esecutivo della pena cioè la concreta espiazione della condanna definitiva come diretta conseguenza di una sentenza che attribuisce lo status di condannato al soggetto che ha commesso la fattispecie di reato. Quindi il primo momento attuativo della rieducazione è proprio quello della lettura sentenza ed in particolar modo della motivazione che tratta delle ragioni giustificative del ricorso ad un tipo particolare di sanzione. Il condannato può così iniziare il suo percorso con la consapevolezza del motivo della punizione (seppur ritenuta soggettivamente ingiusta).

La Costituzione prevede che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati e che quelli restrittivi della libertà personale sono sempre ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione comma 6 e 7. Ciò vale tanto per i condannati in via definitiva quanto per coloro che, a qualunque titolo, subiscono una limitazione della propria libertà personale (imputati o coloro sottoposti a misure di prevenzione). La motivazione è uno strumento di difesa essenziale per quelle categorie di soggetti rispetto agli arbitri del potere giudiziario perché permette loro di impugnare il provvedimento del magistrato, vale a dire di opporsi alla sua decisione, chiedendo il riesame del caso ad un giudice di grado superiore. A tali fini, la motivazione di un provvedimento non deve limitarsi all'apparato giustificativo dello stesso ma anche all'esposizione della *ratio decidendi*, intesa come spiegazione dell'iter logico-decisionale che ha condotto al provvedimento finale. Il rispetto obbligatorio dell'iter⁶², emergente dalla motivazione, rappresenta poi un vincolo inderogabile per ciascun giudice dato che ogni magistrato nell'esercizio delle sue funzioni è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost. comma 2) dunque all'applicazione concreta di tutte le disposizioni sostanziali e processuali che ne derivano. Il soggetto risulta essere garantito, a partire da una pronuncia giudiziale, dai limiti che la legge impone ai fini della

⁶² Iter logico decisionale è parte integrante anche delle sentenze della Corte Costituzionale secondo il principio della totalità del *decisum*. Vedi VENTURA L., *Motivazione degli atti Costituzionali e valore democratico*, pag. 20 Torino, 1995.

decisione finale e l'arbitrio del giudice incontrerà sempre ostacoli invalicabili che ne impediranno una pronuncia meramente morale o improntata a canoni diversi da quelli previsti dalla legge⁶³.

2.4 La pena detentiva in carcere come *extrema ratio*.

Secondo E. Goffman (1961) il carcere risulta essere una istituzione totalitaria che esercita un controllo pervasivo e continuo sui comportamenti dei detenuti limitandone gli spazi di libertà⁶⁴. Per questo studioso il problema è da ricondursi alla mancanza di una diversa autorità sotto cui svolgere diverse attività. Il carcere cancella le vecchie abitudini, strappa le persone alla famiglia da una visione diversa della realtà producendo sfiducia, impotenza, depressione, fino a spingere qualcuno a togliersi la vita (esempio e dato dal suicidio fatalistico per le troppe regole).

Il soggetto che entra in carcere mostra una immediata alterazione dell'equilibrio interiore e allorché questo si rompe si può captare una prevaricazione dell'istinto di morte su quello della vita anche perché viene meno la possibilità di sfogo verso l'ambiente esterno a cui si associa una limitazione dello stato di libertà ed una ridotta mobilità fisica trascinando il soggetto verso un'inerzia passiva. In carcere si può osservare che nella maggior parte dei casi il recluso è portato alla disperazione in quanto non riesce più a mantenere la propria famiglia che prima della carcerazione dipendeva da lui ed è evidente che in tale situazione il detenuto si senta in colpa al punto di pensare a gesti inconsulti in quanto risulta essere un peso per la propria famiglia. La popolazione carceraria non è di certo rappresentativa delle caratteristiche della popolazione in generale: essa, infatti, ne differisce per l'età media, per la distribuzione fra i due sessi, per la composizione culturale, per tutta una serie

⁶³ Fatta eccezione per i casi in cui il giudice pronuncia secondo equità elaborando da se la propria decisione in base ad orientamenti sociali e morali. Vedi MANDRIOLI C. CARRATTA A. *Corso di diritto processuale civile*, Volume I, Torino, 2012

