

PRESENTAZIONE

Con l'approvazione dei d.lgs. n. 123 e 124 del 2 ottobre 2018¹ è stata sancita la parziale eclisse del più articolato progetto di revisione, in senso costituzionalmente orientato, dell'ordinamento penitenziario.

L'ampio intervento novellistico dello scorso autunno, al cui commento è dedicato questo volume, ha introdotto indubbi miglioramenti al complessivo assetto normativo preesistente. Molti dei punti più qualificanti e innovativi della delega portata dalla legge n. 103 del 2017 sono stati, però, inopinatamente rimossi dall'impianto riformatore con uno sbrigativo tratto di penna. Un repentino mutamento del sentire politico in tema di esecuzione penale, infatti, ha indotto a intravedere nelle scelte tese alla riemersione di una pena flessibile, affidata all'autonomia valutativa del giudice di sorveglianza, meri stratagemmi deflativi volti a rimediare agli atavici problemi di sovraffollamento carcerario e improvvidamente elaborati a totale discapito della "sicurezza collettiva", con l'irrimediabile sacrificio della "certezza della pena".

Artificiosi e populistici securitarismi hanno favorito il radicarsi (*rectius*, il ribadirsi) di una concezione dell'intervento punitivo dello Stato d'impronta spiccatamente "carcerocentrica". Sospinto dall'idea che la "certezza della pena" vada perseguita solo attraverso un'espiazione che rimanga fissa nella durata e immodificabile nel contenuto di afflittività, il legislatore ha inteso virare verso una prospettiva che pare prediligere un approccio alla reintegrazione del condannato del tutto ancillare rispetto a scopi di incapacitazione ed esemplarità da conseguire attraverso il punire. Di qui una riforma che, rimasta imbrigliata nel grumo irrisolto della cultura politica nostrana, ha preferito coltivare il consenso, insistendo sul dogma "carcere e basta".

¹ Questo volume non si occupa della riforma – attuata con il d.lgs n. 121 del 2 ottobre 2018 – relativa all'esecuzione penale nei confronti del condannato minorenni, alla quale è dedicata altra opera della collana.

Muovendo da tali amare considerazioni, a quanto “poco” si è innovato e a quanto “molto” è stato tralasciato viene dedicata l’analisi condotta in queste pagine.

Essa procede lungo tre direttrici: una preliminare messa a punto del tortuoso itinerario legislativo – inciso dal mutamento di *governance* del nostro Paese – da cui è sortita la novella; una dettagliata ricognizione delle innovazioni che delineano i tratti di un nuovo “garantismo carcerario”, con occhi attenti rivolti alle forzate rinunce sul versante del trattamento extramurario; un puntuale esame delle significative modifiche attinenti alle procedure di sorveglianza e alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Ai “Commenti” seguono le “Opinioni” di chi – dall’angolo visuale della magistratura e da quello dell’avvocatura – non esita a manifestare, pur riconoscendole qualche risicato merito, la profonda delusione per una “riforma” che ha, di fatto, tradito la sua primigenia ispirazione.

Agli uni e alle altre fanno da cornice le autorevoli considerazioni introduttive e conclusive di coloro che – con uno sguardo malinconico a quanto “poteva essere” – auspicano il riavvio di un cammino dell’esecuzione penitenziaria verso la Costituzione.

I CURATORI

INTRODUZIONE

UN GRANDE FUTURO DIETRO ALLE SPALLE. QUALCHE RIFLESSIONE INTRODUTTIVA

di Glauco Giostra

1. Se una notte d'inverno un viaggiatore fosse arrivato un anno fa in Italia e si fosse l'indomani interessato del nostro sistema penitenziario, avrebbe preso conoscenza della recentissima approvazione dei d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124, e certo ne avrebbe apprezzato i contenuti, indubbiamente migliorativi dell'assetto normativo preesistente. Tornato al suo Paese, avrebbe raccontato, convinto, che il nostro ordinamento stava lodevolmente continuando in modo meno concitato ed emergenziale la stagione delle riforme avviata subito dopo la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza Torreggiani). Stagione, di cui era quindi agevole prevedere futuri, ancor più importanti sviluppi.

Un racconto che avrebbe avuto della fantasia calviniana, non certo la qualità letteraria, ma sicuramente il carattere surreale. La realtà è affatto diversa. Per chi non ha memoria delle loro ascendenze ideali, in effetti, può non essere facile comprendere come quegli stessi provvedimenti legislativi costituiscano, ad un tempo, un progresso normativo e un preoccupante segnale di regresso culturale. Per capirlo è necessario allargare lo sguardo al di là del fermo immagine legislativo verso quel grande movimento riformatore del quale essi sono stati figli.

Dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva reso di drammatica evidenza come il nostro sistema penitenziario fosse sprofondato dall'enunciazione costituzionale della finalità rieducativa della pena ad una realtà di trattamento carcerario inumano e degradante, era maturata, almeno negli ambienti politici e culturali più attenti, una consapevolezza: ogni sforzo innovativo che avesse voluto incidere in profondità e durevolmente sull'esecuzione penale avrebbe dovuto cercare di abbrac-

ciarla nella sua poliedrica complessità per intervenire sui piani, intimamente interconnessi, delle norme, delle strutture architettoniche, della formazione degli operatori, dell'organizzazione del regime penitenziario, del coinvolgimento delle comunità e dei territori nell'esecuzione esterna della pena; e avrebbe dovuto cercare, soprattutto, di predisporre una sorta di *placenta culturale* in grado di accogliere e nutrire le novità.

Con tali ambiziosi obiettivi sono stati istituiti gli Stati generali dell'esecuzione penale (d.m. 8 maggio 2015), che hanno fatto ricorso ad un approccio metodologicamente inedito, caratterizzato da due opzioni di fondo: da un lato, si è dedicata alla realtà dell'esecuzione penale un'attenzione multifocale, orientandola sui suoi aspetti nevralgici e qualificanti; dall'altro, si è cercato di promuovere una mobilitazione culturale più ampia possibile, chiamando a confrontarsi professionalità, esperienze, linguaggi solitamente non dialoganti tra loro, con la speranza di riuscire a sospendere il dibattito pubblico al di là degli angusti confini di una concezione meramente custodialistica della pena.

Di questa esperienza resta un patrimonio di conoscenze unico nel suo genere: analisi, ricognizioni comparatistiche, documentazione, proposte, che sono ormai un ineludibile punto di riferimento per ogni studio o progetto. Anche se, a giudicare da talune scomposte e oscurantiste reazioni che hanno accompagnato fin dai primi passi la legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (legge 23 giugno 2017, n. 103), si deve ritenere che l'obiettivo di sensibilizzazione civile e costituzionale al tema della pena fosse rimasto compiuto solo in parte.

