

RILIEVI SULLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA NEL RAPPORTO D'ESECUZIONE PENITENZIARIA

GUGLIELMO NESPOLI (*)

SOMMARIO. — 1. - Introduzione. — 2. - Il rapporto esecutivo penitenziario e la attività amministrativa. — 3. - La soggettivizzazione del rapporto d'esecuzione e la sua titolarità. — 4. - Analisi di alcuni poteri amministrativi riscontrabili nel rapporto d'esecuzione penitenziaria. — 5. - Continuazione. — 6. - La discrezionalità amministrativa e tecnica nell'opera rieducativa. — 7. - Il potere di autoorganizzazione e coordinamento nell'esecuzione penitenziaria in riferimento al raggruppamento dei detenuti ed al potere di trasferire. — 8. - Il potere di autoorganizzazione come autotutela. — 9. - La politica penitenziaria come manifestazione dell'attività di indirizzo. — 10. - Principi che regolano il rapporto d'esecuzione penitenziaria. — 11. - Conclusioni.

1. - *Introduzione*

La pena detentiva e le misure semplicemente limitative della libertà personale gravitano, per loro stessa essenza, nella sfera dell'Amministrazione attiva. Bisogni esistenziali del soggetto passivo — che vanno da quelli materiali agli altri di ordine superiore — nonché l'assoggettamento del medesimo ad un particolare regime impongono che l'Amministrazione sia, perciò, il vero supporto materiale della massima sanzione del nostro ordinamento, che consiste nella totale compressione o nella semplice limitazione temporale della libertà di movimento dell'individuo.

Lo stesso scopo rieducativo implica e suppone tutta un'attività concreta, cioè amministrativa, che versa in rapporto di mezzo a fine al suo realizzarsi, in quanto — come meglio in seguito si vedrà — si traduce in attività di tipo tecnico e multidisciplinare (cioè pedagogica, criminologica, sociologica, ecc.) con la

(*) Dirigente superiore presso l'Ispettorato distrettuale per gli istituti di prevenzione e pena per adulti di Firenze.

relativa applicazione dei canoni e dei criteri propri di tali scienze che hanno come fine in genere il miglioramento dell'individuo. Ad una prima, sommaria analisi, l'attività amministrativa penitenziaria si può dire che consiste in quella attività giuridico-operativa, intesa a rendere concreto il comando contenuto in un atto della giurisdizione (*lex specialis*) ed avente come scopo il *finis custodiae* a titolo di pena o di cautela processuale.

Essa sottende lo svolgimento di un particolare rapporto di diritto pubblico — quello esecutivo-penitenziario — teleologicamente proteso ad una duplice finalità: la difesa sociale *post-delic-tum*, di tipo special-preventivo, ed il fine possibilmente rieducativo della pena detentiva.

In forza dell'atto sovrano di giurisdizione sorge, infatti, un rapporto di particolare soggezione a carico di chi ha violato un comando presidiato da sanzione penale, posto a garanzia di beni e valori dello Stato-comunità.

Tra tutti i rapporti di diritto pubblico, in cui pure si misura in genere la qualità delle relazioni che s'intessano tra il pubblico potere ed il suo destinatario, quello penitenziario fornisce di più, in concreto, la misura qualitativa di uno dei momenti più salienti dello *status subiectionis* che lega il suddito allo Stato. È un rilievo comune, d'altra parte, secondo cui l'incontro più rilevante tra il potere politico, giuridicamente organizzato, ed il suo naturale destinatario, cioè l'individuo, avviene proprio in quel luogo geometricamente delimitato e chiuso che si chiama carcere.

2. - *Il rapporto esecutivo penitenziario e l'attività amministrativa*

Per cogliere l'essenza della attività amministrativa nella fase dell'esecuzione penitenziaria, occorre prender mosca da un primo approccio definitorio del rapporto esecutivo stesso, in cui si contiene l'attività amministrativa. Trattasi d'un rapporto di diritto pubblico, originato da un atto sanzionatorio sovrano, e che ha come contenuto essenziale un pati, da parte del soggetto passivo, che, nelle pene detentive, limitative o semidetentive, consiste nel sottomettersi al nascere d'un rapporto coattivo, tra lui e la Pubblica Amministrazione — che, in base al titolo —

può comprimere o limitare la sfera del soggetto soltanto per quanto attiene alla libertà di movimento.

Il titolo, infatti, legittima lo Stato-apparato ad immettere il soggetto in un complesso istituzionale, di tipo coercitivo, quali in pratica gli istituti di prevenzione e pena.

Nasce, così, un rapporto tra il singolo e la Pubblica Amministrazione che dura finché duri il tempo della pena o della cautela processuale.

Trattasi, in particolare, d'un rapporto di supremazia speciale che, sotto il profilo teleologico, è rivolto ad ottenere la difesa dal soggetto — autore di reato — e, come già detto, possibilmente, anche lo scopo rieducativo che, per essere costituzionalmente enunciato, campeggia nel quadro polifunzionale della pena, almeno così come essa è intesa nel nostro tempo (1).

È, questo, il rapporto esecutivo penitenziario che s'instaura tra il soggetto passivo della potestà punitiva statale e l'Amministrazione pubblica e che, a differenza di altri rapporti di diritto pubblico, trova origine legittimante in un atto di un potere funzionalmente diverso dall'amministrazione che esercita concretamente i poteri che al rapporto stesso si riannodano. Questa riflessione, come meglio si vedrà, tra poco, ha un significato particolare.

Giova sottolineare che questo speciale rapporto *publicae potestatis* per eccellenza, in virtù di una tradizione culturale — che investe, poi, l'intero settore degli studi di diritto pubblico — ha subito lo stesso destino che ha sempre visto l'interesse della dottrina polarizzato più sull'atto in se stesso, quale emanazione del pubblico potere, anziché sulla relazione che ne scaturiva con il suo destinatario (2).

La ragione che giustificava questa tendenza, che privilegiava, manifestamente, il momento autoritativo a fronte di quello relazionale vero e proprio affondava in un terreno storico-culturale, tradizionalmente dominato dall'idea panstatualistica che, nel-

(1) G. VASSALLI: « Funzione ed insufficienza della pena », in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1961.

(2) Così, A. MANTERO: « Le situazioni giuridiche dei privati », in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, riferendo lo stesso concetto alla metodologia tradizionale adottata nello studio del provvedimento amministrativo, in generale. E' appena il caso di sottolineare l'antinomia esistente in tale prospettiva: da un lato, la visione assorbente del « pubblico » e, dall'altro, l'adozione di schemi e concetti privatistici nella costruzione della teoria generale dell'atto amministrativo.

l'esecuzione penitenziaria, era ovviamente ancora più marcata, essendo il rapporto esecutivo penitenziario uno di quelli meno aperti tra Stato e cittadino (3).

3. - *La soggettivizzazione del rapporto d'esecuzione penitenziaria e la sua titolarità*

L'ormai antica questione del generale fenomeno della soggettivizzazione, si può porre anche nell'area del rapporto d'esecuzione penitenziaria, non certamente senza inferirne conseguenze di indubbio rilievo.

Come risaputo, il fenomeno consiste nella creazione, da parte dell'ordinamento giuridico, d'un centro d'imputazione di poteri (ed anche di doveri) che versano in relazione strumentale rispetto a determinati interessi da gestire, siano, essi, di natura pubblica o privata.

Siccome titolare dell'interesse generale della difesa sociale è manifestamente e solo l'intera comunità politica, in nome della quale, appunto, viene amministrata la giustizia (art. 101 Cost.) ne consegue che titolare del potere d'esecuzione è lo stesso Stato-comunità, cioè il medesimo apparato sovrano che delega alla giurisdizione il potere di pronuncia (*dicere Jus*), con cui vengono irrogate le pene.