⁶⁴ Goffman E. (1961) *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, a cura di Franca Ongaro Basaglia, collana «Biblioteca», Einaudi, 2003, p. 415.

di elementi comportamentali, clinici, sociali e, soprattutto, per quel particolare status che costituisce il vero *discrimen* fra il recluso e l'uomo libero⁶⁵. Inoltre, come sottolinea Ponti G. (1990) lo status di detenuto e il vivere nell'ambiente carcerario sono di per sé soli fattori dotati di alto significato psico-traumatizzante e pongono chiunque in una condizione di vita particolarmente drammatica, qual è appunto quella del recluso, sia egli in attesa di giudizio, sia egli in esecuzione di pena. Detenzione, in entrambi i casi, significa isolamento dalla società, lontananza dagli affetti, regime di vita scandito da regole precise, ineludibili e particolarmente afflittive, impatto con i valori della sottocultura violenta dominanti nell'ambiente carcerario. Il carico di sofferenza e frustrazione, in generale, è ancora più marcato nei detenuti in attesa di giudizio, per l'ulteriore carico di ansia che comporta l'incognita sull'esito giudiziario e quindi sul loro futuro, ovvero la consapevolezza di un'inevitabile condanna, e anche perché più recente è il trauma dell'arresto o le ripercussioni soggettive del delitto appena compiuto. A questo punto si pone attenzione a se la condizione carceraria possa essere rispettosa della dignità della persona e, quindi, secondo i giuristi si parli di una mera soggezione a una supremazia speciale o quantomeno rappresenti un potere disciplinare da parte dello Stato che viene esercitato inibendo il suo contenuto alla società per bene che non vuole vedere e non vuole incontrare⁶⁶. Il carcere, caratterizzato da segregazione ed effetti desocializzanti, rappresenta una pena afflittiva "escludente" che contrasta con il diritto penale "inclusivo" forgiato dai principi personalistici sanciti dal moderno costituzionalismo. Vi è la necessità di costruire sul territorio "reti" che consentano lo sviluppo di programmi efficaci orientando le scelte della magistratura sulla base delle caratteristiche individuali del condannato, in un equilibrio tra le esigenze di recupero e quelle afflittive che le misure e le sanzioni di comunità devono necessariamente mantenere.

⁶⁵ MINICOZZI F. *Il suicidio in carcere: analisi delle principali motivazioni*, in www.ristretti.orizzonti.it, 2016, pag.28.

⁶⁶ ZAGREBELSKY G., *Abolire il carcere*, a cura di L.MANCONI, S. ANASTASIA, V.CALDERONE e F. RESTA. Chiarelettere, 2015, p. 107.

L'obiettivo finale è quello di rendere la pena, e quindi la sua esecutività, come *extrema ratio* effettuando una scelta tra l'esclusione carceraria e l'inclusione non carceraria. Tale scelta deve essere effettuata non soltanto sulla base della gravità del reato ma anche contrastando in libertà la crescente pericolosità sociale del reo attraverso l'applicazione, in entrata e in uscita, di istituti ispirati alla *probation*. Si può, quindi, fare una differenziazione tra *reati di elevata gravità* (puniti con pene detentive superiore a 4 anni, che assorbono qualsiasi valutazione di pericolosità sociale salvo poi sospenderla in fase finale per applicare la liberazione condizionale come strumento di *probation*); *reati di gravità media* (carcere fino a 4 anni e che in presenza di recidivi, dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena, artt. 163-168 c.p. come strumento di *probation*, fronteggiando la crescente pericolosità sociale del reo mediante l'incremento progressivo di prescrizioni volte a impedire la commissione di nuovi reati, mentre, là dove eseguita perché non più sospendibile in entrata, l'esecuzione carceraria potrebbe essere sospesa applicando la liberazione condizionale come strumento di *probation*); infine, *reati di bassa gravità* (puniti con pene principali diverse dal carcere rispetto ai quali dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione)⁶⁷. Il diritto penale non abbandona l'idea del carcere come *extrema ratio* allorché nel contesto normativo italiano non vi siano alternative efficaci e meno onerose per l'individuo riconoscendo la possibilità al legislatore di individuare gli strumenti sanzionatori penali da adoperare nei casi più gravi fino a giungere alla detenzione in carcere. Nel corso del tempo l'opportunità di limitare il ricorso alla detenzione in carcere non è stata relegata alla sola fase dell'esecuzione penale (tipica delle misure alternative alla detenzione) ma seguendo la logica delle sanzioni sostitutive prevedendo tra l'altro come pena principale anche la detenzione domiciliare⁶⁸ (art.47- ter l. 354/1975).

