Università Roma Tre
Master in "Diritto penitenziario e Costituzione"

Direttore
Marco Ruotolo

Condirettore
Massimo De Pascalis

6

Collana "Diritto penitenziario e Costituzione"
diretta dal Prof. Marco Ruotolo

Comitato scientifico
Prof. Paolo Benvenuti
Prof. Giovanni Maria Flick
Prof. Guido Neppi Modona
Prof. Valerio Onida
Prof. Mauro Palma
Prof. Gaetano Silvestri

I DIRITTI DEI DETENUTI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

a cura di

MARCO RUOTOLO *e* SILVIA TALINI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre"

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2017 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-180-1

Indice

Marco Ruotolo, *Introduzione* 7

Patrizio Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni* 17

Daniele Chinni, *Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale* 57

Caterina Tomba, *Il diritto all'istruzione e alla cultura* 91

Elisa Olivito, *La libertà religiosa* 129

Marta Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte* 165

Silvia Talini, *L'affettività ristretta* 197

Tatiana Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale* 231

Patrizio Gonnella, *Il diritto di voto* 261

Ilaria Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza* 273

Andrea Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comuncazioni, la protezione dei dati personali* 301

Giuliano Serges, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura* 335

Leonardo Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario* 393

Silvia Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?* 431

Abstract 461

Notizie sugli Autori 479

Marco Ruotolo

Introduzione

È un piacere introdurre questo volume dedicato al tema dei diritti nell'esecuzione penale[1], in larga parte frutto del lavoro di giovani costituzionalisti[2]. Un lavoro che ha come immediato antecedente scientifico un numero monografico della Rivista «Costituzionalismo.it»[3] e come sviluppo l'attività didattica svolta, in diverse forme e in diverse sedi[4], dagli Autori del volume.

Il libro è un piccolo ma importante segno di un rinnovato interesse per un tema a lungo sottovalutato dalla dottrina giuspubblicistica e invece centrale nel contesto delle riflessioni sul rapporto tra autorità e libertà, sul riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili, sulle concrete dinamiche del sistema delle fonti, sul ruolo dell'amministrazione e della giurisprudenza nell'attuazione e nell'applicazione del dettato costituzionale e legislativo[5].

[1] È tema che mi è particolarmente caro, al quale ho dedicato, tra l'altro, due lavori monografici: M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002; Id., *Dignità e carcere*, II edizione, riveduta e aggiornata, con Prefazione di Valerio Onida, Napoli, 2014.

[2] Unica eccezione è Patrizio Gonnella, Presidente dell'Associazione Antigone, nonché studioso di Sociologia e Filosofia del diritto. L'esigenza sempre più avvertita di mettere in discussione l'omologazione che troppo spesso caratterizza l'esecuzione penale, considerando appieno le identità, ci ha indotto a ripubblicare, con aggiornamenti, un suo contributo di taglio sociologico, riguardante donne, minori e stranieri, già apparso nella rivista «Costituzionalismo.it».

[3] Ringrazio il direttore della Rivista, Gaetano Azzariti, per aver consentito il parziale utilizzo di contributi pubblicati nel fasc. 2/2015 di «Costituzionalismo.it» (*www.costituzionalismo.it*), che ho avuto l'onore di curare.

[4] Seminari nell'ambito dell'insegnamento «Diritti dei detenuti e Costituzione» e lezioni nel Corso di Master in «Diritto penitenziario e Costituzione», entrambi attivati presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

[5] Ho esposto le ragioni per cui l'argomento dei diritti dei detenuti deve essere considerato "tema costituzionalistico" in M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in «Costituzionalismo.it», fasc. 2/2015.

La finalità del volume è principalmente didattica, essendo non a caso lo stesso diviso in brevi capitoli ciascuno dei quali potrebbe idealmente corrispondere a una lezione di un Corso universitario. Una sorta di "manuale" a più voci, nel quale, però, non ci si limita a descrivere acriticamente la realtà, ma, con metodo scientifico, si propone una lettura problematica della stessa, non sottovalutando mai l'incidenza della "prassi" sull'inveramento del dettato normativo[6].

***

Il quadro che emerge dalla lettura dei contributi conferma, da un lato, quanti siano ancora i problemi irrisolti sul piano della garanzia dei diritti delle persone in fase di esecuzione penale, ma, dall'altro, lascia trasparire qualche incoraggiante prospettiva di cambiamento del sistema, sostenuta da un graduale mutamento culturale che recenti iniziative hanno cercato di positivamente stimolare.

L'idea base è semplice: se la pena offre reali possibilità di reinserimento sociale – anche e soprattutto garantendo un'effettiva possibilità di esercizio dei diritti formalmente riconosciuti, consentendo a ciascuno di esprimere la propria personalità – si restituisce molto di più in termini di "sicurezza pubblica", essendo minori le possibilità di ricaduta nel reato. Avvicinandosi alla riflessione hegeliana, si potrebbe dire: vera è l'equazione per cui il delitto nega il diritto, la pena nega il delitto, la pena afferma il diritto, ma perché la conclusione sia valida è necessario che la pena sia conforme al diritto, rispettosa della dignità della persona che la subisce e quindi dei suoi diritti. Non solo, occorre essere consapevoli che pena non equivale a carcere e che dunque ben possono praticarsi altre sanzioni che siano in grado di assicurare – probabilmente con migliore possibilità di successo – l'esigenza dell'"umanizzazione" e l'obiettivo della "rieducazione" enunciati nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

[6] Insuperabili sul punto la riflessioni di F. Bricola, *Introduzione* a Id. (a cura di), *Il carcere «riformato»,* Bologna, 1977, 9 (saggio riprodotto nel fasc. 2/2015 di «Costituzionalismo.it»), che ammoniva sui rischi di «rinnegazione» pratica dei principi che governano l'esecuzione della pena, particolarmente esposti alla «non applicazione» o alla «manipolazione amministrativa».

Siamo riusciti a soddisfare quell'esigenza e quell'obiettivo? Io credo di no, anche se non sottovaluto gli importanti interventi normativi, amministrativi e giurisprudenziali che specie negli ultimi anni hanno indicato la via di un possibile cambiamento. Un cambiamento, però, non ancora realizzato come si sarebbe potuto e dovuto fare, anche sulla spinta di un ampio movimento culturale che ha trovato espressione, tra l'altro, nell'iniziativa degli «Stati generali sull'esecuzione penale» alla quale ho avuto l'onore di partecipare quale componente del Comitato di esperti che aveva l'incarico di coordinarne le attività[7].

***

Qual è la principale ragione della mancata realizzazione dell'auspicato cambiamento? Ritengo che l'obiettivo del graduale abbandono di un sistema carcerocentrico non possa prescindere dalla profonda revisione del paradigma sanzionatorio del nostro codice penale. E credo che l'inattuazione della legge di delega (28 aprile 2014, n. 67) che consentiva di incidere sul catalogo delle pene edittali contenuto nell'art. 17 c.p. abbia costituito la vera occasione mancata degli ultimi anni.

È sin troppo evidente che una cosa è ragionare di pene alternative al carcere, altra di misure alternative alla detenzione in sede di esecuzione. La scelta per la seconda via finisce per lasciare in piedi un sistema carcerocentrico, portando spesso con sé l'opzione –

[7] Si tratta di iniziativa promossa dal Ministero della Giustizia, avviata nel maggio 2015 (d.m 8 maggio 2015) e conclusa nell'aprile 2016, per favorire una riflessione tra esperti, a diverso titolo, del sistema dell'esecuzione penale. I lavori degli «Stati generali», coordinati da un Comitato di esperti, si sono articolati su diciotto perimetri tematici affidati ad altrettanti Tavoli di lavoro, composti mediamente da dodici membri (docenti universitari, magistrati, avvocati, dirigenti penitenziari, rappresentanti del mondo del volontariato, della cultura e dello sport), con un coinvolgimento, dunque, di oltre duecento persone. All'esito dei lavori ciascun Tavolo ha prodotto una Relazione, preceduta*, medio tempore*, da un sintetico report, e, successivamente, il Comitato di esperti ha redatto un Documento finale nel quale sono state delineate le linee principali dell'iniziativa ed elaborate alcune ipotesi di intervento che occupano i diversi ambiti presi in considerazione. Per qualche riflessione sui contenuti degli «Stati generali» e sul loro problematico "seguito" politico rinvio a: M. Ruotolo, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto penale contemporaneo*, *www.penalecontemporaneo.it*, 11.3.2016; Id., *Gli Stati generali sull'esecuzione penale,* Libro dell'anno del diritto Treccani 2017, Roma, 2017, 664 ss.

congiunta all'ampliamento di forme alternative alla detenzione nel corso dell'esecuzione della pena – per l'inasprimento delle pene edittali previste per alcuni reati, al fine di rispondere, nella ricerca di un equilibrio impossibile, alle pulsioni securitarie dell'opinione pubblica. È quanto sta accadendo con i più recenti interventi normativi e non è storia nuova, anche se, probabilmente, è il segno di una distanza sempre più rilevante da quelle teorizzazioni del costituzionalismo penale alle quali mi sento ancora molto legato. Penso alle riflessioni di Paolo Rossi, Nuvolone, Vassalli, Mantovani, ma anche alle splendide pagine di Bricola che tanto hanno condizionato i miei studi di costituzionalista interessato ai temi della pena.

***

Come prima ho scritto, non voglio però sottovalutare o sminuire l'importanza degli interventi amministrativi, normativi e giurisprudenziali che hanno segnato l'evoluzione del sistema negli ultimi anni, né tanto meno talune significative buone pratiche che hanno contribuito a rendere realtà il mito della rieducazione.

Il fatto che si radichi, almeno nella dottrina e tra gli operatori più illuminati, l'idea che la pena non si identifichi con il carcere e che maturi piuttosto la prospettiva che sanzioni diverse dalla detenzione possano avere più successo nel percorso di reinserimento sociale è senz'altro positivo. D'altra parte lo stesso art. 27 Cost. declina il termine pena al plurale, ben giustificando la realizzazione di un percorso rieducativo che si svolga fuori dalla dimensione carceraria. L'idea del carcere come *extrema ratio* ha senz'altro un fondamento costituzionale, specie se l'art. 27 è letto non come una monade ma insieme ad altre disposizioni fondamentali tra le quali anzitutto l'art. 2 (riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili), l'art. 3 (eguaglianza e pari dignità sociale) e l'art. 13, che sancisce l'inviolabilità della libertà personale. Ciò dovrebbe significare qualcosa non soltanto nella fase dell'interpretazione delle disposizioni legislative, orientata verso la massima espansione delle libertà, ma anche e ancor prima nella fase della decisione politica, specie se si aderisce all'idea per cui la legislazione è, deve essere, rivolta allo sviluppo, all'attuazione del dettato costituzionale. Eppure il legislatore sfugge da questo compito, perché il politico teme il riscontro elettorale e sa quanto l'argomento della sicurezza,

o meglio della percezione della sicurezza, faccia presa nell'opinione pubblica. Ma il coraggio della ragione e l'esigenza di attuazione dei principi costituzionali imporrebbero un diverso atteggiamento, che forse – ma questo è un elemento che meriterebbe un approfondimento – non è favorito dalla scelta ormai ultraventennale per sistemi maggioritari, per una forzata polarizzazione del sistema politico. Sarà un caso, ma le grandi riforme, ivi compresa quella penitenziaria, sono state realizzate negli anni '70 nel pieno vigore del sistema proporzionale, quale sintesi dialettica di opzioni divergenti e non mera giustapposizione di istanze profondamente divergenti come sembra accadere ora.

Sembra mancare il coraggio che fu di allora, quella spinta del costituzionalismo penale che dovrebbe imporre, oggi, di puntare più in alto, non limitando lo sguardo alla fase dell'esecuzione penale strettamente intesa ma avendo come obiettivo il cambiamento del paradigma sanzionatorio proprio del codice penale.

La recente legge che contiene la delega al Governo per riformare l'ordinamento penitenziario (art. 1, comma 85, della legge 23 giugno 2017, n. 103) non soddisfa questa esigenza, limitandosi ambiguamente ad introdurre il criterio direttivo della «attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale… attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale». Non dunque una delega per incidere sul catalogo delle pene edittali, ma una "raccomandazione" rivolta a soddisfare un'esigenza di conoscibilità dei precetti penali, collocati possibilmente in unico contenitore. Ho usato volutamente l'espressione atecnica di "raccomandazione" perché atecnica è la specificazione contenuta nell'inciso della disposizione. Cosa vuol dire «sia pure tendenziale»? Può dirsi sufficientemente definito un criterio del genere? Quale attuazione nei termini previsti dalla legge di delega potrà avere? Non si dica che in tal modo è stato introdotto un principio generale nell'ordinamento, perché quel criterio, pur a volerlo qualificare principio, resta circoscritto all'ambito di applicazione, anche temporale, della legge di delega. È altra cosa – lo dico per chiarezza – rispetto all'auspicata

"riserva di codice" in più occasioni rivendicata come necessaria tra gli altri da Luigi Ferrajoli.

Un criterio inattuabile, sembrerebbe, una mera petizione di principio che rinvia ad un'esigenza propria del diritto penale sostanziale in un contesto che sembra dominato da una prospettiva eminentemente processuale. Anche questo è un punto che meriterebbe di essere sviluppato e che non so esprimere diversamente da come sto per fare: la riforma dell'ordinamento penitenziario sembra connotata da una prevalente prospettiva di tipo processuale penale. So che questa è una prospettiva importante, ma non penso possa essere quella prevalente o addirittura esclusiva. *Ubi ius*, *ibi remedium*, non lo metto in dubbio. Ma le questioni poste in occasione degli ««Stati generali» andavano al di là dei rimedi e toccavano la questione stessa della più puntuale definizione dei diritti nell'esecuzione penale, tema che precede logicamente quello della determinazione dei rimedi. Non so dire quanto si riuscirà a realizzare in sede di attuazione della delega, che pure consente di intervenire su più fronti nella ridefinizione delle situazioni giuridiche soggettive spettanti ai detenuti, ma ho il timore che tanto più si avvicina la data delle elezioni politiche, tanto meno incisivo potrà essere l'intervento normativo nell'auspicata definizione degli incomprimibili confini dei diritti compatibili con lo stato detentivo. Resta comunque il vizio di fondo, che peraltro abbiamo esplicitato in un passo inserito nel Documento finale degli «Stati generali»: «il progetto riformatore … soffre di un importante [io avrei scritto "decisivo"] limite "a monte", in quanto non può investire, come dovrebbe, anche una rifondazione del sistema penale, sia riducendo il numero dei reati, sia introducendo sanzioni non detentive, cui dovrebbero seguire i necessari adeguamenti processuali».

***

Ma veniamo, davvero, agli elementi positivi che potrebbero scaturire dal perfezionamento del percorso avviato con la legge contenente la c.d. delega penitenziaria. Vi è l'occasione di rispondere a taluni bisogni avvertiti come primari dalla popolazione detenuta. Penso al tema dell'affettività, dei colloqui con i familiari, alle occasioni che possono essere offerte dalla giustizia riparativa nell'ambito del percorso rieducativo. Penso, inoltre, alla possibili-

tà di finalmente realizzare una normativa *ad hoc* per i minori e per i c.d. giovani adulti. Diversi sono gli aspetti che possono determinare un miglioramento delle condizioni detentive, incidere positivamente sull'esigenza di umanizzazione della pena e sulla effettività di un percorso che tenda al reinserimento sociale.

Le parole chiave della riforma dovrebbero essere autodeterminazione e responsabilizzazione del detenuto, come auspicato dagli «Stati generali». Ciò impone, senz'altro, una rivisitazione delle coordinate spazio-temporali della pena detentiva. Senza nemmeno provare ad addentrarmi in approfondimenti di tipo architettonico – per i quali non ho alcuna competenza[8] – direi che la gestione dello spazio inframurario e la sua stessa ideazione dovrebbero fondarsi su un assunto semplice: la cella è la camera di pernottamento e lo spazio della pena è definito dal muro di cinta. Un assunto che presuppone un effettivo superamento del problema del sovraffollamento.

Oggi non è ancora così, si ragiona sulla cella – sulla questione pure importante dei metri quadri a disposizione al suo interno – senza considerare adeguatamente l'importanza della disponibilità di spazi fuori dalla cella. Solo puntuali e serie ragioni di sicurezza potrebbero fare indietreggiare lo spazio a disposizione del detenuto dal muro di cinta fino alla cella, altrimenti dovendosi nella misura più ampia possibile – compatibile con le esigenze di ordine interno – sfruttare l'intero perimetro dell'istituto. Perché ciò possa accadere è ovviamente necessario che gli spazi siano adibiti allo svolgimento di attività (di lavoro, ludiche, sportive, ricreative, di socialità, teatrali, ecc.) ossia che sia ben impiegato il tempo della pena. Ciò nella prospettiva della c.d. offerta trattamentale, non certo in quella di una imposizione che si rivelerebbe probabilmente improduttiva in termini di reinserimento sociale.

[8] Mi limito a condividere pienamente la considerazione di Giuseppe di Gennaro per cui "è indispensabile che l'architetto abbia uguale conoscenza delle tecniche costruttive e delle esigenze e finalità del sistema. Questa situazione ideale non si raggiunge quando l'architetto è privo di esperienza diretta del carcere e non ha raggiunto quel grado di specializzazione che si acquisisce solo in un pieno coinvolgimento, anche emotivo, nei problemi dell'esecuzione penitenziaria" (G. DI GENNARO, *La casa dei detenuti*, in *La Nuova Città,* n. 2/3 del 1998).

Qual è la base per così dire costituzionale di questa riflessione? La base è costituita da un dato che non può essere messo in discussione: il detenuto è limitato nella sua libertà di locomozione – che all'interno dell'istituto andrebbe come si è detto garantita il più possibile – non già nella sua libertà di essere e di esprimersi come persona. Il concetto di libertà della persona è diverso da quello di libertà personale, si lega all'esigenza incomprimibile della espressione della personalità di ciascuno, non a caso oggetto di specifica previsione costituzionale che impone alla Repubblica la rimozione degli ostacoli che possano pregiudicarla. Ciò significa necessità di garantire l'esercizio di tutti quei diritti che non sia incompatibile con le esigenze della vita detentiva, massima considerazione di quello che la Corte costituzionale ha definito come «residuo di libertà», qualificandolo «tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (sent. n. 349 del 1993).

Naturalmente all'esercizio dei diritti si accompagna la richiesta di adempimento dei doveri, in una prospettiva di responsabilizzazione della persona, che costituisce elemento fondamentale anche nel contesto di un efficace percorso rieducativo. Entro una tale visione dell'esecuzione penale ben può trovare spazio la giustizia riparativa, in un contesto più generale che davvero intenda ispirarsi ad un progetto di giustizia che sia centrato «sulla restaurazione e sulla ricostruzione del legame sociale». Il contenitore generale di questo progetto di giustizia è propriamente la restaurazione, che non si riduce alla (ma semmai comprende la) riparazione. Convincenti sul punto sono le parole del filosofo francese Paul Ricoeur, secondo il quale «retribuire» sarebbe escludere, «restaurare e ricostruire» significherebbe re-includere. Ecco che il riferimento prioritario non è il colpevole (la riabilitazione), né la vittima (la riparazione), né la legge (la retribuzione per la sua infrazione), ma il legame organico che fa tenere insieme una comunità umana[9]. È in vista della restaurazione, della ricostruzione di quel legame sociale che può riconoscersi un senso alla pena, finalmente rispondendo ai dettami della Costituzione repubblicana. Se la riforma dell'or-

[9] P. Ricoeur, *Il diritto di punire*, a cura di L. Alici, Brescia, 2012.

dinamento penitenziario riuscirà a contribuire al perseguimento di questo obiettivo non avrò difficoltà ad affermare: *Est aliquid sub sole novi*! Continuando però ad auspicare un effettivo superamento della prospettiva carcerocentrica, la quale, come si è detto all'inizio, richiede un radicale mutamento del paradigma sanzionatorio proprio del Codice Rocco. A quel punto avremmo qualcosa di veramente nuovo sotto il sole e il discorso costituzionalmente orientato sull'esecuzione penale potrà essere assai più concreto e tangibile.

***

Di tutto ciò ho scritto e ho detto in diverse sedi, esternando a più riprese le mie preoccupazioni, non senza denunciare l'incoerenza di chi ha manifestato la volontà di portare avanti un processo di significativa riforma del sistema penitenziario, contemporaneamente sostenendo l'adozione di misure che potrebbero incrementare i tassi di carcerizzazione attraverso l'inasprimento dei minimi edittali stabiliti per alcuni reati, l'introduzione di nuove fattispecie criminose, nonché l'allungamento dei termini di prescrizione.

La "coerenza" è premessa necessaria – ancorché non sufficiente – per l'elaborazione di soluzioni ragionevoli, quali potevano e ancora possono essere quelle le cui linee sono state tracciate in occasione degli «Stati generali». Si è preferito, invece, giustapporre istanze profondamente differenti, non cercando, come imporrebbe la sintesi dialettica, di unificare il molteplice, di conciliare le opposizioni, ma provando semplicemente a metterle insieme in modo, appunto, incoerente. Si è andato perdendo, così, un disegno complessivo, quale quello delineato in occasione degli «Stati generali», che avrebbe invece meritato un forte impegno politico, sganciato dalla logica imperante per cui è preferibile non assumere decisioni che rischiano di far perdere voti. Era ed è necessaria un'assunzione di responsabilità, che compete doverosamente ed esclusivamente alla politica.

Faciant meliora potentes, si dovrebbe dire all'esito degli «Stati generali».

Faciant meliora sequentes, dico in apertura di questo volume, rivolgendomi soprattutto ai giovani che vi hanno partecipato.

Buona lettura.

Patrizio Gonnella

Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni[*]

SOMMARIO: 1. Bisogni della personalità e bisogni della persona – 2. Identità e dignità – 3. Le identità nell'ordinamento penitenziario del 1975 e nel Regolamento del 2000 – 4. Le donne – 5. Gli stranieri – 6. I minorenni.

1. *Bisogni della personalità e bisogni della persona*

È un'ipocrisia pensare che una norma, per sua natura astratta e generale, possa essere capace di occuparsi complessivamente e olisticamente dei bisogni profondi della singola persona. Ogni persona è il frutto di infinite caratteristiche, alcune delle quali non identificabili all'esterno. Solamente attraverso l'uso di categorie intermedie, seppur necessariamente anch'esse generiche, il diritto per approssimazione potrà avvicinarsi con meno astrazioni ed errori ai bisogni dell'individuo.

Il trattamento è individualizzato: così è scritto in apertura dell'Ordinamento Penitenziario all'articolo 1[1]. Il successivo articolo 13 connette il trattamento «*ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto*». I bisogni, dunque, non sarebbero quelli della persona bensì quelli della personalità. Uno scivolamento linguistico non casuale. D'altronde, subito dopo, nello stesso articolo 13 si scrive che: «*nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della per-*

[*] Il presente contributo costituisce aggiornamento del lavoro dal titolo *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni* già pubblicato nel fasc. 2/2015 di *Costituzionalismo.it*.

[1] L'articolo 1 si chiude con l'affermazione che «*Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti*».

sonalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale»[2]. Dunque viene disarticolato il binomio bisogni-diritti della persona e costruito un binomio di tipo medico-terapeutico[3]. Quest'ultimo è corroborato da un'enfasi pseudo-scientifica. La personalità evoca immediatamente il carattere. Nel linguaggio medico "caratteriale" è colui che nelle relazioni si propone agli altri attraverso un'esasperazione di alcuni dei propri tratti. Qualcosa dunque di cui non si è consapevoli. Il "caratteriale" non agita un conflitto perché intende confliggere ma perché è indotto a farlo da una tendenza del carattere. Il reato è dunque spiegato come se fosse il frutto di un mancato adattamento alla vita sociale ordinaria provocato da disturbi di personalità. Classico lo stereotipo che ricorre in questa visione: il reato sarebbe sempre qualcosa che segna un disadattamento o comunque delle carenze di dote fisica o psichica[4]. Si nega che il reato sia comunque produzione artificiosa del legislatore, che la sua commissione possa essere decisa in piena coscienza e libertà di azione ma soprattutto che ciò che oggi è considerato reato può non essere più tale con il passare del tempo (nonostante sia facile ricordare in contrapposizione come alcune condotte che erano considerate criminose ai tempi dell'entrata in vigore del codice Rocco nel 1930 siano successivamente divenute legali o finanche ritenute meritevoli di apprezzamento).