Ora, la pena, nella sua attuale struttura composita, si presta bene ad essere considerata come orientata in una direzione, per dir così, bifocale: nel senso oggettivo, cioè quale strumento di difesa e, nel senso soggettivo, quale mezzo rieducativo e risocializzante.

Sotto il primo profilo, la titolarità di essa appartiene alla comunità sociale, in quanto, essendo strumento di difesa, è una entità giuridico-politica per conseguire il necessario equilibrio tra beni, valori e comportamenti umani nella convivenza; sotto il secondo, invece, essa è da considerare solo come eventuale mezzo risocializzante.

Orbene, la titolarità che s'innesta nell'intera comunità sociale, quale fonte sovrana di giustizia, si soggettivizza, anche *in*

(3) Cfr. G. NESPOLI: « Status detentivo e difesa degli interessi legittimi », in *Giust. Pen.*, agosto-settembre 1979.

executivis, nello stesso potere di pronuncia, cui spetta, cioè, il *dicere Jus* (art. 581 cod. proc. pen.).

È, questo, il momento che attiene alla funzione originaria ed indefettibile della pena, considerata quale presidio giuridico della società politica che si chiama Stato.

Per quanto riguarda, invece, la pena nel suo possibile teleologismo costituzionale (art. 27 Cost.), cioè quale strumento rieducativo, la titolarità di essa appartiene allo Stato-amministrazione, provvisto com'è delle possibilità strumentali per conseguire lo scopo che l'ordinamento le imprime.

Risulta, dunque, chiaro che sotto il primo aspetto, essa si traduce nel solo potere di comprimere la sfera di libertà del destinatario della pronuncia penale, fatte salve le altre posizioni soggettive fondamentali; sotto il secondo, invece, nella possibilità d'intervenire per trasformare *in melius* il futuro comportamento sociale del destinatario della sanzione.

Mentre tale distinzione si presenta agevole in una economia puramente concettuale della pena, ragioni pratico-operative inducono, invece, a considerare la medesima come un *unicum* strutturale.

A ben guardare, a questa conclusione si perviene ancora per altra via: la pena colpisce l'uomo nella sua interezza, cioè quale persona da cui occorre difendersi, in quanto autore di reato, e come soggetto al quale bisogna offrire una possibilità istituzionale, di tipo rieducativo, apprestandogli, però, adeguate garanzie in quelle posizioni soggettive fondamentali che non sono necessariamente legate alla compressione o alla limitazione della sua libertà di movimento.

Sotto un tal profilo di concretezza, dunque, trova esatto riscontro l'affermazione secondo cui non può rieducarsi se non difendendo e non si difende se non rieducando (4), che sta a sottolineare l'intima connessura che esiste tra le diverse funzioni cui adempie in concreto la pena.

Queste considerazioni — unite alle altre tradizionalmente note che sono anche alla base del principio di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penitenziaria (artt. 68, 69 e segg. legge n. 354/1975), hanno fatto ritenere come titolare istituzionale della potestà punitiva concreta il potere di giurisdizione (art. 581

(4) G. NESPOLI: « Pena rieducativa ed esigenze di difesa sociale », in *Giust. Pen.*, agosto-settembre 1980.

cod. proc. pen.) che, per intuibili esigenze organizzatorio-operative, delega la medesima allo Stato che amministra.

Trattasi, dunque, di titolarità derivata, che legittima la gestione effettiva e concreta della pena da parte dell'Amministrazione attiva, facendo sorgere, correlativamente, un complesso di poteri amministrativi che sono strumentali rispetto a quell'*unicum compositum* che è la pena. Ciò stante, la norma dell'art. 27 della Cost. ha come suoi destinatari sia la giurisdizione che l'Amministrazione, coinvolgendo entrambi i poteri nel perseguimento concreto dei fini complessi che vengono impressi alla pena.

Le riflessioni sopra svolte hanno la funzione anche di gettare luce sull'apparente fenomeno di una divaricazione esistente tra la titolarità della potestà punitiva (potere giurisdizionale) e la effettività dell'esercizio della medesima (potere amministrativo) che si coglie nella realtà istituzionale.

Divaricazione oggi più attenuata, ma non troppo, a seguito dell'introduzione del principio di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva (5).

4. - *Analisi di alcuni poteri amministrativi riscontrabili nel rapporto esecutivo penitenziario*

Destinatario del potere amministrativo penitenziario sono l'uomo singolo e la comunità penitenziaria, nel suo complesso.

Il potere amministrativo — e qui per chiari motivi ancora più marcatamente — ha l'idoneità di influire sui comportamenti individuali e collettivi affinché i medesimi possano coesistere con i fini dell'istituzione. Questa, a sua volta, è l'insieme degli elementi strumentali ed umani unitariamente indirizzati ad assolvere alle molteplici finalità concrete che l'ordinamento giuridico assegna alla pena. Non ha personalità propria, la singola istituzione, pur avendo autonomia funzionale e costituisce, perciò, parte integrante di quella grande unità organico-giuri-

(5) E. SOMMA: « La 'giurisdizionalizzazione' dell'esecuzione. Processo penale e processo di sorveglianza », in *Pene e misure alternative*, 1977, sottolinea la non completa giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penitenziaria ed il conseguente prevalere del momento amministrativo nel rapporto stesso. Cfr., invece, per una opposta visione del fenomeno: G. NESPOLI: « Ciò che resta allo Stato-Amministrazione dopo la legge su l'ordinamento penitenziario », in *Giust. Pen.*, 1976.

dica che è la persona dello Stato-Amministrazione. Perciò, l'insieme delle istituzioni penitenziarie costituisce il sistema penitenziario, che comprende in sé anche l'apparato normativo (ordinamento) che regola l'intero fenomeno di questo settore (legge n. 354 del 26 luglio 1975, Regolamento d'esecuzione D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431 e succ. mod.). Chi accede alla teoria della molteplicità, nell'unità, degli ordinamenti che, rispetto ad altre, è più saldamente ancorata alla realtà, è portato a considerare l'ordinamento penitenziario come un ordinamento logicamente differenziato (anche se in teoria non chiuso) e, perciò, particolare, che impone difficili compiti alle autorità amministrative per garantire certe valenze dell'ordinamento generale, pur di tipo essenziale, che si riannodano al soggetto singolo in sé. Il potere amministrativo penitenziario si manifesta, dunque, in tutta quella molteplicità di forme che è congeniale a quel microcosmo chiuso che è il carcere.

Perciò qui si possono riscontrare tutti i modi di essere e di manifestarsi del potere amministrativo considerato nella sua essenza giuridica: natura volitiva, intellettuale, operativa, di volta in volta a secondo le esigenze, danno corpo e colore ai molteplici provvedimenti amministrativi che costituiscono la emanazione di questo potere che, nel suo complesso, è diretto al perseguimento delle finalità difensive e risocializzanti (6).

Come per tutta l'attività amministrativa, in generale — ma qui ancor di più per motivi garantistici — si profila la necessità di rapportare l'azione amministrativa penitenziaria al parametro normativo, che funge da contenimento e limite al principio di elasticità operativa e, quindi, in buona sostanza, al potere discrezionale, che caratterizza interamente la funzione amministrativa.

Se la norma giuridica pone delle finalità all'azione amministrativa in generale, — traguardo teleologico da cui non può decamparsi, pena l'operatività sanzionatoria predisposta dall'ordinamento giuridico — per l'attività amministrativa penitenziaria tali limiti sono più marcati per le molte motivazioni che si sono enunciate.

(6) G. F. FALCHI: in *Diritto Penale Esecutivo*, vol. II, Zannoner, Padova, 1934; già allora sottolineava che gli organi penitenziari, quotidianamente, pongono in essere una attività che s'estrinseca in manifestazioni intellettive e volitive che costituiscono autentici fatti giuridici penitenziari.

