

**L'URGENZA DELLA RIFORMA PENITENZIARIA:
UN MALINCONICO ANACRONISMO
NELL'ERA DELLA RISCOPERTA CENTRALITÀ DEL CARCERE (*)**

di Franco Della Casa

***Abstract.** Lo scritto, dopo essersi criticamente soffermato sulle ragioni e sulle modalità che sono state alla base dell'accantonamento di un'ampia riforma dell'ordinamento penitenziario ormai prossima al traguardo, traccia una sintesi delle più significative innovazioni contenute nel documento elaborato dalla Commissione Giostra, sottolineando la loro urgenza. Nella parte finale si affronta l'interrogativo concernente il "se" e il "come" possano trovare concreta attuazione talune direttive del legislatore delegante nonché talune indicazioni contenute nello schema di decreto legislativo il cui percorso è stato frettolosamente interrotto.*

SOMMARIO: 1. Uno sconcertante epilogo: gli strumentali richiami alla «certezza della pena» e la conseguente interruzione del "conto alla rovescia" per il varo della riforma penitenziaria. – 2. L'urgenza delle modifiche introdotte dalla Commissione Giostra: a) quelle relative al regime intramurario. – 3. (segue): b) quelle inerenti alla configurazione delle misure alternative. – 4. Gli stretti sentieri per valorizzare nel breve periodo taluni contenuti della delega e del documento elaborato dalla Commissione ministeriale.

1. Uno sconcertante epilogo: gli strumentali richiami alla «certezza della pena» e la conseguente interruzione del "conto alla rovescia" per il varo della riforma penitenziaria.

Anzitutto è bene premettere che quando ci si riferisce all'urgenza di riformare l'ordinamento penitenziario, non si vuole alludere ad un intervento riformatore qualsiasi, ma si intendono evocare le norme elaborate dalla Commissione Giostra, nominata nella scorsa legislatura dal Guardasigilli Orlando, per dare attuazione alla

(*) Il contributo riproduce, con l'aggiunta di essenziali riferimenti bibliografici, l'intervento dell'Autore in sede di partecipazione alla tavola rotonda «Il sistema penitenziario: attualità e prospettive di cambiamento», nell'ambito del Convegno «L'evoluzione del sistema penitenziario alla luce delle Carte fondamentali dei diritti», organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura (Roma, 11-13 giugno 2018).

delega in materia penitenziaria, sulla scorta dei criteri direttivi enunciati dall'art.1 comma 85 l. 23 giugno 2017, n.103.

Anche se il termine finale previsto dalla legge delega è quello del 3 agosto 2018, è ormai certo che la riforma penitenziaria non andrà in porto. Ancora recentemente, uniformandosi alla presa di distanza del nuovo Esecutivo, che sulla scia del «Contratto per il Governo del cambiamento» ha posto in primo piano l'esigenza di certezza della pena – *scilicet*: quella carceraria – il Ministro della giustizia ha dichiarato a chiare lettere che la riforma «così com'è, non potrà andare avanti»¹. Si tratta di un epilogo tale da giustificare un profondo rammarico. Anzitutto per le vicende che sono state all'origine della mancata emanazione del decreto legislativo in cui è confluito il testo della Commissione: è pur vero che quando ci si muove sulla base di una legge delega si è consapevoli di dovere affrontare un percorso irto di ostacoli, come è dimostrato da una ricerca inerente agli anni 1996-2013 dalla quale risulta che, di fronte a 723 deleghe concesse, circa il 43% è rimasto inattuato². Senonché, nel nostro caso, l'impegnativo itinerario era stato pressoché completato e l'ultimo adempimento richiesto ai due rami del Parlamento era di carattere puramente formale, ragion per cui non si esagera se si qualifica il rifiuto di assegnare alla Commissione speciale l'esame dello schema di decreto legislativo, già sottoposto al primo parere delle Commissioni giustizia, come un gesto di puro ostruzionismo.