Il trattamento individualizzato per essere autenticamente tale, ovvero affinché tenga conto non dei "caratteri" ma delle "identità"

[2] Intorno all'osservazione della personalità, scientifica o meno, si sono cimentati studiosi sin dagli anni '50. Si veda N. Reale, *L'osservazione scientifica della personalità del delinquente*, in *Rassegna di studi penitenziari*, fasc. 1, 1958; G. Di Gennaro, *L'osservazione della personalità del detenuto*, in *Secondo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Ministero di grazia e giustizia, Milano, 1959; T. Bandini, U. Gatti, *La crisi dell'ideologia del trattamento: contraddizioni e ambiguità dell'attuale realtà penitenziaria italiana*, in *Rassegna di Criminologia*, fasc. 1, 1979; G. Vassalli, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3-4, 1982.

[3] La disarticolazione tra bisogni e diritti della persona e l'enfasi alla "personalità" e al "disadattamento" sono irrobustiti all'articolo 80 dell'O.P. dalla previsione di esperti in criminologia clinica per lo svolgimento delle attività di osservazione.

[4] Guardando all'attualità della discussione internazionale, le neuroscienze hanno occupato parte del dibattito negli Usa. Vedi A. Lavazza, G. Sartori, M. De Caro, *Siamo davvero liberi. Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010.

e delle "biografie"[5], andrebbe sganciato da ogni riferimento medico-psichiatrico alla personalità e viceversa agganciato ai bisogni della persona[6]. È questo un cambio di paradigma che richiede una collocazione della dignità umana e dei diritti delle persone private della libertà fuori dall'arco dell'offerta trattamentale.

Ogni subordinazione dei diritti economici, sociali, culturali, civili e politici alla logica correzionale del trattamento derubrica i diritti a tasselli di un progetto che lo Stato mette discrezionalmente a disposizione dei detenuti.

Se, dunque, è ai bisogni della persona e non ai bisogni della personalità che il trattamento deve guardare allora sarà possibile costruire progetti realmente individualizzati, ovvero effettivamente mirati al rispetto delle singole identità e non invece pretenziosamente diretti a tenere conto dei caratteri e dei problemi psico-fisici individuali.

Il tema del trattamento deve essere sottratto il più possibile alle ambiguità che lo circondano[7]. Deve essere demedicalizzato[8]. Non deve essere una forma di «*addomesticamento di corpi*»[9]. Deve essere deideologizzato e de-eticizzato. Solo così, ovvero solo allorquando si esca dal ragionamento clinico stretto nell'arco di orizzonte "diagnosi-prognosi", il trattamento potrà non essere più considerato una "cura". Solo quando sarà del tutto fuori dalla logica clinica il trattamento riuscirà con maggiore efficacia a tenere conto in modo pragmatico delle diverse identità penitenziarie[10].

Le norme penitenziarie per guardare alla persona devono necessariamente usare le categorie intermedie del genere, dell'età,

[5] Eligio Resta ha dedicato alla distinzione tra biografia e biologia parte della riflessione su diritto e vita presente in E. Resta, *Diritto vivente*, Bari, 2008.

[6] Stefano Rodotà ha ricostruito la catena logico-giuridica dignità, bisogni, diritti in S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Bari, 2012.

[7] Massimo Pavarini ha raccontato ampiamente questa ambiguità inserendola all'interno del progetto egemonico della cultura penitenziaria positivista in M. Pavarini, B. Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, Università di Bologna, 2004.

[8] Il rapporto tra corpo e carcere è in D. Gonin, *Il corpo incarcerato*, Torino, 1994.

[9] La formula è di Enrico Redaelli in E. Radaelli, *Foucault e il potere. Discipline dispositivi, biopolitica* in R. Fabbrichesi, *Corpo e comunità,* Milano, 2010, 145-183.

[10] Alle ambiguità della parola trattamento è dedicato una parte del libro, P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità,* Milano, 2014.

dell'origine. Esse servono a individualizzare le norme il più possibile, a evitare che gli eccessi di astrattezza penalizzino alcuni appartenenti a minoranze che andrebbero a soffrire l'indeterminatezza delle disposizioni. Pertanto il trattamento individualizzato *de jure condendo* dovrebbe essere sganciato dalla personalità, dovrebbe essere agganciato alla persona, dovrebbe spingere il legislatore a dedicare spazio e attenzione alle macro-categorie delle donne, degli stranieri, dei minorenni.

2. *Identità e dignità*

«*La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla*»[11]. I costituenti tedeschi non ritennero dover definire cosa fosse quel parametro giuridico posto dalle Nazioni Unite a fondamento del sistema dei diritti umani[12]. La definizione della dignità umana è tutta in chiave negativa. È intuitivo infatti cosa significhi violarla. Lo era ancor più per chi aveva negli occhi l'Olocausto e i campi di concentramento. «*Non vi è libertà ogniqualvolta le leggi permettano che l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa*».[13] Senza la dignità, per Kant[14], vi è la degradazione dell'uomo a oggetto. La degradazione dell'uomo a oggetto, per Beccaria, fa perdere la libertà. Senza la dignità non vi può essere libertà. Esiste quindi un rapporto di causa-effetto tra dignità e libertà. Se si perde la dignità si perde anche la libertà. Se l'uomo perde la libertà non perde la dignità[15]. Non è un caso che le norme che proibiscono la tortura vietano anche i trattamenti inumani o degradanti. La degradazione è quindi perdita totale o parziale di dignità umana.

È intuitivo cosa significhi violare la dignità umana in quanto

[11] Articolo 1 della legge fondamentale (Grundgesetz) della Repubblica Federale Tedesca del 23 maggio 1949.

[12] La dignità umana è richiamata più volte nel Preambolo della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948.

[13] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2007, capitolo XX.

[14] I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Bari, 2009.

[15] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014.

usiamo l'empatia[16]. L'empatia ci rivela che esistono gli altri. Nella sua teoria Lynn Hunt intende dimostrare che grazie ai grandi romanzi nel Settecento che contenevano storie e biografie di uomini e donne appartenenti a classi sociali subalterne fosse evidente ai lettori che gli esseri umani fossero tutti uguali. L'uguaglianza dunque come prodotto dell'empatia[17]. Il diritto avrebbe preso coscienza e positivizzato ciò che era auto-evidente in quanto razionalmente ovvio. Nonostante A è A ma nonostante al contempo è anche Non-A, l'empatia comunque funziona in quanto esiste un unico genere umano. Siamo tutti uno. L'identità è individuale. Tutti noi abbiamo una carta di identità utile all'altrui "identificazione". Luogo, data di nascita e sesso sono elementi costitutivi dell'identità. Neanche la carta di identità però potrà mai tracciare l'identità completa di ciascuno. Nella carta d'identità giustamente non vi è traccia dell'orientamento sessuale né della propria percezione identitaria. Si discute da qualche decennio intorno alla non coincidenza di sesso e identità di genere[18]. Esistono infinite identità, tante quante sono le differenze ovvero tante quante sono le persone. Solo proteggendo la dignità umana su scala universale si potrà tenere conto delle infinite identità. La società libera – e limitativamente quella reclusa – dovrebbero occuparsi delle infinite identità. Per comodità o per semplificazione le si riassume in categorie. I riassunti di identità favoriscono i processi empatici.

Il trattamento individualizzato in un carcere dovrebbe essere capace di tenere conto delle singole identità. Per farlo non deve guardare ai bisogni della personalità ma ai bisogni della persona. Non essendo possibile costruire norme che si adattino in modo calzante alle infinite persone, sono evidentemente necessari contenitori normativi che tengano conto di caratteristiche comuni. Il legislatore penitenziario, per considerare in modo efficace i bisogni degli individui, deve sottrarre gli stessi dall'indistinzione

[16] L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Bari, 2010.

[17] R. Loretelli, *L'invenzione del romanzo. Dall'oralità alla lettura silenziosa,* Bari, 2010.

[18] La teoria della identità di genere fu proposta per primo da R. Stoller, *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*, New York City, 1968.

e raggrupparli in insiemi più ampi che favoriscono a loro volta i percorsi di empatia, in quanto fanno avvicinare gli altri all'uno. Le azioni positive nel mondo del lavoro sono servite a ridurre il *gap* delle disuguaglianze tra uomo e donna. Ugualmente il sistema penitenziario deve partire dall'individualità dei bisogni e dei diritti sapendo che per farlo ha bisogno di ricorrere a insiemi che non siano troppo indistinti, altrimenti si vanno a perdere le biografie e si rende faticosa l'empatia. Anche il mondo penitenziario, così come il mondo del lavoro, necessita che siano previste azioni positive a promozione e protezione di alcune "identità" carcerarie.

3. *Le identità nell'ordinamento penitenziario del 1975 e nel Regolamento del 2000*

Donne, stranieri, minori, sono alcune delle "identità" carcerarie rispetto alle quali va verificato quanto la legislazione penitenziaria in vigore sia capace di tenere conto della specificità dei bisogni. Se da un lato vi è enfasi pseudo-clinica intorno al trattamento individualizzato e all'osservazione scientifica della personalità, dall'altro vi è una standardizzazione normativa che appare lontana dai bisogni di particolari tipologie di detenuti. Ai tempi dell'entrata in vigore della legge penitenziaria, si era nel 1975, la composizione socio-criminale della popolazione reclusa era in parte differente rispetto all'attuale.

Gli stranieri rispetto a oggi erano percentualmente pochi, i minori erano in numero più alto rispetto a quello attuale ma non interessavano ancora il legislatore, le donne infine erano presenti nelle carceri in numeri percentuali e assoluti bassi e dunque corrispondenti a quelli odierni. Si trattava pertanto di minoranze penitenziarie alle quali nel 1975 non si prestò attenzione normativa adeguata. Nei venticinque anni intercorsi tra la legge del 1975 e il Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario del 2000[19] sono accadute molte cose nella società e nella giurispruden-

[19] Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà approvato con D. P. R. n. 230 del 30 giugno del 2000 ed entrato in vigore il successivo 6 settembre.

za italiana, solo alcune delle quali hanno trovato adeguata codificazione nel Regolamento. Nel 2000 ad esempio uno spazio maggiore è stato dedicato ai bisogni linguistici e culturali delle persone detenute straniere, essendo queste ultime divenute numericamente sempre più numerose.

La contemporanea riduzione dei ragazzi reclusi negli istituti penali per minori dovuta alle nuove norme di procedura di fine anni '80 non ha favorito la previsione di norme *ad hoc* per la loro condizione detentiva. Nel caso delle donne l'attenzione si è fermata, retoricamente e a tratti, al sotto-insieme delle detenute madri. Negli anni che invece sono trascorsi dall'approvazione del Regolamento di Esecuzione fino a oggi, soltanto a livello di normativa secondaria è emersa, seppur a tratti e non compiutamente, la consapevolezza di preoccuparsi delle identità penitenziarie sia nell'ottica di elevare gli standard di trattamento sia in quella di ridurre i tassi di conflittualità infra-penitenziari. Chi è infatti impegnato nella gestione dell'esecuzione penale non ha potuto ignorare le tante e diverse identità penitenziarie avendole sotto i propri occhi. Il legislatore invece è rimasto sostanzialmente inerte nonostante le sollecitazioni provenienti dall'ambito ONU, europeo e giudiziario-costituzionale.

4. *Le donne*[20]

Nella legge penitenziaria del 1975 non vi è una norma dedicata in modo specifico, articolato e completo ai bisogni e ai

[20] La condizione delle donne detenute è stata indagata negli Stati Uniti da K. Burkhart, *Women in Prison*, New York, 1976; in Inghilterra da P. Carlen, *Women's imprisonment*, London 1983. Su scala europea comparata vedi la ricerca *Women, integration and prison. Ana analysis of the processes of sociolabour integration of women prisoners in Europe,* Mip Project, finanziata dalla Commissione Europea, 2002 consultabile on line all'indirizzo *http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/mip_en.pdf*. In Italia vi sono i lavori di F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, E. Campelli, *Donne in carcere. Ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Milano, 1992; L. Ravagnani, C.A. Romano, *Women in prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Lecce, 2013; G. Zuffa S. Ronconi, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile in carcere*, Roma, 2014. Per quanto riguarda la specifica condizione di detenuta madre vedi C. Scanu, *Mamma è in prigione*, Milano, 2013.

diritti delle donne detenute a differenza di quanto accade nelle Regole Penitenziarie Europee del 2006[21]. Nell'Ordinamento Penitenziario tutto è declinato al maschile, a partire dal linguaggio. Vi sono riferimenti alle donne qua e là in ordine sparso, con uno sguardo rivolto prioritariamente (o meglio quasi esclusivamente) alla donna qualora si trovi nella condizione di madre di bambino piccolo. Vi è una considerazione normativa indiretta per la madre in quanto genitrice di un bambino di cui ha la potestà di cura. All'articolo 11 si prevede che alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni[22]. Gli articoli 21-*bis* e 21-*ter*, introdotti in epoca più recente[23], assimilano il lavoro all'esterno all'assistenza dei figli[24]. La cura della prole, visto quanto stabilito nell'articolo 21-*bis*, subisce gli

[21] Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee adottata dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006, in occasione della 952 esima riunione dei Delegati dei Ministri.

[22] Articolo 11 dell'O.P.: «*In ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere. Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido*».

[23] Rispettivamente con leggi n. 40 dell'8 marzo del 2001 e n. 62 del 22 aprile del 2011, ovvero le due leggi che hanno cercato, senza riuscirci del tutto, di ottenere la residualizzazione della presenza in carcere di bambini sotto i tre anni costretti alla reclusione insieme alle loro mamme condannate.

[24] Articolo 21-*bis* o.p.: «*Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21. Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre*».

Articolo 21-*ter* o.p: «*In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute*».

stessi limiti previsti all'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario per l'accesso ai benefici premiali e alle misure alternative alla detenzione[25].

Queste norme insieme a quelle che seguono, in materia di donne in stato di gravidanza o di neo-madri, mettono al centro dunque non la donna in quanto tale ma la donna nel suo rapporto con il figlio che verrà o che è appena nato. Come detto è la relazione madre-figlio che si vorrebbe preservare nell'interesse superiore del minore. Con le due leggi del 2001 e del 2011[26], approvate nell'arco di un decennio, il legislatore, sull'onda dell'emozione data dall'innocenza ristretta dietro le sbarre, ha cercato soluzioni che consentissero di andare oltre il modello detentivo classico, ogniqualvolta ci fossero donne con bimbi piccoli. Il legislatore ha provato a disegnare nei confronti della detenuta-madre un sistema di speciali misure alternative alla detenzione e di attenuazioni alla reclusione ordinaria[27]. In questo senso vanno intesi

[25] In materia di detenzione domiciliare speciale (nota n. 27) la Corte costituzionale con sentenza numero 239 del 2014 ha però superato i limiti imposti dall'articolo 4-*bis*. I giudici sostengono testualmente: «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge [...] nonché la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti*».

[26] Vedi nota n.12.

[27] L'articolo 47 *ter* o.p prevede che: «*La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente*». L'articolo 47-*quinquies* o.p introdotto nel 2011 prevede che*: «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (Icam) ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite*». Dunque si individua un ventaglio di soluzioni alternative alla pena del carcere. Dalla

gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri (ICAM), che sono alternativi al carcere ordinario, e le case famiglia protette, che sono alternative alla dimora privata. Dunque più che un'attenzione specifica all'identità femminile nel tempo si è strutturata un'attenzione all'identità di madre. Un'attenzione che però non è rivolta alla madre *tout court*, ovvero anche a quella con figli piccoli o grandi fuori dall'istituto, bensì alla sola madre di bimbo di giovanissima età costretto a restare in carcere per mancanza di altre soluzioni familiari. Sono i soli articoli 13, in materia di ubicazione delle donne e loro netta separazione dagli uomini[28], e 42-*bis* in materia di traduzioni (articolo introdotto nel 1992 in occasione delle modifiche dirette a irrigidire la legislazione penitenziaria nei confronti delle persone accusate o condannate per taluni crimini ritenuti più gravi)[29] a occuparsi della donna in quanto donna e non del solo caso della donna-madre di bambino piccolo. Come si può vedere l'insieme delle disposizioni di legge non guarda in profondità alla differenza femminile.

Una maggiore consapevolezza dell'identità femminile è presente, invece, all'interno del Regolamento di esecuzione del 2000[30].

ipotesi che più gli assomiglia – la reclusione in un istituto a custodia attenuata – a quella più lontana per caratteristiche. Anche il precedente articolo 39 della legge, seppur in materia di isolamento per motivi disciplinari, è pensato principalmente in funzione dell'esigenza prioritaria di conservare intatto il rapporto con la prole e di non creare danni irreversibili a quest'ultima. Esso prevede che: «*L'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune è sospesa nei confronti delle donne gestanti e delle puerpere fino a sei mesi, e delle madri che allattino la propria prole fino ad un anno*». Il successivo articolo 50 prevede che: «*Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, essa ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà di cui all'ultimo comma dell'articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431*».

[28] Articolo 13 o.p: «*Le donne sono ospitate in istituti separati o in apposite sezioni di istituto*».

[29] Articolo introdotto con la legge 1992 n.492, prevede che: «*Le traduzioni dei detenuti e degli internati adulti sono eseguite, nel tempo più breve possibile, dal Corpo di polizia penitenziaria, con le modalità stabilite dalle leggi e dai regolamenti e, se trattasi di donne, con l'assistenza di personale femminile*».

[30] Anche nel Regolamento del 2000 vi sono norme dedicate alle donne-mamme e precisamente l'articolo 14 (che non prevede limitazioni alla ricezione dei pacchi per le detenute madri con prole in carcere) e l'articolo 19 (che assicura alle gestanti e alle madri con bambini l'assistenza di specialisti in ostetricia e ginecologia. Prevede anche che il parto debba essere preferibilmente effettuato in luogo esterno di cura.

All'articolo 8 a proposito di igiene personale e all'articolo 9 in materia di vestiario e corredo si introduce, seppur con molta cautela, il tema della specificità dei bisogni delle donne[31]. Alle sole donne viene concessa la presenza del bidet in cella[32].

Nel tempo sono state la condizione di madre e la relazione con il figlio ad avere un'attenzione crescente, nonostante i numeri dei bambini piccoli reclusi insieme alle loro mamme in carcere non sia mai stato particolarmente alto. I dati più recenti, risalenti a fine dicembre 2016, indicano in trentasette i bambini rinchiusi nei dodici asili nido funzionanti. Tre sarebbero, secondo le rilevazioni statistiche ufficiali del Ministero della Giustizia, gli istituti a custodia attenuata per detenute madri. Ai tempi dell'entrata in vigore della prima legge (nel 2001) che si è occupata in modo sistematico delle detenute madri i bambini erano invece settantotto.

Inoltre dedica attenzione all'assistenza pediatrica e ostetrica oltre che alla vita stessa del bambino).

[31] Articolo 8 del Regolamento di Esecuzione: «*Gli oggetti necessari per la cura e la pulizia della persona sono indicati con specifico riferimento alla loro qualità e quantità in tabelle, distinte per uomini e donne, stabilite con decreto ministeriale. Per gli uomini e per le donne sono, rispettivamente, organizzati servizi di barbiere e parrucchiere, di cui essi possono usufruire periodicamente secondo le necessità*». Articolo 9 dello stesso Regolamento*: «Gli oggetti che costituiscono il corredo del letto, i capi di vestiario e di biancheria personale, nonché gli altri effetti di uso che l'amministrazione è tenuta a corrispondere ai detenuti e agli internati, sono indicati, con specifico riferimento alla loro qualità in tabelle, distinte per uomini e donne, stabilite con decreto ministeriale*».

[32] L'articolo 134 del Regolamento di esecuzione prevede che: «*Entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, negli istituti in cui i servizi igienici non sono collocati in un vano annesso alla camera, si provvederà, attraverso ristrutturazioni, ad adeguarli alla prescrizione di cui all'articolo 7, secondo gli interventi di edilizia penitenziaria resi possibili dalle disponibilità di bilancio. Analogamente si provvederà per dotare i servizi igienici di doccia e, particolarmente negli istituti e sezioni femminili, di bidet, là dove non ne siano dotati*». La pratica penitenziaria non si è mostrata però così generosa, visto che in molte carceri il bidet è ancora inesistente.

Tabella numero 1 – Detenute madri e asili nido – Anni 2000-2014[*]

Data rilevazione	Detenute madri con figli in carcere	Bambini minori 3 anni in carcere	Detenute in stato di gravidanza
31/12/2000	70	78	33
31/12/2001	61	63	15
31/12/2002	56	60	16
31/12/2003	53	56	25
31/12/2004	56	60	24
31/12/2005	64	64	31
31/12/2006	48	51	17
31/12/2007	68	70	23
31/12/2008	53	55	18
31/12/2009	70	73	11
31/12/2010	42	43	6
31/12/2011	51	54	13
31/12/2012	40	41	5
31/12/2013	40	40	17
31/12/2014	27	28	9
31/12/2015	49	50	12
31/12/2016	34	37	9

[*] *Fonte Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

L'obiettivo normativo è dunque inequivocabilmente la "protezione del minore". La donna è in secondo piano, sullo sfondo.

Le donne delinquono molto meno degli uomini (non hanno mai rappresentato negli ultimi vent'anni più del 5% della popolazione detenuta). Il massimo della rappresentanza in termini percentuali vi è stato nel 1992 con il 5,43%. Oggi è pari al 4,2%. In totale le donne al 31 marzo 2017 erano 2.345. Forse proprio il fatto che sono una piccola minoranza (rispetto ai circa attuali 57 mila uomini) ha prodotto una sotto-considerazione normativa.

Tabella numero 2 – I luoghi e i numeri della detenzione femminile in Italia al 31 marzo 2017[*]

Roma Rebibbia	316
Venezia Giudecca	75
Trani	34
Pozzuoli	177
40 Sezioni presso Istituti maschili	1.743
Totale	2.345

[*] *Rielaborazione su fonte del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

Oltre a una sotto-considerazione normativa vi è anche una sotto-considerazione amministrativa e organizzativa? Circa una donna detenuta su quattro vive in un carcere del tutto femminile. Le altre sono ristrette in sezioni ubicate all'interno di carceri maschili con una media di presenza per sezione di poco superiore alle quaranta unità. Capita in queste sezioni che la gran parte delle attenzioni sia rivolta dagli operatori a chi rappresenta la maggioranza della popolazione reclusa ovvero agli uomini. Nell'Amministrazione penitenziaria centrale esiste un ufficio detenuti e trattamento. Non esiste un ufficio di pari dignità amministrativa che si occupi di detenute e trattamento. Il trattamento dell'intera popolazione detenuta è affidato un magistrato, molto spesso un pubblico ministero, che dirige un ufficio declinato al maschile. Non è certo un giudice la figura professionale più competente circa i bisogni psico-sociali delle donne.

La detenzione di una donna non è assimilabile a quella di un uomo per mille motivi e non solo per la questione della maternità o per le necessità igieniche. Nelle Regole penitenziarie europee del 2006 vi è questa consapevolezza nonostante le percentuali di presenze femminili siano basse praticamente in tutti i paesi europei, a prescindere dalla cultura più o meno emancipativa del paese stesso, dall'essere un paese mediterraneo o nordico, protestante o cattolico[33].