2. Non è questa la sede neppure per compendiare le diverse linee di intervento in cui si declinava il nuovo progetto di riforma elaborato in attuazione della legge delega: preme però mettere a fuoco il punto di fuga verso il quale convergevano, che tutte le spiegava e le giustificava in una coerente sinergia finalistica. Alludiamo all'idea-cardine secondo cui la funzione rieducativa della pena postula l'offerta al condannato di un progetto individualizzato di risocializzazione: quello della pena non dovrebbe essere un tempo trascorso in una sorda astanteria e scandito da una clessidra senza sabbia, ma un tempo di opportunità per ritrovarsi e per ritrovare un proprio ruolo sociale. In coerenza con questa visione, si volevano bandite le presunzioni legali di irrecuperabilità sociale, riconoscendo ad ogni condannato, anche al condannato all'ergastolo, il diritto alla speranza, che rappresenta spesso una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali. Da ciò, la

rinuncia all'opzione carcerocentrica in favore di una più coraggiosa scelta di recupero del soggetto delinquente mediante lo spostamento del baricentro dell'esecuzione penale verso *sanzioni di comunità*, meno onerose per lo Stato e meno desocializzanti per il condannato, chiamato anche ad adoperarsi *nella e per la* collettività.

Tale spostamento, peraltro, veniva accompagnato da una rimodulazione dei presupposti per la concessione di quelle misure, da un arricchimento dei possibili contenuti, dalla predisposizione di più stringenti criteri per assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte dal magistrato. Ad un più ampio accesso doveva far da riscontro, infatti, una maggiore responsabilizzazione del condannato, realizzata sia arricchendo il corredo degli impegni collegati alla misura alternativa ai quali è affidata gran parte della funzione risocializzante, sia assicurando l'effettività del loro assolvimento attraverso il controllo degli u.e.p.e., i quali si sarebbero potuti avvalere anche dell'ausilio della polizia penitenziaria.

Questo disegno riformatore, frutto di una così ricca, articolata e partecipata elaborazione, per calcoli elettoralistici deprimenti – prima ancora che fasulli, come poi si sono dimostrati – non è stato portato a termine dalle forze politiche che con tanto meritorio impegno l'avevano promosso, ed è stato amputato con chirurgica precisione delle parti qualificanti dalla nuova maggioranza, nel cui deprimente orizzonte ideologico si prevedeva *per contratto* «di riscrivere la c.d. riforma dell'ordinamento penitenziario al fine di garantire la certezza della pena per chi delinque, la maggior tutela della sicurezza dei cittadini». Per la verità, più che essere riscritto, il progetto è stato adagiato su un rozzo letto di Procuste, per amputare tutte le parti che, in linea con i principi costituzionali in materia, si allontanavano da un sistema carcerocentrico; a guidare il bisturi, per usare le icastiche parole di Francesco Petrelli, «una sorta di “riserva di carcere”, secondo la quale nessuna esecuzione penale può essere data fuori da quel luogo [...] che diviene anche luogo morale e ideologico della penalità».

3. Le disposizioni sfuggite all'iconoclastica “riforma della riforma” non sono comunque prive di interesse e meritoriamente questo volume ne offre (con esclusione di quelle concernenti i minorenni) un'attenta e approfondita lettura: difficilmente si potrebbero aggiungere spunti significativi. Forse può essere meno inutile dedicare qualche riflessione alla riforma che non c'è stata. Del resto, non si tratta di un fuor d'opera, atteso che non soltanto le autorevoli personalità opportunamente chia-

mate nell'ultima parte del collettaneo a tracciare un bilancio politico-culturale della riforma, ma anche gli Autori dei contributi "tecnici" dedicati all'interpretazione delle nuove disposizioni, non hanno distolto lo sguardo da ciò che poteva essere e non è stato. Si avverte, in questa scelta, la consapevolezza che quei tagli, e il messaggio politico che li ha accompagnati, non sono privi di conseguenze sia sul piano interpretativo – poiché l'approvazione integrale della riforma avrebbe consentito, attraverso una interpretazione sistematica e funzionale, di dare alle norme approvate un respiro applicativo più ampio – sia sulla futura amministrazione penitenziaria.

Sotto il primo profilo, non soltanto la singola previsione avrebbe potuto ricevere una luce e un senso diversi inscrivendosi in una riforma organicamente compiuta, ma – verosimilmente – sarebbe stato differente, in generale, l'atteggiamento mentale dell'interprete. In particolare, l'aver fatto della eliminazione dell'intero capitolo dedicato alla misure alternative un trofeo politico da sacrificare sull'altare di un malinteso concetto di "certezza della pena" potrebbe finire "subliminalmente" per condizionare parte della magistratura di sorveglianza, inducendola a guardare con sfavore alla concessione anche di quelle esistenti e a trincerarsi dietro una deresponsabilizzante giurisprudenza difensiva, non foss'altro per evitare le strumentalizzazioni e la grancassa polemica in caso di loro insuccesso. Più in generale, è difficile sottrarsi alla preoccupazione, come osserva acutamente Riccardo De Vito, «per l'impatto del ridimensionamento della riforma sulla "ideologia normativa" dei magistrati di sorveglianza».

Sul versante della gestione quotidiana del complesso sistema carcerario, poi, è ad esempio probabile che dalla mancata approvazione della disposizione secondo cui la sorveglianza delle persone detenute dovrebbe avvenire «con modalità tali da consentire ai detenuti e agli internati di trascorrere la maggior parte della giornata fuori dalle aree destinate al pernottamento anche al fine di favorire i rapporti interpersonali e l'osservazione del comportamento e della personalità» l'amministrazione penitenziaria tragga motivo per ritenersi facilmente esonerata, a fronte della prima difficoltà logistica o organizzativa, dal compito di favorire la socialità intramuraria e l'osservazione della condotta del detenuto nei rapporti interpersonali. Oppure ancora: il fatto che al momento dell'approvazione definitiva sia stata cassata la norma – presente nella bozza di decreto – alla cui stregua non sarebbe stato consentito di giustificare «condizioni detentive lesive dei diritti della persona» con la

mancanza di risorse, potrebbe indurre l'amministrazione a ritenere che si sia affermato il principio opposto. Di certo, la soppressione non sarà uno sprone ad evitare situazioni come quella sottoposta al giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo di un detenuto con un serio *handicap* deambulatorio trasportato su una carriola da muratore, per l'indisponibilità, appunto, di una sedia a rotelle (Corte eur., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, § 45).

4. Sarà bene dunque spiegare all'immaginario viaggiatore che le novità legislative nelle quali si è imbattuto un anno fa e che vengono qui accuratamente commentate non costituiscono, come gli è apparso, un altro piccolo passo verso "magnifiche sorti e progressive": rappresentano, piuttosto, l'ultimo tratto di strada che il nostro sistema ha compiuto, quasi per inerzia legislativa, prima di un secco tornante culturale. È difficile, infatti, immaginare una più netta inversione nella ideologia della pena, quando importanti *leader* politici dal grande seguito elettorale e con alte responsabilità istituzionali propongono di usare i droni per aiutare la polizia penitenziaria nel controllo della sicurezza intramuraria, di reintrodurre i lavori forzati, di lasciare "marciare in galera" il condannato, invocando, in una sorta di glossolalia, che ci vuole "la certezza della pena", perché chi sbaglia deve pagare e basta.