Proprio per questo, anche se è un interrogativo che sorge alla luce del senno di poi, vale la pena di domandarsi se, tenuto conto dei rischi collegati all'utilizzo dello strumento della delega, il legislatore del 2017 non avrebbe dato prova di maggiore lungimiranza se avesse optato per un sistema misto, isolando, accanto alle materie investite da criteri direttivi, specifici profili relativamente ai quali procedere mediante una regolamentazione diretta. Cioè, con lo stesso metodo adottato, tenendo fermo il riferimento alla legge 103/2017, per riformare il settore delle impugnazioni penali. Volendo ricorrere al primo esempio che viene in mente, si può citare la direttiva di cui alla lett. *m* dell'art. 1 comma 85 della legge delega, la quale recita «previsione della esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina». È difficile contestare che, per il Parlamento, sarebbe stato un compito di facile realizzazione intervenire direttamente sull'art. 40 co. 2° ord. penit., modificando l'attuale composizione dell'organismo disciplinare.

Ovviamente, le recriminazioni non riguardano solo le scelte che si sono operate per non concedere il "lasciapassare" a una creatura giunta al termine di una laboriosa gestazione. Ancora più cocente è infatti l'amarezza derivante dalla constatazione delle perdite che la mancata nascita comporta. Volendo motivare quest'ultima affermazione, diventa inevitabile evocare i più qualificanti contenuti del provvedimento rimasto, come si diceva, nel "limbo" dei decreti legislativi: dall'analisi, sia pure sommaria, di tali contenuti emergerà nitidamente perché sia corretto parlare di urgenza della

¹ In questi termini, cfr. *Riforma dell'ordinamento penitenziario: il ministro Bonafede chiarisce la sua posizione*, in www.dirittoegiustizia.it, 22 giugno 2018.

² Cfr. D. DE LUNGO, *L'efficacia normativa delle deleghe inattuate*, in *AIC*, 2015, p. 2.

riforma. D'altronde, se così non fosse stato, si stenterebbe a capire come mai il Ministro Orlando – dopo il superamento dell'impegnativa “messa alla prova” imposta al nostro sistema carcerario dalla sentenza Torreggiani – lungi dall'essersi ritenuto soddisfatto, si sia prontamente attivato presentando in Parlamento un disegno di legge contenente, tra l'altro, la delega per una revisione a largo raggio della legislazione penitenziaria (23 dicembre 2014) e convocando subito dopo gli Stati generali sull'esecuzione penale (D.M. 8 maggio 2015).

2. L'urgenza delle misure introdotte dalla Commissione Giostra: a) quelle relative al regime intramurario.

Numerose sono le ragioni che rendevano, e rendono tuttora, urgente porre mano alla riforma dell'ordinamento penitenziario. In conformità alle premesse, ci si riferirà all'ordinamento penitenziario per adulti, anche se non si può fare a meno di operare un cenno all'ormai scandalosa assenza di un ordinamento penitenziario minorile, assenza che avrebbe potuto finalmente essere colmata se fosse stato approvato lo schema di decreto legislativo, nel quale era confluito, sia pure con taluni aggiustamenti, il testo predisposto dalla Commissione ministeriale presieduta da Francesco Cascini, che ha lavorato in parallelo alla Commissione Giostra.

Ritornando al settore degli adulti, disciplinato nella sua struttura portante dalla l. 26 luglio 1975, n. 354, non può sfuggire neppure all'osservatore più distratto che si tratta di una legge che difetta ormai di una sua precisa fisionomia, essendo stata oggetto di una lunga serie di interpolazioni, finalizzate al conseguimento di obiettivi spesso contrapposti, o comunque fortemente divaricati. Basti ricordare che dopo la riforma del 1986 – l'unica ad avere eliminato le preclusioni incentrate sui reati ostativi e ad essersi, quindi, totalmente allineata alla pura logica trattamentale – sulla legge penitenziaria si sono abbattute prima la legislazione emergenziale del biennio 1991-92 e, a poco più di dieci anni di distanza, la legge c.d. ex Cirielli che, ispirandosi alle politiche di esclusione praticate sull'altra sponda dell'Atlantico, ha introdotto, a sua volta, un ulteriore fattore di irrigidimento con la sua insensata crociata nei confronti del recidivo reiterato.