Aggiungasi ancora a tanto che l'Amministrazione penitenziaria gestisce uno strumento di incisione delle sfere individuali — la pena — la cui titolarità, come già si è detto, appartiene ad un potere diverso.

Tale situazione, che legittima la coesistenza, nell'area del rapporto d'esecuzione penitenziaria, della giurisdizione e dell'amministrazione, si riflette ovviamente in termini di limiti anche per quei poteri che sono connaturati all'essenza propria della funzione amministrativa (7).

È, questa, la ragione che giustifica anche l'esercizio di funzioni amministrative, da parte del magistrato di sorveglianza (art. 69 legge 354/1975) che, in tal modo, viene a completare e perfezionare quelle svolte dalle autorità penitenziarie.

Si pensi, perciò, al potere decisorio del magistrato di sorveglianza in materia di attribuzione della qualifica lavorativa e delle mercedi; oppure all'eventuale annullamento della decisione amministrativa intesa ad infliggere una sanzione disciplinare (art. 69, lett. b) ed a tutte quelle materie che postulano, sul piano della soluzione, i così detti provvedimenti *de plano*. In questa ottica, trova, così, ancora giustificazione la attribuzione al magistrato di sorveglianza della qualifica di presidente (art. 16, legge 354/1975) della commissione per la predisposizione del regolamento interno, strumento tradizionale e principio del potere di autoorganizzazione delle Pubbliche Amministrazioni, diverse da quella penitenziaria.

Ma questo intreccio delle due funzioni, amministrativa e giurisdizionale, balza ancora più evidente nel procedimento amministrativo inteso alla ammissione al lavoro extramurale (art. 21 legge 354/1975), ove il magistrato di sorveglianza interviene con l'approvazione finale del programma di trattamento (strumento amministrativo) per garantire il soggetto da eventuali lesioni di posizioni perfette. Egli s'inserisce, perciò, in un procedimento amministrativo ed esercitando funzioni tipicamente amministrative, nella forma del controllo di mera legittimità, che perfeziona, così, tutto l'*iter* procedimentale inteso alla finalità surriferita.

Tutta questa continuazione, in funzione di perfezione-controllo, dell'attività amministrativa penitenziaria, da parte del

(7) Cfr. ancora, per questo concetto, G. NESPOLI: « Ciò che resta », ecc., cit.

magistrato di sorveglianza completa, nello spirito della legge, l'area di tutela del soggetto passivo del rapporto esecutivo, preservandolo da eventuali abusi che possano intervenire nell'esecuzione della pena detentiva.

La predisposizione di tali garanzie è la proiezione, in termini di difesa, della concezione attuale del rapporto esecutivo penitenziario che, come tutti i rapporti giuridici, vive proiettato nella normale bipolarità dei diritti e degli obblighi.

La guirisdizionalizzazione di tale rapporto, come si può rilevare dalle funzioni amministrative svolte dal magistrato di sorveglianza, non ha avuto l'effetto di mutare, con il solo tocco del potere di giurisdizione, la natura amministrativa di certe funzioni giacché essa, quasi *naturaliter*, inerisce alle medesime.

Ma l'analisi dei limiti alla discrezionalità amministrativa — che si rinviene nello svolgersi del rapporto d'esecuzione penitenziaria — non si può esaurire nelle sommarie osservazioni che precedono, ma necessita di maggiore approfondimento che, considerata l'esiguità del presente lavoro, non si può certo ritenere esaustivo.

5. - *Continuazione*

Il problema della discrezionalità amministrativa in generale, è logicamente correlato al fine che l'ordinamento pone come puntuale obbligo all'azione amministrativa.

Tra quest'ultimo e la prima esiste, pertanto, un diretto rapporto di strumentalità. Solo analizzando, perciò, la natura dei fini prende colorazione e dimensione quella libertà d'apprezzamento ed operativa, d'ordine strumentale e temporale, da cui dev'essere assistita la Pubblica Amministrazione nel suo agire concreto.

Ora, da tutte le osservazioni che precedono, è possibile assegnare al rapporto d'esecuzione penitenziaria, pur nell'ampia cornice polifunzionale della pena, due finalità — antinomiche, per il vero, nella loro essenza — che debbono trovare coesistenza nella medesima azione istituzionale degli organi penitenziari: lo scopo custodialistico e quello rieducativo.

Il primo, connaturato alla pena stessa, quale mezzo di esclusione, di tipo difensivo, della comunità politica, dev'essere perseguito nei limiti ragionevolmente necessari all'effettivo bisogno

sociale di tutela. Perciò, il principio d'umanizzazione (8) posto come indirizzo e limite invalicabile all'azione amministrativa penitenziaria da norme internazionali, costituzionali (art. 27 Cost.) e ordinarie costituisce un parametro di riferimento, rigorosamente obbligatorio, che permea di sé questo particolare rapporto coattivo di diritto pubblico. Di esso, possibilmente, bisogna tenere conto anche negli stati eccezionali e di necessità (art. 41 legge 354/1975 e 88 reg. esec.). Il principio d'umanità domina ed indirizza, dunque, ogni intervento di polizia penitenziaria anche all'interno degli istituti (9). Questa illuminata conquista di civiltà giuridica funge da limite soprattutto alla discrezionalità così detta tecnica, che si sostanzia nel realizzare, nel nostro settore, il fine custodiale attraverso la traduzione in essere di quei criteri delle arti e scienze custodialistiche miranti alla realizzazione della sicurezza degli istituti penitenziari.

Sembra doveroso sottolineare che ci si riferisce, logicamente, a quella discrezionalità tecnica che s'atteggia, come in genere suole avvenire, a presupposto del provvedimento amministrativo, con il quale è destinata, poi, a fare tutt'uno, dando corpo al suo contenuto; e non invece, a quella tecnicità che inerisce alle operazioni quotidiane, di cui consta l'attività custodialistica (es. apertura e chiusura di cancelli, perquisizioni di detenuti, di visitatori, vigilanza visiva nei colloqui, ecc...) (10).

Così, tanto per esemplificare, non potrebbesi far uso illimitato, cioè oltre il bisogno, di cautele strumentali — ad es.: bocche di lupo, esiguità di spazio nei passeggi per maggior controllo, ecc. — dirette ad evitare eventi lesivi dell'ordine e della disciplina senza mortificare il principio di cui ci si occupa.

Nel settore penitenziario, perciò, più che altrove, esplica ampia vigenza l'ormai consolidato principio secondo cui la non corretta o erronea applicazione dei criteri tecnici produce sempre lesioni di posizioni perfette (11), giacché il principio di legalità, che domina l'intero sistema penale-penitenziario compren-

(8) Cfr. CHIAVARIO: *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969; che svolge una approfondita analisi sul divieto di « pene e trattamenti inumani e degradanti ».

(9) Vedi « Per un inquadramento generale ed organico delle manifestazioni di polizia penitenziaria, nell'interno degli Istituti », M. BUONAMANO - Voce « Polizia » Penitenziaria, Latina, Bucalo, 1980.

(10) Cfr. PIRAS, voce « Discrezionalità amministrativa », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano e gli Autori recenti e meno ivi citati.

(11) E. CANNADA, BARTOLI: *La Tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

de, nella sua latitudine, anche l'osservanza di corretti criteri tecnici che, per essere generalmente osservati, hanno la stessa obiettività delle norme giuridiche.

Il principio d'umanità trova, poi, puntuale risonanza nell'altro del rispetto dovuto alla dignità della persona umana (artt. 34-38-41 legge 354/1975) che limita vistosamente la discrezionalità tecnica custodialistica, anche nella sua concreta operatività, vincolandola all'osservanza di quei criteri minimi necessari allo scopo.