⁶⁷ [www. Diritto penale contemporaneo](http://www.diritto-penale-contemporaneo.it) Rivista trimestrale n. 4/2016 *La Pena in discussione*, Milano.

⁶⁸ www.ilsole24ore.com

2.5 Verso una esecuzione esterna della pena detentiva: l'osservazione scientifica della personalità

In Italia il sistema penitenziario vigente trova la sua ragione d'essere nella legge n. 354 del 26.7.1975 (cd. Ordinamento Penitenziario) e nel D.P.R. 30.6.2000 (Regolamento di esecuzione) che ha sostituito il precedente regolamento di esecuzione D.P.R. 431/76, dando maggiore attuazione e forza ai principi attuativi che hanno ispirato la riforma penitenziaria. Il nuovo regolamento di esecuzione del 30 giugno 2000 recepisce ed assimila le riforme intervenute successivamente alla legge 354/75 e, particolarmente, la legge n.165 del 27.6.1998 detta *«Simeone- Saraceni»*. Con riferimento al dettato costituzionale ed a quelli internazionali recepiti dall'Italia, l'ordinamento penitenziario si sviluppa secondo alcune precise linee direttrici:

- esecuzione della pena secondo criteri di umanità e salvaguardia dei diritti umani e diritti fondamentali della persona

- esecuzione della pena finalizzata alla rieducazione del condannato ed al suo inserimento sociale

- prevenzione della recidiva e della criminalità.

Con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario la n. 354/75 lo scenario precedente, in tema di pena afflittiva ed intramuraria, ha trovato risvolti diversi prevedendo che l'applicazione delle misure alternative alla detenzione e di comunità potessero costituire una alternativa alla detenzione stessa intesa fino a poco tempo prima dall'opinione pubblica come esecuzione la sola detenzione in carcere. Vi sono stati, quindi, dei mutamenti radicali che hanno interessato almeno quattro aspetti dell'esecuzione penale esterna ovvero:

- l'organizzazione (prevedendo la istituzione degli uffici di esecuzione penale esterna)

- la metodologia (attraverso la previsione di nuove linee guida al fine di definire un continuum attraverso il bilanciamento delle strategie trattamentali con i limiti stabiliti dall'A.G.)

la produzione normativa (attraverso una graduale rimodulazione della legge sull'ordinamento penitenziario in quanto nella opinione pubblica è diffusa l'idea che le misure alternative alla detenzione riducano il controllo sociale della devianza e della comunità)

l'elemento culturale (al fine di rafforzare gli elementi sopra descritti con l'ausilio dei mass-media per approfondire gli aspetti scientifici della materia e ponendo attenzione alle relazioni tra politiche della sicurezza e inclusione sociale).

Con il crescere delle misure alternative, in particolar modo dell'affidamento in prova al servizio sociale, l'attenzione viene spostata verso la valutazione degli esiti delle misure con particolare riferimento agli aspetti della recidiva. Significato preponderante in tale valutazione è attribuito all'osservazione scientifica della personalità che scaturisce dalla riforma del 1975. Esso rappresenta il metodo attraverso cui l'amministrazione favorisce il reinserimento sociale dei condannati attraverso la rimozione delle cause di disadattamento sociale ritenute alla base della devianza criminale secondo quanto previsto dall'art. 13 della stessa legge di riforma.