C'è una frase del film "Fuga da Alcatraz" che riassume bene la nuova (in)cultura della pena: «Noi non creiamo buoni cittadini. Però creiamo dei buoni detenuti. Alcatraz è stata fatta per tenere tutte le uova marce in un panierino solo; e io sono stato scelto appositamente per garantire che non fuoriesca la puzza da questo panierino». Esattamente il contrario di ciò che il progetto di riforma, poi sfigurato, si riprometteva di ottenere: non detenuti disciplinati, ma buoni cittadini, dei quali assicurare con oculata progressività il reinserimento nel consorzio civile extramurario.

Non è facile riuscire a capire come sia stata possibile nel giro di pochi anni una così radicale inversione negli orientamenti politico-culturali, e un'approfondita analisi socio-politica esorbiterebbe sia dalla funzione di questo contributo, sia dalle competenze del suo autore. Ma provare a farsi un'idea di come sia potuto succedere è importante per cercare di contrastare le conseguenze di tale regressione. Non si è molto lontano dal vero individuandone una delle principali cause nella rovinosa sinergia tra informazione allarmistica e demagogia populistica. In una democrazia emotiva, come è l'attuale, l'insistita e talvolta morbosa at-

tenzione dei massmedia ai più efferati episodi di criminalità induce una dispercezione collettiva dei problemi reali. Secondo un recente Rapporto Ipsos l'Italia è, significativamente, il Paese europeo in cui si registra la distorsione più accentuata. È difficile non collegare questo non invidiabile primato ai risultati di una indagine dell'Osservatorio europeo sulla sicurezza che ha messo a confronto le principali emittenti europee: nel nostro Paese la percentuale di notizie riguardanti la criminalità rispetto al complesso delle notizie ansiogene è del 58,8% contro, ad esempio, il 16,7% della Germania (le percentuali, *pour cause*, si invertono con riguardo alle notizie economiche). I fatti criminali, posizionati con ossessiva frequenza davanti ai riflettori dei media, si proiettano sullo schermo della comunicazione sociale come enormi ombre cinesi, inducendo la collettività a ritenere che il fenomeno criminale sia in allarmante e inarginabile crescita, mentre le statistiche attestano che è in costante declino.

Se poi su questo fenomeno mediatico – peraltro non nuovo – si innesta un'azione di governo sagomata sui sondaggi; se la cometa della politica – anziché precedere, guidandola – segue l'opinione pubblica per assicurarsene l'assenso, il cammino civile di un popolo diviene inevitabilmente esposto ad ogni regressione. Ciò è particolarmente evidente sul piano della politica penale, dove la sola preoccupazione governativa è stata, sino oggi, quella di esibire una muscolarità sanzionatoria, che ovviamente non risolve alcuna emergenza, ammesso che ne esista una, ma che ha il vantaggio di ostentare, a costo zero, una sollecita attenzione per le preoccupazioni dei cittadini-elettori.

5. Un palinsesto mediatico largamente incentrato sulla cronaca nera e una politica che ha nella fomentazione delle paure il suo *core business*, dunque, non potevano non osteggiare l'affermarsi di una idea di pena che tende ad abbassare, sia pure in base a parametri ed a valutazioni prognostiche normativamente guidate, i ponti levatoi, fisici e psicologici, tra il carcere e la società libera.

Tutto ciò ha propiziato una ciclopica mistificazione. Con un'accorta retorica, si è riusciti a passare nella comunicazione sociale un messaggio che si può così grossolanamente riassumere: da una parte ci sono i buonisti, gli indulgenzialisti, monotematicamente preoccupati della sorte del condannato e del suo recupero sociale; dall'altra, coloro che per fortuna si fanno carico delle apprensioni della collettività e che, con rassicurante rigore, pretendono che la pena detentiva sia scontata sino all'ul-

timo giorno, rinchiudendo ermeticamente i pericoli entro le mura del carcere. Va da sé che questo secondo approccio suoni molto più convincente presso un'impaurita opinione pubblica: come scriveva Christa Wolf nella *Medea*, «non c'è menzogna troppo grossolana a cui la gente non crede, se essa viene incontro al suo segreto desiderio di crederci».

Quanto detto potrebbe forse già bastare per spiegare come in questa stagione della insicurezza e della precarietà il carcere sia divenuto, nel subconscio collettivo, una sorta di metafora architettonica ove rinserrare tutte le nostre paure.

In un tale contesto, ricordare che la Costituzione addita una direzione esattamente opposta serve a ben poco: sui nobili precetti della nostra Carta fondamentale farebbero brutalmente premio i rozzi *slogan* “*chi sbaglia paga*”, “*la certezza della pena*”, “*il condannato deve marcire in galera*”, “*sbattiamolo dentro e buttiamo le chiavi*”. Potrebbe risultare più utile ricordare – lo si è fatto, ma forse non abbastanza – un'ovvietà: fatta eccezione per coloro che scontano un ergastolo c.d. ostativo, i condannati prima o poi, espiata la pena, escono dal carcere. Sovente per tornare a commettere reati: l'indice di recidiva, con qualche sensibile oscillazione da Paese a Paese – ad esempio, più dell'80% in Brasile (non a caso il Paese con i tassi di carcerazione più alti del mondo), intorno al 50% nel Regno Unito – è sempre molto alto. Questa inclinazione a ridelinquere diminuisce fortemente quando il condannato sconta la pena in un regime carcerario che ne rispetta la dignità, lo responsabilizza e gli offre la possibilità di guadagnarsi – anche adoperandosi in favore della collettività e della vittima del reato – un graduale, controllato reinserimento sociale. Pure in tal caso gli indici statistici oscillano (in Italia si scende al 19%; in Inghilterra al 22%; in Brasile, limitatamente ai penitenziari pilota Apac, al 12%) sino a registrare circoscritte realtà con percentuali di recidiva ad una cifra (il 5%, per i dimessi dal penitenziario La Stampa di Lugano).

Sarebbe intellettualmente poco onesto non riconoscere che si tratta di percentuali non certo affidabili al decimale, essendo spesso frutto di metodiche diverse di rilevazione e di calcolo. Ma sarebbe intellettualmente disonesto negare l'esistenza di una forbice molto significativa tra i crimini commessi da ex condannati, a seconda che questi abbiano subito una pena ciecamente segregativa, orfana di ogni speranza di cambiamento, oppure una pena severa, ma non insensibile alla loro effettiva partecipazione ad un progetto di riabilitazione che li abbia preparati a rientrare nella società civile, con l'intento e la capacità di viverci come

avrebbero sempre dovuto. Quando lo Stato sa offrire una tale opportunità e il condannato sa meritarsela, la collettività ne trae un beneficio molto significativo proprio in termini di sicurezza. Soltanto ad una surreale condizione, il carcere potrebbe essere gabellato per uno strumento a tutela della collettività: qualora tutti i reati fossero puniti con ergastolo ostativo (è un'argomentazione provocatoria, che spendiamo con qualche riluttanza, poiché con il vento che tira qualcuno potrebbe trovarla una buona idea).