[33] Si va dalle tesi positiviste di Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero esposte in *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Milano, 2009 fino a F. ADLER,

Tabella numero 3 – Le percentuali delle donne in carcere in alcuni paesi europei – Anno 2013[*]

Spagna	7,6%
Finlandia	7,3%
Germania	5,7%
Paesi Bassi	5,4%
Grecia	5,2%
Regno Unito	4,6%
Italia	4,2%
Polonia	3,3%

[*] *Rielaborazione su dati Space – Università di Losanna, Consiglio d'Europa*

Alle donne è dedicato l'articolo 34 che vuole andare oltre ogni forma di standardizzazione e omogeneizzazione del trattamento penitenziario. Esso tra l'altro prevede che: «*Le autorità devono porre un'attenzione particolare ai bisogni fisici, professionali, sociali e psicologici delle donne detenute al momento di prendere decisioni che coinvolgono qualsiasi aspetto della detenzione*». Dunque si parla di bisogni non solo fisici, ma anche professionali, sociali e psicologici, così delineando un'identità femminile che non è solo biologica ma è anche biografica e sociale. Nel successivo articolo 81 si prevede che debba esserci un personale penitenziario formato e specializzato a lavorare con le donne (oltre che con minorenni, stranieri e malati psichici). Dunque le identità penitenziarie richiedono attenzione su tanti livelli, compresi quelli organizzativi, formativi, strutturali. La donna nell'ordinamento penitenziario italiano è considerata nella sola sotto-identità di madre. In parte se ne è resa conto la stessa Amministrazione penitenziaria, che pur non facendo il passo lungo e necessario di una più complessa riorganizzazione degli uffici,

Sisters in Crime, *The Rise of the New Female Offender,* New York, 1974; S. Ambroset, G. Pisapia, *Numero oscuro della devianza femminile e questione criminale. Spunti teorici e verifica empirica*, Verona, 1980; C. Smart, *Donne, crimine e criminologia*, Roma, 1981.

Per quanto riguarda il tema del ruolo delle donne nella criminalità organizzata vedi R. Siebert, *Donne in terra di mafia: i riflessi del processo di emancipazione femminile*, Bologna, 1998.

per colmare il *gap* che divide la nostra legge rispetto alle regole europee, nel 2008[34] ha proposto un regolamento ministeriale per le sezioni e gli istituti femminili. Viene messo a disposizione degli istituti periferici un regolamento-tipo che dovrebbe valere dappertutto a esclusione delle sezioni di Alta Sicurezza. Si ammette in modo esplicito che la circolare «*mira a colmare una grave lacuna dell'organizzazione penitenziaria, favorendo l'introduzione su tutto il territorio nazionale, pur con gli adattamenti necessari a ciascuna realtà locale, di una regolamentazione specifica che tenga conto delle peculiarità dell'esecuzione penale riguardante il genere femminile*». Compare la parola 'genere'. Si riconosce che «*forse anche a causa dell'esiguità della percentuale di donne detenute, rimasta pressoché costantemente attestata intorno al 5% delle presenze complessive, si riscontra un'evidente difficoltà del sistema a elaborare accorgimenti organizzativi e offerte riabilitative idonei a cogliere e valorizzare la specificità della popolazione detenuta femminile*». Addirittura si scrive che: «*nel mondo penitenziario, sono andati diffondendosi linguaggi e codici valoriali riferibili essenzialmente agli uomini, basati su meccanismi di dominio e su modalità relazionali fondate sul potere e sulla forza. Ciò ha determinato un'oggettiva difficoltà nel riconoscere ed accogliere la complessità del 'femminile' inteso non sono come differenza di sesso ma anche come diversità dl sistemi simbolici e valoriale (…). Si rende, quindi, necessario un lavoro di sensibilizzazione finalizzato all'attivazione e alla costruzione dl un impianto concettuale, metodologico e di intervento politico e sociale che riconosca e valorizzi la differenza di genere, così dando piena attuazione alle norme, nazionali ed internazionali, che tutelano i diritti delle persone ristrette*». Dopo queste premesse ci si sarebbe potuti attendere una maggiore ambizione regolamentare. Invece restano ancora eccessive le assimilazioni tra uomo e donna nella vita quotidiana. Eppure le donne evadono meno, non commettono quasi mai atti di violenza e i magistrati di sorveglianza si fidano maggiormente di loro nella concessione di misure alternative alla detenzione.

[34] Circolare numero PU-GDAP-1a00-17/09/2008-0308208-2008 del 17 settembre del 2008 contenente il Regolamento interno per gli istituti e le sezioni femminili.

Seppur meritoriamente ispirato a un'idea nuova di regolamentazione specifica della identità femminile, tornano anche nella circolare alcuni stereotipi. Ad esempio sulle vocazioni e le passioni femminili. L'identità femminile di cui occuparsi pare sia in alcune regole quella della donna casalinga appassionata di sartoria, per cui la si autorizza a tenere con sé il kit per il cucito, cosa che mai sarebbe pensabile prevedere anche per il più tranquillo e "sicuro" degli uomini.

Uno sguardo specifico e profondo alla condizione di genere è quello delle Nazioni Unite che dedicano alle donne detenute un'intera Risoluzione dell'Assemblea Generale n. 2010/16 del 2010 ovvero le *United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders* (note come le *Bangkok Rules*). Così come le *European Prison Rules* anche le *Bangkok Rules* non hanno efficacia vincolante. Fanno parte di quella *soft law* internazionale che entra nel nostro ordinamento interno prioritariamente attraverso il lavoro delle Corti internazionali e interne e solo secondariamente, ed eventualmente, attraverso atti di recepimento normativo.

La filosofia di una regolamentazione specifica per le donne detenute è enunciata all'articolo 1 delle *Bangkok Rules* ove si collega il principio di non-discriminazione alle esigenze peculiari delle donne detenute. Dunque una regolamentazione *ad hoc* risponde alla necessità di avvicinare diritti e doveri alla diversa condizione di genere maschile e femminile.

Tra i bisogni evidenziati nelle norme Onu vi sono quelli affettivi (deve esservi vicinanza del luogo di reclusione a quello di residenza abituale al fine di non rescindere il cordone parentale che nelle donne di fatto è più forte), quelli legati allo stato di salute psico-fisico (si pensi alla previsione di misure di prevenzione delle malattie ginecologiche anche per le donne in giovane età o al riferimento esplicito alla verifica di eventuali episodi di violenza sessuale subiti prima o durante la detenzione e al relativo sostegno medico, psicologico e legale che va garantito), quelli connessi alla riservatezza (diritto di rifiutare la divulgazione delle informazioni relative ai precedenti in ambito riproduttivo o di sottoporsi ad esami medici legati a tali precedenti). Una prigione femminile ne-

cessita attenzione anche nella selezione dello *staff*. Ad esempio la donna detenuta deve potere essere visitata da medici del suo stesso sesso, qualora lo richieda.

Le *Bangkok Rules* sono settanta regole specificatamente dedicate alle donne detenute. Lo spirito che le permea è orientato dalla considerazione della loro minore pericolosità sociale, criminale e penitenziaria.

Anche il legislatore italiano si è reso conto della necessità di dedicare norme specifiche alle donne detenute. Il 14 giugno del 2017 è stata approvata in via definitiva la legge n. 103 che apporta modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario. Alla lettera t) del comma 85 tra i criteri di delega si fa riferimento alla «*previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute*». Spetterà al legislatore delegato decidere quale strategia normativa adottare, ossia se inserire una singola norma ampia dedicata alle donne così facendole uscire dal silenzio penitenziario oppure se declinare al femminile l'insieme delle norme presenti nell'ordinamento penitenziario. In ogni caso è di rilievo l'avere accostato i bisogni ai diritti senza riferimenti alle carenze psico-fisiche o a deficit di personalità.

5. *Gli stranieri*[35]

I riferimenti ai "bisogni della personalità" e al reato quale indice di "carenze psico-fisiche" risultano ancora più macroscopicamente ideologici qualora riferiti agli stranieri detenuti. Allo straniero detenuto, circostanza che non sarebbe potuta accadere al detenuto autoctono, potrebbe essere capitata l'esperienza della detenzione provocata dalla condizione esclusiva di straniero. Il luogo di nascita, che di certo la persona non si sceglie, diviene esso stesso parte del reato imputatogli. Sino al 2011[36] e per quasi un

[35] Questo paragrafo aggiorna e riprende considerazioni in larga parte già presenti nel libro pubblicato all'interno della collana *Diritto penitenziario e Costituzione* curata da Marco Ruotolo, P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti,* Napoli, 2014.

[36] La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 28 aprile 2011,

decennio lo *status* di straniero è stata la concausa di un'ipotesi di responsabilità penale; per due anni nel nostro ordinamento è stata la causa esclusiva dell'applicazione di un aggravio di pena[37]. Dunque, il trattamento individualizzato nel caso dello straniero perde ogni collegamento possibile e razionale con una concezione clinica e patologica del reato. Quale carenza psico-fisica mai può avere una persona che vede allungarsi la pena a causa del fatto che è nata in una nazione piuttosto che in un'altra? Il trattamento individualizzato, affinché non scada in trattamento sanitario il quale se applicato allo straniero fa venire in mente brutti ricordi, non può che essere un'operazione ben più articolata e complessa. I bisogni della persona straniera sono connessi a circostanze sociali, economiche, politiche e culturali.

Il conflitto identitario è alla base di tutti gli stereotipi che governano l'immigrazione. È difficile unificare i bisogni e i diritti degli stranieri all'interno di un'unica indistinta identità. I bisogni religiosi, igienico-sanitari, sociali, culturali di una persona che arriva dal Maghreb non sono evidentemente gli stessi di quelli di una persona che arriva dall'est Europa o dall'estremo oriente. Nonostante ciò è risultato comunque chiaro al legislatore europeo, più che a quello italiano, che vi sia necessità di norme *ad hoc* per l'insieme degli stranieri. È sicuramente possibile standardizzare alcuni bisogni all'interno della categoria dei non autoctoni. Ritornano i concetti di empatia e di approssimazione.

La nostra legislazione penitenziaria intesa in senso largo, ovvero non solo l'Ordinamento penitenziario del 1975 ma anche le norme sull'organizzazione dei servizi e sulla smilitarizzazione del

nel caso *El Dridi*, ha stabilito che non sia possibile introdurre, neanche surrettiziamente, sanzioni di carattere penale qualora il meccanismo dell'espulsione non sia effettivo e la persona immigrata si sottrae allo stesso. Le procedure di rimpatrio devono essere del tutto depenalizzate. L'Italia invece aveva nel suo ordinamento dal 2002 il reato di inottemperanza all'obbligo di espulsione del questore. Circa 10 mila persone l'anno facevano ingresso nel circuito penitenziario per questa sola fattispecie di reato. Con legge n.129 del 2011 il legislatore italiano ha dato esecuzione alla direttiva Rimpatri della Ue 2008/115/CE e ha abrogato il reato di inottemperanza all'obbligo di espulsione del questore.

[37] Con legge n,125 del 2008 viene introdotta all'art. 61, comma primo, n. 11-*bis*, del codice penale, la circostanza aggravante della clandestinità successivamente dichiarata illegittima con sentenza n. 249 del 2010 della Corte costituzionale.

corpo degli agenti di custodia del 1990[38], è pensata per un detenuto tipo maschio e italiano, scarsamente alfabetizzato. Eppure i numeri dei detenuti stranieri, molto cambiati negli ultimi decenni, avrebbero dovuto imporre una revisione normativa, mai invece avvenuta. Tra il 1981 quando i detenuti stranieri rappresentavano il 5,7% della popolazione detenuta globale e oggi che costituiscono il 34,1%[39] sono passati trentaquattro anni, sono state approvate tre leggi organiche sull'immigrazione, sono nate forze politiche che vivono di sentimenti xenofobi, è nata una tendenza all'etnicizzazione del diritto penale[40].

Tabella n. 4 – Gli stranieri detenuti nelle carceri italiane rispetto al totale della popolazione detenuta a partire dagli anni ottanta[*]

1981	1985	1996	1998	2015	2017
5,7%	10%	19,95%	25,04%	32,5%	34,1%

[*] *Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

La legge sull'immigrazione del 2002 (la c.d. Bossi-Fini[41]) accostò in via definitiva il tema dell'immigrazione a quello della sicurezza e della criminalità[42]. Nacquero nuove fattispecie incriminatrici direttamente legate ai flussi migratori. Eppure i dati statistici evidenziano come solo in parte le presenze in carcere di detenuti stranieri siano uno specchio dei movimenti migratori[43].

[38] Legge 15 dicembre 1990, n. 395.

[39] L'ultima rilevazione è del 30 aprile del 2015.

[40] Vedi V. Scalia, *Migranti, devianti e cittadini. Uno studio sui processi di esclusione*, Milano, 2005 e A. Sbraccia, *Migranti tra mobilità sociale e carcere. Storie di vita e processi di criminalizzazione*, Milano, 2007.

[41] Legge 30 luglio 2002, n.189.

[42] Una ricostruzione dei contenuti normativi della legge e dei processi di stigmatizzazione penale degli stranieri è presente in A. Ballerini, A. Benna, *Il muro invisibile. Immigrazione e legge Bossi-Fini*, Genova, 2002.

[43] Per quanto riguarda il complesso dei dati statistici sull'immigrazione punto di riferimento nel tempo è divenuto il Dossier Statistico Immigrazione inizialmente pubblicato dalla Caritas di Roma e ora da Idos.

Tabella n. 5 – Tasso percentuale di detenzione delle comunità straniere in Italia. Numero di detenuti rispetto al totale dei residenti regolari (dati fine 2016)[*]

MAROCCO	0.81
ALBANIA	0,55
ROMANIA	0,23
CINA	0,1
FILIPPINE	0,04

[*] *Rielaborazione propria su dati Istat*

Il tasso di detenzione della comunità filippina è inferiore a quello degli italiani. Incrociando i dati del censimento generale degli stranieri in Italia con quelli della giustizia penale e dell'esecuzione penitenziaria si mostra come esista una profonda differenza quantitativa tra comunità straniera e altra comunità straniera. I diversi flussi di detenzione delle differenti nazionalità sono utili da conoscere ai fini dell'adozione di efficaci politiche di prevenzione sociale e criminale.

Gli stranieri, genericamente intesi, sono dunque poco più di un terzo della popolazione reclusa mentre sono oltre il 10% della popolazione libera, qualora includiamo anche quelli irregolari e dunque non censiti. Non c'è uno scarto elevato tra indice di carcerazione per gli italiani e gli stranieri (genericamente intesi) se si considera la condizione di marginalità sociale, di esclusione normativa e di povertà economica (che non consente di avere una adeguata difesa tecnica) di questi ultimi.

Le rilevazioni statistiche favoriscono l'identificazione sociale, culturale e criminale dello straniero detenuto, utile al fine della presa in carico da parte dei servizi di trattamento.

Dai dati a disposizione si desume che la popolazione detenuta straniera è molto più giovane rispetto a quella italiana. Si pensi che rispetto al totale dei detenuti in Italia appartenenti alla stessa fascia di età gli ultrasettantenni detenuti stranieri sono poco più del 2%, mentre coloro che hanno meno di vent'anni sono quasi il 70%. Man mano che cresce l'età diminuisce dunque il peso percentuale della comunità migrante. Questo è segno evidente che molti di

quei detenuti sono ragazzi o giovani adulti che avevano messo in piedi da poco un progetto di migrazione, seppur fallito. È dunque quella immigrata una popolazione detenuta molto giovane. Nella predisposizione delle opportunità di risocializzazione (scuola, formazione professionale, lavoro) non si può non tenerne conto.

Tabella n. 6 – L'età degli stranieri – dati 2016[*]

Percentuale detenuti stranieri rispetto agli italiani divisi per fasce d'età		
1.	18-20 anni	69%
2.	21-24 anni	53,5%
3.	25-29 anni	52,7%
4.	30-34 anni	49,7%
5.	35-39 anni	40,1%
6.	40-44 anni	28,9%
7.	45-49 anni	22,3%
8.	50-59 anni	14,2%
9.	60-69 anni	6,7%
10.	70 e oltre	2,3%

[*] *Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

Vi è un chiaro *gap* discriminatorio nei confronti degli stranieri per quanto concerne il sistema dell'esecuzione penale esterna. Al 31 dicembre 2016 erano complessivamente 21.899 le persone in affidamento in prova al servizio sociale, 1.221 in semilibertà, 19.844 in detenzione domiciliare. La percentuale degli stranieri è del 14,5% nel caso dell'affidamento in prova, del 19,3 % nel caso della detenzione domiciliare. Gli stranieri sono dunque il 16,7% del totale delle persone in misura alternativa. Lo scarto negativo è evidente rispetto a chi invece è detenuto in carcere. Infatti gli stranieri detenuti rappresentano il 34% della popolazione detenuta, ossia il doppio rispetto a coloro i quali riescono a eccedere a una misura alternativa dallo stato di libertà o dallo stato di detenzione. Gli stranieri fruiscono meno delle opportunità di reintegrazione sociale rispetto agli italiani, eppure sono più giovani, commettono delitti meno gravi ed espiano pene meno lunghe. I motivi possono essere riassunti in tre grandi sottoinsiemi: minore fiducia nei loro

confronti da parte della magistratura di sorveglianza, minore fiducia da parte dei servizi sociali, minori risorse economiche e legali a disposizione.

E guardando al reato contestato e alle pene comminate che si capiscono meglio la dimensione criminale e i bisogni socio-educativi dei detenuti stranieri. Come si vede i reati degli stranieri sono principalmente connessi alla loro condizione di migranti, volontari o forzati.

Tabella n. 7 – I reati degli stranieri – Anno 2016[*]

Tipo di reato	*Percentuale italiani*	*Percentuale stranieri*
Ass. stampo mafioso	98,7%	1,3%
Legge armi	91,1%	8,48%
Contro il patrimonio	72,3%	27,8%
Contro la persona	69,7%	30,8%
Legge droga	62,9%	37,0%
Prostituzione	22,6%	76,9%
Legge immigrazione	8,5%	92,1%

[*] *Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

Lo sguardo rivolto alle pene inflitte ugualmente segnala come man mano che la pena si allunga (segno della gravità del reato) diminuisce la percentuale degli stranieri.

Tabella n. 8 – Le pene inflitte agli stranieri – Percentuali rispetto agli italiani – Anno 2016[*]

Condanne a meno di 1 anno	46,1%
Tra 1 e 2 anni	45,9%
Tra 2 e 3 anni	42,7%
Tra 3 e 5 anni	37,8%
Tra 5 e 10 anni	26,4%
Tra 10 e 20 anni	20,9%
Oltre 20 anni	12,8%
Ergastolo	5,6%

[*] *Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

Il dato sulla pena residua da scontare segna come gli stranieri sono quelli in proporzione più vicini alla fine del periodo di carcerazione e di conseguenza all'accesso a talune delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario. Eppure come visto gli stranieri accedono meno rispetto agli italiani alle varie ipotesi di esecuzione penale esterna. È questo il segno di un sistema che vive di giudizi e di pregiudizi.

Tabella n. 9 – La pena residua da scontare degli stranieri rispetto al totale della popolazione detenuta – Anno 2016[*]

Meno di 1 anno	41,8%
Tra 1 e 2 anni	38,1%
Tra 2 e 3 anni	32,6%
Tra 3 e 5 anni	26,0%
Tra 5 e 10 anni	20,6%
Tra 10 e 20 anni	18,7%
Oltre 20 anni	14,8%
Ergastolo	5,7%

[*] *Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

L'insieme dei dati sociali e criminali relativi alla popolazione detenuta immigrata segna in modo inequivoco quanto il sistema della giustizia penale è messo a disposizione di un'idea fortemente selettiva su base etnica e sociale delle opportunità di integrazione.

Le norme presenti nella legge penitenziaria del 1975 e della novella successiva del 1986 sono italianocentriche. L'organizzazione della vita penitenziaria, il modello prescelto di trattamento, il sistema delle misure alternative alla detenzione, le figure professionali che compongono lo staff penitenziario guardano a un detenuto tipo che è italiano. In effetti fino alla fine degli anni ottanta i detenuti stranieri non superavano il 10% del totale dei detenuti presenti.

Le leggi italiane che regolamentano l'esecuzione della pena non tengono conto della specificità della condizione di migrante, nonostante da almeno vent'anni più di un terzo della popolazione reclusa è composta da stranieri. Vi è in apertura della legge del

1975 un riferimento generico di natura anti-discriminatoria[44]. La nozione di imparzialità, in apertura di una legge che regolamenta doveri pubblici nonché doveri e diritti individuali, rinvia alla nozione generica di uguaglianza ma non risolve la questione della presa in carico delle differenze e di una gestione profondamente attenta al trattamento individualizzato. Nel corpo della legge italiana le differenze nazionali, etniche, religiose non sono adeguatamente prese in considerazione. Mancano norme *ad hoc* sulla condizione del detenuto straniero. Esse sono necessarie sia dal punto di vista reale che simbolico. Pensiamo a tre punti cardine del regime penitenziario: religione, rapporti con la famiglia e disciplina.

L'articolo 26 dell'Ordinamento Penitenziario afferma quanto segue: «*I detenuti e gli internati hanno libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto. Negli istituti è assicurata la celebrazione dei riti del culto cattolico. A ciascun istituto è addetto almeno un cappellano. Gli appartenenti a religione diversa dalla cattolica hanno diritto di ricevere, su loro richiesta, l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti*». Ognuno ha dunque diritto a professare la propria religione ma solo il cappellano fa parte dello staff istituzionale e solo lui tra i ministri di culto è retribuito dallo Stato[45]. È questa una norma che guarda alla popolazione detenuta di un'altra stagione storica ovvero di quel periodo nel quale la quasi totalità di essa era costituita da italiani di fede cattolica. Ai fini dell'esercizio in concreto della propria fede religiosa non è proprio la stessa cosa autorizzare l'ingresso occasionale in carcere di ministri di culti di altre religioni o pagarne uno che possa esercitare il proprio ruolo praticamente *full time*. In tutte le carceri vi è la cappella cattolica ma raramente vi sono altri luoghi ufficiali di culto. Il cappellano, seppur informalmente e indirettamente, non è estraneo ai percorsi di reinserimento verso la società esterna. In alcuni casi l'équipe composta

[44] Articolo 1 o.p.: «*Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose*».

[45] Un'indagine sull'Islam, la religione più professata dopo quella cattolica, negli istituti di pena, è presente in M.K. Rhazzali, *L'Islam in carcere. L'esperienza religiosa dei giovani musulmani nelle prigioni italiane*, Milano, 2010.

dal direttore, dall'educatore e dall'assistente sociale incaricata per legge di elaborare il programma individualizzato di trattamento tiene conto anche delle opinioni e dei suggerimenti operativi del cappellano. È la sua una voce in più che però non potrà levarsi, se non casualmente, a sostegno materiale dei detenuti stranieri di altre religioni[46].

All'articolo 28 dell'Ordinamento Penitenziario si afferma che «*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie*». Ma le modalità degli incontri tra i detenuti e i loro cari sono tutte pensate in funzione di una famiglia vicina e mobile. È presumibile che un detenuto straniero abbia i propri parenti e amici non proprio nella città dove è temporaneamente recluso. Ogni detenuto può ricevere visite dai familiari per non più di sei ore al mese e fare non più di una telefonata di dieci minuti a settimana. Non vi è intercambiabilità tra colloquio visivo e corrispondenza telefonica. Inviare mail o sentirsi via Skype non è quasi in nessun luogo consentito essendo vietato per tutti collegarsi alla rete internet, nonostante vi siano aperture in questa direzione da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Così è evidente che i rapporti personali delle persone straniere sono a forte rischio di rottura e dispersione. Qualora uno straniero potesse intrattenere rapporti telefonici quotidiani, anche a proprie spese, con la famiglia residente all'estero tutto sarebbe più facile. Inoltre nella maggior parte delle carceri non vi è possibilità di telefonare quando si vuole bensì solo nelle ore di ufficio; si fa domanda e sarà un agente di polizia penitenziaria a fare materialmente la telefonata. Così, ad esempio, in tuti i casi di presenza di un fuso orario che ribalta il giorno con la notte il detenuto vedrà nei fatti preclusa tale opportunità di colloquio. Negare la rete internet a tutti crea più disagio ai detenuti stranieri. Contingentare le telefonate a tutti determina ugualmente un danno maggiore ai detenuti stranieri.

[46] Nel Rapporto di Antigone 2015 consultabile all'indirizzo web *www.associazioneantigone.it* si legge che a fine 2014 secondo rilevazioni ufficiali DAP sarebbero 5.786 i detenuti di fede islamica. 30.794 quelli di fede cattolica. I dati non corrispondono fino in fondo a quelli reali visto che di 5.513 stranieri (e 7.437 italiani) l'appartenenza religiosa non è stata rilevata. Dieci sarebbero gli Imam autorizzati ad entrare nelle carceri.