Sono poi intervenuti i decreti legge riconducibili nell'ambito della c.d. legislazione post-Torreggiani (2013-2014), grazie ai quali la china è stata risalita solo parzialmente, dal momento che – com'è facilmente comprensibile – quella legislazione non si è mossa nell'ottica di “rimettere in asse” la legge penitenziaria, liberandola dalle scorie che l'avevano contaminata, ma molto più pragmaticamente ha voluto fare in modo che il nostro sistema penitenziario si adeguasse con tempestività alle indicazioni della Corte europea. È pienamente comprensibile, pertanto, che il legislatore delegante del 2017 abbia “mirato” più in alto: muovendo dalla constatazione secondo cui la legge penitenziaria ha perso di coerenza e di organicità perché in essa convivono «l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di sicurezza sociale, che sin dai primi anni novanta si è sovrapposta alla prima» – così si legge nella relazione al d.d.l. C 2798 – l'obiettivo da raggiungere è diventato l'«effettività rieducativa della pena».

Quella appena esaminata non è tuttavia l'unica ragione che induce a considerare urgente una riforma di ampio respiro. Non bisogna infatti trascurare il "fisiologico" invecchiamento di una legge penitenziaria venuta alla luce oltre quarant'anni fa. Tanto più che, fatta eccezione per taluni circoscritti interventi in tema di lavoro *intra moenia* e per la riforma della sanità penitenziaria, le modifiche succedutesi nel corso degli anni hanno riguardato pressoché esclusivamente il perimetro applicativo delle misure alternative alla detenzione.

Ma, allora, è inevitabile domandarsi se il modello che il legislatore del 1975 ha progettato per gli utenti di un carcere appena uscito dalla sfera di influenza dalla retrograda normativa del 1931 non risulti sotto molteplici aspetti carente una volta riferito ai detenuti del nuovo millennio. Si può esplicitare il concetto, ricorrendo ad un paio di domande chiaramente retoriche: al giorno d'oggi possiamo considerare sufficiente l'importanza che la legge penitenziaria attribuisce alla dignità della persona *in vinculis*? E, ragionando per categorie, può dirsi adeguata l'attenzione riservata, su un versante, alle donne e agli stranieri in stato di detenzione, nonché, sul versante opposto, al ruolo del volontariato?

In tutti questi settori la Commissione Giostra, lottando contro la ghigliottina del tempo, ha redatto una serie di disposizioni che se fossero entrate in vigore, avrebbero considerevolmente modernizzato il carcere e rafforzato lo statuto della persona detenuta, senza creare scompensi sul versante dell'ordine e della sicurezza.

Non essendo consentita una perlustrazione a largo raggio, si può giustificare quanto appena detto ritornando sulla critica relativa all'inadeguata tutela da parte della vigente legge penitenziaria del valore della dignità dell'individuo detenuto. Qualcuno potrebbe obiettare che, a ben vedere, il legislatore del 1975 ha cura di precisare, non già in una norma di dettaglio, ma nel 1° co. dell'art. 1 ord. penit., che il trattamento penitenziario – e, quindi, anche il trattamento riservato agli imputati – «deve assicurare il rispetto della dignità della persona». Senonché, pur senza sottovalutare l'importanza del reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 35-bis ord. penit., che peraltro è una norma di carattere processuale, la proclamazione rischia di risultare fine a sé stessa, non essendo accompagnata da una normativa di contorno che dia concretezza all'impegnativa presa di posizione del legislatore.

Si consideri, in particolare, la disciplina delle perquisizioni personali di cui all'art. 34 ord. penit., dove ci si limita a prevedere che, ferma restando la loro effettuazione per non meglio precisati motivi di sicurezza, le stesse devono svolgersi nel pieno rispetto della personalità (sic!). Eppure è risaputo che le perquisizioni personali sulle persone detenute sono effettuate con modalità tali da ledere molto spesso la dignità di chi le subisce. La versione dell'art. 34 ord. penit. elaborata dalla Commissione Giostra avrebbe consentito di compiere dei significativi passi in avanti in questo delicato settore³. Infatti, adottando come punto di riferimento la direttiva n. 54 delle Regole penitenziarie europee, si è previsto che: a) in ogni caso le modalità

³ Per il testo sia di questo, sia degli altri articoli che verranno successivamente citati nel testo, si rinvia al [documento della Commissione Giostra](#), integralmente pubblicato in questa *Rivista*, 9 febbraio 2018.

dovessero essere tali da non ledere la dignità del detenuto; b) la perquisizione con denudamento fosse consentita unicamente in presenza di specifici e giustificati motivi; c) l'ispezione delle parti intime fosse eseguita solo con il necessario ausilio del personale sanitario; d) fosse redatto un verbale dell'avvenuta perquisizione. Soprattutto quest'ultima previsione ha suscitato vibrante proteste da parte delle organizzazioni sindacali della polizia penitenziaria, ma è facile replicare che non si è trattato di un'improvvisata fuga in avanti della Commissione, bensì di un semplice adeguamento alle indicazioni fornite dalla Corte cost. nella sent. 526/2000.