Che una pena meramente segregante sia criminogena, d'altra parte, non occorrono i numeri della statistica per dimostrarlo: «il carcere come camicia di forza, come immobilità per non far male – scriveva Vittorino Andreoli, uno dei più grandi psichiatri italiani – è pura follia, è anti-educativo. Non appena viene tolto il gesso, c'è subito una voglia di correre e di correre contro la legge».

Lasciar marcire i detenuti in galera sino all'ultimo giorno della condanna inflitta, dunque, non è soltanto in contrasto con la Costituzione e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: è un attentato alla sicurezza sociale.

Sino a quando, però, nelle vene mediatiche del nostro Paese scorrerà l'opposta, mistificante idea, il nostro sistema punitivo sembrerebbe votato a “deprimenti sorti e regressive”. Ci consentiamo il conforto del condizionale per la fermezza con cui la Corte costituzionale – “coadiuvata” in ciò dalla migliore parte della magistratura di sorveglianza e della giurisprudenza di legittimità che stanno proponendo letture illuminate della normativa esistente e sollevando questioni di costituzionalità laddove questa dissoni dai precetti della Carta fondamentale – sta tenendo la rotta, tra l'altro introducendo, attraverso ineccepibili declaratorie di incostituzionalità, soluzioni scartate dall'ultimo legislatore in sede di approvazione della riforma. Al punto che talvolta sembra delinearsi una sorta di riforma per via giurisprudenziale. Ma, a parte che anche tale rotta ha conosciuto qualche preoccupante incaglio, si è ben consapevoli che i pronunciamenti giurisdizionali per il loro carattere episodico e disorganico non potranno mai supplire alla mancanza di un compiuto disegno riformatore che assicuri effettività e coerenza di sistema alla funzione che la Costituzione assegna alle sanzioni penali.

6. Una profonda faglia culturale percorre il nostro Paese. Da una parte, quanti ritengono che promuovere la risocializzazione del condannato significhi attuare la Costituzione, rispettare la persona e tutela-

re le esigenze di sicurezza della collettività; dall'altro, i demagoghi che cinicamente usano l'inasprimento sanzionatorio – secondo l'incisiva sintesi di Giovanni Maria Flick – «come placebo per un'opinione pubblica insicura e impaurita». Né dobbiamo commettere l'errore di ridurre il problema alla sua dimensione penitenziaria: in questa lacerante contrapposizione si riflette l'altra, decisiva per le sorti della nostra Nazione, fra lo Stato di diritto e l'olocrazia.

Una ragione in più per apprezzare questo volume. Grazie ad una intelligente scelta dei suoi Curatori, esso riesce ad offrire, insieme ad un'attenta e acuta lettura critica delle novità normative introdotte un anno fa, un'occasione di preoccupata riflessione sugli inequivoci segnali di arretramento culturale e di deterioramento della convivenza civile, registrati da quell'infallibile barometro di civiltà che è il carcere.

PARTE PRIMA
DALLA LEGGE DELEGA
AI DECRETI DELEGATI

I

L'ITER DI ATTUAZIONE DELLA DELEGA: UN PERCORSO TORMENTATO

di Elisabetta Frontoni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge delega e i Tavoli dell'esecuzione penale. – 3. L'attuazione della delega. Il complesso *iter* di formazione dei decreti legislativi “a cavallo” fra due legislature. – 4. Considerazioni conclusive: una riforma tradita.

1. Premessa.

Nell'ottobre 2018 sono stati pubblicati tre decreti legislativi attuativi della c.d. riforma Orlando. Si tratta dei d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124.

Con la pubblicazione di questi tre atti si conclude l'*iter* di attuazione della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*», per la parte relativa all'esecuzione penale.

Il primo decreto si occupa dell'esecuzione penale dei condannati minorenni, il secondo contiene norme di riforma dell'ordinamento penitenziario e il terzo disciplina la vita detentiva e il lavoro penitenziario.

Si tratta di una riforma lungamente attesa, che vede la luce a quattro anni dalla nota sentenza Torreggiani, con la quale la Corte europea ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 c.e.d.u. a causa del sovraffollamento carcerario¹. Problema “endemico e strutturale” delle carceri

¹F. DELLA CASA F., *Il monito della Consulta circa il “rimedio estremo” della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4533 s.; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti*

italiane sul quale è intervenuto anche il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano con un messaggio inviato alle Camere l'8 ottobre 2013.

In questo scritto non ci si occuperà di commentare in modo puntuale il contenuto dei decreti, alla cui analisi sono dedicati gli altri contributi del volume, ma si prenderà in esame il complesso procedimento di delegazione legislativa che ha portato all'approvazione della riforma. Sia l'*iter* di formazione della legge delega che quello dei decreti legislativi meritano, infatti, qualche riflessione non solo dal punto di vista del sistema delle fonti, ma anche perché il modo in cui sono stati approvati gli atti ha avuto importanti ricadute sul loro contenuto, che è, per molti aspetti, lontano da quanto la legge delega si prometteva di realizzare.

2. La legge delega e i Tavoli dell'esecuzione penale.

La riforma era stata fortemente voluta dall'allora Ministro della Giustizia Andrea Orlando, che ha affiancato il percorso del disegno di legge delega con un'inedita forma di consultazione, realizzata convocando i c.d. Stati generali dell'esecuzione penale².

Gli Stati generali, composti da duecento esperti provenienti dalla società civile, dall'università, dalla magistratura e dal volontariato, hanno lavorato su diciotto tavoli dedicati ad altrettanti aspetti problematici dell'esecuzione penale.

Gli esperti si sono confrontati sulle questioni relative agli spazi della pena, alla vita detentiva, alle donne e il carcere, alla reclusione di soggetti deboli, ai minori, all'affettività, alla detenzione degli stranieri, al lavoro, all'istruzione, al disagio psichico, alle misure di sicurezza, ai trattamenti in comunità, alla possibilità di una giustizia riparativa, alla giustizia penale negli altri ordinamenti, alla formazione degli operatori penitenziari, al-

umani e diritto internazionale, 2013, p. 147 s.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 s.; A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4549 s.; A. RUGGERI, *Ancora una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *www.giurcost.org*, 2013; sia consentito rinviare anche a E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte Edu e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 30 aprile 2014.

²Gli Stati generali erano stati istituiti con il d.m. 8 maggio 2015.

l'individualizzazione del trattamento, al processo di reinserimento e infine all'organizzazione e amministrazione dell'esecuzione penale.

L'intero progetto era sorretto da un'idea di fondo: realizzare una riforma dell'esecuzione penale con un approccio di segno completamente opposto a quello avuto sino a oggi.

Come si legge nel documento conclusivo degli Stati generali, a quarant'anni dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, l'obiettivo era realizzare una vera e propria "riforma della riforma".

Una riforma che desse della pena una lettura conforme a Costituzione, restituendo finalmente senso alla sua funzione rieducativa. Come osserva la Corte costituzionale in una nota decisione del 1990, la rieducazione è «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» e «il precetto di cui al comma 3 dell'art. 27 Cost. vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»³.