Perciò, tanto per stare sempre sul terreno degli esempi, anche nel costruire istituti penitenziari nuovi, in un clima di accettabile civiltà e democrazia, non si possono superare e, quindi esasperare, corretti criteri tecnici di edilizia penitenziaria che vuole giustamente equilibrate l'umanità e la sicurezza.

Anche se la dimensione di questo modesto lavoro non possiede, per forza di cose, i requisiti della completezza, non sarebbe, d'altra parte, giusto se non si facesse cadere il discorso, in maniera breve e solo incidentale, sulla sicurezza e l'ordine, elementi ritenuti indispensabili dalla stessa legge per le esigenze trattamentali e rieducative.

Si precisa, perciò, in via preliminare, che la sicurezza è un concetto permeato prevalentemente di obiettività; mentre, l'ordine, per contro, sottende l'idea cardinale dei comportamenti umani che debbono armonizzarsi su di un modello ritenuto essenziale alla vita dell'istituzione.

Perciò, mentre alla realizzazione ed al mantenimento della prima concorrono, soprattutto, opere e strutture idonee intese ad elidere gli effetti negativi di eventuali comportamenti contrari ai suoi fini; alla realizzazione ed al mantenimento dell'ordine, invece, è intesa un'opera continua e dinamica del personale penitenziario.

L'ordine non contiene l'idea dell'uniformità comportamentale, che appiattisce ed è, quindi, in dissonanza con lo stesso concetto rieducativo; esso suppone, per contro, la creazione d'un clima interno che abbia come riferimento un modello che consenta la fruizione serena degli stessi diritti fondamentali dei detenuti.

All'ordine concorre, come risaputo, anche la disciplina, che s'esplica attraverso l'esercizio del potere amministrativo sanzionatorio, limitato dal principio di legalità e, quindi, di tassatività, che consiste, specie quest'ultimo, nel divieto, per l'Am-

ministrazione, di foggare liberamente gli elementi soggettivi ed oggettivi della fattispecie, dalla legge (regolamento, nel caso nostro) puntualmente predeterminata (12).

L'idea dell'ordine interno — per motivi ed eventi socio-politici peculiari nel nostro tempo — ha subito una dilatazione che l'ha indotta a saldarsi con l'ordine pubblico esterno, con il quale costituisce oggi un *unicum* di tipo continuativo. Questo giustifica lo spirito del decreto 4 maggio 1977, con cui si istituì il coordinamento del servizio di sicurezza esterna degli istituti penitenziari, che impone al direttore dell'istituto di riferire all'ufficiale generale, preposto a tale servizio, tutti gli avvenimenti interni, di una certa rilevanza, che comunque si riferiscano alla disciplina ed all'ordine.

L'eccezionalità dell'obbligo del funzionario amministrativo di riferire ad un centro di potere diverso da quello che inerisce alla gerarchia di appartenenza, fa ragionevolmente propendere anche per la limitatezza temporale di esso. Tale obbligo, sta comunque a sottolineare che le valutazioni politiche relative all'ordine pubblico — valutazioni che, per se stesse, non soffrono di limitazioni — possono travolgere anche principi storicamente e giuridicamente consolidati, quale quello della gerarchia propria.

6. - *La discrezionalità amministrativa e tecnica nell'opera rieducativa*

Seguendo ancora la falsariga di quella specie di *ordo intellectualis* che ci si è posto, occorre ora parlare dei limiti, insiti nella discrezionalità amministrativa e tecnica, riscontrabili in tutta l'opera trattamentale e rieducativa.

È un principio oramai pacifico secondo cui deve esistere un costante rapporto tra garanzia individuale e l'applicazione delle scienze antropologiche: nel caso contrario, cioè senza che il trattamento venga considerato come fatto partecipativo, come offerta di opportunità, anche in nome della più inattaccabile buona

(12) Così, F. C. PALAZZO, in: *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

fede, esso si risolve comunque e sempre in un'azione manipolatrice, facilmente riconducibile a motivi politici e ideologici (13).

Questo principio, nella cui area si riscontra il maggior punto di divisione tra scienze penali e scienze criminologiche, costituisce il limite oltre il quale nessun principio rieducativo può essere spinto, funzionando da norma tacita di contenimento nell'applicazione dei criteri tecnici di tutte quelle scienze umane che finalisticamente tendono al miglioramento comportamentale dell'individuo.

Nel settore penitenziario, soprattutto oggi in quello rieducativo, tutti i provvedimenti, che pure non hanno autonomia funzionale in quanto si atteggiano a presupposti di altri di tipo giurisdizionale (proposte di misure alternative, di liberazione condizionale, richieste di approvazione di programma di trattamento *ex art. 21*) sono permeati di quella tecnicità (criteri pedagogici, psicologici, sociologici, ecc.), che ormai largamente si riscontra in tutta la esistenza del rapporto esecutivo penitenziario.

Orbene, l'Amministrazione penitenziaria deve svolgere attenta vigilanza nel senso che i criteri e le metodologie, generalmente adottati da simili scienze, vengano applicati nella loro ortodossia, giacché proprio qui, più che altrove, vale la regola che le lesioni delle posizioni individuali più vistose possono derivare dalla erronea o cattiva applicazione dei criteri tecnici, con il riflesso d'una tutela giudiziaria delle medesime, da attuarsi davanti al giudice ordinario. È ancora presto per una verifica puntuale di tale asserto, ma la pratica, forse, si incaricherà di dare ragione in un futuro che potrebbe anche essere vicino.

Occorre, quindi, oculata prudenza, da parte dell'Amministrazione, nel vagliare le risultanze delle *équipes* che dovranno, poi, defluire nel contenuto dei suoi provvedimenti, abbiano o no, questi, idoneità di influire direttamente o solo in via riflessa sullo *status* detentivo.

Come pure non è da ritenere fuori posto ipotizzare altro dovere dell'Amministrazione penitenziaria nel senso di indirizzare tutta l'attività rieducativa verso il principio di realtà, che vede l'uomo risocializzato come colui che, rispetto alla fruizione

(13) F. MANTOVANI: « Principio di realtà e scienze criminali », in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, luglio-settembre 1981.

dei beni e dei valori della convivenza, risulti orientato soprattutto al rispetto della eguale posizione altrui. Altrimenti, la stessa rieducazione che campeggia nel panorama plurifinalistico della pena, si risolve in un tentativo sterile che confonde la realtà onirica con quella effettuale.

D'altra parte, tale indirizzo sarebbe sintonico con l'orientamento d'un diritto penale futuro, imperniato, nella sua essenza, sulla concezione del bene giuridico, che consentirà di uscire dall'antica prigione del puro rimprovero della volontà colpevole, recuperando, con la massima aderenza alla realtà, il concetto effettivo di pericolosità della persona.

In tal modo, la fase esecutiva potrà risultare in armonia con i princìpi generali, con gli stessi concetti di illecità e di colpevolezza, in quanto la rieducazione all'uso normale dei beni giuridici, attraverso il meccanismo della prevenzione speciale, mira appunto a recuperare l'uomo ai normali parametri di comportamento, evitando di cadere nel vuoto discorso etico-pedagogico della pura doverosità, cui non corrisponde alcunché di sostanziale.

La stessa criminologia acquisterebbe maggior concretezza, spostando il suo baricentro tradizionale dall'uomo in sé agli obiettivi, ai beni, aggrediti dal comportamento criminale e ne sarebbe certamente giovata nel foggare una tipologia orientata di più verso basi di realtà.