Oltre ai settori già menzionati (detenzione femminile e degli stranieri, volontariato), consistenti progressi sarebbero stati, altresì, garantiti dalla predisposizione della nuova normativa in tema di salute, grazie ad una puntigliosa riformulazione dell'art.11 ord. penit., decisamente orientata verso il principio di equivalenza delle cure, e di quella concernente l'accesso ai canali di informazione e di comunicazione, rivisitata alla luce delle opportunità offerte dalle nuove tecnologie di carattere informatico (nuovo testo dell'art. 18 ord. penit.).

Considerate nel loro complesso, le innovazioni introdotte avrebbero sicuramente aiutato sia ad attenuare le condizioni di inferiorità che caratterizzano la vita detentiva di ben note "fasce deboli" – si è parlato sinora di donne e stranieri, ma è bene ricordare anche che, in base al testo emendato dell'art. 1 co. 1° ord. penit., si è espresso l'ostracismo verso ogni discriminazione basata su «identità di genere e orientamento sessuale» – sia a irrobustire l'idea che, se non vuole pregiudicare *a priori* l'obiettivo della rieducazione, il carcere deve guardare il più possibile a come è organizzata la vita nella c.d. società civile (art. 1 co. 85° lett. r l. 103/2017). Ciò premesso, bisogna ribadire che se le varie disposizioni finalizzate a mantenere le condizioni esistenziali delle nostre carceri al passo con i tempi fossero entrate in vigore non si sarebbero verificati contraccolpi negativi sul versante dell'ordine e della sicurezza, anzi semmai si sarebbe creato un clima di minore tensione.

Viene da chiedersi allora come mai tutti coloro che sono stati critici nei confronti dell'emanando decreto legislativo, adducendo timori incentrati sui rischi che la sua approvazione avrebbe fatto correre alla collettività e sulla ferita che ne sarebbe derivata al principio della certezza della pena, non abbiano operato almeno una distinzione, riconoscendo *se non altro* che una parte della normativa varata in attuazione della legge delega doveva essere senz'altro salvaguardata per ridare coerenza e nuova vitalità alla legge penitenziaria. A meno di non volere pensare che queste preoccupazioni non siano state, e non siano, al centro dei loro pensieri, non ostante il fatto che il persistente stillicidio di suicidi – ben 52 nel 2017 – renda inaccettabili simili distrazioni, in quanto esso, insieme ad altre numerose evidenze, sta a testimoniare senza possibilità di equivoci il disperato malessere che continua a regnare nelle nostre carceri.

3. (segue) b) quelle inerenti alla configurazione delle misure alternative.

Terminata la veloce carrellata su talune delle innovazioni che avrebbero potuto far compiere un salto di qualità alla normativa inerente al regime detentivo, è indispensabile, a questo punto, rivolgere l'attenzione verso l'altro emisfero dell'ordinamento penitenziario, vale a dire quello in cui sono disciplinate le misure alternative alla detenzione. Un settore rispetto al quale le indicazioni del legislatore delegante sono state inequivocabili: in sintonia con le conclusioni – per la verità, assai più radicali – a cui erano pervenuti gli Stati generali sull'esecuzione penale, l'obiettivo indicato è stato infatti quello di favorire un maggiore utilizzo delle misure extracarcerarie o, se si preferisce, di comunità (art. 1 co. 85°, lett. b, c, e l. 103/2017).

In che termini è lecito di parlare di urgenza della riforma relativamente a questa parte delle disposizioni elaborate dalla Commissione Giostra? Se si vuole intendere il sostantivo urgenza "in senso stretto", la prima idea che viene in mente è quella di accostare l'esigenza di un ampliamento dei canali di accesso alle misure alternative alla necessità di ridimensionare la presenza di detenuti all'interno del circuito penitenziario. Fortunatamente, in questo momento l'ipotesi non ci riguarda, fermo restando che la situazione potrebbe repentinamente cambiare se, in seguito al mutato clima politico, si incrementasse l'entità e/o il concreto utilizzo della risposta sanzionatoria: negli ultimi due anni e mezzo, c'è stato in effetti un aumento della popolazione ristretta, ma tutto sommato abbastanza contenuto – circa 6.000 unità – ed è rassicurante che negli ultimi mesi il numero dei detenuti presenti sia rimasto sostanzialmente stabile⁴.