A tal riguardo opera anche il nuovo regolamento di esecuzione all'art. 28 del D.P.R. 230/2000 che prevede le modalità di espletamento dell'osservazione attraverso l'equipè di osservazione formata dal personale amministrativo (funzionari pedagogici, servizio sociale, polizia penitenziaria) e se necessario dai professionisti indicati all'art. 80 O.P.. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione della pena e proseguita nel corso di essa per registrare l'evoluzione della personalità del detenuto o internato in rapporto al suo grado di adesione alle offerte trattamentali. Rappresenta il "metodo scientifico" attraverso cui il sistema dovrebbe favorire il reinserimento sociale dei condannati, mediante la rimozione delle cause di disadattamento sociale che starebbero alla base della devianza criminale. L'osservazione di cui all'art.13 O.P. ha le seguenti finalità:

rilevare le cause del disadattamento sociale del soggetto: la realtà criminologica è, peraltro, molto più vasta del mero "delinquente-disadattato

sociale, comprendendo infatti una serie di figure criminologiche la cui personalità non può essere efficacemente fotografata con l'ausilio dei meri strumenti clinico-medici suggeriti dall'art.13, L.26.7.1975,n.354);

offrire al G.O.T. (Gruppo Osservazione e Trattamento) i necessari elementi per formulare un programma di trattamento individualizzato per il condannato, mirato allo scopo di eliminare o quantomeno attenuare le cause della devianza criminale.

determinare l'assegnazione definitiva del detenuto ad un istituto penitenziario, avendo riguardo alla corrispondenza tra le indicazioni del trattamento contenute nel programma individualizzato e il tipo di trattamento organizzato negli istituti ai sensi dell'art.115 (art.30 d.p.r. 30.6.2000, n.230).

CONCLUSIONI

Se la pena deve tendere alla rieducazione e alla risocializzazione del condannato, essa deve presentare un contenuto che deve non solo ricostruire, ma anche salvaguardare e potenziare la sua capacità relazionale. Si sta diffondendo l'idea che se la pena non viene scontata in carcere e si dà la possibilità al detenuto di intraprendere la via della risocializzazione anche durante la fase dell'esecuzione penale allora si è in presenza di una ingiustizia sociale: il detenuto sarebbe persona diversa dal contesto "normale", che non potrebbe mai cambiare la sua personalità. Beccaria affermava che *«Non vi è libertà ogni qual volta che le leggi permettono che l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa»*⁶⁹ questo vuol significare che si realizza una idea distorta del carcere e della persona in esso contenuta in quanto i mass-media non fanno altro che mitigare la rappresentazione della realtà carceraria. Oggi la detenzione, abbandonando l'idea di un intervento di emergenza ovvero un rimedio esterno per arginare una violenza gratuita ed ingiusta, deve rappresentare la realtà quotidiana e non essere lo specchio rovesciato della società. Il concetto che viene a delinearsi è quello del carcere utile ovvero definendo quella impostazione di carcere che permetta al detenuto di scontare la sua pena ponendo le basi del cambiamento del suo agire. Il carcere in una ottica sinergica con la politica deve tendere alla riduzione del tasso di recidiva incidendo sulla personalità del ristretto, attraverso adeguati strumenti normativi, ma deve saper accogliere le esigenze dei soggetti che meritano attenzione. In tal senso occorre incentivare un collegamento tra il mondo carcere e l'opinione pubblica in tema di cambiamento culturale, di percezione sociale e non solo legislativo. Bisogna quindi operare una corretta informazione e formazione dell'opinione pubblica dando un prosieguo alle politiche territoriali attraverso l'ampliamento e condivisione dei principi cardine del reinserimento, delle misure di comunità facendo comprendere, razionalmente e non solo emotivamente, come la ricomposizione delle fratture sociali abbia dei benefici per la comunità e per il detenuto proprio in virtù della

⁶⁹ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cap. XXVII, Milano 1964, pag. 70

riduzione della recidiva⁷⁰. L'attuale sistema penale da un lato, permette di punire il soggetto che ha commesso il reato, dall'altro offre la possibilità allo stesso di redimersi nonché del reinserimento sociale offrendo, nel contempo, un barlume di speranza a tutti coloro che, abbandonando alle spalle la loro condizione attuale, vogliono sentirsi uomini liberi che desiderano, sulla base di prospettive future, guardare al cambiamento. Questa linea di condotta rappresenta l'obiettivo a cui tende il concetto di polifunzionalità della pena che non solo deve perseguire quelle che sono le peculiarità della funzione retributiva della pena ma anche perseguire la funzione rieducativa in adempimento di quanto dettato dall'art. 27 Cost.