7. - *Il potere di autoorganizzazione e coordinamento nell'esecuzione penitenziaria in riferimento al raggruppamento dei detenuti ed al potere di trasferire*

Che l'Amministrazione penitenziaria gestisca, in concreto, un potere rivolto a rendere effettive le statuizioni sanzionatorie d'un potere diverso, con l'obbligo, inoltre, di realizzare le garanzie delle sfere individuali dei soggetti sottoposti all'esecuzione di una *sanctio* pubblica per eccellenza, — qual è la pena —, non importa certo la nullificazione di quel potere amministrativo che dicesi di autoorganizzazione: strumento essenziale e vero presupposto d'ogni concreto agire della Pubblica Amministrazione.

È vero, per le osservazioni già svolte, che l'Amministrazione penitenziaria risente, a differenza di altre Pubbliche Amministrazioni, di limitazioni, almeno in teoria, più marcate, giacché

le finalità poste alla sua azione, oltre che risiedere nell'ordinamento penale, sono persino enunciate in un dettato costituzionale (art. 27, 3° comma). Ma ciò non toglie, si ripete, che non può essere spossessata del potere in discorso, che costituisce la leva di manovra più cospicua per ottenere la massima aderenza alla realtà, cioè per rendere effettivo il cosiddetto principio di elasticità puntuale per meglio conseguire le finalità istituzionali.

Il potere di autoorganizzazione dell'Amministrazione penitenziaria, così come avviene in generale, si ripartisce tra autorità periferiche e centrali. Mentre le direzioni dei singoli istituti debbono organizzare la vita interna secondo criteri amministrativi razionali attraverso cui, in un bilanciamento difficilmente armonico, la finalità custodialistica viene a saldarsi con quella rieducativa, gli ispettori distrettuali organizzano gli istituti in un sistema ridotto che trova collocazione, a sua volta, in quello generale, cui presiede e dà impulso l'Amministrazione centrale.

Il più rilevante mezzo di tale potere è, senza dubbio, quello di ripartire i detenuti secondo criteri giuridici, criminologici o semplicemente penitenziari, che mira, sostanzialmente, al conseguimento più sicuro degli obiettivi istituzionali, tra i quali primeggia senz'altro quello rieducativo, da conseguirsi a mezzo del trattamento (art. 13).

Tale ripartizione, che suppone esistente un aggiornamento dinamico, che rifletta, il più possibile, la realtà umana contenuta nelle carceri, mentre costituisce emanazione d'un potere organizzatorio, rappresenta anche un dovere per rendere effettivo il dettato costituzionale, il cui adempimento, alla luce della drammatica realtà delle carceri, sembra possibile solo attraverso una articolata differenziazione degli istituti penitenziari. Non è dubbio, che, alla base di tale doverosa operazione, debbono assumersi le due maggiori finalità cui deve adempiere in concreto la pena: la difesa sociale ed il fine rieducativo. Quindi, grado di pericolosità e grado di recupero. Così, tanto per esemplificare ancora, potrebbe essere adottata una classificazione del tipo che segue: 1) detenuti che partecipano all'opera di trattamento e non pericolosi; 2) detenuti che partecipano all'opera di trattamento ma portatori di pericolosità; 3) detenuti che non partecipano all'opera di trattamento e pericolosi; 4) detenuti che non partecipano all'opera di trattamento e non pericolosi.

Pur nella consapevolezza che tali etichettamenti rappresentano una odiosa *summa divisio* degli uomini nelle carceri,

— quasi proveniente da un ingiusto manicheismo statuale — e, che, sul piano giuridico, apre una breccia manifesta nel principio della *par condicio* e dell'imparzialità, è doveroso sottolineare che tale operazione, necessitata, porterebbe al conseguimento, forse, più certo del fine risocializzante della pena, almeno per una buona parte della popolazione detenuta. In tal modo, verrebbe forse anche registrato l'arretramento di quella esigenza attuale, pericolosamente generalizzata, della sicurezza e dell'ordine, che rischia di far divenire l'obiettivo della rieducazione difficilmente perseguibile.

Lo strumento giuridico operativo attraverso cui si conseguono tali finalità, è l'art. 42 della legge 354/1975 che, con l'art. 80 del regolamento d'esecuzione, ha la funzione di soddisfare sia la esigenza dell'Amministrazione che quelle dei detenuti. È proprio con l'operatività dell'art. 42, infatti, che si conseguono gli equilibri istituzionali, nell'ambito del sistema penitenziario, e vengono, inoltre, soddisfatte le esigenze personalistiche dei soggetti passivi del rapporto d'esecuzione penitenziaria.

Ma, per evidenti ragioni sistematiche, occorre parlare dell'art. 42 quale strumento operativo nel quadro del potere di autoorganizzazione.

Da una complessiva lettura del 1° e 2° comma di esso, appare chiaro che, in ordine ai trasferimenti, esiste, per l'Amministrazione, indubbia discrezionalità nel disporre i medesimi, specie per quelli che trovano occasione nei motivi di sicurezza e nelle esigenze d'istituto.

Considerate, però, le rilevanti incidenze negative che il trasferimento può comportare — turbativa di rapporti con i familiari, venir meno di equilibri personali costituitisi per la lunga permanenza, in un dato istituto, ecc. — esso è stato considerato come una misura punitiva *extra ordinem*.

Soffermando l'attenzione sui soli motivi di sicurezza e sulle esigenze di istituto, va rilevato che l'art. 42 sottolinea che i medesimi siano « gravi e comprovati ».

In relazione a ciò, sembra lecito domandarsi se l'Amministrazione penitenziaria, che gestisce la fase concreta della penalità — cioè una delle manifestazioni più eminenti della sovranità — possa sottrarsi alla regola generale dell'obbligo della motivazione

in ordine ad un atto, quale il trasferimento, capace, come s'è detto, di incidenze negative nella sfera del destinatario (14).

Non esistendo una norma esplicita che abiliti a tanto, se non la forza pluriennale d'una prassi ormai consolidata, i principi generali inducono a ritenere l'esistenza dell'obbligo suddetto.

In occasione d'un ricorso rivolto al T.A.R. della Toscana, da un detenuto che impugnava un provvedimento di trasferimento ad un altro istituto della Repubblica (15) da più parti ci si domandava se, a fronte dell'esplicarsi concreto della potestà punitiva, possa ammettersi l'esistenza di tutta quella gamma di posizioni soggettive, che si snoda da quelle perfette — e, perciò, in teoria, non comprimibili da parte della Pubblica Amministrazione — a quelle semplicemente tutelabili attraverso l'uso corretto della discrezionalità amministrativa. Stando allo spirito, da cui è permeata la legge 354 del 1975, un simile dubbio non avrebbe neppure diritto di affacciarsi. Ove, invece, si consideri che diritti, i quali, pur trovando il loro parametro di riferimento in norme costituzionali, come quello di corrispondenza epistolare e telefonica (art. 18 legge 354/1975) ecc., possono essere affievoliti dall'operatività d'un decreto ministeriale, quale quello ex art. 90, la conclusione dovrebbe essere che, nell'area del rapporto d'esecuzione penitenziaria, non sono riscontrabili norme di relazione che impongono cioè all'Amministrazione penitenziaria un comportamento di tipo rigido, rivolto al rispetto di diritti soggettivi, ove questi non si concretino, naturalmente, in posizioni afferenti alla persona umana in sé, cioè ai suoi attributi fondamentali.

Seguendo il filo di tale ragionamento, dovrebbe concludersi che, a fortiori, sarebbe esclusa l'esistenza di norme di azione, che, imponendo il corretto uso del potere amministrativo, abilitino il destinatario a dolersi e a chiedere, in conseguenza, l'annullamento del provvedimento, attraverso i rimedi semplici o giurisdizionali. In uno Stato, il quale, tendenzialmente, consente che l'intera sua attività sia sottoposta al vaglio della giurisdizione o a subire il controllo, in via di autotutela, dei propri atti,

(14) S. BELLOMIA, voce « Ordinamento penitenziario », in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, p. 90, ammette la possibilità del detenuto di esercitare la propria tutela con ricorso amministrativo o giurisdizionale ipotizzando, inoltre, il preciso obbligo dell'Amministrazione per quanto attiene alla motivazione. Così pure G. NESPOLI in « Status detentivo », cit.