D'altronde, il *restyling* delle misure alternative, prefigurato dalla legge delega e attuato dalla Commissione Giostra non ha obbedito alla logica di una decarcerizzazione fine a sé stessa. Tra i numerosi argomenti che si potrebbero addurre a sostegno di questa affermazione, è pertinente evidenziare che sarebbe stato allora disfunzionale lo sforzo di riempire di contenuti le misure alternative – in particolare, l'affidamento in prova al servizio sociale, causticamente definito dai suoi detrattori una "scatola vuota" – perché, così facendo e sottoponendo nello stesso tempo, come pure si è previsto, il fruitore delle misure a più penetranti controlli, aumentano ovviamente le possibilità di un'ordinanza di revoca. Non solo e soprattutto: risulterebbe assolutamente incomprensibile la disposizione, inserita tra le norme transitorie, nella quale si è prevista l'abrogazione dell'art. 1 l. 199/2010. Della legge, cioè, cui spetta, per antonomasia, la qualifica di "svuotacarceri".

Comunque – pur dovendosi ammettere che sarebbe fuori luogo evocare lo stato di necessità che ha costituito il *primum movens* della legislazione post-Torreggiani – anche con riferimento a questa parte del "quasi decreto legislativo" di cui ci sta occupando è lecito sostenere che sarebbe quanto mai auspicabile una sua rapida trasformazione in diritto vigente. Verrebbero infatti poste le premesse indispensabili

⁴ Per questo dato, cfr. M. MIRAVALLE-A. SCANDURRA, *Il carcere che non cambia*, in *Un anno in carcere. Rapporto Antigone relativo al 2017*, in www.antigone.it.

per un avvicinamento alle statistiche degli altri Paesi dell'Europa occidentale, sotto il profilo di una più equilibrata distribuzione dei condannati fra carcere ed esecuzione penale esterna.

Due sono state le idee cardine che hanno guidato il lavoro della Commissione in questo settore: quanto alla prima di esse, ci si può rifare ad un principio espresso in una disposizione, la cui importanza non è stata adeguatamente sottolineata dai commentatori. Ci si riferisce al previsto inserimento nella legge penitenziaria del nuovo art. 57-*bis* ord. penit., il quale, in piena aderenza alla sua rubrica («Criterio del minimo pregiudizio»), stabilisce che «la finalità del reinserimento sociale del condannato è perseguita con il minor sacrificio della libertà personale». Anche se si tratta di un principio di portata generale, è indubbio che esso costituisce anzitutto un'esplicita presa di posizione a favore del più ampio utilizzo possibile delle misure alternative alla detenzione. Si tratta di una scelta non certo difficile da spiegare: al di là della controversa quantificazione degli indici di recidiva che connotano, rispettivamente, il fine pena con dimissione "secca" dal carcere e quello conseguente alla fruizione di una misura alternativa, è di *intuitiva evidenza* per chiunque consideri la questione senza deformazioni ideologiche che il «*punir autrement*»⁵, oltre ad un impegno finanziario assai più contenuto, garantisce risultati molto più sicuri sul versante del reinserimento del condannato nel contesto sociale.

Quanto alla seconda idea cardine, essa è strettamente correlata alla prima: in ossequio al preciso mandato del delegante, ci si è sforzati di ridurre le preclusioni basate sul titolo del reato, superando le difficoltà derivanti da una lettera della legge poco limpida, e che comunque ha impropriamente devoluto al legislatore delegato scelte di politica criminale che per definizione non gli competevano. Si è posto, infatti, il serio problema di quali contenuti dare alle clausole delle lett. *b* ed *e* del comma 85 della delega, nelle quali si stabilisce che, ferma restando la sopravvivenza della preclusione relativa alle condanne per delitti di mafia e di terrorismo, la concessione delle misure extramurarie deve altresì continuare a rimanere preclusa nei «casi di eccezionale gravità e pericolosità».