Occorre abbandonare l'idea che il carcere sia l'unica sanzione penale efficace e prevedere la pena detentiva solo per le condotte maggiormente lesive dei beni giuridici, nel frattempo, porre maggiore attenzione al percorso di sviluppo dell'area del *Probation*, ampio ed effettivo, che comprende l'insieme delle pene non detentive e delle misure alternative previste dall'Ordinamento Penitenziario anche in una prospettiva di omogeneizzazione nel contesto europeo.

La modifica all'approccio culturale all'esecuzione della pena dovrebbe derivare da una riorganizzazione delle strutture ministeriali in una ottica di nuovo assetto amministrativo⁷¹ che deve riguardare tutti gli operatori sociali e quelli penitenziari evitando o quantomeno limitando quelle dinamiche che hanno prodotto un divario tra carcere e società esterna anche attraverso l'adozione di progetti *best practices*⁷².

Il sistema di *Probation* amplia i presupposti per l'accesso alle misure alternative, l'introduzione dell'istituto della messa alla prova o il lavoro di

⁷⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, *Documento finale*, cit., 2.

⁷¹ BARZELAY M., 2001, *The New Public Management: Improving research and policy dialogue*. University of California Press, New York; LANE J. E., 2000, *New Public Management*, Routledge, New York; O'FOOLE JR., RAINEY H.G., BRUDNEY J.L., LAURENCE J., 2000, *Advancing Public Management: New Developments in Theory, Methods and Practice*, Georgetown University Press, Washington D.C.; MINOUGE M., POLIDANO C., HULME D., 1999, *Beyond the New Public Management: Changing Ideas and Practices in Governance*, Edward Elgar Publishing, London; MENEGUZZO M., 1997, "Ripensare la modernizzazione amministrativa e il New Public Management. L'esperienza italiana: innovazione dal basso e sviluppo della Governance locale", in *Azienda Pubblica*, n.6

⁷² MINICOZZI F. "Il bilancio sociale nell'esperienza dei tribunali di sorveglianza italiani i casi di Milano e Palermo", in www.ristretti.orizzonti.it, 2016, pag.58.

pubblica utilità e deve mirare ad una azione amministrativa capace di costruire un efficiente sistema di gestione ed interfaccia credibile con il territorio (enti locali, volontariato, privato sociale) al fine di implementare le relazioni con lo stesso per rendere effettivo il momento di incontro tra re-clusione ed inclusione⁷³.

⁷³ PETRALLA E.V., *Le prospettive dell'esecuzione penale esterna tra emergenza e spinte trasformative*, AA.VV., *Oltre il carcere: prospettive dell'esecuzione penale esterna*, in *Democrazia e Diritto*, 2014, fasc.3,173.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY R., Teoria dei diritti fondamentali, Bologna, 2012.
- ANZON A., I tribunali costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona, in *Diritto e società*, n.1/2010.
- BALDASSARRE A., voce Diritti inviolabili, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Roma 1989.
- BALDASSARRE A., Libertà (problemi generali), in *Enc. Giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1990.
- BARZELAY M., *The New Public Management: Improving research and policy dialogue*. University of California Press, New York, 2001.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene (1764)*, a cura di VENTURI F., 10^a ed., Torino, 2011.
- BRICOLA F., Teoria generale del reato in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973.
- BRICOLA F., sub art. 25, 2° e 3° comma, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981..
- CANEPA M óMERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010.
- CAPRIOLI VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2011.
- CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993.
- COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, PRESUTTI A. (a cura di), Milano 1994.
- CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli Editore, 1992.
- DE PASCALIS M., *Le prospettive di cambiamento del sistema penitenziario*, docenza del Master in «Diritto penitenziario e Costituzione»
- DI CARLO L., *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Milano, 2009.
- DI GENNARO G., BONOMO M., BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione: commento alla l. 24 luglio 1975, n. 354 e*

successive modificazioni con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, Milano 1991

DI GENNARO G., Trent'anni di ordinamento penitenziario, in <http://www.leduecitta.it>

FIANDACA G.; MUSCO E., Diritto Penale, Parte generale, 4 edizione, Zanichelli, Bologna, 2006

FLICK G.M., I diritti dei detenuti nella giurisprudenza Costituzionale, in DeS, 1, 2012.