Infine, in carcere il sistema disciplinare è decisivo rispetto al percorso di anticipazione del rientro in libertà. È spesso sufficiente che la sola imputazione di un'infrazione (dunque il non esserne ancora condannati) sia alla base della decisione della magistratura di sorveglianza di negare la liberazione anticipata[47] il cui presupposto normativo è l'adesione alle regole di trattamento. Seppur vero che il sistema disciplinare è governato dal principio di legalità per cui «*i detenuti e gli internati non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento*»[48] è altresì evidente come il mancato richiamo espresso al fatto che allo straniero sia data la possibilità di avere un interprete che gli spieghi la procedura e quali siano i suoi diritti depotenzia sino a rendere evanescente il principio di legalità. Inoltre le infrazioni disciplinari sono legate a episodi di vita carceraria che molto spesso riguardano le modalità di relazionarsi o le abitudini quotidiane. La previsione regolamentare di una vita omologata per lo straniero e l'italiano, dove il primo deve assumere le abitudini giornaliere del secondo (orario e qualità dei pasti, disponibilità dei canali televisivi, tipologia delle attività culturali) sul cui standard di vita è modellata la quotidianità penitenziaria, lo rende vulnerabile e soggetto al rischio di continue infrazioni.

Ci vorrebbe pertanto una rivoluzione organizzativa che tenga conto di come sia cambiata l'utenza penitenziaria e ridisegni il tutto alla luce della presenza non minoritaria dello straniero in carcere. Andrebbe rivisto lo *staff* penitenziario inserendo per via istituzionale figure nuove capaci di guardare alla composizione etnica e nazionale della popolazione detenuta. Pertanto l'enunciazione di principi anti-discriminatori, per essere effettiva, richiederebbe ulteriori modifiche legislative, organizzative e operative. Essa resta una petizione di principio qualora non si modifichino le norme prevedendo regole *ad hoc* per i detenuti stranieri in modo da specificarne condizione e diritti, e non si faccia un passo in avanti dal punto di vista manageriale e culturale. Ogni carcere deve avere un

[47] L'articolo 54 della legge penitenziaria prevede uno sconto di 45 giorni a semestre di pena espiata nei casi di riscontrata «*partecipazione all'opera di rieducazione*».

[48] Articolo 38 della legge n.354 del 1975.

numero sufficiente di mediatori culturali[49], traduttori e interpreti pagati dallo Stato e inseriti a pieno titolo nella vita penitenziaria. Non deve trattarsi di figure, come oggi avviene, parificate al volontariato, pagate poco e male dalle Regioni o dai Comuni, prive di spazio e tempo per occuparsi di situazioni umane complesse e di attenuare le sofferenze prodotte dalla detenzione. Devono essere professionisti assunti con concorso pubblico. Inoltre il restante personale deve avere competenze linguistiche e avere al proprio interno anche operatori di altre etnie o provenienti da altre nazioni.

La legge penitenziaria come detto ha un proprio Regolamento di Esecuzione del 2000. Il Regolamento dettaglia la vita interna al carcere, puntualizzando quanto previsto nella legge ma mai, ovviamente, potendo andare oltre i contenuti della stessa. La precedente versione del Regolamento di Esecuzione era del 1976. Nei 24 anni trascorsi tra una versione e la successiva è cambiata la composizione della popolazione detenuta. Nel giugno del 2000, il mese della sua entrata in vigore, gli stranieri erano il 27,86% del totale dei reclusi, ovvero una percentuale ai limiti della soglia del 30%. Un numero relativo e assoluto così grande che non avrebbe potuto essere rimosso dall'attenzione ministeriale. Così in quel Regolamento c'è un'attenzione meno episodica alla condizione detentiva dello straniero. L'articolo 35 è dedicato ai detenuti e internati stranieri. [50] Una norma che apre uno squarcio di attenzione specifica ma che appare anch'essa eccessivamente programmatoria e

[49] Secondo le rilevazioni dell'associazione Antigone pubblicate nel rapporto periodico relativo all'anno 2016 in 85 carceri vi sono mediatori culturali per detenuti di paesi dell'est europeo (44% è il tasso di attuazione della legge che prevede la presenza di mediatori culturali in tutte le carceri). In 88 istituti vi sono mediatori per detenuti del nord Africa (tasso di effettività della legge pari al 45,5%). In 28 vi sono mediatori per detenuti di altri paesi africani (tasso del 14,5%). In 42 vi sono mediatori per detenuti del Medio Oriente (tasso di attuazione della legge del 21,7%). In 24 ci sono mediatori per detenuti sud-americani (tasso del 12,4%). Infine va detto che la presenza di mediatori è molto spesso per un numero di ore settimanali ridottissimo.

[50] Articolo 35 RE: «*Nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali. Devono essere favorite possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese. Deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato*».

dunque priva di forza cogente. Non si dice nulla su come si debba fare ad affrontare le difficoltà linguistiche e culturali. Si indica un generico favore verso la presenza di mediatori culturali, ma non se ne prevede l'assunzione e si rimanda il tutto alla buona volontà di enti locali e organizzazioni di volontariato.

Così a tredici anni dall'approvazione del Regolamento di Esecuzione si legge nelle rilevazioni statistiche del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria che i mediatori sono circa due ogni cento detenuti stranieri. Un dato molto basso e comunque non veritiero. Infatti molti dei mediatori censiti sono operativi per un numero di ore settimanali del tutto insufficiente. Non si tratta dunque di presenze quotidiane. Nulla, inoltre, si dice rispetto alla presenza obbligatoria per esigenze processuali degli interpreti o dei traduttori alla cui funzione sono invece assegnati impropriamente i mediatori. Altre norme presenti nel decreto del 2000 hanno invece un tasso di effettività maggiore essendo direttamente dispositive. Ad esempio al secondo comma dell'articolo 18 si prevede che «*I detenuti o internati stranieri, apolidi o senza fissa dimora iscritti al servizio sanitario nazionale, ai sensi della vigente normativa, ricevono l'assistenza sanitaria a carico del servizio sanitario pubblico nel cui territorio ha sede l'istituto di assegnazione del soggetto interessato*». Non è questa una norma dal carattere universale, visto che non vi è in essa un riferimento espresso ai migranti irregolari non iscritti al servizio sanitario nazionale.

Altri riferimenti espliciti allo straniero si trovano nella norma in materia di formazione professionale[51] e di trasmissione di informazioni alle autorità consolari[52]. Esse sono piccole specificazioni. Di più ampio respiro è invece l'articolo 69 che dispone che: «*All'atto dell'ingresso, a ciascun detenuto o internato è consegnato un estratto delle principali norme di cui al comma 1, con l'indicazione del luogo dove è possibile consultare i testi integrali. L'estratto suindicato è fornito nelle lingue più diffuse tra i detenuti e internati stranieri*». Questa è una norma che nasce dall'esigenza di informare i migranti intorno al complesso delle regole carcerarie, le qua-

[51] Articolo 42 RE.

[52] Rispettivamente articoli 62 e 92 del Regolamento di cui alla nota precedente.

li hanno fonti diversificate e non sempre facili da reperire. Molti aspetti della vita penitenziaria (ad esempio beni e generi alimentari consentiti, limiti alla ricezione di pacchi, possibilità di adornare le celle con fotografie o poster, orari delle docce o della socialità) sono disciplinati da ordini di servizio poco noti agli italiani e ancor meno agli stranieri con difficoltà linguistiche. Il migrante detenuto non deve trovarsi nella condizione di ignorarli altrimenti il principio di legalità nel procedimento disciplinare è evidentemente disatteso. Il Regolamento del 2000 si rende conto di questa esigenza elementare di trasparenza, democrazia, uguaglianza e legalità. La norma è non dappertutto applicata[53].

Nel 2012 viene adottata la Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati[54] così come previsto dall'articolo 69 del Regolamento di Esecuzione del 2000. A proposito di detenuti stranieri si scrive: «*I detenuti stranieri hanno il diritto di chiedere che le autorità consolari del loro Paese siano informate dell'arresto, di ricevere l'estratto delle norme nella propria lingua, di effettuare telefonate e colloqui con l'ausilio di un interprete. Hanno il diritto di soddisfare le proprie abitudini alimentari e le loro esigenze di vita religiosa e spirituale. I detenuti stranieri che devono scontare una pena, anche residua, inferiore ai due anni, hanno il diritto di essere espulsi verso il loro Paese di origine. Con la condanna penale può essere applicata la misura di sicurezza dell'espulsione, eseguita dopo aver scontato la pena detentiva. In ogni caso non può essere espulso il detenuto che nel suo paese di provenienza rischia di subire persecuzioni per motivi razziali, politici, religiosi, di sesso, lingua, cittadinanza, ecc. Il detenuto può chiedere il trasferimento nel Paese di cui è cittadino per scontare la condanna (superiore a sei mesi) subita in Italia; la relativa richiesta va presentata al Ministero della Giustizia dell'Italia oppure, se il fatto costituisce reato in entrambi i Paesi, al Ministero della Giustizia dello Stato di cui è cittadino*». È questa la prima norma che ricostruisce in modo organico quali siano i diritti dei detenuti stranieri. Primo fra tutti è indicato il diritto alla infor-

[53] La distribuzione della Carta dei diritti nelle lingue più parlate avviene in 162 carceri. Non avviene in 31. La percentuale di attuazione della legge è pari all'83,9%.

[54] Con Decreto del Ministro della Giustizia del 5 dicembre 2012.

mazione, che regge tutti gli altri diritti. I diritti di giustizia – in ambito processuale e penitenziario – resteranno insoddisfatti nel caso di incomprensione linguistica. Compaiono nella Carta riferimenti espressi ai bisogni alimentari e religiosi. Si tratta di un'indicazione importante che recepisce quanto già presente in circolari dell'Amministrazione penitenziaria che si sono stratificate nel tempo.

Di rilievo, per le future implicazioni pratiche, ossia al fine di evitare il passaggio dello straniero extracomunitario detenuto dal carcere al Centro di permanenza per i rimpatri (ex Cie oggi Cpr in base al decreto legge del 17 febbraio 2017 n. 13), è quanto contenuto nella legge n. 10 del 21 febbraio 2014. All'articolo 6 si prevede che debbano essere avviate in carcere le procedure d'identificazione. Quale trattamento mai potrà esservi se non si conosce neanche l'identità della persona reclusa? È questa una norma di buon senso che prende atto della legislazione sulle espulsioni e mira ad evitare che un detenuto dopo la fine della pena sia trasferito in un Cpr per essere lì identificato. Il tempo della pena, anche quello più breve, è più che sufficiente per identificare lo straniero così evitando il calvario della detenzione amministrativa. A tal proposito va ricordato che la legge 30 ottobre 2014, n. 161, recante "*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis*", entrata in vigore il 25 novembre 2014, contiene disposizioni volte ad adeguare l'ordinamento giuridico italiano all'ordinamento europeo, e all'art. 3 riduce a un massimo di novanta giorni il periodo di trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione degli stranieri destinatari di provvedimento di respingimento o di espulsione da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera. Nel caso di straniero che abbia avuto una pregressa carcerazione la nuova legge prevede che: «*Lo straniero che sia già stato detenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni indicato al periodo precedente, può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni*». Pertanto diventa importante quanto accade nel passaggio carcerario per evitare successive reclusioni amministrative[55].

[55] A circa due anni e mezzo dall'entrata in vigore della legge, per stessa ammis-

Nel complesso la legislazione penitenziaria primaria e secondaria italiana resta comunque insufficiente nel trattare la condizione specifica del detenuto straniero. Se ne è accorto il legislatore che ha inserito nella legge di riforma del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario approvata il 14 giugno 2017 la seguente norma al comma 85 lettera o): «*previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere*». Spetterà al legislatore delegato dare sostanza a tale criterio direttivo così come a quello enunciato, in modo molto generico e pluri-interpretabile, alla successiva lettera v) dello stesso comma: «*revisione delle attuali previsioni in materia di libertà di culto e dei diritti ad essa connessi*».

Il principio di anti-discriminazione si assicura attraverso azioni positive, norme specifiche e trattamenti differenziati. La parte regolamentare dovrebbe addirittura iniziare a porsi il tema dell'ulteriore differenziazione di regime in base ai bisogni individuali, che non potranno che cambiare da etnia a etnia, da nazione a nazione. Esiste una coscienza a livello normativo europeo intorno al fatto che la condizione del detenuto straniero sia talmente diversa da quello del detenuto autoctono tanto da richiedere previsioni regolamentari mirate. Il Consiglio d'Europa nel tempo ha prodotto un ampio numero di norme, sentenze e rapporti periodici in ambito penitenziario. Dalla totalità di essi è emerso un interesse crescente verso il trattamento differenziato anti-discriminatorio dei detenuti migranti. Gli articoli 37 e 38 delle Regole Penitenziarie Europee del 2006[56] dedicano ai cittadini stranieri e alle minoranze etniche o linguistiche un'attenzione specifica. L'articolo 37 prevede che: «*I detenuti cittadini stranieri devono essere informati immediatamente del diritto di prendere contatto con i loro rappresentanti diplomatici o consolari e ragionevoli agevolazioni devono essere concesse loro a tale fine. I detenuti cittadini di uno Stato che non ha rappresentanti diplomatici o consolari nel paese, nonché i rifugiati e gli apolidi, devono beneficiare delle stesse facilità ed essere autorizzati a rivolgersi ai rappresentanti dello Stato incaricato dei loro interessi o ad*

sione dell'Amministrazione penitenziaria, ancora in buona parte delle carceri non sono state avviate procedure standardizzate per l'identificazione degli stranieri detenuti.

[56] Vedi nota n. 20.

ogni altra autorità nazionale o internazionale la cui missione è di proteggere tali interessi. Le autorità penitenziarie devono cooperare in modo stretto con questi rappresentanti diplomatici o consolari nell'interesse dei cittadini stranieri detenuti che possono avere dei bisogni particolari. Ai detenuti cittadini stranieri devono essere fornite le informazioni specifiche sull'assistenza legale. I detenuti cittadini stranieri devono essere informati della possibilità di richiedere il trasferimento verso un altro paese per l'esecuzione della loro pena». L'articolo 38 dispone che: «*Devono essere presi provvedimenti speciali per i bisogni dei detenuti appartenenti ad una minoranza etnica o linguistica. Per quanto possibile, le pratiche culturali dei diversi gruppi devono poter continuare ad essere osservate in carcere. I bisogni linguistici devono essere soddisfatti ricorrendo ad interpreti competenti e consegnando degli opuscoli di informazione redatti nelle diverse lingue parlate in ogni istituto*».

È dunque riconosciuta, in particolare all'articolo 38, la necessità di provvedimenti speciali per coloro i quali hanno bisogni sociali, giuridici o culturali legati a una data minoranza etnica o linguistica. Ogni diritto ha la sua origine in un bisogno. Il riconoscimento normativo dei bisogni è il compito del legislatore. Così anche alla luce della lettura dei rapporti periodici del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle sentenze della Corte europea dei diritti umani che nel tempo hanno evidenziato la questione complessa degli stranieri in carcere, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha elaborato nel 2012 una Raccomandazione (la numero 12) che è esclusivamente dedicata ai detenuti migranti. Partendo da essa è possibile ricostruire *ex post* uno statuto *ad hoc* dei diritti dei detenuti stranieri. Ripercorrendo la Raccomandazione, norma per norma, si possono efficacemente identificare tutti i bisogni dei detenuti migranti e dunque tutti i diritti sottesi. La Raccomandazione è un atto privo di efficacia vincolante. Fa parte di quella *penal and prison soft law* internazionale che però riesce a impattare sulle legislazioni nazionali ben oltre la propria forza normativa[57]. La Raccomandazione si compone di

[57] Vedi a riguardo P. Gonnella, *La soft law internazionale e la sua cogenza in ambito penitenziario*, in *Democrazia e Diritto*, Milano, fascicolo 3, 2014.

quarantuno articoli che hanno un commentario ufficiale. Affrontano tutti i nodi problematici della detenzione straniera, classificano tutti i diritti che spettano agli stranieri in quanto tali, chiariscono in che modo i diritti di tutti i detenuti possano divenire effettivi per i migranti, e infine quali sono i maggiori rischi di discriminazione nel trattamento. La Raccomandazione n. 12 del 2012 è pertanto un *corpus* autonomo di norme che cerca di ridurre i *gap* di tutela. In qualche modo sarebbe importante recepirla nella legislazione interna.

6. *I minorenni*

La carcerazione non deve cancellare il futuro. Volendo visualizzare plasticamente la funzione rieducativa della pena essa consiste nel lasciare aperte o nell'aprire nuove possibili vie da percorrere nel futuro post-detentivo. Un settantenne di professione ingegnere non ha davanti a sé lo spazio di vita per trasformarsi da ingegnere in medico. È una via preclusa dallo scorrere del tempo. Il tempo è invece dalla parte dei bambini, dei ragazzi, dei giovani[58]. Consente cambi radicali di percorso, svolte impossibili per un adulto. Il tempo è dalla parte dei non adulti.

Il sistema penale e più specificatamente quello sanzionatorio dovrebbero tenere conto della variabile temporale e non ragionare con un minore come se questi fosse un adulto. Traducendo questa affermazione in pratiche penitenziarie significa che al minore deve essere offerta la possibilità di scegliere tra un numero ampio di opzioni compatibili con l'arco della vita a disposizione e non tra una o due opzioni predeterminate come nel caso dell'adulto ristretto in un carcere per grandi. L'adolescente o il giovane hanno tanto tempo per studiare, conoscere, scegliere, imparare una professione, trovare un lavoro. Possono permettersi di sbagliare senza che il tempo funzioni come una ghigliottina. Nel loro caso – ancor più

[58] Il tempo è oggetto del patto che deve essere fatto tra le generazioni. Sono gli adulti a condannare i ragazzi. Vedi E. Resta, *L'infanzia ferita. Un nuovo patto tra le generazioni è il vero investimento politico per il futuro*, Bari, 1998.

che per un adulto – va costruita una proposta educativa capace di guardare ai propri bisogni affettivi, culturali e sociali profondi.

Eppure ai minorenni si applicano ancora le norme penitenziarie degli adulti, nonostante le diverse e più moderne regole di procedura penale. L'articolo 79 dell'Ordinamento Penitenziario aveva previsto che: «*le norme della presente legge si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge. Nei confronti dei minori di cui al comma precedente e dei soggetti maggiorenni che commisero il reato quando erano minori degli anni diciotto, le funzioni della sezione di sorveglianza e del magistrato di sorveglianza sono esercitate, rispettivamente, dal tribunale per i minorenni e dal giudice di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni*». Una norma transitoria che per ora ha collezionato più di quarant'anni di vita nonostante i solleciti più o meno espliciti della Corte Costituzionale a dirigersi verso norme *ad hoc* per i minorenni. In modo molto chiaro e senza lasciare spazio a fraintendimenti la Consulta prima nel 1978 a proposito di libertà provvisoria[59], poi nel 1994 in tema di ergastolo [60], nel 1995 a proposito di giudizio abbreviato[61], poi ancora nel 1997 a proposito di sanzioni e misure alternative[62] e nel 1998 [63] e 1999[64] a proposito di benefici premiali ha ricordato la specificità della condizione di minorenne.

Nella sentenza del 1998 i giudici in modo esplicito hanno stigmatizzato «*la perdurante inerzia del legislatore che protrae nel tempo l'estensione provvisoria ai condannati minori dell'ordinamento penitenziario generale*». La Corte con il passar del tempo ha mitigato la sua forza propulsiva e il legislatore si è adagiato nella sua inerzia. Ai minorenni dunque si applicano le regole penitenziarie degli adulti nelle quali sono pochi i riferimenti espressi ai minori: nella legge del 1975 in materia di durata massima dei permessi premio (articolo 30-*ter*) e di detenzione domiciliare (articolo 47-*ter*),

[59] Sentenza n. 46 del 1978.
[60] Sentenza n. 168 del 1994.
[61] Sentenza n. 125 del 1995.
[62] Sentenze n. 109 e n. 403 del 1997.
[63] Sentenza n. 450 del 1998.
[64] Sentenza n. 439 del 1999.

mentre nel Regolamento di esecuzione del 2000 in materia di vestiario (articolo 19), vitto (articolo 21), formazione e lavoro (articolo 47), lavoro all'esterno (articolo 48), comunicazioni al momento dell'ingresso in istituto (articolo 62). L'inerzia legislativa ha persistito nonostante dal diritto internazionale pattizio e dalla *soft-law* europea siano giunte nel tempo indicazioni nitide sulla necessità di costruire un sistema di regole pensate in funzione dell'interesse superiore e non negoziabile del minore[65].

L'unica novità normativa significativa è stata introdotta recentemente con il decreto-legge del 26 giugno 2014 n. 92, convertito con modificazioni nella legge dell'11 agosto 2014, n. 117, che modificando l'articolo 24 del codice di procedura penale per minorenni del 1989 ha esteso la competenza dei servizi minorili anche nei confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età. Ciò vale anche se l'esecuzione ha inizio dopo il compimento dei diciotto anni. Una sorta di spostamento verso il basso, in termini di età, della condizione giovanile. Si è preferito contaminare i ragazzi adolescenti con quelli un tantino più grandi, piuttosto che lasciare i giovani insieme agli adulti. Si è fatto questo per ragioni di pre-

[65] In sede Onu l'attenzione ai minori nella giustizia penale nasce nel lontano 1924 con la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo; a seguire la Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dalle Nazioni Unite nel 1959, gli articoli 23 e 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, l'articolo 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali anch'esso del 1966, la risoluzione del 1985 n.40/33 dell'Assemblea generale che adotta le regole minime delle Nazioni Unite per l'amministrazione della giustizia minorile (cosiddette Regole di *Bejing*), gli articoli 37 e 40 della Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea generale nel 1989, le Regole di *Riyadh* per la prevenzione dalla delinquenza minorile adottate dall'Assemblea generale nel 1990, le Regole dell'Avana sui minori privati della libertà adottate con Risoluzione n.45/113 dell'Assemblea nel 1990. A livello del Consiglio d'Europa: la Raccomandazione del 1987 n.20 sulle Reazioni sociali alla delinquenza minorile, la Raccomandazione n.20 del 2003 sulle modalità si trattamento della delinquenza minorile ed il ruolo della giustizia minorile, gli articoli 11 e 35 delle Regole Penitenziarie Europee del 2006, la Raccomandazione n.11 del 2008 recante norme europee per i minori autori di reato destinatari di sanzioni o misure, la Raccomandazione del 2010 che introduce le linee guida sulla giustizia minorile amichevole. Infine vi è un embrionale interesse dell'Unione Europea con norme in ambito penitenziario all'interno di un programma per i diritti dei minori del 2011. Per un'analisi accurata e completa delle norme internazionali vedi M.G. Coppetta (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne e nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010.

venzione criminale e di natura organizzativa. In realtà negli istituti penali per minorenni (Ipm) valgono, salvo le eccezioni prima elencate, le stesse regole e lo stesso impianto pedagogico-disciplinare previsto per gli adulti. Inoltre le eccezioni normative valgono per i minori e non per i maggiorenni che vengono reclusi negli Ipm.

La mancata realizzazione di un ordinamento penitenziario apposito per i minorenni è avvenuta nonostante il sistema processuale e organizzativo della giustizia minorile a partire dal 1989 si è fortemente differenziato rispetto a quello degli adulti e nonostante una nuova cultura dell'adolescenza nel tempo si sia consolidata[66]. La risposta carceraria al reato è diventata infatti residuale.

Dal 1988 i ragazzi reclusi negli Istituti penali per minori sono in numero sempre inferiore a cinquecento su scala nazionale. Per effetto della legge n. 117 del 2014 che prevede il trasferimento degli ultra ventunenni dal sistema degli adulti agli Ipm, i maggiorenni hanno superato il 50% del totale delle presenze.