(15) Ricorso Falini-Tar Toscana, 1979.

non è minimamente ipotizzabile che una zona, così notevole e delicata, quale quella dell'esecuzione penitenziaria, sia sottratta alla piena operatività dell'art. 113 della Costituzione. Di tanto ci si convince, soprattutto ove si rifletta che tale norma, al 2° comma, sottolinea che la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La manifesta natura di atto politico del decreto ministeriale *ex art. 90* della legge 354/1975, potendo, per il suo movente, anche travolgere posizioni che la stessa legge n. 354 ha enfaticamente costruite come perfette, prova, invece, *ex adverso*, proprio l'esistenza di quegli interessi che trovano occasione di tutela attraverso l'esigenza di legalità dell'azione amministrativa.

Tale rilievo generale, se riferito, in particolare, al potere di trasferire i detenuti da un istituto ad un altro della Repubblica — pur facendo propendere pacificamente per la discrezionalità di tale potere — induce a ritenere l'esistenza di un preciso obbligo dell'Amministrazione di attenersi puntualmente al disposto dell'art. 42 della legge n. 354 compreso, naturalmente, anche l'obbligo della motivazione.

8. - *Il potere di autoorganizzazione come autotutela*

Una manifestazione particolare del potere di autoorganizzazione dell'Amministrazione penitenziaria, in funzione di autotutela del sistema, è senz'altro quella proveniente dall'art. 90 della legge n. 354/1975.

Sotto un profilo di psicologia legislativa, esso evidenzia la consapevolezza di eccessiva apertura del sistema e la relativa preoccupazione di ricorso alla chiusura, in caso di bisogno.

Sotto l'aspetto tecnico-giuridico, invece, l'art. 90 contiene una delega permanente all'esecutivo; delega, il cui concreto esercizio, a mezzo del normale strumento giuridico proprio di tale potere (decreto), è condizionata all'avverarsi — nell'ambito di uno o più istituti penitenziari della Repubblica —, di situazioni caratterizzate da un degrado dell'ordine e della sicurezza, tale da far ritenere che la fruizione di diritti fondamentali (corrispondenza epistolare e telefonica, colloqui, pacchi, socialità) e di istituti trattamentali sia incompatibile con il ripristino della normalità. Il decreto del Ministro, perciò, assume a presupposto delle realtà istituzionali sui cui occorre incidere, per un tempo

determinato, attraverso la sospensione del godimento di diritti che hanno il loro addentellato nella Costituzione. Da tali situazioni eccezionali e transitorie se ne inferisce che alcune posizioni perfette, che l'ordinamento concede ai detenuti, sono dipendenti dalla permanenza, nel tempo, di condizioni obiettive (ordine e sicurezza) positive; e che, di conseguenza, essendo l'ordinamento penitenziario un ordinamento, come già detto, differenziato, le valutazioni dei presupposti dei provvedimenti, incidenti sulle sfere soggettive, hanno la loro base in parametri molto differenti da quelli cui sarebbero vincolati le autorità amministrative nell'emissione di analoghi provvedimenti destinati ad operare, invece, nell'ordinamento generale.

La valutazione dei presupposti è assistita da ampia discrezionalità, considerata la manifesta prevalenza del momento politico su quello giuridico, nella adozione del provvedimento di sospensiva. Tale considerazione induce a ritenere, come già altrove è stato fatto (16), la indubbia natura politica del provvedimento ministeriale di fronte al quale le posizioni soggettive travolte assumono natura di diritti condizionati, cioè esposti all'affievolimento. Questa considerazione, mentre sottolinea la non impugnabilità del provvedimento davanti al giudice amministrativo (art. 31 legge 1050/1924) e non davanti a quello ordinario, quando ne ricorrano i presupposti, impone di evidenziare che la discrezionalità amministrativa ha qui soltanto due limiti: il principio di umanizzazione e quello di rieducazione della pena detentiva, che deve permeare di sé l'intero sistema.

Mentre il rispetto del primo è ben concretizzabile, non si scorge, invece, come la rieducazione possa farsi strada quando certi istituti trattamentali abbiano subito un arresto nella loro operatività.

9. - *La politica penitenziaria come manifestazione dell'attività d'indirizzo.*

Nel quadro generale dell'attività d'indirizzo, occupa una posizione di preminenza la politica penitenziaria.

Posta su di un piano più elevato rispetto all'attività amministrativa pura, essa presiede all'elaborazione dei criteri e dei

(16) G. NESPOLI: « Status », cit.

principi che fungono da modelli orientativi per gli operatori penitenziari nell'attuazione concreta delle finalità inerenti a quel *mixtum compositum* che è la pena.

Marciando in parallelo con l'indirizzo politico generale, di cui costituisce parte, essa trova spazio operativo nei limiti in cui l'ordinamento penitenziario lo consente. Sul piano ermeneutico, interpretativo, costituisce un elemento di indiscussa rilevanza per agganciare l'eventuale elemento statico della norma al dinamismo incessante della realtà penitenziaria.

Provvista di una libertà largamente maggiore rispetto alla semplice attività amministrativa, trova limiti invalicabili nei principi di umanità, di legalità, in quello rieducativo ed in tutti gli altri principi generali in tema di esecuzione penale, propri dell'ordinamento giuridico e di quello internazionale, cui si conforma l'Italia (*ex art. 10 Cost.*).

Un problema certamente delicato è quello riguardante i rapporti tra politica penitenziaria e politica criminale, caratterizzata, quest'ultima, dall'ampia discrezionalità del legislatore penale.

Considerato che esiste, nella realtà ordinamentale generale, una separazione concettuale tra esecuzione penale e quella penal-sanzionatoria, se ne dovrebbe inferire che nessun punto di contatto sarebbe ipotizzabile tra le due (17).

Infatti, nella politica criminale, assume preminenza funzionale la prevenzione generale, la cui forza riposa, quasi interamente, sul timore generalizzato proveniente dall'astratta potenzialità della sanzione; mentre l'esecuzione penitenziaria, invece, è la sede naturale di quella speciale, che s'attua attraverso l'operatività concreta della pena e nell'intento doveroso del recupero, almeno nel nostro tempo, di chi alla pena stessa è sottoposto. Orbene, può avvenire, in pratica, che quando il legislatore penale sia costretto a seguire una politica più rigorosa, sul piano sanzionatorio, il suo spirito filtra, per così dire, anche attraverso le mura del carcere, influenzando anche la fase esecutiva, giustamente guardata dalla comunità sociale come la concretizzazione della funzione penale dello Stato.

(17) Per una interpretazione riduttiva del principio rieducativo che deve essere, perciò, riferito esclusivamente alla fase della esecuzione; vedi BERTIOL, « Il mito della rieducazione », in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.

Ed allora accade che l'esecuzione penitenziaria corre il pericolo di venir risucchiata dal vento della general-prevenzione e subisca, così, ingiustamente, la direzione impressa alla medesima.

Ma il concetto rieducativo della pena detentiva, e tutte le altre concezioni di natura riabilitativa e pedagogica, non mutano la sostanza del carcere, che, sotto il profilo della deterrenza, il suo effetto lo produce sempre. Se così è, non appare, dunque, logico voler agganciare le sorti dell'esecuzione penale alla politica edittal-sanzionatoria che obbedisce, invece, a principi differenti e che si basa su meccanismi psicologici ben altrettanto diversi.