Non bisogna dimenticare, del resto, che i trattamenti inumani e degradanti per cui è stata condannata l'Italia con la sentenza Torreggiani del 2013, prima ancora che con le disposizioni della Convenzione, non sono compatibili con la Costituzione italiana.

Il disegno di legge governativo, che si proponeva, tra gli altri obiettivi, di riformare l'ordinamento penitenziario, viene presentato dal Governo alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014 col titolo «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*» (AC. 2798). A questo punto, comincia un complesso *iter* che porterà all'approvazione della legge delega solo nel giugno del 2017.

Il disegno di legge AC. 2798 è approvato in prima lettura alla Camera il 23 settembre 2015. Nell'esame al Senato, il testo viene abbinato ad altri due progetti di legge riguardanti rispettivamente modifiche al codice penale e modifiche al codice di procedura penale in materia di prescrizione del reato.

A questo punto, il Governo decide di porre la questione di fiducia sull'approvazione di un maxi emendamento che riscrive il testo unificato.

³ Cfr. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

Il provvedimento è così approvato il 15 marzo al Senato e, dopo essere stato trasmesso alla Camera, viene definitivamente approvato il 14 giugno 2017 e pubblicato con il titolo «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*».

Per quanto concerne la parte riguardante l'ordinamento penitenziario, la legge prevede, all'art. 1 commi da 85 a 87, una serie di principi e criteri direttivi di riforma.

Il Governo è infatti delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per «*a*) semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione; *b*) revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; *c*) revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni e che il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell'interessato e la pubblicità dell'udienza; *d*) previsione di una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire; integrazione delle previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna; previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante il coinvolgimento della polizia penitenziaria; *e*) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; *f*) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative; *g*) incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario sia esterno, nonché di attività di volontariato individuale e di reinserimento

sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e a quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento; *b*) previsione di una maggiore valorizzazione del volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici dell'esecuzione penale esterna; *i*) disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari; *l*) revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena; *m*) previsione della esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l'istituto penitenziario; *n*) riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio; *o*) previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere; *p*) adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età [...] ⁴; *q*) attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato; *r*) previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica; *s*) revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole

⁴Relativamente a questa disposizione di delega sono previsti ulteriori specifici criteri direttivi.

abbia compiuto il primo anno di età; *t*) previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute; *u*) revisione del sistema delle pene accessorie improntata al principio della rimozione degli ostacoli al reinserimento sociale del condannato ed esclusione di una loro durata superiore alla durata della pena principale; *v*) revisione delle attuali previsioni in materia di libertà di culto e dei diritti ad essa connessi».

Si tratta di un elenco di disposizioni che, più che circoscrivere in modo adeguato l'operato del legislatore delegato, ne rappresentano altrettanti ambiti di intervento. La formulazione estremamente generica delle previsioni sembra inoltre far perdere a esse la funzione di *guidelines* per orientare la legislazione delegata.

La prassi di conferire deleghe molto ampie e generiche al Governo è frequente anche se essa costituisce una grave violazione dell'art. 76 Cost., che impone al delegante di fissare principi e criteri direttivi, oggetto e tempo della delegazione legislativa. Requisiti che rappresentano dei veri e propri "limiti minimi", vale a dire le condizioni di validità della stessa delega, cosicché la loro assenza o genericità determina la violazione della previsione costituzionale.

Nel caso di specie, la confezione "a maglie larghe" della delega per la c.d. riforma Orlando appare il frutto della congiuntura politica e della difficoltà della stessa maggioranza nell'approvare una legge su un tema ancora fortemente divisivo, testimoniata dalla scelta del Governo di porre la questione di fiducia per la sua approvazione. Uno strumento in grado, in primo luogo, di serrare le fila della maggioranza⁵.

Lo stesso ricorso alla delegazione legislativa può essere letto in questo senso.

Nella ultime legislature, infatti, tale istituto è utilizzato sempre più, non solo, come si riteneva tradizionalmente, perché la materia che si deve disciplinare richiede competenze tecniche, che solo il Governo è in grado di mettere in campo, ma anche quando l'oggetto delegato rappresenta un tema caratterizzato da alto tasso di «complessità politica»⁶.

⁵Sul rapporto tra maxi-emendamenti e questione di fiducia. Cfr. G. PISTORIO, *Maxiemendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, 2018. In particolare, sulla posizione della questione di fiducia in sede di approvazione di leggi di delega, v. T. GUARNIER, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, in *Dir. e società*, 2015, p. 45 s.

⁶Così, M. RUOTOLO, *Delega legislativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III ed., Giuffrè, 2006, p. 1769 e S. STAIANO, *Legge di delega e decreto legi-*

La legge, peraltro, arriva ad essere approvata quasi a ridosso della fine della legislatura. Segno che la questione della riforma dell'ordinamento penitenziario creava dei malumori nella stessa maggioranza.

3. *L'attuazione della delega. Il complesso iter di formazione dei decreti legislativi "a cavallo" fra due legislature.*

Per l'adozione dei decreti legislativi, la legge prevede un *iter* ormai frequente in quasi tutte le deleghe delle ultime legislature, imponendo che il Governo trasmetta gli schemi di decreti alle Commissioni competenti di Camera e Senato per ricevere un parere⁷.

Normalmente si tratta di pareri obbligatori, ma non vincolanti per il Governo, vale a dire che, perché il decreto legislativo non sia in contrasto con tali "limiti ulteriori", e quindi non violi indirettamente la legge di delega, è sufficiente che gli schemi dei decreti siano trasmessi alle Commissioni competenti, ma il Governo non ha l'obbligo di adeguarsi ai pareri e nemmeno di attendere che essi vengano resi, decorso il termine concesso alle Commissioni⁸.

Nel caso di specie, invece, il legislatore delegato ha scelto di rinforzare il meccanismo, prevedendo che, qualora il Governo «non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. I pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari sono espressi entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque emanati»⁹.

Tale previsione non consente di trasformare i pareri da obbligatori in vincolanti, ma impone comunque al Governo l'onere ulteriore di una

slativo, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Dizionario di Diritto costituzionale*, Il Sole 24ore, 2008, p. 277.

⁷Per tutti gli aspetti problematici relativi al procedimento di formazione dei decreti legislativi nella prassi delle ultime legislature, sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione dei decreti legislativi*, Editoriale Scientifica, 2012.

⁸I pareri sono atti dai quali si può prescindere: evidentemente se la Commissione competente non ha reso il parere vuol dire che non aveva interesse per l'atto.

⁹Cfr. art. 1 comma 83 legge 23 giugno 2017, n. 103.

nuova trasmissione alle Camere degli schemi di decreto corredati di una motivazione e di informazioni relative alla volontà di non adeguarsi alle indicazioni parlamentari per ricevere un nuovo parere.