Il sistema della giustizia minorile è riuscito a contenere il peso della risposta custodiale entro numeri bassi resistendo alle campagne che nel tempo hanno cercato di cambiare le regole, ora chiedendo l'abbassamento dell'età imputabile ora rimettendo in discussione il buon funzionamento di alcuni istituti processuali. Anzi, è sorprendentemente accaduto il contrario. Il sistema della messa alla prova è fortunatamente tracimato dalla giustizia minorile a quello degli adulti. È stato introdotto nell'ordinamento processuale di questi ultimi nell'aprile del 2014[67]. I provvedimenti di messa alla prova in tre anni hanno quasi raggiunto le diecimila unità. Ciò sicuramente ha contribuito a ridurre fortemente gli ingressi nel sistema penitenziario degli adulti. Una buona pratica minorile è stata esportata nel sistema dei grandi, quasi a confermare la tesi che a partire da alcune macro-identità penitenziarie si riesce a ridurre l'impatto della detenzione. Anche per questo sarebbe opportuno che finalmente si arrivi a un vero e proprio ordinamento penitenziario minorile che non si limiti a regolamen-

[66] Vedi C.A. Moro, *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Milano, 2006.

[67] Legge del 28 aprile 2014, n. 67 che ha ripreso quanto previsto dal rito minorile agli articoli 28 e 29 del codice.

tare alcuni aspetti della vita in carcere adattandoli all'età giovane dei ristretti ma che codifichi una nuova filosofia penitenziaria ispirata al pieno rispetto della norma internazionale del "superiore interesse del minore". È necessario codificare che non vi sia solo più flessibilità nelle misure alternative o diverse e più ragionevoli regole in materia di cibo o vestiario, ma qualcosa che metta in discussione la filosofia pedagogico-clinico-disciplinare che governa le carceri degli adulti. L'intervento nei confronti dei minori e dei giovani adulti deve essere educativo e non rieducativo; deve essere allargata l'area delle opportunità e non ristretta.

Le regole per i minori dovrebbero superare il modello premio-punizione, escludere sanzioni disciplinari come l'isolamento che per un ragazzo potrebbero essere devastanti, rivedere le figure professionali necessarie alla loro crescita e favorire senza limitazioni i rapporti con la società libera e con la famiglia.

Come già in precedenza ricordato in data 14 giugno 2017 il Parlamento ha approvato la legge che reca modifiche anche all'ordinamento penitenziario. Tra i criteri direttivi al comma 85 lettera p) compare il seguente: «*adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età secondo i seguenti criteri: 1) giurisdizione specializzata e affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione; 2) previsione di disposizioni riguardanti l'organizzazione penitenziaria degli istituti penali per minorenni nell'ottica della socializzazione, della responsabilizzazione e della promozione della persona; 3) previsione dell'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto; 4) previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne; 5) ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975,. 354, e successive modificazioni; 6) eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la fun-*

zione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento; 7) rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni; 8) rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale». C'è spazio per un nuovo ordinamento penitenziario minorile ispirato a principi distonici rispetto a quello più restrittivo degli adulti.

È intuitivo che i minori e i giovani adulti abbiano bisogno di regole *ad hoc* e che abbiano necessità educative, sociali, culturali, affettive, psicologiche non comparabili a quelli di una persona adulta. La speranza è che una regolamentazione più avanzata e aperta della loro vita detentiva, una volta verificatone l'impatto positivo in termini di riduzione della recidiva e di abbassamento dei costi sociali ed economici della detenzione, possa poi pian piano condizionare anche il sistema degli adulti così come è accaduto nel caso della messa alla prova. Ovviamente perché ciò funzioni non vanno assecondate quelle tendenze, provenienti dall'estero, dirette a rivedere l'età imputabile del minore. Il tema della responsabilità penale riporta a quello della responsabilità nella vita[68]. È solo nella vita vera, non in quella fatta di sbarre, di premi e punizioni continue, di allontanamento dalla famiglia e dagli affetti, che si può progressivamente imparare a collegare in modo conseguenziale il mondo dei valori a quello dei fatti. Il carcere così come lo conosciamo non ha nulla a che fare con l'etica della responsabilità[69].

[68] Nel codice penale del 1930 il legislatore, non potendo probabilmente fare altrimenti, ha scelto una età, sotto la quale ha dato per scontato che mancasse quella capacità di costruire relazioni consequenziali tra valori e fatti. L'età prescelta, in modo manicheo come solo la legge è capace di fare, è quella dei quattordici anni. Non tutte le legislazioni qua e là in giro per il mondo hanno scelto d'altronde la stessa età. Segno che si tratta di un artificio normativo. C'è chi ha fatto retrocedere l'assunzione di responsabilità addirittura ai sette anni come la Svizzera o altri vari Paesi asiatici (dalla Thailandia all'Iran), chi come la Scozia agli otto anni, chi ai nove anni come le Filippine, chi ai dieci anni come l'Irlanda del nord, chi agli undici come la Turchia. C'è chi, invece, ha diversamente e più coraggiosamente codificato che la responsabilità penale si acquisisce a quindici anni come la Finlandia, chi a sedici anni come l'Argentina, chi come il Brasile a diciotto anni. Riflessioni presenti in P. Gonnella, in (a cura di S. Marietti) *Non è una giustizia minore,* Antigone, 2013.

[69] Lo ha ammesso il ministro della Giustizia Andrea Orlando in occasione di un

Dunque un nuovo ordinamento penitenziario minorile dovrebbe avere l'ambizione di andare oltre il tradizionale immaginario carcerario, affidandosi a percorsi educativi e non disciplinari, contribuendo a rafforzare il senso di responsabilità dei ragazzi.

evento pubblico tenutosi a Napoli il 9 giugno 2015. Queste le sue parole: «In Italia ci sono norme che producono e non riducono il crimine. Spendiamo tre miliardi di euro l'anno per l'esecuzione delle pene e abbiamo i tassi di recidiva più alti d'Europa. Perché la paura ha generato paura, ha innescato una spirale che non si interrompe mai».

Daniele Chinni

Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale

SOMMARIO: 1. «Fondata sul lavoro». Brevissima premessa sul principio lavorista nella Costituzione repubblicana – 2. Il principio lavorista entra in carcere – 3. Il lavoro nella legge sull'ordinamento penitenziario – 3.1. L'obbligatorietà del lavoro penitenziario – 3.2. Più lavori, un lavoro – 4. Le peculiarità del lavoro penitenziario dinanzi alla Corte costituzionale. La retribuzione – 4.1. *Segue*. Le ferie – 4.2. *Segue*. La tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto – 5. Come se liberi.

1. *«Fondata sul lavoro». Brevissima premessa sul principio lavorista nella Costituzione repubblicana*

La Costituzione italiana si apre con la proclamazione di una scelta «di importanza enorme ed inedita»[1]: quella di fondare sul lavoro la Repubblica democratica. Una scelta che manifesta incisivamente «l'evoluzione di un secolo di vita politico-sociale del nostro Paese»[2] e che, tutt'altro che retorica[3] o meramente riassuntiva delle altre disposizioni costituzionali sul lavoro[4], assume quest'ultimo quale «elemento basilare cui si deve far capo per potere cogliere l'esatto significato delle successive disposizioni relative al complesso dei rapporti etico-sociali ed economici»[5].

[1] G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la* costituzione economica *italiana ed in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005, 1.

[2] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, § 1, il quale rammenta che il lavoro come fondamento della Repubblica si pone in antitesi «con i principi esplicitamente o implicitamente accolti da passati ordinamenti, nei quali fondamento del potere pubblico poterono essere la proprietà o il privilegio della nascita o quello del censo».

[3] Così, invece, G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1948, 20.

[4] In questi termini, C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 12.

[5] C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 14.

Il principio lavorista, pertanto, esprime massimamente «i valori sui quali si asside il Paese reale»[6], attribuendo una «particolare coloritura politica allo Stato italiano»[7]. Il lavoro fonda la Repubblica democratica, la ispira, la caratterizza, è «supremo criterio interpretativo»[8]. Esprime l'indirizzo che deve sottostare all'azione dei pubblici poteri, i quali – secondo quanto prescritto dall'art. 3, comma 2, Cost. – debbono porre in essere politiche atte a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Nel disegno costituzionale, il lavoro si deve porre, dunque, quale «elemento eccitatore di mobilità sociale»[9], strumento di garanzia della pari dignità sociale solennemente proclamata dall'art. 3, comma 1, Cost.[10], e, contestualmente, di «ripudio di ogni privilegio, legato invece alla classe o al ceto o alla ricchezza»[11]; il lavoro non è, insomma, «mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, bensì […] tramite necessario per l'affermazione della personalità»[12].

È in questa prospettiva che la Costituzione, all'art. 4, comma 1, stabilisce che «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto». Si tratta di affermazione coerente e conseguente[13], oltre che al principio d'eguaglianza sostanziale, al lavoro come fondamento della Repubblica, perché è soltanto con il riconoscimento di un *diritto* al lavoro[14] per tutti i cittadini che si rende questi ultimi

[6] R. Scognamiglio, *Lavoro: I) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 2.

[7] M. Olivetti, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 31.

[8] C. Mortati, *Art. 1*, cit., 2.

[9] Ancora C. Mortati, *Art. 1*, cit., 15.

[10] Cfr. M. Mazziotti di Celso, *Lavoro*, cit., § 5.

[11] R. Scognamiglio, *Lavoro*, cit., 2.

[12] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 156 s.

[13] R. Scognamiglio, *Lavoro*, cit., 4.

[14] Si esclude, peraltro, che ai sensi dell'art. 4 Cost. ogni cittadino sia titolare di una pretesa giuridicamente qualificata a conseguire un posto di lavoro, senza che ciò faccia venire meno il valore precettivo della norma costituzionale, a partire dal necessario

in grado di partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese[15].

Allo stesso tempo, il lavoro è anche *dovere* di ciascun cittadino, perché se esso fonda la Repubblica, contrassegnando «i lineamenti funzionali ed organizzativi che caratterizzano il tipo di democrazia»[16], allora il cittadino-lavoratore deve, come dispone il secondo comma del medesimo art. 4 Cost., «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Qui si coglie il senso più profondo del principio lavorista nella Costituzione italiana: il lavoro non solo è un *diritto*, ma è anche un *dovere*[17]. La Repubblica trova fondamento in una sintesi, quella «fra il principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)»[18]. Il lavoro, mezzo per l'affermazione della personalità di ciascun cittadino, è così anche mezzo attraverso il quale il lavoratore partecipa, assieme agli altri lavoratori, dell'organizzazione e del progresso del Paese. Fondare la Repubblica sul lavoro significa allora, come è stato magistralmente affermato, «elevare a fondamento della convivenza repubblicana gli individui della specie umana in quanto piegati, astretti, impegnati, tesi, immersi, nel lavoro, orgogliosi del lavoro prodotto, anelanti se in attesa di poterlo produrre»[19].

impegno della Repubblica a porre in essere possibilità di occupazione dei cittadini: sul punto cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, R. Scognamiglio, *Lavoro*, cit., 4 s.

[15] M. Mazziotti di Celso, *Lavoro*, cit., § 1.

[16] C. Mortati, *Art. 1*, cit., 14.

[17] Si è peraltro ben rilevato come il dovere di cui all'art. 4, comma 2, Cost. non sia soltanto mero risvolto del diritto al lavoro, poiché la doverosità, testualmente riferita a una *attività* o a una *funzione*, non necessariamente implica lo svolgimento di una prestazione lavorativa strettamente intesa: essa è, semmai, «il fondamento di quel principio di sussidiarietà orizzontale poi formalizzato nell'art. 118, ultimo comma, Cost.» (M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 231).

[18] C. Mortati, *Art. 1*, cit., 12. Il dovere sarebbe, ad ogni modo, un dovere «prevalentemente morale», perché inapplicabile qualsivoglia sanzione: M. Mazziotti di Celso, *Lavoro*, cit., § 3.

[19] G. Ferrara, *I diritti del lavoro*, cit., 2.

2. *Il principio lavorista entra in carcere*

Nel regime penitenziario, il lavoro storicamente «nasce in funzione strettamente punitiva»[20]; era, anzi, «parte della pena […] mera modalità di espiazione»[21], dunque mezzo (ulteriormente) sanzionatorio adottato nei confronti dei detenuti[22].

La Costituzione, i principi da essa proclamati, la centralità della persona umana nel nuovo ordinamento repubblicano non potevano che proporre (e imporre) una diversa visione del lavoro in carcere. In particolare, è del tutto evidente come il principio supremo della libertà-dignità[23] che pervade la Costituzione repubblicana, assieme ai principii di umanizzazione delle pene e di rieducazione del condannato[24], solennemente affermati dall'art. 27, comma 3, della carta costituzionale, sia radicalmente incompatibile con l'idea di *lavoro forzato* che caratterizzava la normativa e la prassi penitenziaria pre-repubblicana: per essere conforme ai principii costituzionali, l'esecuzione della pena[25] non può essere attuata con modalità tali da costituire «un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale»[26].

[20] G. Tranchina, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1981, 143.

[21] E. Fassone, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in *Diritti dei detenuti*, cit., 158.

[22] L'evoluzione storica del lavoro penitenziario è efficacemente tratteggiata da G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 144 ss.

[23] F. Modugno, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107, e A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 20. Più in particolare, sul principio della dignità umana nel contesto del carcere v. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, II ed., *passim* ma spec. 5-7 e 9 ss.; G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2/2014; G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. e Soc.*, 2015, 1 ss.

[24] Si v., almeno, G. Fiandaca, *Art. 27, commi 3 e 4*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 225 ss.; M. D'Amico, *Art. 27*, in *Commentario alla Costituzione*, cit.; M. Ruotolo, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. e Soc.*, 2005, 51 ss.

[25] Sulla funzione della pena nell'ordinamento repubblicano si v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2/2014, e I. Nicotra, *Pena e reinserimento sociale*, ivi.

[26] Così C. cost., 3 giugno 2013, n. 135.

V'è di più. La Costituzione repubblicana ha completamente ribaltato i rapporti nell'esecuzione penale tra autorità e libertà, tra potere pubblico e uomini e donne detenuti[27]: il carcere non è più (non può più essere) «luogo impermeabile e isolato dalla società libera»[28], di modo che al suo interno il ristretto conserva il diritto all'esercizio dei propri diritti, salve soltanto le limitazioni «puntualmente giustificate dalle esigenze proprie della vita detentiva»[29]. In altri termini, la limitazione della libertà personale determinata dall'esecuzione penale non travolge (non deve travolgere) di per sé tutti gli altri diritti costituzionalmente riconosciuti alla persona umana, perché «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[30]. Il carcere è un *luogo* dell'ordinamento costituzionale e, dunque, in quel *luogo* la prospettiva costituzionalistica «non può esaurirsi nella mera esegesi dell'art. 27 della Costituzione [ma deve coinvolgere] l'intera trama della nostra Carta fondamentale»[31], perché in quel *luogo*

[27] Sul (conseguente) superamento della teoria della "supremazia speciale" cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 11 ss.

[28] G. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. pen.*, Torino, 1995, 43 ss. Rendono vivida l'idea di cosa fosse il carcere prerepubblicano le parole di G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 3: «il carcere (era) organizzato come una realtà separata dal consorzio civile, dove l'isolamento, la mortificazione fisica, la durezza del regime avevano la precisa funzione di rafforzare la capacità di emenda. Era come se lo Stato si trovasse di fronte al faticoso compito di *dissodare* un terreno umanamente sterile, come era dato per certo che fosse quello del condannato, e di doverne conseguentemente *bonificare* le pecche naturali e le deficienze con tutti i mezzi a sua disposizione».

[29] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 4, il quale rileva come in tal modo venga a valere anche in carcere il principio della massima espansione della libertà, secondo la magistrale intuizione di P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41. Limitazione del diritto che, peraltro, per essere costituzionalmente tollerabile può essere portata «fino al punto di estrema tensione», purché però «non produca il suo totale sacrificio, […] non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere» (così, più in generale sul bilanciamento tra diritti, F. Modugno, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995).

[30] C. cost., 24 giugno 1993, n. 349.

[31] M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 5.

tutti i diritti costituzionali, individuali e collettivi[32], esistono e debbono essere garantiti[33].

Ciò significa – per venire all'oggetto di queste riflessioni – che il principio lavorista entra in carcere con tutta la sua forza, incontrando certo limiti derivanti dalla condizione carceraria, ma portando pur sempre in dote tutta la propria carica innovativa rispetto al passato. Non è solo il lavoro penitenziario, in quanto attività, a subire una mutazione genetica, cessando di essere misura (ulteriormente) afflittiva e acquisendo i connotati, propri del lavoro su cui si fonda la Repubblica, di mezzo per l'affermazione della personalità del cittadino; a mutare profondamente, determinando «un capovolgimento non solo formale ma sostanziale dell'ottica in cui si svolge l'esecuzione della pena»[34], è anche il ruolo dei soggetti che lavorano, i quali non debbono più essere qualificati detenuti-lavoratori, ovvero persone ristrette nella libertà personale che prestano un'attività lavorativa, ma lavoratori-detenuti, ovvero lavoratori "soltanto" limitati nella libertà personale[35].

3. *Il lavoro nella legge sull'ordinamento penitenziario*

Il legislatore modifica profondamente la normativa sul lavoro penitenziario – seguendo le linee direttrici poste dalla Costituzione repubblicana e superando, finalmente, la disciplina recata dal Regolamento fascista del 1931[36] – soltanto con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354; d'ora in avanti: o.p.).

[32] V., in questo volume, T. Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale*.

[33] V., in questo volume, S. Talini, *Il "diritto all'effettività di diritti": quale forme di tutela per le persone private della libertà?*

[34] M. Pavarini, *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977, 131.

[35] Sul punto, cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015. Ma intuizioni in tal senso già, almeno, in G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 156, e M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 131.

[36] Il cui quadro complessivo «si intonava alla logica dell'istituzione totale, nella quale il lavoro veniva dato o tolto a discrezione, gestito con tecniche obsolete ed indifferenti alla produttività, afflittivo ed alienante perché punitivo, malpagato perché improduttivo»: così E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 160.

Il lavoro diventa – assieme alla religione[37], all'istruzione, alle attività culturali, ricreative e sportive[38] – elemento del trattamento penitenziario[39], dovendo essere assicurato, a fini rieducativi, al condannato e all'internato, salvi soltanto i casi di impossibilità (art. 15 o.p.)[40]. È già qui, dunque, evidente il capovolgimento rispetto al passato: il lavoro perde ogni connotato di afflittività[41], non è neppure meramente «dinamismo, distrazione, soddisfazione»[42], ma diventa «*strumento finalizzato alla rieducazione* e al reinserimento sociale del condannato»[43].

Il successivo art. 20, poi, pone le basi per lo sviluppo di questa nuova concezione del lavoro penitenziario, ulteriormente attuata dagli artt. da 21 a 25 del medesimo o.p., oltre che dal nuovo Regolamento di esecuzione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230; d'ora in avanti: reg.): il lavoro è remunerato (art. 20, comma 2); è obbligatorio per i condannati e i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro (art. 20, comma 3); quanto a organizzazione e metodi, deve riflettere «quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale» (art. 20, comma 4); nell'assegnazione al lavoro deve tenersi conto della professionalità, nonché

[37] V., in questo volume, E. Olivito, *La libertà religiosa.*

[38] V., in questo volume, C. Tomba, *Il diritto all'istruzione e alla cultura*.

[39] Sul trattamento penitenziario v., per tutti, L. Daga, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 1304 ss.

[40] Il medesimo art. 15, al suo ultimo comma, prevede che, a loro richiesta, gli imputati, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, siano ammessi a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica. La considerazione del lavoro quale elemento del trattamento penitenziario necessariamente ha condotto il legislatore a distinguere tra condannati – destinatari del trattamento – e imputati – i quali, in ragione della presunzione d'innocenza *ex* art. 27, comma 2, Cost., del trattamento non possono essere destinatari.

[41] Come, del resto, è poi espressamente affermato nel seguente art. 20, comma 2.

[42] Così, invece, C. Erra, *Lavoro penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 565. Per una appassionata critica a questa concezione del lavoro quale «antidoto all'ozio» – a lungo diffusa, anche negli anni successivi alla Costituzione repubblicana, nelle «elucubrazioni reazionarie dei penitenziaristi» – v. le pungenti pagine di M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 108 ss. (del quale entrambe le cit. qui riportate).

[43] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 172.

delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle cui il detenuto potrà dedicarsi quando tornerà a essere uomo libero (art. 20, comma 5); possono essere svolte, per conto proprio, attività artigianali, intellettuali o artistiche (art. 20, comma 15); la durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti e sono garantiti il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale (art. 20, comma 16).

Il disegno del legislatore è, dunque, chiaramente orientato a fare del lavoro elemento cardine del trattamento penitenziario, rendendolo strumento di attuazione del principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. E per seriamente raggiungere questo obiettivo – perché davvero «il lavoro non [abbia] lo scopo di tenere occupati i detenuti per la durata di una giornata lavorativa, ma quello di fornire loro un'idonea preparazione in vista del loro rientro in società»[44] – si pongono i principii e i presupposti perché anche nel «microcosmo carcerario»[45] trovi la massima espansione possibile il principio lavorista accolto dalla nostra Costituzione, la quale «non opera alcuna distinzione tra lavoratori liberi e detenuti»[46] ma, anzi, «tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, comma 1, Cost.).

La rinnovata impostazione del lavoro penitenziario[47], che ha fatto autorevolmente affermare che la disciplina in materia è «tra le più avanzate e progressiste nei paesi occidentali»[48], non ha certo disconosciuto, come meglio si vedrà a breve, la sua peculiarità, direttamente conseguente dalla limitazione della libertà personale cui è sottoposto il lavoratore; ma ha inteso – correttamente – rendere il lavoro penitenziario pienamente equiparabile al lavoro libero.

[44] M. Marchetti, *Art. 20*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, IV. ed. a cura di F. Della Casa, Padova, 2001, 294.

[45] S. Kostoris, *Lavoro penitenziario*, in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1980, 749.

[46] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 173.

[47] All'indomani della riforma si è pure affermato – con un pessimismo che, col senno di poi, ci pare di poter dire eccessivo – che la disciplina in materia di lavoro «è rimasta, tutto sommato, abbastanza fedele agli schemi tradizionali»: così G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 149. Può ritenersi, semmai, che le aspettative generate dalla riforma siano state per lo più deluse, ma pare indubbio che – salvo per quanto si dirà – l'impianto dell'o.p. in materia di lavoro sia decisamente innovativo rispetto al passato.

[48] M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 132.

D'altra parte, non solo è costituzionalmente necessario che il lavoro penitenziario rifletta quanto più possibile il lavoro libero, perché la forza del principio lavorista e l'assenza in Costituzione di qualsivoglia differenziazione tra lavoratori e lavoratori-detenuti pretendono che le limitazioni ai diritti di questi ultimi siano esclusivamente quelle derivanti dallo stato di detenzione e dalle esigenze custodiali; ma se il lavoro deve avere realmente valenza rieducativa, è allora altrettanto costituzionalmente necessario che esso sia svolto secondo le modalità e con le tutele riconosciute al lavoratore libero, poiché è solo così che il detenuto può riconoscere se stesso quale lavoratore e può percepire la prestazione lavorativa non già come una distrazione dalla alienante monotonia della vita carceraria, ma quale attività funzionale a un suo effettivo reinserimento sociale[49]. Ponendosi in questa prospettiva, appare dunque essenziale che «rieducazione e lavoro si sovrappongano, offrendo al detenuto-lavoratore la stessa ricchezza di nutrimento politico che deriva al lavoratore libero "dall'essere proletario all'interno del meccanismo produttivo", e dalla conseguente acquisizione di una coscienza di classe, di per sé maturante»[50].

3.1. L'obbligatorietà del lavoro penitenziario

Si è già accennato alla circostanza per cui l'o.p., pur nel delineato quadro di tendenziale assimilazione del lavoro penitenziario al lavoro libero, ha però tenuto conto – e non poteva essere altrimenti – della "specialità" del lavoro carcerario[51].

Un primo profilo di differenziazione va riscontrato nell'obbligatorietà del lavoro penitenziario, affermata dall'art. 20, comma 3,

[49] Come è stato magistralmente osservato, se la pena deve "tendere" alla rieducazione, allora «il risultato della risocializzazione non è mai garantito, ma non è mai "impossibile": è in un certo senso una "scommessa", che muove dal presupposto antropologico che nessuna persona umana è "per natura" delinquente, e nessuna persona è definitivamente incapace di autodeterminarsi come essere libero ma consapevole dei doveri che nascono dall'essere in società» (V. ONIDA, *Prefazione* a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., XIV).