10. - *Principi che regolano il rapporto d'esecuzione penitenziaria*

Da certi limiti imposti all'azione amministrativa nel rapporto d'esecuzione penitenziaria, si possono, dunque, dedurre i principi che debbono dominare l'intera economia del medesimo.

Essi, in sintesi, possono così raggrupparsi:

- a) principio di umanità;
- b) principio di legalità;
- c) principio di imparzialità;
- d) principio di efficienza.

Il primo permea di sé interamente il rapporto esecutivo: l'obbligo di attenersi al medesimo può essere fatto valere, perciò, con ogni mezzo — azione giudiziaria, ricorsi semplici e giurisdizionali — qualora, dalla sua inosservanza, si sia concretizzata una lesione della sfera primaria del soggetto passivo; la tutela che lo sottende si attua davanti agli organi nazionali e sopranazionali.

Il secondo principio deve assistere ogni atto od operazione che intervenga nello svolgimento del rapporto d'esecuzione penitenziaria. La sua latitudine operativa comprende, perciò, tutte le manifestazioni volitive, intellettive o semplicemente materiali che hanno come destinatari i detenuti. Perciò non solo le sanzioni disciplinari, ma tutti gli atti e le operazioni che mirino sostanzialmente ad incidere o a restringere la sfera del destinatario

debbono rapportarsi al parametro della legge o del regolamento che rappresentano, perciò, dei limiti assolutamente invalicabili.

Il principio di imparzialità o neutralità si sostanzia, da parte dell'Amministrazione, nell'obbligo di creare, all'interno degli istituti, la *par condicio* di tutti i soggetti passivi, cioè dei detenuti, internati o arrestati per semplice cautela processuale, di fronte agli obblighi ed ai diritti derivanti dell'esecuzione penitenziaria.

Quello di efficienza, infine, impone all'Amministrazione la organizzazione razionale dei servizi, in maniera che siano soddisfatte le esigenze d'ogni ordine degli individui sottoposti alla privazione o alla sola limitazione della libertà personale. Spesso, com'è facile intuire, l'inosservanza del principio in esame si concretizza nella inosservanza di quello di umanità come quando, ad esempio, si versi nell'ipotesi di disorganizzazione dei servizi sanitari così grave da non garantire buone condizioni di salute fisica o psichica dei ristretti. Questo prova, ancora, la permeabilità reciproca dei principi che dominano il rapporto in esame.

11. - Conclusioni

Dalle considerazioni su alcuni profili del potere amministrativo che trova esplicazione nel rapporto d'esecuzione penitenziaria, emergono alcuni punti destinati, certamente, ad occupare una posizione centrale in ogni trattazione futura di diritto penitenziario.

In primo luogo, si evidenzia la necessità d'uno studio di tipo strutturale del rapporto d'esecuzione penitenziaria che, per vera singolarità di tratto si differenzia da ogni altro rapporto di diritto pubblico. Infatti, una indagine approfondita sulla struttura e sul momento relazionale del medesimo include, di per sé, la completa visione del fenomeno penitenziario che, come ogni manifestazione giuridica, vive, si contiene e si esaurisce nell'arco esistenziale del rapporto stesso. Così, la riflessione sulla nascita di esso contiene, secondo l'antica preposizione logica di *minus ad maius*, anche l'analisi di quella manifestazione tipica della sovranità statale intesa a rendere concreta ed effettiva la potenzialità della sanzione criminale.

L'indagine analitica sulla struttura del rapporto in esame sottolinea, invece, non solo la diversa posizione partecipativa dei

soggetti (Stato-giurisdizione, Stato-Amministrazione e soggetto detenuto), ma anche la opportunità che non sia adottato lo schema civil-pandettistico tradizionale nello studio di esso, giacché la partecipazione dello Stato, in uno dei suoi momenti più alti dell'esercizio del potere sovrano, non si presta ad essere inquadrata nella visione consueta del diritto e dell'obbligo, caratteristica peculiare del diritto privato. Basti qui solo pensare alla improvvisa necessità (politica) di porre alcuni diritti riconosciuti in una fase forzata di quiescenza (es. art. 90 legge 354) perché si esca dalla tradizionale veduta bipolare del diritto e dell'obbligo.

La riflessione più approfondita sul particolare atteggiarsi della discrezionalità amministrativa, durante il dinamismo del rapporto, pone in luce una delle manifestazioni più significative del sincretismo antinomico dei nostri tempi secondo cui la discrezionalità amministrativa dovrebbe restringersi in ragione della operatività effettiva del principio di giurisdizionalizzazione; mentre, su d'un opposto versante, si registra, invece, la pesante incidenza del potere politico. Riflessione, quest'ultima, che sta a sottolineare che la gestione concreta della pena, anche nei Paesi di consolidata democrazia, è inesorabilmente legata allo storico alternarsi delle vicende che più incidono sulla vita di ogni comunità sociale.

RIASSUNTO

Dopo di aver tentato di definire, alla luce dei mutati rapporti tra Stato e cittadino, il rapporto d'esecuzione penitenziaria, l'Autore intraprende l'analisi di alcuni poteri amministrativi riscontrabili nello stesso rapporto di esecuzione.

Viene così affrontato, sia pure in sintesi, il problema delicato dei limiti posti alla discrezionalità amministrativa e tecnica in alcune delle più cospicue attività penitenziarie: quella rieducativa, nel settore disciplinare ed in quello più generale dell'ordine e della sicurezza. Viene, a grandi linee, tratteggiato il profilo del potere di autoorganizzazione con particolare riferimento a quello di raggruppare i detenuti per il conseguimento più certo del fine rieducativo della pena detentiva.

Viene affrontato il problema dei trasferimenti e quello della discrezionalità in ordine ad essi, con particolare riferimento all'obbligo della motivazione. Si delinea il problema della politica penitenziaria come manifestazione del generale potere di indirizzo e quello dei rapporti tra la medesima e quella criminale, in cui domina il principio della general-prevenzione.

I poteri ministeriali discendenti dall'applicazione dell'art. 90 legge 354/1975 sono, dall'Autore, inquadrati nel più vasto quadro del potere di autoorganizzazione in funzione di autotutela. Si delineano, in conseguenza, i principi che dominano l'intera economia del rapporto d'esecuzione penitenziaria, e si conclude, sottoli-

neando l'importanza d'uno studio di tipo strutturale e relazionale del rapporto esecutivo e vengono, infine, rimarcate le antinomie riscontrabili nell'area del rapporto esecutivo, in quanto se, da un lato, la discrezionalità amministrativa, almeno in teoria, dovrebbe perdere terreno per la giurisdizionalizzazione del rapporto, dall'altro, si assiste alla incidenza del potere politico, capace di porre in quiescenza le stesse posizioni soggettive costruite come perfette dalla legge 354/1975.

Si conclude, in conseguenza, per la non opportunità dell'adozione dello schema civil-pandettistico nello studio futuro del rapporto d'esecuzione penitenziaria, in quanto la gestione della pena concreta risente dei mutamenti che intervengono nella convivenza.

RESUME

Vu l'évolution des rapports entre Etat et citoyen, l'Auteur, après avoir essayé de définir le rapport d'application dans le système pénitencier, entreprend l'analyse de certains pouvoirs administratifs que l'on rencontre dans ce même rapport d'application.

On aborde ainsi, même si de façon synthétique, le problème délicat des limites du pouvoir discrétionnaire administratif et technique au sein des plus importantes activités pénitencières: l'activité rééducative dans le secteur disciplinaire et dans le secteur plus vaste qui concerne l'ordre et la sécurité. On décrit à grands traits, le profil du pouvoir d'organisation autonome, en faisant particulièrement allusion à la possibilité de regrouper les détenus afin de poursuivre efficacement le but rééducatif de la peine de détention.