FLICK G.M., La costituzione, i diritti, la dignità delle persone Relazione al convegno Parole di giustizia. Nuovi diritti negati e diritti negati. La Spezia, maggio, 2009

GIOSTRA G. «Un limite non giustificato in tema di misure alternative», in Politica del Diritto, 1978.

GIOSTRA G., Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981.

Goffman E. (1961) Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza, a cura di Franca Ongaro Basaglia, collana «Biblioteca», Einaudi, 2003.

GOGGI F., «Elementi caratterizzanti del nuovo ordinamento penitenziario», in Giustizia Penitenziaria, 1976.

GREVI V. «Libertà personale dell'imputato e Costituzione», Milano, 1976.

GREVI V., Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma, in Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario, a cura di Grevi, Bologna, 1980.

LANE J. E., 2000, New Public Management, Routledge, New York, 2000.

MAIDECCHI D., La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative, in Rass. pen. e crim. 2002.

MANDRIOLI C. CARRATTA A. Corso di diritto processuale civile, Volume I, Torino, 2012.

MANTOVANI F., Diritto penale: parte generale, 7^a ed., Padova, 2011.

MARINUCCI G. ó DOLCINI E., Manuale di diritto penale, Giuffrè Editore, 2006.

MENEGUZZO M., «Ripensare la modernizzazione amministrativa e il New Public Management. L'esperienza italiana: innovazione dal basso e sviluppo della Governance locale», in *Azienda Pubblica*, n.6, 1997.

MINICOZZI F. «Il bilancio sociale nell'esperienza dei tribunali di sorveglianza italiani i casi di Milano e Palermo», in www.ristretti.orizzonti.it, 2016.

MINICOZZI F. «Il suicidio in carcere: analisi delle principali motivazioni», in www.ristretti.orizzonti.it, 2016.

MINOUGE M., POLIDANO C., HULME D., *Beyond the New Public Management: Changing Ideas and Practices in Governance*, Edward Elgar Publishing, London, 1999.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995,.

O'TOOLE JR., RAINEY H.G., BRUDNEY J.L., LAURENCE J., 2000, *Advancing Public Management: New Developments in Theory, Methods and Practice*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2000.

PETRALLA E.V., *Le prospettive dell'esecuzione penale esterna tra emergenza e spinte trasformatrici*, AA.VV., *Oltre il carcere: prospettive dell'esecuzione penale esterna*, in *Democrazia e Diritto*, 2014.

PITRUZZELLA G. BIN R., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, p. 498.

PULVIRENTI A., *Dal «giusto processo» alla «giusta pena»*, Utet giuridica, 2008.

RUOTOLO M., *Dignità e carcere. II edizione con prefazione di V. Onida*, Napoli, 2014

SOMMA E., «La Giurisdizionalizzazione» dell'esecuzione penale e processo di sorveglianza», in *Atti del convegno di Lecce*, Milano 1977.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976.

VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994.

VENTURA L., *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995.

ZAGREBELSKY G., *Abolire il carcere*, a cura di L.MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE e F. RESTA. Chiare lettere, 2015.

Siti Internet consultati

- www.altrodiritto.unifi.it
- [www. Diritto penale contemporaneo](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) Rivista trimestrale n. 4/2016 *La Pena in discussione*, Milano
- www.giustizia.it/pcarcere (Sito Internet del Ministero della Giustizia ó Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria).
- www.ilcarcerepossibileonlus.it
- www.ilsole24ore.com
- www.ilcarcere.it
- www.leduecitta.com (Rivista dell'Amministrazione Penitenziaria).
- www.orizzonti.it

Ringraziamenti

Desidero ringraziare vivamente il Prof. Marco Ruotolo per la costante attenzione e per il sostegno datomi nello sviluppare gli argomenti trattati nella tesi; la Direzione Generale della Formazione per l'opportunità data ai corsisti per la realizzazione del Master di II livello; l'Università Roma TRE che con dovizia affronta i temi attuali della detenzione con particolare riferimento alla vivibilità della pena in carcere attività svolta in modo sinergico con la D.G. della Formazione ed tutto il corpo docenti che, con collaborazione e attività di coordinamento, ha profuso nei discenti quegli aspetti legislativi che aiutano a capire e superare il concetto di pena detentiva ampliando il processo di conoscenza del detenuto.