[50] E. FASSONE, *Sfondi ideologici*, cit., 161, il quale richiama le parole di G. PECORELLA, *Intervento*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 164.

[51] Ancor di più in tal senso è il Regolamento di esecuzione.

o.p., e poi ribadito dagli artt. 50 e 77, comma 1, n. 3, reg., quest'ultimo prevedendo che il volontario inadempimento di obblighi lavorativi è sanzionabile disciplinarmente. Caratteristica, questa della obbligatorietà del lavoro, che è stata oggetto in dottrina di diverse valutazioni.

Secondo alcuni, trattasi di obbligo che, pur presentato sotto diverse spoglie, non differirebbe da quello che caratterizzava il lavoro carcerario pre-repubblicano e che finirebbe per confermarne la natura afflittivo-espiativa, nonostante la «tranquillizzante affermazione» secondo cui esso non ha carattere afflittivo (art. 20, comma 2, o.p.)[52].

V'è, poi, chi pone in evidenza come «tale connotato non [debba] essere considerato isolatamente, ma [vada] ricondotto all'interno di una regolamentazione che è inequivocabile nell'assegnare al lavoro una valenza rieducativa»[53]. In questa prospettiva, l'obbligatorietà del lavoro troverebbe giustificazione in quanto «veicolo di integrazione sociale [al quale] è comunque riconosciuta una capacità di promozione del soggetto, per così dire, oggettiva e de-ideologizzata, che ne fa il cardine insopprimibile di qualsiasi tecnica di reinserimento sociale»[54].

Si è rilevato, infine, come l'obbligatorietà sia bidirezionale, nel senso che l'o.p. non si limita a sancire che i detenuti sono tenuti a lavorare, ma pone in capo all'amministrazione penitenziaria, salvo i casi di impossibilità, l'onere di metterli in condizione di assolvere a tale obbligo, con la conseguenza che il lavoro dovrebbe essere qualificato come diritto, prima ancora che come dovere[55].

[52] In questo senso, G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 150 s., del quale la cit. nel testo; G. Pera, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, V, 64; M.N. Bettini, *Lavoro carcerario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1.

[53] F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 803.

[54] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 163 s. V. altresì G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento*, cit., 140 ss.

[55] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 164 s.; M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 295 ss.; M.G. Coppetta, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 886; V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario: aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, 2008 (disponibile *online* su *altrodiritto.unifi.it*), cap. 2, § 2.

È quest'ultima la valutazione che ci appare più convincente, perché consente di vedere l'obbligatorietà in un senso pienamente conforme a Costituzione. Il binomio *diritto-dovere*[56] che, secondo questa lettura, sottostà all'obbligatorietà del lavoro, infatti, è in linea con quanto previsto dall'art. 4 Cost. che, come si è visto, al diritto al lavoro affianca il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società[57]. Se intesa quale doverosità, l'obbligatorietà, per un verso, ha natura del tutto diversa da quella, afflittiva e tipica del *lavoro forzato*[58], propria del lavoro carcerario pre-costituzionale, la quale sarebbe radicalmente incompatibile con i principi della Costituzione repubblicana[59]; per un altro, non si pone in contraddizione con la facoltatività e la volontarietà che caratterizzano il trattamento penitenziario[60]; per un altro ancora, infine, porta il lavoro pe-

[56] Il capovolgimento di prospettiva che così si verifica rispetto al passato ben si coglie rileggendo le parole che, appena un paio d'anni prima della riforma penitenziaria, C. Erra, *Lavoro penitenziario*, cit., 567, dedicava al XII Congresso internazionale penale e penitenziario svoltosi a L'Aia, ove si affermò che tutti i detenuti hanno il *diritto* di lavorare: «locuzione infelice [questa adottata]; e certamente sarebbe stato meglio dire che i condannati hanno l'obbligo del lavoro, e che è interesse della società che tutti i detenuti lavorino».

[57] G. Pera, *Aspetti giuridici*, cit., 65; M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 140; E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 165; V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit.

[58] Su posizione diametralmente opposta, senza interrogarsi delle conseguenze sul piano della conformità a Costituzione, è C. Erra, *Lavoro*, cit., 566 s., secondo il quale «il lavoro, inteso come metodo di trattamento e come mezzo essenziale per la rieducazione del delinquente, non può non essere obbligatorio», al punto che non può essere consentito il rifiuto di lavorare «perché non solo costituirebbe motivo di disordine e di indisciplina, ma rappresenterebbe altresì, almeno secondo il codice penale italiano, una parziale inesecuzione della pena». Sulla (anacronistica) obbligatorietà del lavoro quale componente della pena detentiva, secondo quanto previsto dal codice Rocco, è tornato di recente G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 3 ss.

[59] È qui il caso di sottolineare come la nostra carta costituzionale preveda al riguardo un livello di tutela più ampio di quello predisposto dalle fonti sovranazionali. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), infatti, al suo art. 4 ammette come eccezione al divieto generale di lavoro forzato, sempre che la detenzione sia legittima, il lavoro obbligatorio per i reclusi, secondo una accezione di obbligatorietà che non presuppone il binomio *diritto-dovere*. Sulla giurisprudenza della Corte EDU sul punto, anche alla luce delle *European Prison Rules* del 2006, v. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., spec. 7 ss.

[60] A essere in contraddizione con la facoltatività e volontarietà del trattamento penitenziario è invece l'art. 77, comma 1, n. 3, reg., che prevede che il volontario ina-

nitenziario oltre la mera valenza rieducativa, facendo sì che entri in carcere il principio lavorista il quale, a partire dagli artt. 1 e 4, permea la Costituzione.

Quanto da ultimo detto ci induce a nutrire qualche dubbio sulla proposta, avanzata dal *Tavolo 8 – Lavoro e formazione* degli Stati generali dell'esecuzione penale, di modificare gli articoli dell'o.p. e del reg. in cui ricorre la previsione del lavoro come un "obbligo" con la previsione del lavoro come una "opportunità"[61]. La proposta, come è reso palese dalla relazione di accompagnamento, si pone sulla scia dell'approvazione, nel 2015, della nuova versione delle *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (c.d. *Mandela Rules*)[62]. Tuttavia, ci sembra che, paradossalmente, essa rischi di rappresentare, sul piano dell'attuazione dei principi costituzionali, un passo indietro: considerare il lavoro penitenziario quale mera "opportunità", e non quale *diritto-dovere*, potrebbe portarlo sotto il cono di luce del solo art. 27, comma 3, Cost., così restringendolo nella sola dimensione rieducativa, quando invece esso è, sì, uno degli elementi della rieducazione, ma rappresenta anche, forse soprattutto, la modalità attraverso cui la società libera entra in carcere e attraverso la quale il detenuto, in qualità di lavoratore, della società libera riesce ancora a sentirsi parte.

3.2. Più lavori, un lavoro

Ove maggiormente si coglie, strutturalmente, la "specialità" del lavoro penitenziario rispetto al lavoro nella società libera è,

dempimento di obblighi lavorativi sia sanzionabile disciplinarmente. Tale disposizione regolamentare deve dunque considerarsi illegittima e, ad ogni modo, non certo in grado di escludere – come invece ritiene G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo*, cit., 151 – che l'obbligatorietà del lavoro penitenziario condensi in sé il *diritto/dovere* al lavoro posto dall'art. 4 Cost.

[61] La proposta è disponibile, assieme a quelle degli altri Tavoli tematici e al documento finale del Comitato di esperti, sul sito del Ministero della Giustizia.

[62] Cfr. la *rule 96*: «Sentenced prisoners shall have the *opportunity* to work and/or to actively participate in their rehabilitation, subject to a determination of physical and mental fitness by a physician or other qualified health-care professional» (corsivo aggiunto).

probabilmente, nell'assenza di scelta dell'attività lavorativa da parte del lavoratore-detenuto.

Non è, infatti, il lavoratore-detenuto a scegliere il lavoro da prestare, ma è l'amministrazione penitenziaria ad assegnare i detenuti, tenendo esclusivamente conto dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle cui il ristretto potrà dedicarsi una volta espiata la pena (art. 20, comma 5). Le capacità lavorative del detenuto sono, dunque, un elemento tra quelli da prendere in considerazione, così come è riconosciuta la possibilità, a coloro che mostrino attitudini artigianali, culturali o artistiche, di essere esonerati dal lavoro ordinario ed essere ammessi ad esercitare, per proprio conto, dette attività (art. 20, comma 14); ma rimane pur sempre l'amministrazione penitenziaria a farsi carico dell'assegnazione, nel rispetto delle graduatorie fissate in due apposite liste, una generica e l'altra per qualifica o mestiere (art. 20, comma 6).

Eppure, non potrebbe essere altrimenti. Come si è detto, l'equiparazione – sin dove possibile – tra lavoro penitenziario e lavoro libero deve necessariamente tenere conto delle limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti all'esecuzione della misura privativa della libertà, di modo che un ruolo significativo dell'amministrazione penitenziaria nel gestire la distribuzione del lavoro appare indispensabile. Semmai, la circostanza per cui l'o.p. prevede, quali criteri nell'assegnazione, non solamente quelli concernenti le attitudini professionali del lavoratore, ma anche l'anzianità di disoccupazione e i carichi familiari, è la spia – ma su questo specifico aspetto si avrà modo di tornare più avanti – di quanto complesso sia, nei fatti, cercare, creare e offrire possibilità di lavoro.

D'altro canto, l'inevitabilità del ruolo dell'amministrazione penitenziaria nell'assegnazione al lavoro è determinata anche dal fatto che il detenuto può essere chiamato a svolgere la prestazione lavorativa all'interno dell'istituto penitenziario[63] o all'ester-

[63] Il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria consiste, per lo più, in tre diversi tipi di attività: quelle necessarie per l'andamento e il mantenimento dell'istituto penitenziario (cc.dd. servizi d'istituto, quali addetto alle pulizie, portavitto, addetto alla cucina, lavandaio etc.); lavorazioni industriali per la produzione di beni

no dello stesso, con una chiara incidenza sull'esecuzione della pena[64].

Il lavoro intramurario è, per così dire, la modalità tradizionale di svolgimento di attività lavorativa da parte dei detenuti e può avere come datore di lavoro tanto l'amministrazione penitenziaria, quanto imprese pubbliche o private[65]. Tale aspetto potrebbe non essere, a prima vista, di scarsa rilevanza: soltanto nel secondo caso, infatti, il rapporto di lavoro trova origine in un contratto, mentre nel primo l'instaurazione di detto rapporto è determinato dalla legge, con la conseguenza che nell'un caso si avrebbe un rapporto privatistico, mentre nell'altro un rapporto di diritto pubblico[66]. Si è tuttavia posto in evidenza come la diversa fonte del rapporto di lavoro non sia in grado di differenziarne la natura, che in entrambi i casi è quella di lavoro subordinato poiché se ne riscontrano gli elementi tipici: l'obbligo di una prestazione di fare, la subordinazione (esecuzione della prestazione alle dipendenze e sotto la direzione della controparte datrice di lavoro), la collaborazione (obbligo giuridico di eseguire la prestazione lavorativa con diligenza e in obbedienza al datore di lavoro), la continuità o disponibilità nel tempo del prestatore all'impresa altrui, l'onerosità (consistente nella remunerazione)[67]. Ne consegue che il lavoratore-detenuto

necessari per l'arredamento degli istituti; lavoro agricolo funzionale alla produzione di beni alimentari, normalmente consumati all'interno dei medesimi istituti (cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 23 ss.).

[64] Vi sarebbe, poi, anche il lavoro svolto in regime di semilibertà, ai sensi dell'art. 48 o.p. Si tratta, tuttavia, di misura alternativa alla detenzione, che si differenzia pertanto dalla modalità esecutiva del lavoro all'esterno: sul punto cfr. M.R. Marchetti, *Art. 21*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento*, cit., 316 ss.; M.G. Coppetta, *Ordinamento*, cit., 887 s.

[65] Il lavoro autonomo – ovvero quello diretto allo svolgimento di attività artigianali, intellettuali e artistiche, per le quali il detenuto abbia mostrato attitudine – può essere svolto tanto all'interno dell'istituto (art. 20, comma 15, o.p.), quanto all'esterno (art. 48, comma 12, reg.).

[66] Non a caso M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 140, ha affermato che «la piena parificazione del lavoro carcerario con il lavoro libero doveva passare, in primo luogo, attraverso l'affermazione del pieno diritto di tutti gli internati, in esecuzione o meno di pena, di prestare la propria attività lavorativa attraverso la stipulazione di un regolare contratto, vuoi con le imprese private, per quanto attiene al lavoro all'esterno, vuoi con l'amministrazione carceraria, per il lavoro in economia e per le attività di corvée».

[67] V., tra i tanti, F. Della Casa, *Ordinamento*, cit., 803; V. Furfaro, *Il lavoro*

che svolge la propria attività all'interno dell'istituto penitenziario gode, quale che sia il datore di lavoro, di tutte le tutele riconosciute al lavoratore subordinato: il che, d'altro canto, non è che una diretta conseguenza del fatto che il lavoro penitenziario deve essere considerato *lavoro in senso stretto*, tutelato «in tutte le sue forme e applicazioni», come recita l'art. 35, comma 1, Cost.

Quanto, invece, al lavoro all'esterno – cui tutti i detenuti possono essere assegnati, l'o.p. prevedendo soltanto che i responsabili dei reati più gravi o che sono stati condannati all'ergastolo possano accedervi unicamente a seguito dell'espiazione di una parte della pena (art. 21, comma 1) – si è magistralmente osservato come esso sia «lo strumento più idoneo tanto per sconfiggere l'ideologia segregativa del carcere, quanto per dare un contenuto non mistificatorio al dettato costituzionale che vuole la pena rieducativa»[68]. È intuitivo, infatti, che se – come lo stesso art. 20, comma 5, o.p. impone – il lavoro penitenziario deve riflettere organizzazione e metodi del lavoro libero, allora è l'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dell'istituto, nella comunità sociale e "gomito a gomito" con lavoratori liberi, la modalità che assicura «il minor scarto possibile con il lavoro "libero"»[69], ove pertanto massima è la «valenza risocializzante»[70] di un lavoro svolto da lavoratore in una «totale immersione […] nell'ambiente lavorativo libero»[71]. È evidente, peraltro, che per il lavoro all'esterno non si pone certo la questione della fonte del rapporto di lavoro, avendo quest'ultimo, indubbiamente, natura privatistica ed essendo riconducibile al rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2094 c.c.

Intramurararia o extramuraria può essere, altresì, la partecipazione a corsi di formazione professionale (art. 20, comma 1, e 21, comma 4-*bis*, o.p.)[72], con la cui possibilità, quasi a chiudere

penitenziario, cit., § 5; M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 297 s.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 175 s.; S. Kostoris, *Lavoro penitenziario*, cit., 750.

[68] M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 172, nt. 126.

[69] V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit., § 9.1.

[70] M.R. Marchetti, *Art. 21*, cit., 316.

[71] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 173.

[72] È altresì prevista la possibilità di svolgere un tirocinio retribuito per i soggetti privi di sufficienti cognizioni tecniche. Si tratta di un'opportunità assimilabile, quanto alla regolamentazione, all'apprendistato: cfr. M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 307.

il cerchio, si conferma la centralità del lavoro ai fini del reinserimento sociale – durante l'espiazione della pena, per consentirne la riuscita al termine – dei detenuti. Anche in tal caso, il legislatore ha inteso garantire una tendenziale equiparazione alla formazione professionale che si svolge nella società libera, dal momento che ai detenuti frequentanti è garantita «la tutela assicurativa e ogni altra tutela prevista dalle disposizioni vigenti in ordine a tali corsi» (art. 20, comma 17).

L'o.p., in ciò adeguandosi alle «coordinate costituzionali»[73], ha dunque aperto le porte del carcere al principio lavorista accolto in Costituzione, offrendo, pur secondo aspetti di "specialità" e modalità diverse, un «ventaglio di opportunità»[74] le quali finiscono per delineare *un* lavoro penitenziario tendenzialmente equiparabile al lavoro nella società libera.

4. *Le peculiarità del lavoro penitenziario dinanzi alla Corte costituzionale. La retribuzione*

Vi sono, tuttavia, specifici profili di peculiarità del lavoro penitenziario, delineati o mantenuti dal legislatore, che appaiono o sono apparsi di dubbia legittimità costituzionale e che, in quanto tali, sono stati (e potrebbero nuovamente essere) sottoposti al vaglio della Corte costituzionale.

Il primo di questi è quello concernente la retribuzione riconosciuta al lavoratore-detenuto per l'attività lavorativa prestata. Se, infatti, l'art. 20, comma 2, o.p. stabilisce che il lavoro è remunerato[75], l'art. 22 o.p. dispone che le «mercedi»[76] siano equitativamente stabilite, da una apposita commissione, in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro.

[73] L'espressione è di M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 177.

[74] M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 307.

[75] Con una espressione che «riecheggia la "gratificazione" prevista dal soppresso regolamento carcerario del 1891» (M.N. Battini, *Lavoro carcerario*, cit., 2).

[76] Sulla assai infelice scelta del termine adoperato v. ora le considerazioni di G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 3.

La previsione legislativa è stata oggetto di diffuse e condivisibili critiche[77]. È innegabile che, anche solo volendo rimanere in un'ottica ancorata al solo art. 27, comma 3, Cost., «la valenza rieducativa del lavoro viene meno se la retribuzione è significativamente sproporzionata per difetto rispetto alle prestazioni lavorative»[78], perché in tal modo al detenuto è impedito di riconoscersi lavoratore all'interno della comunità sociale. Se, poi, si tiene a mente la bussola che deve orientare le riflessioni in tema di lavoro penitenziario – ovvero, che quest'ultimo, proprio perché *lavoro*, gode di tutte le tutele costituzionali, salvi solo i limiti derivanti dalla condizione detentiva – può essere revocato in dubbio che sul punto l'o.p. sia conforme ai principi costituzionali e, in particolare, al «principio che la retribuzione deve essere commisurata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto; principio che assume come punto di riferimento, in sostanza, la capacità del lavoratore, e vieta che se ne possano assumere altri, tali da istituire, fra lavoratore e lavoratore, disparità inaccettabili»[79].

Cionondimeno, quando è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., la Corte costituzionale l'ha dichiarata non fondata (sent. n. 1087 del 1988). Il giudice costituzionale ha, secondo quanto già si era correttamente sostenuto in dottrina[80], dapprima ritenuto l'art. 22 o.p. applicabile solo per il lavoro intramurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, di talché – ed è aspetto di non secondario rilievo – tutte le altre e diverse forme di lavoro penitenziario debbono essere retribuite *come se fosse* lavoro libero. Ha poi valutato – facendo leva sulle «peculiarità che incidono profondamente sulla struttura del rapporto [di lavoro] e sui suoi elementi essenziali» e pur affermando che esso deve «essere protetto specie alla stregua dei precetti costituzionali (artt. 35 e 36 Cost.)» – che la norma im-

[77] V., ad esempio, S. Kostoris, *Lavoro penitenziario*, cit., 750 s.; G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 152 ss.; M.N. Battini, *Lavoro carcerario*, cit., 2; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 173 ss.; M.R. Marchetti, *Art. 22*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento*, cit., 334 ss.; G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 13 ss.

[78] F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, cit., 804.

[79] Così M. Mazziotti Di Celso, *Lavoro*, cit., § 6.

[80] Riferimenti in M.R. Marchetti, *Art. 22*, cit., 337 s.

pugnata, laddove prescrive che il trattamento retributivo minimo non possa essere inferiore ai due terzi del salario fissato dai contratti collettivi, trovi giustificazione nella circostanza per cui «l'amministrazione non si prefigge né utili né guadagni; si avvale di una mano d'opera disorganica, a volte non qualificata, disomogenea, variabile per le punizioni ed i trasferimenti da stabilimento a stabilimento; i prodotti non sono sempre curati e sempre rifiniti; essi, il più delle volte, si vendono sottocosto». Detto altrimenti, secondo la Corte la peculiarità del lavoro intramurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria rende costituzionalmente tollerabile una riduzione rispetto alla normale retribuzione riconosciuta al lavoratore libero per la medesima prestazione, perché «trattasi solo di una determinazione nel minimo, mentre non può escludersi l'osservanza del criterio della relazione con la quantità e la qualità del lavoro prestato e nemmeno possono trascurarsi, secondo il precetto costituzionale, i bisogni della famiglia di chi lavora»; è soltanto necessario che essa non sia «di gran lunga inferiore», poiché altrimenti «sarebbe certamente diseducativa e controproducente», nel qual caso, peraltro, il lavoratore può sempre adire il giudice del lavoro, chiedendo la disapplicazione dell'atto determinativo della mercede adottato in violazione degli artt. 35 e 36 Cost.

A distanza di trent'anni, le conclusioni di quella pronuncia – giunta a soli due anni dall'approvazione della legge Gozzini (l. 10 ottobre 1986, n. 663), che era intervenuta anche sul regime della retribuzione per il lavoro penitenziario[81] – potrebbero forse essere parzialmente rimeditate[82].

[81] Originariamente, all'istituto della mercede era infatti affiancato quello della remunerazione, poi abrogato, appunto, con la legge Gozzini: per una ricostruzione del rapporto tra detti istituti, v. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 173 ss.

[82] Nel senso del mantenimento della possibilità di riduzione di 1/3 si sono invece orientati gli Stati generali dell'esecuzione penale (*Tavolo 8 – Lavoro e formazione*), la cui proposta è orientata soltanto a eliminare il riferimento al criterio dell'equità «che mal si concilia con la funzione della retribuzione di mero corrispettivo per la quantità e qualità dell'attività prestata». D'altra parte, in tema di retribuzione neppure sussistono quei vincoli internazionali che invece, negli ultimi anni, hanno indotto il legislatore italiano a intervenire in materia penitenziaria: la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti affermato, anche alla luce delle *European Prison Rules* del 2006, che, perché non sia in contrasto con la CEDU, la retribuzione dei detenuti deve essere equa (cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 7 ss.).

Deve osservarsi, innanzitutto, come la Corte costituzionale sia giunta a una decisione di infondatezza ponendo l'accento anche sulla scarsa produttività e professionalità del lavoro dei detenuti, quasi essa costituisca una sua «caratteristica intrinseca»[83]; è, invece, una disfunzione cui la Repubblica non deve rassegnarsi, essendo invece tenuta, secondo quanto previsto dall'art. 35, comma 2, Cost., a curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. L'amministrazione penitenziaria, in attuazione della Costituzione e dell'o.p., è dunque obbligata a organizzare forme di lavoro qualificato e professionalizzante per i detenuti e non può – non deve – assecondare un lavoro penitenziario che, più che evitare l'emarginazione del lavoratore-detenuto dalla società libera e consentirne il progressivo reinserimento sociale, si limiti a combattere la (supposta) tendenza all'ozio dei soggetti reclusi.

In secondo luogo, va pure considerato che alla riduzione fino a 1/3 del trattamento economico previsto dai contratti collettivi deve aggiungersi il prelievo delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno da reato e di rimborso delle spese di giustizia, restando impignorabile una quota pari a 3/5 (art. 24 o.p.), nonché quanto dovuto per il rimborso delle spese di mantenimento (art. 2 o.p.)[84]. Il che comporta seriamente il rischio di una violazione del principio costituzionale dell'equa retribuzione[85], che pure la Corte ha affermato essere di imprescindibile cogenza anche in ambito di lavoro penitenziario.

Infine, si deve rilevare il sostanziale congelamento del meccanismo di determinazione delle mercedi previsto dall'art. 22 o.p. Come si è detto, infatti, la previsione legislativa ha sì «agganciato la mercede ai contratti collettivi di lavoro, impedendo così che il passare del tempo acuisca la "distanza" rispetto ai lavoratori liberi»[86], ma ha altresì rimesso la sua determinazione a una specifica

[83] G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 16.

[84] E se è vero che dette spese gravano sul detenuto in misura non superiore a due terzi del costo reale (art. 2, comma 5, o.p.), si è correttamente rilevato come sarebbe più opportuno «stabilire che i detenuti vengano retribuiti come i lavoratori liberi e al pari di questi provvedano interamente – e non in misura ridotta – al proprio mantenimento» (M.R. Marchetti, *Art. 22*, cit., 336).

[85] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 175.