Essa fa parte di quegli strumenti che, nel corso del tempo, il Parlamento ha forgiato per avere un maggior controllo sulla legislazione delegata e per riequilibrare i rapporti di forza in questo «procedimento parlamentare di tipo duale»¹⁰.

Le norme procedurali si completano con l'inserimento di una disposizione di "proroga automatica" del termine per l'esercizio della delega. Il Governo deve adottare i decreti legislativi entro un anno dalla entrata in vigore della legge di delega, ma il termine può variare per consentire alle Commissioni parlamentari di esprimere il loro parere. Infatti, le Commissioni devono rendere il loro parere sugli schemi di decreti legislativi nel termine di quarantacinque giorni; tuttavia, «qualora tale termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti la scadenza del termine di delega, o successivamente, quest'ultimo termine è prorogato di sessanta giorni».

Si tratta di un meccanismo di «scorrimento automatico del termine», previsto ormai costantemente nelle leggi delega, che ha lo scopo, ancora una volta, di preservare il ruolo del Parlamento nella delegazione legislativa.

Lo scorrimento del termine consente, infatti, alle Commissioni parlamentari competenti, che ricevono lo schema di decreto a ridosso della scadenza della delega, di esprimere il loro parere avendo a disposizione un congruo "*spatium deliberandi*".

Come si è già ricordato, la legge n. 103 del 2017 è stata approvata sul finire della legislatura. Il Governo Gentiloni, inoltre, non ha esercitato celermente la delega e, nonostante l'ampio lavoro preparatorio, è riuscito a presentare il primo decreto attuativo in piena *prorogatio* delle Camere¹¹.

L'*iter* di attuazione è stato così concretamente avviato nella XVII legislatura, ma è proseguito nella XVIII.

¹⁰Definisce in questi termini la delegazione legislativa A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, 2003, p. 339.

¹¹Sulla presentazione dei decreti legislativi attuativi della legge n. 103 del 2017 e sui numerosi aspetti problematici della vicenda, v. l'ampio lavoro di E. CATELANI, *I poteri normativi del Governo dopo lo scioglimento delle Camere e prima della formazione di un nuovo Governo fra prassi e direttive: il caso della legge delega n. 103 del 2017*, in *Arch. pen.*, 2018, spec. riforme, p. 41 s.

In particolare, il 16 gennaio 2018, il Governo Gentiloni ha presentato alle Camere lo schema di decreto legislativo sulla riforma dell'ordinamento penitenziario (AG 501).

Su tale schema sia la Commissione Giustizia della Camera che l'omologa Commissione al Senato hanno espresso pareri sostanzialmente positivi con condizioni e osservazioni.

Il Governo ha deciso di non adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla Camere e così ha approvato nuovamente lo schema di decreto legislativo (A.G. 17) e, ottemperando all'obbligo previsto in tal caso dalla legge delega, il 20 marzo lo ha trasmesso alle Camere per un secondo parere¹². Nella stessa fase, vale a dire mentre le Camere erano in regime di *prorogatio*, ma si erano svolte le elezioni, è stato trasmesso anche il decreto relativo alla riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario (A.G. 16, trasmesso il 7 marzo).

Infine, successivamente alla riunione delle nuove Camere, sono stati trasmessi gli schemi dei decreti legislativi relativi alla riforma all'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni e alla giustizia riparativa (A.G. 20, trasmesso il 24 aprile) e alla mediazione reo-vittima (A.G. 29, trasmesso il 21 maggio).

In questa lunga fase di transizione, i Presidenti delle due Camere hanno scelto di non assegnare gli atti per l'espressione del parere. Scelta che è stata ribadita anche dopo che, il 4 aprile, in entrambi i rami del Parlamento, sono state istituite le Commissioni speciali per l'esame di atti del Governo¹³. Le Commissioni che per prassi vengono formate all'inizio della legislatura in attesa che si formi il Governo e possano essere nominate le Commissioni permanenti.

L'esame degli schemi dei pareri ha avuto inizio, quindi, quando sono state nominate le nuove Commissioni permanenti della XVIII legislatura e ha avuto esiti differenti.

¹²Nello specifico, il Governo si è conformato alle condizioni recate nel parere della Commissione Giustizia della Camera, mentre ha disatteso in gran parte le condizioni rese nel parere reso dalla Commissione Giustizia del Senato.

¹³Su tale decisione e sul "braccio di ferro" tra Governo e Parlamento neo-eletto, anche relativamente al modo di computare i dieci giorni decorsi i quali il Governo può comunque adottare l'atto senza attendere il parere parlamentare, cfr. l'articolata ricostruzione di P. MAZZINA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: quando il provvedere per emergenze "stressa" procedure e organi costituzionali*, in *Arch. pen.*, 2018, spec. riforme, p. 63. Per un'analisi di questa complicata fase di stallo nell'attuazione della delega, cfr. anche G. PICCIRILLI, *Salvate la riforma dell'ordinamento penitenziario!*, in *Forum Quaderni cost.*, 23 luglio 2018.

Sullo schema relativo alla riforma dell'ordinamento penitenziario, sia la Commissione Giustizia della Camera sia quella del Senato hanno espresso parere contrario. Nel rendere il parere, la Commissione giustizia della Camera ha osservato in particolare che «la nuova maggioranza parlamentare non condivide [...] l'impianto del provvedimento, ritenendo che i pur condivisibili obiettivi debbano essere perseguiti attraverso misure di diverso genere che comunque non depotenzino l'efficacia dell'esecuzione della pena, garantendo comunque la certezza della pena per coloro che delinquono e la maggiore tutela della sicurezza dei cittadini».

Il 3 agosto 2018, il giorno nel quale scadeva il termine per l'esercizio della delega, fissato in un anno dall'entrata in vigore della legge n. 103 del 2017, il Governo Conte ha trasmesso alle Camere un nuovo schema di decreto legislativo (A.G. 39), decidendo in tal modo di avviare «un nuovo procedimento di esercizio della delega».

La trasmissione del nuovo schema di decreto legislativo ha fatto scattare il meccanismo di scorrimento del termine previsto nella legge delega, secondo quanto previsto dall'art. 1 comma 83 legge n. 103 del 2017. Tale previsione, come si è già ricordato, per consentire alle Commissioni di esprimere il loro parere, proroga automaticamente di sessanta giorni il termine di esercizio della delega.

Secondo quanto indicato nella relazione illustrativa, il nuovo schema di decreto legislativo è molto diverso da quello trasmesso dal Governo Gentiloni e bocciato dalle Commissioni di Camera e Senato. In particolare, nel testo, non viene data attuazione alla delega nella parte relativa alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e all'eliminazione di automatismi preclusivi. Si tratta delle lett. *b*, *c* ed *e* del comma 85 dell'art. 1 della legge delega.