On aborde aussi le problème des déplacements et celui du pouvoir discrétionnaire lié à ces mêmes déplacements, en faisant allusion précise à l'obligation d'une motivation. On décrit les traits du problème de la politique pénitencière comme manifestation du pouvoir général d'orientation et le problème des rapports entre celle-ci et celle criminelle, où domine le principe de la prévention à tout niveau.

L'Auteur situe les pouvoirs ministériels venant de l'application de l'art. 90 de la loi 354, dans le cadre plus vaste du pouvoir d'organisation autonome en fonction d'autoprotection.

Par conséquent, on trace les principes qui dominent l'économie entière du rapport d'organisation pénitencière et on en conclut, en soulignant l'importance d'une étude du type structures et relations du rapport exécutif. Pour finir, on remarque les antinomies existant au sein du rapport exécutif, vu que, d'une part, le pouvoir discrétionnaire administratif, au moins théoriquement, devrait céder le pas devant une réglementation juridique du rapport, mais d'autre part, on observe l'influence du pouvoir politique, qui peut laisser inefficaces ces mêmes positions subjectives que la loi N° 354 a établi comme parfaites.

Par conséquent, on en conclut qu'il n'est pas utile d'adopter le schéma civil juridique dans l'étude future du rapport d'organisation pénitencière, vu que la gestion de la peine courante est influencée par les changements qui interviennent dans le mode de vie.

SUMMARY

After having tried to define the report on penal enforcement, in the light of the changed relationship between State and citizen, the Association is undertaking an analysis of certain administrative powers that are mentioned in the aforementioned report.

Thus, the delicate problem of the limits placed on discretionary powers in administrative and technical matters, in some of the most notable penal activities, has been tackled, even though briefly. The aspects dealt with include rehabili-

tation, discipline and the more general topic of law and order and security. An outline of the power of self-organisation is sketched in, with particular reference to the possibility of grouping prisoners together, in order to facilitate the rehabilitation aims of a sentence of detention.

The problem of transfers is tackled, as is that of the relevant discretionary power, with particular reference to the necessity for justifying it. The problem of penal policy as a manifestation of a general tendency is outlined, together with the problem of the relationships between the tendency and the criminal, in which the principle of general prevention dominates.

The ministerial powers deriving from the application of par. 90, L. 354, are set in the wider framework of the power of self-organisation, related to self-protection. As a result, the principles dominating the whole structure of the report on penal enforcement are outlined, and their conclusion underlines the importance of a structural and relational study of the executive report; and, finally, the antinomies found in the field of the executive report are noted, since if, on the one hand, the discretionary powers in administrative affairs should lose ground, theoretically at least, for the jurisdictionalization of the report, on the other hand one notes the extent of the political power, able to leave dormant the same subjective positions drawn up as perfect in Law no. 354.

Therefore, one must conclude that there is no chance of the Civil-Pandectist plan being adopted in the future study of the penal enforcement report, since the management of prison punishment feels the effects of the changes that are occurring in society.

RESUMEN

Tras haber intentado una definición, a la luz de las cambiantes relaciones entre el Estado y el ciudadano, de la relación de ejecución penitenciaria, hay que efectuar el análisis de algunos poderes administrativos que comparecen en la misma relación de ejecución.

De este modo hay que referirse, aunque sea sintéticamente, al delicado problema de los límites impuestos a la discrecionalidad administrativa y técnica en algunas de las representativas actividades penitenciarias: la reeducación, en el sector disciplinario y en el ámbito más general del orden y de la seguridad. A grandes rasgos, es posible trazar el perfil del poder de auto-organización, — con referencia particular a la posibilidad de reagrupar a los detenidos para conseguir con mayor seguridad el fin reeducativo de la pena que los ha privado de su libertad.

Asimismo, hay que plantearse el problema de los traslados y los de la discrecionalidad con que éstos son decididos, con referencia particular a la obligación de la motivación. Se perfila el problema de la política penitenciaria como manifestación del poder general de dirección y el de las relaciones entre la primera y la política — frente a la criminalidad, en que domina el principio de la prevención general.

Los poderes ministeriales derivados de la aplicación del artículo 90 L. 354 están, según A, encuadrados en el cuadro más vasto del poder de auto-organización en función de la autotutela. En consecuencia, se delinearán los principios que dominarán toda la economía de la relación de la ejecución penitenciaria y se concluye subrayando la importancia de un estudio de tipo estructural y relacional de la relación ejecutiva. En fin, se remarcan las antinomias que aparecen en el área de la relación ejecutiva, por cuanto de un lado, la discrecionalidad administrativa — al menos en teoría — debería perder terreno frente a la jurisdiccionalización de la relación y, de otro lado, se asiste a la incidencia del poder político capaz de poner entre paréntesis las mismas posiciones subjetivas dadas por perfectas en la ley n. 354.

Se concluye, en consecuencia, en la no oportunidad de la adopción del esquema civil-normativo en el estudio futuro de la ejecución penitenciaria, por cuanto la gestión de la penalidad concreta supone cambiantes efectos sobre la convivencia.

ZUSAMMENFASSUNG

Nachdem A. versucht hat, angesichts der veränderten Beziehungen zwischen Staat und Staatsbürger, das Verhältnis des Strafvollzugs zu bestimmen, nimmt er die Untersuchung einiger Verwaltungsbefugnisse in Angriff, die im Vollzugsverhältnis selbst feststellbar sind.

So wird, wenn auch nur synthetisch, das heikle Problem der Grenzen in Angriff genommen, die der administrativen und technischen Verfügungsgewalt in eigenen der beachtenswertesten, die Strafanstalten betreffenden Tätigkeiten gesetzt sind: die der Umerziehung auf dem Disziplinarsektor und auf dem allgemeineren der Ordnung und der Sicherheit. In grossen Zügen wird das Profil der Macht der Selbstorganisation umrissen, mit besonderem Bezug auf die, die Häftlinge in Gruppen zusammenfassen für eine sicherere Erreichung des Ziels der Umerziehung durch Haftstrafe.

Es wird das Problem der Verlegungen und das der diesbezüglichen Verfügungsgewalt in Angriff genommen, mit besonderem Bezug auf die Pflicht der Motivierung. Es zeichnet sich das Problem der Gefängnispolitik ab, als Ausserung der allgemeinen Macht der Ausrichtung und jener der Beziehungen zwischen derselben und der strafrechtlichen, in der das Prinzip der Allgemeinverhütung vorherrscht.

Die ministeriellen Befugnisse, die aus der Anwendung des Art 90, Gec. 354 herrühren, werden von A. in den weitesten Rahmen der Macht der Selbstorganisation in Funktion des Selbstschutzes eingeordnet. Folglich zeichnen sich die Prinzipien ab, die den gesamten harmonischen Aufbau des Strafvollzugsverhältnisses beherrschen, und man schliesst ab mit der Hervorhebung der Bedeutung eines Studiums struktureller und relationaler Art des Vollzugsverhältnisses, und schliesslich werden die Antinomien hervorgehoben, die im Raum des Vollzugsverhältnisses erkennbar sind, insofern als einerseits die administrative Verfügungsgewalt, wenigstens theoretisch, an Boden verlieren müsste zugunsten der Vergerichtlichung des Verhältnisses, andererseits wohnt man der Inzidenz der politischen Macht bei, die fähig ist, die subjektiven, vom Gesetz Nr. 354 als perfekt aufgebauten Stellungen selbst in den Ruhestand zu versetzen.

Folglich beschliesst man für die Unzweckmässigkeit der Annahme des zivilpandektistischen Schemas beim zukünftigen Studium des Strafvollzugsverhältnisses, insofern als die Durchführung der konkreten Strafe den Veränderungen unterliegt, die in das Zusammenleben eingreifen.