[86] M.R. Marchetti, *Art. 22*, cit., 336.

commissione. Ebbene, detta commissione si è riunita l'ultima volta per aggiornare l'importo delle retribuzioni nel 1993 (!): una intollerabile inerzia dell'amministrazione penitenziaria la cui gravità, per un verso, costringe i detenuti che vogliano vedersi riconosciuti «diritti chiari ed acclarati»[87] ad adire il giudice del lavoro, chiamato a disapplicare l'atto determinativo della mercede, secondo il dovere a suo tempo riconosciuto dalla Corte costituzionale; per un altro, produce un vero e proprio «danno contributivo»[88], poiché evidentemente le tutele previdenziali sono proporzionate alla retribuzione effettivamente percepita.

Il quadro complessivo che emerge sembra essere, pertanto, «agli antipodi riguardo a posizioni soggettive qualificabili in termini di "diritto"»[89], nonostante il lavoro penitenziario, anche quello intramurario, «fino a prova contraria, è faticoso né più né meno di quello "libero"»[90]. Per ribaltare la situazione, con una effettiva equiparazione al lavoro nella società libera «anche nel suo preminente aspetto di corrispettivo monetario»[91], appare necessaria la dichiarazione d'incostituzionalità della possibilità di riduzione della mercede di 1/3 rispetto al salario fissato dai contratti collettivi.

In alternativa, proprio il congelamento del meccanismo di determinazione delle mercedi potrebbe suggerire alla Corte costituzionale altra linea d'intervento, sulla scia di principii affermati, in una situazione normativa che ci appare assimilabile, in due sue recenti pronunce. Il riferimento è alle sentenze n. 178 del 2017 e n. 192 del 2015, con le quali è stata dichiara l'illegittimità dell'art. 106-*bis* del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia – Testo A), nella parte in cui non esclude che la diminuzione di un terzo degli importi spettanti all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte sia operata in caso di applicazione di previsioni tariffarie non adeguate a norma dell'art. 54 dello stesso

[87] Così G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 20.
[88] Ancora G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 22.
[89] Così già G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 153.
[90] M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 143.
[91] S. Kostoris, *Lavoro penitenziario*, cit., 751.

d.P.R. n. 115 del 2002[92]. La *ratio decidendi* di entrambe le pronunce, per come esplicitata dallo stesso giudice delle leggi nella più recente decisione, sta nel riconoscimento dell'irragionevolezza della riduzione di detti compensi nella misura in cui «interviene su tabelle ormai non più aggiornate da lungo tempo e i cui valori di partenza – rispetto alle comuni tariffe professionali – già scontano la diminuzione derivante dalla natura pubblicistica della prestazione richiesta»; con la conseguenza che, ove venissero aggiornate le tariffe ai sensi dell'art. 54 del medesimo d.P.R., la «riduzione tornerebbe ad applicarsi».

Ebbene, *mutatis mutandis*, la Corte potrebbe giungere a ritenere che l'art. 22 o.p. non sia incostituzionale di per sé, ma nella misura in cui consente che la mercede sia ancora oggi ancorata ai contratti collettivi del 1993; conseguentemente, la retribuzione per il lavoro penitenziario dovrebbe essere pari a quella prevista per i lavoratori liberi, salvo tornare ad applicarsi la possibilità di riduzione di 1/3 una volta che la commissione di cui all'art. 22 o.p. abbia aggiornato la determinazione della mercede.

4.1. Segue. *Le ferie*

Altro profilo sul quale la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi è quello relativo al diritto alle ferie annuali retribuite, diritto cui neppure il lavoratore, secondo quanto previsto dall'art. 36, comma 3, Cost., può rinunciare. Ciononostante, l'o.p. aveva aprioristicamente escluso la possibilità del godimento delle ferie in carcere, garantendo il solo riposo festivo (art. 20, comma 17).

Eppure, come è stato incisivamente osservato, un periodo di astensione dall'attività lavorativa è «liberamente fruibile nei limiti imposti dalla presenza forzosa nello stabilimento carcerario»[93] e,

[92] Per un commento alla decisione del 2015 v. G. Leo, *Illegittimi i tagli ai compensi degli ausiliari del magistrato nei giudizi con patrocinio a spese dello Stato*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2015.

[93] G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 155. Senza contare che le ferie possono essere godute in coincidenza con gli eventuali permessi premio *ex* art. 30-*ter* o.p.: cfr. M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 311.

soprattutto, il diritto a usufruirne fa parte del contenuto minimo di qualsivoglia rapporto di lavoro «proprio in ragione della sua *ratio* politica perfettamente omogenea a quella sottesa alla disciplina dell'orario di lavoro e del riposto festivo: la reintegrazione psico-fisica dell'uomo che lavora»[94].

Tale omissione legislativa è stata dichiarata, con la sentenza n. 158 del 2001, costituzionalmente illegittima dalla Corte, con un percorso motivazionale che, proprio sulla scia di tali notazioni proposte in dottrina, è felicemente condizionato dal principio lavorista e dalla correlata esigenza costituzionale che le differenziazioni tra lavoro penitenziario e lavoro libero siano esclusivamente quelle necessariamente determinate dalla condizione detentiva[95].

Muovendo dal riconoscimento che il lavoro nell'o.p. è «uno dei mezzi al fine del recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo», il giudice costituzionale ha rilevato che le peculiarità derivanti dalla inevitabile connessione tra profili del rapporto di lavoro e profili organizzativi, disciplinari e di sicurezza propri dell'ambiente carcerario possono sì comportare deroghe rispetto alla regolamentazione del rapporto di lavoro libero, ma che «né tale specificità né la circostanza che il datore di lavoro possa coincidere con il soggetto che sovrintende alla esecuzione della pena valgono ad affievolire il contenuto minimo di tutela che secondo la Costituzione ogni rapporto di lavoro subordinato deve avere». L'esecuzione della pena e il trattamento rieducativo – prosegue la Corte – «non possono mai

[94] U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro dietro le sbarre*, in *Politica del diritto*, 1974, 215.

[95] Si è tra l'altro osservato che la motivazione della Corte propone un rovesciamento di prospettiva tale in tema di lavoro penitenziario che dovrebbe far cadere, in riferimento alla retribuzione, «ogni residuo fattore di disomogeneità che la legislazione e parte degli interpreti ancora configurano nel caso del lavoratore dipendente dell'amministrazione penitenziaria» (così A. Morrone, *Il diritto alle ferie per i detenuti*, in *Giur. cost.*, 2001, 1278). Come a dire che la pronuncia del 1988 sulla riduzione fino a 1/3 della retribuzione potrebbe essere rimeditata, come pure abbiamo auspicato nel § precedente, anche facendo leva sui principi affermati da questa decisione del 2001 (e, come si vedrà, da altra sentenza del 2006).

consistere in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà».

Ciò premesso, il giudice costituzionale ha con estrema chiarezza affermato che «il diritto al riposo annuale integra appunto una di quelle "posizioni soggettive" che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione», diretto come è a soddisfare primarie esigenze del lavoratore-detenuto quali, in primo luogo, la reintegrazione delle energie psicofisiche. Non disconosce la Corte che proprio le peculiarità del lavoro penitenziario necessariamente comportano che le modalità (di forme e tempo) di godimento delle ferie, dedicate al riposo o ad attività alternative esistenti in carcere, devono essere compatibili con lo stato di detenzione, potendo peraltro diversificarsi[96] a seconda che il lavoro sia intramurario o si svolga all'esterno del carcere: ma «altro è sostenere l'esigenza di una "differenziazione di modalità" nella fruizione di un diritto in ragione dello stato detentivo del suo titolare, altro è non garantire un diritto, pur riconosciuto dalla Costituzione "senza distinzioni di sorta", per il solo fatto della sussistenza dello stato detentivo»[97].

4.2. Segue. *La tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto*

«Ideale "seguito"»[98] della sentenza n. 158 del 2001, la sentenza n. 341 del 2006 – a ulteriore conferma della necessità costituzionale di assimilare, quanto più possibile, il lavoro penitenziario al

[96] Sul punto, la Corte sottolinea che «spetta al legislatore, al giudice o all'amministrazione» precisare tali diversificazioni. Tale puntualizzazione potrebbe far pensare che la decisione della Corte sia una additiva di principio: si è però correttamente osservato che «il principio stabilito dalla Corte non ha contorni così indeterminati e sfumati, ma concerne il riconoscimento nell'*an* e nel *quid* del diritto alle ferie annuali, comprensivo anche degli strumenti di garanzia che l'ordinamento mette a disposizione del titolare, primo fra tutti il rimedio della tutela giurisdizionale» (A. Morrone, *Il diritto alle ferie*, cit., 1278, il quale peraltro sembra non escludere del tutto la riconducibilità di tale pronuncia al *genus* delle additive di principio). Seccamente nel senso che si tratti di un'additiva di regola, invece, M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 23.

[97] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 179.

[98] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 22.

lavoro libero – colpisce con la scure dell'incostituzionalità l'o.p. (precisamente: l'allora vigente art. 69, comma 6, lett. a) nella parte in cui prevede(va) la competenza del magistrato di sorveglianza a giudicare, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p., sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali.

Tale disposizione era stata ritenuta dalla Corte di cassazione derogatoria della competenza del giudice del lavoro, in ragione della giurisdizionalizzazione, operata con la c.d. legge Gozzini, della procedura di reclamo di cui all'art. 14-*ter* o.p.: quest'ultimo, difatti, allora prevedeva un giudizio rispettoso, secondo il giudice della nomofilachia, del diritto di difesa, che si concludeva con ordinanza ricorribile per cassazione[99]. In particolare, la Suprema Corte ebbe ad affermare che le diversità strutturali tra detto procedimento e il rito del lavoro, «una volta assunta la natura giurisdizionale quale minimo denominatore comune di entrambi, non escludono la ragionevolezza della previsione di una diversa competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario, date le peculiarità del relativo rapporto»[100].

Questa giurisprudenza della Corte di cassazione – la quale peraltro si caratterizzava per porre in essere una «decisa inversione di tendenza»[101] rispetto a un passato orientamento giurisprudenziale che, invece, aveva ritenuto competente a conoscere delle relative controversie il pretore in funzione di giudice del lavoro[102] – aveva destato perplessità in dottrina: sia perché non pochi erano i dubbi di compatibilità del procedimento previsto dall'o.p. con il principio costituzionale del contraddittorio tra le parti (art. 111, comma 2, Cost.)[103]; sia perché rispondeva «ad una logica di "separazione"

[99] Cass., SS.UU., 21 luglio 1999, n. 490; Cass., SS.UU., 24 agosto 1999, n. 594; Cass., SS.UU., 21 gennaio 2001, n. 26.

[100] Così Cass., SS.UU., 21 gennaio 2001, n. 26.

[101] M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 299.

[102] Cass., 19 luglio 1991, n. 8055.

[103] In particolare: perché il reclamante poteva presentare memorie, ma non partecipare personalmente all'udienza né essere sentito; perché il procedimento si svolgeva in camera di consiglio, con la partecipazione di difensore e pubblico ministero, ma sen-

delle vicende che riguardano il detenuto rispetto alle "vicende" che possono riguardare il cittadino "libero"»[104]; sia perché, infine, veniva meno per i detenuti, soggetti "deboli" per definizione, quella particolare tutela processuale che al soggetto "debole" del rapporto di lavoro è riconosciuta dalla disciplina del rito lavoristico[105].

Il giudice delle leggi, con la sentenza del 2006, coglie e sanziona la «inadeguatezza strutturale»[106] del procedimento di cui all'o.p., tutto imperniato sul magistrato di sorveglianza «in omaggio ad una concezione spaziale e non funzionale»[107] della sua competenza. La Corte costituzionale rileva, infatti, da un lato, che la procedura camerale «non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori», essendogli consentito soltanto un contraddittorio cartolare e inibita la diretta partecipazione al processo; dall'altro, che neppure «assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (…) resta addirittura escluso dal contraddittorio», pur dovendo rispondere, eventualmente, della lesione dei diritti spettanti al lavoratore-detenuto.

In tal modo, la previsione dell'esclusiva competenza del magistrato di sorveglianza veniva a creare una «irrazionale ingiustificata discriminazione» tra lavoratori-detenuti e lavoratori liberi, perché non necessaria «per mantenere integre le modalità essenziali di esecuzione della pena, e per assicurare […] le corrispondenti esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria». Gli eventuali problemi di carattere organizzativo derivanti dalla piena garanzia

za quella dell'amministrazione penitenziaria, che non assumeva la veste di parte; perché l'ordinanza che chiude il procedimento non era ricorribile in appello, come invece le pronunce di primo grado nel rito del lavoro: cfr. F. Modugno, M. Ruotolo, *Una discutibile soluzione della Cassazione in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur. it.*, 2001, 1098 ss.

[104] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 187.

[105] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 70.

[106] F. Della Casa, *Un significativo salto di qualità nella tutela giurisdizionale dei diritti del tenuto lavoratore*, in *Giur. cost.*, 2006, 4664.

[107] F. Dal Canto, *Sulla tutela dei diritti dei detenuti lavoratori*, in *Quad. cost.*, 2007, 370.

del contraddittorio e del diritto di difesa, infatti, «possono essere affrontati e risolti in modo razionale dall'amministrazione penitenziaria, senza che sia indispensabile attuare per legge il sacrificio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

Venuta meno, per mezzo della dichiarazione d'incostituzionalità, la competenza del magistrato di sorveglianza, la tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto è tornata a essere affidata al giudice del lavoro. Tuttavia, la sentenza della Corte costituzionale affermava altresì che «il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, può ben prevedere forme di svolgimento dei giudizi civili nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti tali da essere compatibili con le esigenze dell'organizzazione penitenziaria e mantenere integro, nel contempo, il nucleo essenziale delle garanzie giurisdizionali delle parti».

Così, all'indomani dell'adozione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbario 2014, n. 10 – con il quale, per quel che ora interessa, è stato inserito nell'o.p. il nuovo art. 35-*bis*, recante la disciplina del «reclamo giurisdizionale» – l'applicabilità o meno della ordinaria disciplina processuale a tutela dei diritti dei lavoratori è tornata d'attualità. Si è infatti sostenuto che, per la successione delle leggi nel tempo, l'innovazione legislativa – prevedendo che sia il magistrato di sorveglianza a conoscere delle inosservanze da parte dell'amministrazione penitenziaria dell'o.p. o del reg. dalle quali derivi «un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti» – ha riportato in capo a detto magistrato la competenza in materia di lavoro penitenziario, poiché la nuova procedura di reclamo sarebbe strutturata in modo tale da superare i rilievi mossi dalla «apparentemente garantista» sentenza n. 341 del 2006[108]; né sarebbe d'ostacolo la perdurante impossibilità per il terzo datore di lavoro di partecipare al giudizio, poiché la deroga alla competenza del giudice del lavoro varrebbe per i soli rapporti

[108] Cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 20 s., del quale anche la cit. nel testo. L'A. pone alla base della propria lettura anche valutazioni circa le difficoltà di accesso, in concreto, al giudice del lavoro da parte dei detenuti: difficoltà di fatto cui legislatore e amministrazione, ciascuno per la propria parte, debbono senz'altro ovviare, ma che non possono indurre a una lettura dell'o.p. che, come subito si vedrà nel testo, riconoscerebbe al lavoratore-detenuto una *minus* tutela rispetto al lavoratore libero.

di lavoro instaurati con l'amministrazione penitenziaria, non anche per quelli intercorrenti con privati[109].

Tale soluzione ermeneutica non appare, tuttavia, costituzionalmente orientata. Non solo perché, a dispetto del principio costituzionale del contraddittorio tra le parti fatto valere dalla Corte con la sentenza del 2006, l'amministrazione penitenziaria «ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» ma non necessariamente deve essere presente o rappresentata in udienza[110]; ma, soprattutto, perché verrebbe negato al lavoratore-detenuto, senza che vi siano ragioni costituzionalmente apprezzabili che lo giustifichino, l'accesso a un giudice specializzato in materia lavoristica, il quale con la propria professionalità conosce delle relative controversie, vertenti anche su aspetti non disciplinati dall'o.p. o dal reg. ma pur applicabili al lavoratore-detenuto[111], per mezzo di un procedimento *ad hoc* a tutela del lavoratore quale soggetto "debole"[112].

5. *Come se liberi*

L'impianto di fondo dell'o.p. e, soprattutto, la giurisprudenza costituzionale – la quale, facendo valere il principio lavorista, ha inteso opporre un «radicale rifiuto»[113] all'idea che il lavoro peni-

[109] Ancora G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 21.

[110] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 72.

[111] Il fatto che l'art. 35-*bis* affidi al magistrato di sorveglianza la competenza a decidere di reclami per la sola inosservanza di disposizioni dell'o.p. o del reg., quando invece la materia lavoristica è «solo tangenzialmente disciplinata dalla normativa penitenziaria», è inoltre altro argomento che dovrebbe portare a concludere che le controversie in materia di lavoro penitenziario sono affidate al giudice del lavoro: cfr. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 72, del quale anche la cit..

[112] Né ci pare si potrebbe dire che il legislatore altro non ha fatto che esercitare la discrezionalità che pure la Corte costituzionale gli aveva riconosciuto. Depone in senso contrario, oltre a quanto si dice nel testo circa il (rinnovato) contrasto col principio del contradditorio, la circostanza per cui il giudice costituzionale aveva fatto riferimento alla possibilità di prevedere peculiari «forme di svolgimento dei giudizi civili nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti»: ebbene, il procedimento *ex* art. 35-*bis* non è certo un *giudizio civile*, come banalmente dimostra il fatto che esso si svolga ai sensi degli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale.

[113] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 23.

tenziario sia fattore di ulteriore afflizione, dovendosi invece riconoscere che «alla soggezione derivante dallo stato di detenzione si affianca, distinguendosene, uno specifico rapporto di lavoro subordinato, con il suo contenuto di diritti […] e di obblighi»[114] – «hanno la forza delle cose sulle quali è impossibile non essere d'accordo, ma con ciò stesso rimandano alla verifica reale, come all'unica che permetta di scoprire il tasso di concretezza e di genuinità che è racchiuso nei princìpi enunciati»[115]. Appare evidente, infatti, che, perché i diritti dei lavoratori-detenuti siano presi sul serio[116], la riflessione sul lavoro penitenziario «non può sbrigativamente esaurirsi in una serie di più o meno tranquillizzanti affermazioni»[117], in una vacua dichiarazione d'intenti confinata nel mondo del legislatore e della dottrina, ma deve verificare che detti diritti siano concretamente riconosciuti e tutelati.

Fare i conti con la realtà restituisce, purtroppo, un «quadro desolante»[118]. L'entrata in vigore dell'o.p., già dagli anni immediatamente successivi, ha determinato una drastica riduzione delle commesse private, a causa del maggior costo del lavoro imposto dalla legge[119]: il che la dice lunga sull'abissale distanza sino ad allora esistente tra lavoro penitenziario e lavoro *secundum Constitutionem*, il primo sfruttato dai soggetti privati perché offriva manodopera sottocosto.

Se detta riduzione sia stata determinata da un'insopportabile disinteresse dei privati alla solidarietà sociale, non più attratti da una forza lavoro meno remunerativa di quanto fosse in passato, o dalla bassa qualificazione professionale dei lavoratori-detenuti, venendo dunque in gioco le pure logiche del mercato, è, invero,

[114] Così la sentenza n. 158 del 2001.

[115] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 169. Pur condividendone le linee di fondo, e anzi criticandone aspramente gli aspetti ancora retaggio del passato, M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 171, rilevava che nell'o.p. sono presenti «alcuni principi la cui pratica inattuabilità […] è lapalissiana».

[116] Si evoca, qui, l'assai celebre formula di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

[117] G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 143.

[118] G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 28.

[119] Cfr. E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 172; M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 153.

questione che qui può interessare sino a un certo punto. Perché, ove sia stata la prima la ragione determinante, ancora più meritoria dovrebbe considerarsi la riforma penitenziaria, che ha rifiutato, attuando il principio lavorista in carcere, la logica del *lavoro forzato* e *sfruttato*; ove sia la seconda, le responsabilità andrebbero rinvenute non nelle disposizioni di legge, ma nell'incapacità dell'amministrazione penitenziaria di fare formazione professionale, di dare al lavoratore-detenuto gli strumenti per sviluppare le proprie capacità e concorrere, come impone l'art. 4, comma 2, Cost., «al progresso materiale o spirituale della società».

Il punto è che il sistema carcerario nel suo complesso non è riuscito ad adeguarsi del tutto alle innovazioni pretese dalla Costituzione repubblicana, al completo ribaltamento della concezione e della funzione del lavoro penitenziario[120]. Ne è conseguita una «gravemente deficitaria offerta di lavoro»[121], il più delle volte, peraltro, incapace di fornire al lavoratore-detenuto «un'adeguata qualificazione spendibile, dopo la dimissione, nel mercato del lavoro»[122].

Non che siano mancati interventi legislativi diretti a sopperire a una situazione generatrice, all'interno del carcere, di «ozio involontario»[123]: si pensi soltanto alla l. 22 giugno 2000, n. 193 (c.d. legge Smuraglia), la quale, estendendo ai detenuti il concetto di "persona svantaggiata", consente al datore di lavoro di fruire di una parziale riduzione delle aliquote contributive per l'assicurazione obbligatoria previdenziale e assistenziale[124]. Ciononostante, la percentuale di lavoratori-detenuti, al 31 dicembre 2016, è pari ad appena il 29,73% dei soggetti ristretti; di questi, l'82,95% (ovvero, il 24,66% dell'intera popolazione detenuta) lavora alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria, la quasi totalità dei quali svolge i cc.dd. servizi d'istituto, che non sono certo in grado

[120] Ciò è quanto accaduto, del resto, anche per altri aspetti del mondo carcerario: si è parlato in proposito di «riforma tradita» (G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 2012, 187).

[121] F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, cit., 804.

[122] Ancora F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, cit., 804.

[123] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 172

[124] Cfr. M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 302 s.

di trasmettere alcuna competenza professionale[125]. Senza contare, inoltre, che «un medesimo posto di lavoro nel corso dell'anno viene normalmente occupato a rotazione da un numero indefinito di detenuti, i quali vengono assegnati al lavoro con contratti *part-time* e a tempo determinato»[126].

Questo è il contesto in cui si innestano novità normative e proposte di ulteriori interventi.

Muovendo da queste ultime, appare senza dubbio condivisibile l'idea, maturata durante gli Stati generali dell'esecuzione penale (*Tavolo 8 – Lavoro e formazione*), di rimuovere, per i lavoratori-detenuti, il limite di età stabilito dalla legge per l'impiego con il contratto di apprendistato e di temperare i limiti numerici attualmente vigenti degli apprendisti che si possono avere in forza: in tal modo, difatti, si potrebbe realizzare «il duplice scopo di somministrare formazione e dare lavoro»[127].

Tutt'altra valutazione, invece, merita l'ipotesi, ancora formulata durante gli Stati generali, dello scambio lavoro/libertà in alternativa a quello lavoro/retribuzione. Si tratta di proposta che evoca una logica premiale, secondo la latente «retorica del lavoro come momento di "riscatto"»[128], in quanto tale del tutto estranea alla concezione conforme a Costituzione del lavoro penitenziario. La retribuzione è, senza dubbio alcuno, una di quelle "posizioni soggettive" che, al pari delle ferie annuali, non possono essere negate al lavoratore-detenuto[129]. "Scambiarla" con sconti di pena, invece, per un verso trasforma la prestazione lavorativa in qualcosa di diverso dal *lavoro*, perché una attività svolta senza il corrispettivo

[125] I dati, elaborati dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – sezione statistica, sono tratti dal sito internet del Ministero della Giustizia.

[126] G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 25, cui si rinvia anche per un'ulteriore analisi critica sui dati concernenti il lavoro penitenziario, sostanzialmente costanti almeno a partire dal 2001.

[127] Così nella Relazione del *Tavolo 8*.

[128] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 187.