Su questo provvedimento, sullo schema di decreto relativo al lavoro penitenziario (A.G. 16) e sullo schema di decreto relativo all'esecuzione penale minorile (A.G. 20), la Commissione Giustizia della Camera ha espresso pareri favorevoli accompagnati da condizioni o osservazioni. Tutt'altra sorte è toccata, invece, allo schema di decreto relativo alla giustizia riparativa (A.G. 29) sul quale entrambe le Commissioni giustizia, espressione di una maggioranza ormai diversa da quella che aveva predisposto l'atto, hanno espresso parere contrario.

4. Considerazioni conclusive: una riforma tradita.

La vicenda è sicuramente complessa e suscita più di una questione, mettendo in rilievo aspetti problematici della delegazione legislativa che già da tempo hanno suscitato le riflessioni della dottrina.

Non vi è dubbio che su tutta la fase di attuazione ha pesato la circostanza che la delega è stata attuata nella fase di passaggio tra la XVII e la XVIII legislatura.

Questa circostanza ha avuto un riflesso, in primo luogo, sui tempi dell'attuazione. Il Governo Gentiloni ha atteso troppo nell'adozione dei decreti, forse perché la sua maggioranza non era coesa e perché, a ridosso delle elezioni, le questioni dell'esecuzione penale si rivelano pericolose, perché troppo divisive.

Il risultato è stato che gli schemi dei decreti sono stati esaminati prima dalle Commissioni in regime di *prorogatio* e successivamente dalle nuove Commissioni parlamentari, composte da una maggioranza diversa da quella che aveva conferito la delega.

Alle questioni problematiche legate “al tempo dell'attuazione” si deve aggiungere la cattiva redazione delle disposizioni di delega.

La formulazione “a maglie larghe”, che per alcuni profili sembrava anche confondere principi e criteri con altrettanti ambiti di esercizio della delega, come rilevato dallo stesso Comitato per la legislazione nel parere reso il 2 luglio 2015 sul disegno di legge, oltre ad essere in contrasto con l'art. 76 Cost., per mancanza dei limiti minimi, ha avuto una rilevante conseguenza sul piano politico.

Già al momento della presentazione del disegno di legge delega, del resto, la dottrina aveva evidenziato che il testo offriva «una forbice attuativa troppo ampia, con il rischio persino di legittimare traduzioni normative di segno opposto»¹⁴.

¹⁴ In tal senso cfr. M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere: guardando al futuro con un occhio al passato*, in *Quest. giust.*, 2015 (2), p. 60. Secondo il quale, «il ddl non sembra esplicitare una progettualità forte. Questa può desumersi dalla lettura delle singole disposizioni di delega, ma dovrebbe essere più chiaramente accompagnata dalla definizione di principi idonei ad indirizzare l'attività del Governo, con conseguente più puntuale determinazione dei criteri direttivi» e prosegue sottolineando che l'idea di pena che ispira il Governo «non si riesce a trarre in modo chiaro dalla pur apprezzabile delega per le modifiche all'ordinamento penitenziario. In cosa possa consistere “l'effettività rieducativa della pena”, cui rimanda il titolo del d.d.l., ce lo diranno, insomma, i decreti delegati, sempre che in sede parlamentare, come sperabile, non si riescano a meglio defini-

Rischio che si è effettivamente concretizzato: la delega conferita dalla maggioranza di centro-sinistra al Governo Gentiloni è stata attuata dal nuovo Governo Conte, sorretto da una maggioranza Movimento cinque stelle e Lega, con una significativa ricaduta sul contenuto dei decreti legislativi.

Questo profilo appare particolarmente evidente nel decreto sulla riforma dell'ordinamento penitenziario, il d.lgs. n. 123 del 2018: il nuovo testo è molto diverso dallo schema di decreto presentato dal precedente esecutivo¹⁵.

Nello schema presentato dal Governo Gentiloni, l'intento riformatore emergeva in modo chiaro. Il testo – che si componeva di ventisei articoli suddivisi in sei capi dedicati alla riforma dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, alla semplificazione dei procedimenti, alla eliminazione di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario, alle misure alternative, al volontariato e alla vita penitenziaria – era il frutto dell'intervento della Commissione presieduta dal prof. Glauco Giostra, istituita dal Ministro con l'obiettivo di utilizzare i risultati dell'ampio lavoro realizzato dagli Stati generali dell'esecuzione penale. Come emergeva dalla relazione illustrativa, un punto estremamente qualificante dell'atto era rappresentato dalla previsione di un ampio ricorso alle misure alternative al carcere perseguibili tutte le volte in cui «la solida conoscenza dei trascorsi delinquen-

re i contorni della delega stessa». Sulla stessa posizione, G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine, ibidem*, il quale sottolinea che il disegno di legge delega, anche se è orientato verso la rieducazione del condannato, è «declinato in criteri direttivi che, per la vaghezza della loro formulazione, assomigliano più ad un ambizioso catalogo di buoni propositi che non a guide operative per il legislatore delegato», precisando che «l'attuale formulazione normativa ha un'orditura a maglie eccessivamente lasche, che necessiterebbero di una più stringente messa a fuoco per costituire – come dovrebbero – nitide e vincolanti *guidelines* per il delegato. Locuzioni quali “maggiore valorizzazione del lavoro” (art. 26 lett. e), “previsione di un più ampio ricorso al volontariato” (art. 26 lett. f), “adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età” (art. 26 lett. i), ad esempio, sono suscettibili di una forbice attuativa troppo ampia, con il rischio persino di legittimare traduzioni normative di segno opposto». Posizione ripresa, dopo l'approvazione della legge, da P. BRONZO, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Legisl. pen.*, 2018, p. 4, che osservava che la delega lasciava mano libera al legislatore delegato, in modo tale che «su molti temi risulterebbe consentita anche un'attuazione minimale, fino al sostanziale svuotamento delle direttive».

¹⁵ Più precisamente, si potrebbe forse dire che il testo rappresenta una versione ridotta del precedente, depurato dalla sua qualificante opzione. Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018, p. 1.

ziali e personali del condannato lo consenta». Profilo che, invece, il nuovo Governo ha provveduto a espungere dal testo.

Il nuovo decreto, che si compone di quattro capi (Capo I dedicato all'assistenza sanitaria, Capo II sulla semplificazione delle procedure, Capo III modifiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria e Capo IV disposizioni in tema di vita penitenziaria) è caratterizzato da un sapiente esercizio parziale della delega. Sono rimaste inattuata, infatti, disposizioni qualificanti come quelle relative alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e all'eliminazione di automatismi preclusivi.

Questa scelta e previsioni che, per molti profili, sviluppano la delega in senso inverso rispetto alla sua *ratio* ispiratrice hanno completamente snaturato la rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, che la c.d. riforma Orlando mirava a realizzare¹⁶.

Considerazioni in parte simili possono essere fatte in relazione al d.lgs. n. 121 del 2018, relativo all'esecuzione penale dei condannati minorenni, anche se in questo caso il testo definitivamente approvato coincide con quello presentato dal Governo Gentiloni.