Per quanto concerne l'esigenza di ridurre ai minimi termini la categoria dei delitti ostativi, è lo stesso legislatore delegante ad averne esplicitato la ragion d'essere, laddove precisa che essi impediscono l'individualizzazione del trattamento rieducativo, il quale costituisce – è il caso di sottolineare – l'architrave di tutti i moderni ordinamenti penitenziari. Volendo descrivere in termini più incisivi la linea di collisione tra la categoria dell'ostatività e l'individualizzazione del trattamento, ci si può rifare alle parole di chi ha scritto che quando il legislatore stabilisce a carico di una certa categoria di condannati una presunzione assoluta di necessità del carcere fatalmente accetta di fare rimanere al di là delle "grigie mura" un certo numero di persone che invece meriterebbero di espiare la pena in forma alternativa⁶. Senza

⁵ Cfr., da ultimo, G. BUGNON, *Punir autrement? Sanctions alternatives et émergence de nouveaux modèles de justice*, in *Rev. int. crim. et police technique*, 2017, p. 408 ss.

⁶ In questo senso, cfr. G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 58.

contare poi, da un lato, le inevitabili disparità di trattamento che conseguono alla compilazione di un elenco dei reati “all’indice”, per definizione male assortito anche se destinato ad allungarsi in occasione di ogni nuova ondata di allarme sociale, dall’altro, la luce negativa che la presenza di un simile elenco proietta sulla magistratura di sorveglianza, esonerata dal cimentarsi con i casi più impegnativi non già per salvaguardarne l’immagine, ma più verosimilmente per scarsa fiducia nella sua affidabilità.

Sempre al fine di sottolineare l’esigenza di una rapida entrata in vigore delle disposizioni contenute in questo settore della riforma potrebbero essere ricordate ulteriori previsioni di carattere innovativo, come ad esempio, l’art.47-*septies* ord. penit., coniato dalla Commissione Pelissero e disciplinante un’inedita *species* di affidamento in prova destinato ai condannati con infermità psichica. O come gli artt.47 comma 3-*bis* e 47-*ter* comma 5-*bis* ord. penit., i quali, andando incontro ad una fondamentale esigenza dei condannati “svantaggiati”, hanno previsto, che se costoro sono sprovvisti di una abitazione, ciò non preclude automaticamente la concessione del *probation* penitenziario o della detenzione domiciliare, potendosi, fare ricorso ad un *luogo di dimora sociale*, vale a dire ad una residenza appositamente destinata all’esecuzione extracarceraria della pena detentiva che sia nella disponibilità di enti pubblici o convenzionati.

Com’è facile constatare, non si tratta di innovazioni di poco conto. Non solo: l’elencazione potrebbe proseguire. Tuttavia, considerata la prioritaria esigenza di delimitare il discorso, ci si limita a ricordare un ultimo dato, cioè che, mentre sono state semplicemente ridimensionate le preclusioni riconducibili al dettato dell’art.4-*bis* ord. penit. e, di riflesso, quelle stabilite in altre disposizioni che ad esso fanno riferimento, sono state invece completamente eliminate le penalizzazioni gravanti sul condannato per il fatto di essere stato dichiarato recidivo reiterato. Si è così pervenuti ad un più che opportuno completamento dell’opera di bonifica intrapresa, ma lasciata inspiegabilmente incompiuta, dal d.l. 78/2013 conv. l. 94/2013.

4. Gli stretti sentieri per valorizzare nel breve periodo taluni contenuti della delega e del documento elaborato dalla Commissione ministeriale.

Nel settore del marketing, in un’ottica di migliore gestione del tempo, gode di una certa notorietà la tesi secondo cui le cose urgenti sono raramente importanti, mentre le cose davvero importanti sono raramente urgenti. Ammesso che questa regola abbia valore nell’area disciplinare in cui è sorta, si può tranquillamente affermare che, per quanto concerne il nostro discorso, l’ipotetica divaricazione tra la categoria dell’urgenza e quella dell’importanza non ha alcuna ragion d’essere. Dato che però, nonostante si tratti di modifiche *urgenti e importanti*, esse non hanno ricevuto l’*imprimatur* in vista del quale sono state ideate, può essere opportuno chiedersi se le disposizioni contenute nella legge delega e quelle elaborate dalla commissione ministeriale potranno avere ugualmente una qualche concreta incidenza o se sono

destinate a rimanere soltanto un punto di riferimento di carattere culturale, analogo, per esempio, alle proposte venute alla luce nell'ambito degli Stati generali.