In questo testo, infatti, molto dello "spirito" sotteso alle disposizioni di delega, che era il frutto dei lavori svolti dagli Stati generali dell'esecuzione penale e della Commissione Cascini in fase di elaborazione del testo, è andato perso. Esito che forse si sarebbe potuto evitare se il legislatore delegante avesse conferito una delega indicando in modo puntuale non solo su "cosa" il Governo era delegato a intervenire, ma anche "come", sulla base di quali linee direttrici, doveva farlo. Una scelta sicuramente più impegnativa che avrebbe esposto la stessa maggioranza politica in una fase nella quale c'è stata una forte strumentalizzazione securitaria dell'esecuzione penale¹⁷.

¹⁶Come sottolineano i primi commenti, oltre alle disposizioni di delega cui il Governo ha espressamente detto di non voler dare attuazione, il testo presenta anche una inattuazione "implicita": «si pensi, ad esempio, alla mancata attuazione del criterio di legge delega relativo al potenziamento dell'assistenza psichiatrica[...] o quello relativo al diritto all'affettività delle persone detenute e internate (criterio questo, a dire il vero, al quale già il precedente Governo aveva scelto di non dare attuazione)». Cfr., in tal senso, A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1. In questa stessa direzione si pensi anche alla scomparsa della c.d. sorveglianza dinamica, che non vedeva la cella come l'unico perimetro della detenzione.

¹⁷L'espressione è mutuata da G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018, p. 120. L'Autore la utilizza per descrivere il clima culturale in cui vide la luce la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, ma sembra ancora valida per descrivere il momento attuale.

La Corte costituzionale è da sempre molto cauta nel censurare l'ampiezza delle deleghe, ritenendo che il rapporto tra delegante e delegato rappresenti una *political question* nella quale non entrare¹⁸, lasciando che si realizzi un libero gioco di riempimento della delega. La scelta è stata, insomma, quella di non irrigidire un istituto che è dotato di una indubbia "elasticità"¹⁹.

La dottrina ha messo in luce che in questo modo, tuttavia, «si corre il rischio di un progressivo indebolimento del Parlamento»²⁰.

La vicenda della riforma dell'ordinamento penitenziario evidenzia un ulteriore aspetto problematico: una delega ampia "a cavallo" di due legislature rende priva di effetto anche la possibilità della sanzione della sfiducia, su cui si basa il delicato equilibrio tra il Governo delegato e il Parlamento delegante. Con il cambio di legislatura, infatti, il Governo che attua la delega, svolgendone i principi, non ha più alcun rapporto con il Parlamento, *rectius* con la maggioranza, che ha conferito il potere delegato²¹.

Queste considerazioni di carattere generale sull'impianto della delega, naturalmente, non escludono che per alcuni specifici profili sia comunque possibile far valere il vizio di eccesso di delega. Si pensi per esempio alla mancanza di una positiva previsione di un servizio psichiatrico all'interno degli istituti penitenziari, come, invece, in modo puntuale imponeva l'art. 1 comma 85 lett. *l* della legge delega, secondo il quale il Governo doveva procedere «alla revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena»²².

¹⁸In questi termini, cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, 1996, p. 214.

¹⁹Secondo la nota definizione datane da S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello della delega legislativa*, Liguori, 1990, p. 16.

²⁰Così, C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, 2001, p. 174.

²¹Su tale particolare aspetto, cfr. le riflessioni di A. CERRI, voce *Delega legislativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Utet, 1993, p. 11 e A.A. CERVATI, voce *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, 1973, p. 953, il quale sottolinea come, a fronte di una delega ancora aperta, il nuovo Governo, sorretto da una diversa maggioranza politica, solitamente si orienta nel senso dell'inattuazione o di un'attuazione parziale della delega.

²²Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 riformula il testo del precedente art. 11 ord. penit., non solo non potenziando l'assistenza psichiatrica, ma anche espungendo dal testo il

Dall'iter di formazione dei decreti legislativi, emerge un ulteriore profilo di interesse: l'imprevedibilità degli effetti del meccanismo di scorrimento automatico del termine della delega.

Come si è già ricordato, tale meccanismo è stato introdotto nelle più recenti delegazioni legislative per valorizzare il parere parlamentare, impedendo che una trasmissione tardiva dello schema di decreto legislativo si traduca, di fatto, nell'impossibilità per le Commissioni competenti di esprimere il loro parere.

La dottrina, tuttavia, ha da tempo messo in luce che il meccanismo di proroga automatica genera incertezza sul termine di esercizio della delega, che finisce per diventare quasi futuro e incerto.

Anche il Comitato per la legislazione ha in più occasioni censurato tale meccanismo, invitando il legislatore a sostituirlo con l'indicazione al Governo di un termine certo per la trasmissione degli schemi di decreto²³.

La previsione, inoltre, può trasformarsi in un espediente che il Governo utilizza per lucrare ulteriore tempo per esercitare la delega.

In quest'ultima occasione, essa ha addirittura permesso a un Esecutivo sorretto da una nuova e diversa maggioranza rispetto a quella che ha approvato la legge di prolungare il termine di esercizio della delega, per esercitarla in modo molto lontano dalla sua *ratio* ispiratrice.

Non si tratta, invero, di un fenomeno del tutto nuovo, inedita è la tecnica utilizzata dal Governo per esercitare una delega in senso opposto rispetto allo spirito del legislatore delegante.

In altre occasioni, l'esecutivo si è avvalso della possibilità prevista dalle leggi di delega di integrare e correggere il decreto c.d. principale, vale a dire il decreto con il quale il Governo aveva dato attuazione alla delega, per riscriverne e stravolgerne il contenuto.

Anche in questo caso, come nel precedente, una previsione, espressione di una buona tecnica normativa, viene utilizzata in modo distorto. Il potere di integrazione e correzione, infatti, dovrebbe servire al Governo per valutare l'effetto dell'atto nel sistema, consentendo di intervenire per modificarlo qualora si renda necessario, non per esercitare una nuova delega.

Tale abuso si è verificato in modo molto significativo quando il pote-

riferimento espresso «all'opera di uno specialista in psichiatria». Al riguardo, v. *infra*, Parte II, Cap. III.

²³ Sui pareri del Comitato relativi a tale meccanismo, cfr. G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa e l'attività consultiva del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi*, 9 febbraio 2018, p. 20 s.

re di integrazione e correzione è stato utilizzato da un Governo di segno diverso da quello che aveva ricevuto la delega²⁴.

Come mostra anche la vicenda della riforma dell'ordinamento penitenziario, quando la delega è a maglie larghe, e quindi non è in grado di indirizzare e limitare il suo operato, per il Governo è molto più conveniente intervenire su una delega non ancora scaduta, che presentare un nuovo disegno di delegazione legislativa. Infatti, può disciplinare la materia senza attendere un nuovo conferimento di potere normativo e, soprattutto, senza affrontare il rischio politico che l'approvazione di una delega porta inevitabilmente con sé, specialmente quando, come in questo caso, a dover essere disciplinate sono questioni politicamente molto delicate.

²⁴ Su questo aspetto, cfr. P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Giappichelli, 2007, p. 86 s. e M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in AA.VV., *La delega legislativa*, Giuffrè, 2009, p. 53.