Per chi non voglia rassegnarsi a questa seconda eventualità, una scelta da non scartare potrebbe essere quella di una netta presa di posizione nell'ambito della disputa che divide la dottrina costituzionalistica in merito all'efficacia normativa delle deleghe inattuata. Secondo una parte degli studiosi, che si muovono sulla scia di un'affermazione contenuta nella sentenza 224/1990, sarebbe infatti lecito sostenere che, in presenza di determinati requisiti, le norme di una legge delega inevasa sono suscettibili di un'autonoma applicazione⁷. Ciò si verificherebbe ove si tratti di norme caratterizzate da un basso livello di astrattezza o, più precisamente, di norme che presentino una tale densità prescrittiva da fornire di per sé stesse una disciplina sostanziale dell'oggetto delegato. Qualora si ritenesse di aderire a questa tesi, una direttiva da prendere in considerazione potrebbe essere, ad esempio, quella contenuta nella lett. e dell'art. 1 co. 85° l.103/2017, dove il legislatore delegante sancisce il superamento delle preclusioni aventi a loro fondamento lo *status* di recidivo. Se è vero infatti che nella direttiva in questione si parla di una pura e incondizionata eliminazione degli effetti negativi che penalizzano il recidivo, precludendo, come nel caso degli artt. 47-ter comma 01 e 58-quater comma 7-bis ord. penit., o ritardando, come nel caso dell'art.30-quater ord. penit., l'individualizzazione del trattamento rieducativo, non sembra azzardato sostenere che con tale previsione si è predeterminata *in toto* una compiuta configurazione della normativa penitenziaria, con conseguente devoluzione al legislatore delegato di un ruolo puramente notarile.

Ciò premesso, bisogna onestamente riconoscere che non poche incognite incidono sulle reali probabilità di successo dell'itinerario argomentativo che sostiene la recuperabilità, sia pure a determinate condizioni, delle disposizioni di una legge delega inattuata, mentre assai meno aleatoria va ritenuta la possibilità che qualche innovazione introdotta dalla Commissione possa uscire dal suo stato di quiescenza in seguito ad interventi della Corte costituzionale. Per dare concretezza a questa affermazione, ci si può riferire ad una questione attualmente *sub iudice*, che però dovrebbe sfociare – fermo restando il rischio insito in simili previsioni – in una sentenza additiva, grazie alla quale sarebbe finalmente consentito ammettere alla detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter co. 1-ter ord. penit. anche il condannato che si trovi in condizioni di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena.

Precisato che si tratterebbe, per l'appunto, del medesimo approdo a cui è pervenuta la Commissione Giostra, l'esempio si presta assai bene a sottolineare una cosa fin troppo ovvia, cioè che l'ipotetica funzione "rivificatrice" del Giudice delle leggi potrebbe essere esercitata solo nell'ambito dei limiti che connotano la sua azione. Che cosa significhi questo si comprende molto bene se ci si sofferma ancora un attimo sulla situazione del condannato con infermità psichica sopravvenuta e si specifica che la detenzione domiciliare c.d. surrogatoria non è stata configurata dalla Commissione

⁷ Sull'argomento si rinvia, in particolare, a D. DE LUNGO, *L'efficacia normativa*, cit., p. 13 ss.

come la soluzione prioritaria, essendo stata coniata una nuova misura a cui si è già accennato – l’affidamento in prova dei condannati con infermità psichica – che avrebbe dovuto funzionare come misura alternativa di prima scelta. Va da sé che questo reticolo di soluzioni non può certo rivivere grazie al solo intervento della Corte costituzionale.

Da queste ultime considerazioni emerge che la scelta di collocare su un “binario morto” il lavoro della Commissione ha comportato un brusco cambiamento di contesto. Fino a poco tempo fa per raggiungere la meta di un più compiuto allineamento della normativa penitenziaria al disposto dell’art. 27 co. 3° Cost. restava un brevissimo tratto di autostrada e, ora, per un improvviso (anche se non imprevedibile) sbarramento, si è costretti a percorrere, come itinerario alternativo, una tortuosa strada di montagna. Dove, tra l’altro, le condizioni atmosferiche non sono favorevoli. Nella nuova situazione che si è venuta a determinare s’impone una regola di guida di elementare saggezza: bisogna continuare a procedere, sia pure a bassa andatura, ma senza rimettere minimamente in discussione la direzione di marcia.