[129] A conferma di come, su questi temi, la tutela costituzionale sia più elevata di quella a livello sovranazionale, deve rilevarsi che la Corte europea dei diritti dell'uomo (12 marzo 2013, *Floroiu c. Romania*) ha affermato che il lavoro obbligatorio può essere gratuito quando comporti una riduzione di pena.

della retribuzione *lavoro* non è; per un altro, tradisce il senso più profondo del lavoro penitenziario, che non è quello di tenere impegnate le giornate dei detenuti, premiandoli paternalisticamente, ma quello di consentire loro di lavorare *come se liberi*, di prepararli durante l'esecuzione penale alla società libera in cui vivranno una volta espiata la condanna, di percepire se stessi quali lavoratori a tutto tondo perché «l'autorealizzazione del singolo [è] il migliore veicolo per un suo effettivo reinserimento sociale»[130].

Per ragioni analoghe – e ci spostiamo qui sul piano del diritto positivo vigente – fuori dalle coordinate costituzionali ci sembra si collochi l'art. 21, comma 4-*ter*, o.p.[131], il quale prevede che detenuti e internati «possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito, tenendo conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative, nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività» o «a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi». Non inganni il requisito della volontarietà: davvero troppo incostituzionale sarebbe stato rendere obbligatoria una prestazione lavorativa a titolo gratuito! Che, poi, di prestazione lavorativa *alternativa* e *non retribuita* al lavoro penitenziario si tratti è dimostrato *per tabulas* dal fatto che nell'assegnazione si deve tenere conto delle professionalità e attitudini lavorative del detenuto. Sotto questo punto di vista, solo per ipocrisia si è espressamente stabilito che l'attività debba svolgersi «con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro»: considerata l'assoluta penuria di lavoro professionalizzante offerto ai detenuti, appare chiaro come tale clausola altro non sia che il tentativo di mascherare il fatto che tali attività a titolo volontario e gratuito sono (incostituzionalmente) alternative al lavoro penitenziario di cui all'art. 15 o.p. Quanto, poi, alla possibilità che dette prestazioni siano effettuate dai detenuti a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi, essa tradisce, con ogni evidenza, l'idea del lavoro quale emenda, quale attività attraverso la quale il detenuto possa (o debba?) mostrare alla società pentimento per il reato commesso.

[130] M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 5.

[131] Inserito dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94.

Queste "furberie incostituzionali" sono certo tentativi del sistema carcerario, a fronte della perdurante difficoltà di offrire ai detenuti lavori che consentano l'acquisizione di professionalità spendibili sul mercato del lavoro, di puntare sulle "peculiarità" del lavoro penitenziario per inventare, in mancanza di fondi e investimenti, vie alternative[132]. Ma tali vie non possono scoprirsi elusive dei principi costituzionali in materia[133] e determinare il rischio – concreto e non solo astratto – che in tema di lavoro penitenziario si facciano passi indietro di decenni, consentendo che riemergano concezioni tutte legate all'emenda e che, così, si rinunci all'attuazione del principio lavorista in carcere.

Si potrà anche dire che, se non si fanno i conti con i dati della quotidianità del mondo carcerario, il rischio è quello di continuare a sfogliare il «libro dei sogni» e di rimuovere la «realtà rinnegante»[134]. Cionondimeno, per un costituzionalista rimane imprescindibile rifuggire «dal comodo ruolo di contemplatore dell'esistente»[135], insistere sul *dover essere* costituzionale, chiedere che i principi costituzionali trovino attuazione.

In questa prospettiva, l'esigenza – oggi come già anni fa – è quella che il lavoro penitenziario, come ha ampiamente ricono-

[132] Per gli aspetti concernenti il lavoro, la c.d. delega penitenziaria (l. 23 giugno 2017, n. 103) appare talmente vaga da poter consentire l'adozione, con i decreti legislativi, delle più diverse misure (cfr. art. 85, lett. f: «incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario sia esterno, nonché di attività di volontariato individuale e di reinserimento sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e a quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento»). Al di là di serie perplessità quanto al rispetto dell'art. 76 Cost., pare evidente l'intento del legislatore di insistere lungo la strada dell'attività di volontariato: non è forse un caso che P. Bronzo, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra, P. Bronzo, in *penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2017, 217 ss., proponga l'inserimento di un nuovo art. 20-*ter* o.p. rubricato «lavoro di pubblica utilità», il cui espletamento dovrebbe altresì comportare, in caso di proficua partecipazione, uno sconto di pena.

[133] Né potrebbe sostenersi che tali vie alternative ottengano copertura costituzionale dall'art. 4, comma 2, Cost., il quale riferisce la doverosità a una attività o a una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (cfr. *supra*, nt. 17): ciò perché, come si è provato a dimostrare nel testo, al di là delle etichette esse paiono essere vere e proprie prestazioni lavorative e come tali debbono essere tutelate.

[134] Le espressioni sono di E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 162.

[135] M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti*, cit., 4.

sciuto la giurisprudenza costituzionale, goda di tutte le protezioni che la Costituzione riconosce al lavoro, sia perché di lavoro si tratta, «sia perché è lavoro che dovrebbe adempiere ad un'altissima finalità sociale e civile»[136]. E se, come i decenni alle spalle hanno mostrato, portare il lavoro *in* carcere è estremamente difficile e complesso, il sistema carcerario non può che imboccare una sola strada, già contemplata dall'o.p.: aprire le porte e concedere ai detenuti di lavorare quanto più possibile all'esterno[137], se del caso adottando misure che, in attuazione del principio d'eguaglianza sostanziale, incentivino e agevolino l'assunzione dei lavoratori-detenuti. È *fuori dal carcere* che massima può essere l'attuazione del principio lavorista, secondo una prospettiva che, d'altro canto, dovrebbe interamente caratterizzare la politica penale, la quale, al contrario, è fortemente *carcerogena*[138]: «il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non-carcere»[139].

[136] G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 156.
[137] In questi termini già, tra gli altri, M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 172.
[138] Cfr., per tutti, A. Pugiotto, *Il volto costituzionale*, cit.
[139] G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio*, cit., 8.

Caterina Tomba

Il diritto all'istruzione e alla cultura

SOMMARIO: Premessa – 1. Introduzione – 2. Il Regolamento del 1891 – 3. Il sistema scolastico-penitenziario del periodo fascista – 4. Istruzione e cultura nella Costituzione – 5. Dalla Costituzione alla legge n. 354 del 1975 – 6. La disciplina penitenziaria dell'istruzione – 7. Libri e biblioteche – 8. Brevi cenni alla normativa sovranazionale – 9. Il Tavolo 9 degli Stati Generali sull'esecuzione penale e il suo, incerto, futuro.

Premessa

Gli strumenti mediante i quali l'essere umano può sviluppare la propria personalità e accrescere il bagaglio culturale sono numerosissimi. Certamente la scuola costituisce il luogo naturale ove fornire tali strumenti ma non per questo l'acculturazione può essere considerata di suo esclusivo appannaggio. Oltre all'istruzione istituzionalmente intesa, infatti, la realtà odierna offre a tal fine mezzi sempre più numerosi: i libri, la stampa e, non da ultimo, internet. Inoltre, anche le attività non propriamente volte a fornire conoscenze culturali (come le attività di formazione professionale e le attività lavorative, il teatro, la televisione, il cinema, lo sport ed ogni attività ricreativa) offrono ampi spazi alla crescita culturale dell'individuo. Per chiarezza e semplicità si è scelto di trattare il diritto all'istruzione e alla cultura in ambito penitenziario limitandoci all'istruzione in senso istituzionale – scuole di ogni ordine e grado – e alla lettura di libri – biblioteche, ricezione ed acquisto dall'esterno – dovendo gli altri strumenti appena citati costituire oggetto di trattazione separata ed autonoma.

1. *Introduzione*

La disciplina dell'istruzione e della cultura all'interno delle

carceri italiane non costituisce, diversamente da altre branche del diritto penitenziario, una novità dell'attuale sistema dell'esecuzione penale. Seppur con finalità, contenuti e conformazioni alquanto diverse, la presenza di un sistema scolastico e formativo nonché di strumenti e strutture finalizzate all'accrescimento culturale personale si riscontra già nei Regolamenti Penitenziari del 1891 e del 1931 e trova conferma nell'Ordinamento Penitenziario del 1975. Una riflessione sul sistema scolastico penitenziario e sulle disposizioni relative al diritto alla cultura negli istituti di pena ha costituito, inoltre, l'oggetto del nono tavolo tematico degli Stati Generali sull'esecuzione penale che si sono conclusi nell'aprile del 2016. Limitatissime, contrariamente a quanto auspicatosi, le disposizioni sul tema nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103[1], di recente approvazione parlamentare, le quali, però ribadiscono la centralità dell'istruzione nel trattamento. Da questo quadro si trae facilmente la conclusione che l'istruzione e la cultura, quali diritti, obblighi, o in qualsivoglia conformazione, costituiscono, ed hanno sempre costituito, un elemento irrinunciabile dell'esecuzione penale in carcere.

Ciò premesso, è bene avvertire che tanto la disciplina post-unitaria quanto quella del periodo fascista non fornivano alcuna significativa distinzione tra istruzione in senso proprio e cultura; distinzione che, invece, emerge dalla legge n. 354 del 1975.

2. *Il Regolamento del 1891*

Il "Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi" del 1891[2] è il primo testo normativo in cui appaiono riferimenti ad una funzione non esclusivamente punitiva dell'esecuzione penale e nel quale si intravedono i primi ed embrionali caratteri delle nascenti concezioni special-preventive della pena[3]. L'idea di una prevenzione speciale *post delictum* emerge,

[1] G.U., Serie Generale, n. 154 del 04 luglio 2017.

[2] Approvato con R.D. 1/02/1891, n. 260.

[3] «L'approvazione del regolamento del 1891 era il frutto del positivismo criminologico che aveva individuato nel trattamento differenziato, scientifico ed individua-

infatti, innanzitutto dall'abolizione della pena di morte e dalla sua sostituzione con la pena dell'ergastolo, ma anche dall'innovativa differenziazione degli stabilimenti carcerari in relazione all'età e alla condizione giuridica dei detenuti[4]. In parziale armonia con tali idee ispiratrici, il legislatore post-unitario ha introdotto due specifiche disposizioni relative al funzionamento della scuola. L'art. 398 testualmente prevedeva: «L'istruzione civile è obbligatoria negli stabilimenti e nelle sezioni penali, pei condannati che abbiano meno di venticinque anni. È obbligatoria per tutti nelle case di correzione e nei riformatori. I condannati di età superiore, possono essere ammessi all'istruzione civile in premio della loro buona condotta, […]. Gli inquisiti aventi meno di ventun anno(*i*) possono essere parimenti ammessi alla scuola, previo il consenso dell'autorità giudiziaria competente. Sono esclusi dalla scuola i condannati recidivi, i condannati di cattiva condotta e quelli che vengono puniti ai termini dell'art. 332 lettere *c, d, e, f,* finché non abbiano meritato di passare nelle case penali intermedie. I detenuti o ricoverati ammessi alla scuola, sono obbligati a frequentarla fino a che dall'autorità dirigente non ne vengano dispensati». L'art. 399 parificava i programmi scolastici penitenziari e quelli delle scuole elementari del Regno. Evidentemente, la disciplina penitenziaria dell'istruzione si caratterizzava per un trattamento

lizzato, il nuovo cardine della politica penitenziaria e che poneva in primo piano la realtà umana e sociale del condannato» così M. CORALLI, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, in *www.altrodiritto.unifi.it.*

[4] Una prima differenziazione tra i vari istituti di pena si ebbe con l'emanazione, da parte del Governo post-unitario, di cinque regolamenti relativi a: a) bagni penali (R.D. 19/09/1860); b) carceri giudiziarie (R.D. 27/01/1861, n. 4681); c) case di pena (R.D. 13/01/1862, n. 413); d) case di relegazione (R.D. 28/08/1862, n. 813); e) case di custodia (R.D. 27/11/1862, n. 1018). Successivamente, con l'entrata in vigore del nuovo codice penale Zanardelli – 1 gennaio 1890 – e con l'approvazione della prima legge relativa all'edilizia penitenziaria (l. 14/07/1889, n. 6165), il Regolamento sostituì i precedenti istituti con: a) stabilimenti di prigionia preventiva; b) stabilimenti di pena ordinaria per i condannati, cosiddetti comuni; c) stabilimenti di pena speciale, destinati ai condannati cosiddetti speciali. Anche il sistema penitenziario minorile venne riformato, introducendo: a) istituti di correzione ed educazione per ragazzi trai 9 ed i 14 anni di età, che avevano commesso il fatto con discernimento; b) istituti di educazione correzionale per minorenni che non hanno un sostegno educativo familiare e che sono consoni ad attività di meretricio e mendicità; c) istituti di correzione paterna per minorenni i cui traviamenti il padre non riesce a domare.

differenziato per gli inquisiti – che solo se minori di ventun anni potevano accedere alla scuola e in ogni caso solo previo assenso dell'autorità giudiziaria – e i condannati. Per questi ultimi, salvo che non avessero fino ai venticinque anni, l'accesso all'istruzione era concepito come un premio di cui avrebbero potuto godere solo in caso di buona condotta e dal cui accesso sarebbero decaduti a seguito di alcuni comportamenti contrari a quest'ultima. Operata questa differenziazione a proposito dell'accesso alla scuola, il regime previsto per gli studenti-detenuti era identico per tutti: la frequenza ai corsi era obbligatoria, venivano inflitte punizioni in caso di assenza ingiustificata dalle lezioni o di disattenzione e premi in caso di comportamenti meritevoli[5].

Anche le disposizioni, scarne, relative alla fruizione della cultura attribuivano un ruolo primario all'amministrazione penitenziaria e si ponevano in termini di ricompense e punizioni; l'art. 400, l'unico relativo precipuamente alle biblioteche, prevedeva infatti che: «presso ogni stabilimento carcerario e ogni riformatorio [fosse] istituita una biblioteca circolante, i cui volumi, scelti fra quelli indicati in apposito elenco approvato dal Ministero dell'interno, [fossero] messi a disposizione dei detenuti o ricoverati» e che «nessun altro libro e nessun'altra pubblicazione [potesse] essere lasciata a disposizione dei detenuti o ricoverati senza il permesso della dirigente autorità, o di quella giudiziaria competente, per quanto riguarda gli inquisiti». Altre disposizioni, inoltre, prevedevano sia la possibilità di acquistare libri all'esterno dello stabilimento come ricompensa in caso di buona condotta[6] , sia, esclusivamente per i detenuti giudicabili in segregazione cellulare continua, la possibilità di riceverli da parte dei familiari previo visto dell'autorità giudiziaria[7].

Tenendo sempre in considerazione il periodo storico in cui si inserisce, il Regolamento del 1891 assume – anche in relazione alla

[5] In caso di assenza o di disattenzione durante le lezioni erano previste varie tipologie di punizione, dall'isolamento in cella a pane e acqua alla camicia forzata, mentre nei casi di buona condotta l'art. 382 lett. f) prevedeva l'ammissione alla scuola come ricompensa.

[6] Art. 36 lett. b) e art. 382 lett. b).

[7] Art. 269, co. 1.

specifica disciplina di cui si sta trattando – una duplice connotazione: per un verso, vi sono elementi che evidenziano una preferenza del legislatore per una, ancora parziale, finalità rieducativa accompagnata da una tendenza alla liberalizzazione della vita carceraria (si pensi, ad esempio, alla previsione per cui le ore diurne dovevano essere trascorse all'esterno delle celle assegnate per frequentare i corsi scolastici, limitando la reclusione in cella alle sole ore notturne o alla possibilità di usufruire delle ore di passeggio per dedicarsi alla lettura); per altro verso, non si è ancora abbandonata la configurazione dello studio come *dovere* del detenuto, essendo preponderante la concezione del reo come essere "sub-umano", la cui delinquenza è conseguenza necessaria dello stato di ignoranza e di incultura[8]. Il precipuo carattere correttivo dello studio in carcere era ancorato alle impostazioni dottrinali del tempo, fondate sul binomio analfabetismo/criminalità, legati tra loro da un imprescindibile rapporto di causa-effetto[9].

Descritta la cornice normativa penitenziaria degli ultimi anni del XIX sec., è necessario tuttavia evidenziare che il Regolamento e le sue successive modificazioni non hanno trovato effettiva applicazione a causa dell'insufficienza degli stanziamenti finanziari destinati a tal scopo e del degrado in cui versavano gli stabilimenti penitenziari presenti sul territorio della nuova Italia unita. Pur essendoci dunque un'esigua rilevanza sul piano dell'effettività, l'analisi delle norme appena riportata permette tuttavia di comprendere come le riforme penitenziarie successive abbiano trovato la loro ragion d'essere nelle concezioni sottostanti l'originaria disciplina, e di come l'elemento umanizzante e rieducativo della pena che era stato per così poco tempo accolto sia stato abbandonato in virtù di un assorbimento della finalità "moralizzatrice" mediante un utilizzo distorto del sistema scolastico penitenziario e delle biblioteche.

[8] In tal senso, E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 40; G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 132.

[9] Come rilevato da E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria,* cit.*,* 41 ss.

3. *Il sistema scolastico-penitenziario del periodo fascista*

L'avvento di un sistema autocratico e antidemocratico quale il regime fascista ha inevitabilmente determinato, sul piano del diritto penitenziario in generale e su quello del sistema scolastico in particolare, una netta involuzione[10] rispetto ai seppur piccoli passi avanti tentati, almeno nell'intenzione del legislatore, nel secolo precedente. Il totale e radicale abbandono di qualsivoglia aspetto umanizzante dell'esecuzione penale è avvenuto tuttavia non già dichiarando una netta preferenza e presa di posizione in favore di un sistema penale repressivo ed espressione dello stato etico del tempo, né, tantomeno, attraverso l'elaborazione di dottrine nuove rispetto a quelle fondanti il Regolamento penitenziario del 1891.

Il perno su cui si fondava la concezione dell'esecuzione penale nei primi anni del '900 era, nuovamente, il presupposto logico secondo il quale una delle cause primarie della criminalità soggettiva fosse lo stato di ignoranza e "diseducazione" scolastica in cui versava la maggioranza della popolazione carceraria al momento del suo ingresso nello stabilimento[11]. Da ciò derivava la conseguenza necessaria in base alla quale «istruire i delinquenti» si sarebbe tradotto nel «riadattarli alla società»[12].

Accanto a questo imprescindibile postulato, ancorato alle concezioni passate, si sviluppa tuttavia un corollario di non poco conto: il detenuto è colui che ha osato sfidare lo Stato attuando comportamenti illeciti, quindi il suo tradimento nei confronti del potere pubblico merita di essere punito e non soltanto corretto. In questa direzione devono leggersi la reintroduzione della pena di morte voluta da Mussolini nel 1926 – per punire coloro che avessero attentato alla vita o alla libertà della famiglia reale o del Capo del Governo o che avessero commesso alcuni dei reati contro lo

[10] In questi termini E. Fassone, *La pena detentiva in Italia,* cit., 53.

[11] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 128. G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., 133, rilevano come il tasso di analfabetismo della popolazione carceraria era tale «da caratterizzare l'intero problema penitenziario».

[12] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative,* cit., 132.

Stato – e la sua estensione, nel codice Rocco del 1931, ad alcuni reati comuni; è questo il minimo comune denominatore del regio decreto n. 787 del 18 giugno 1931, con il quale venne approvato il "Nuovo Regolamento degli istituti di prevenzione e di pena". Alla pena vengono così attribuite tre nature coincidenti e reciprocamente funzionali: emendativa, afflittiva e intimidatoria[13]. Il regolamento penitenziario fascista, infatti, prevedeva non solo una rigida separazione tra realtà carceraria e mondo esterno, ma anche una sostanziale limitazione delle attività consentite all'interno degli stabilimenti, ridotte alle note "tre medicine": religione, lavoro e istruzione. Ed è bene sottolineare che la partecipazione alle poche attività previste non era garantita o, come nel precedente ordinamento, concessa, bensì imposta, coerentemente con l'idea che esse avessero una funzione soprattutto afflittiva. Come infatti rilevato da attenta dottrina «le tre medicine potevano essere utilizzate in funzione della pressione totalitaria esercitata dal regime, cercando di ricavarne la massima utilità: il lavoro in vista delle opere giovevoli alla comunità degli onesti, attuate beninteso attraverso lo sfruttamento della manodopera; l'istruzione e la religione in vista di un progressivo indottrinamento, o quantomeno come tramite di addomesticamento indolore»[14].

Analogamente alla disciplina precedente, il Regolamento del 1931 si basava sul binomio punizione-premio, prevedendo sia un elenco dettagliato dei comportamenti vietati ai detenuti con la relativa punizione da impartire, che poteva concretizzarsi in provvedimenti disciplinari – quali, ad esempio, l'ammonizione o la cella di isolamento – o anche in sanzioni quali il divieto di fumare, di scrivere, o l'interruzione dei colloqui, sia comportamenti meritevoli ai quali corrispondevano possibili benefici – accesso al lavoro in carcere o assegnazione ad un carcere aperto –.

Per quanto riguarda la specifica disciplina dell'istruzione, dunque, non può non porsi l'attenzione sull'art. 1 del Regolamento, il quale, tra le altre previsioni, stabiliva che «i detenuti [fossero]

[13] A. Ricci – G. Salierno, *Il carcere in Italia*, Torino, 1971.

[14] E. Fassone, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, in V. Grevi (a cura di) *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 133.

obbligati a frequentare le scuole istituite negli stabilimenti» e che «negli stabilimenti [fossero] permesse soltanto conferenze e proiezioni cinematografiche *istruttive ed educative*». Immediatamente emerge, innanzitutto, il carattere obbligatorio dell'istruzione, carattere su cui è fondamentale porre l'accento in quanto parzialmente più incisivo rispetto alla legislazione dell'epoca precedente. Rispetto al regolamento del 1891, infatti, il nuovo assetto contava numerose disposizioni che imponevano obblighi scolastici precisi e puntuali: a titolo di esempio si vedano l'art. 136 e l'art. 137. Il primo sanciva per i detenuti analfabeti di età inferiore ai quaranta anni la frequenza obbligatoria giornaliera per almeno due ore nonché, per i detenuti già forniti di istruzione elementare, l'obbligo di riunirsi in sale studio, divisi in gruppi uguali, a turno nei giorni festivi o in altri giorni nelle ore in cui non si lavorava. Il secondo prevedeva che i detenuti più anziani, anch'essi privi di licenza elementare, venissero ammessi ai corsi scolastici previa loro richiesta, salvo che il direttore dell'istituto non li avesse ritenuti idonei a dover obbligatoriamente frequentare i corsi stessi.

Oltre all'obbligatorietà, il carattere distintivo del sistema scolastico penitenziario dell'epoca fascista consiste nel suo essere finalizzato all'indottrinamento ideologico. L'art. 1 imponeva che le conferenze e le proiezioni cinematografiche avessero una connotazione «istruttiva ed educativa» e anche la scelta dei testi disponibili in biblioteca era oggetto di un filtro preventivo volto all'introduzione di soli testi "istruttivi". L'intenzione del legislatore non era certo quella di accrescere il livello culturale dei detenuti affinché questi sviluppassero la loro personalità, bensì di poter controllare, direzionare e condizionare gli insegnamenti, in modo tale da dare attuazione ad un intenso processo di indottrinamento, in linea con l'ideologia etica del regime fascista. A confermare che l'obiettivo dell'istruzione fosse «la trasmissione di messaggi da parte dell'istituzione piuttosto che la maturazione in capo ai soggetti»[15], si pone anche la disposizione di cui all'art. 139, il quale prevedeva che i corsi di studio fossero tenuti non solo da insegnanti professionisti (il cui programma veniva imposto dal Governo), ma anche dal cap-

[15] E. Fassone, *Religione e istruzione*, cit., 134.

pellano, dal direttore dell'istituto, dal sanitario nonché dai comuni cittadini previa autorizzazione del Ministero. È evidente, quindi, che la finalità dell'istruire non fosse di certo meramente didattica, non essendo richiesto che i soggetti a ciò preposti disponessero di competenze specifiche, essendo, questi, meri funzionari degli stabilimenti carcerari e conseguentemente del Governo[16]. Le lezioni costituivano il luogo in cui diffondere l'ideologia fascista mediante messaggi di parte predeterminati dal Governo, con il solo fine politico di indottrinare i detenuti-studenti.

Anche la fruizione dei testi all'interno delle biblioteche contribuiva alla realizzazione del progetto di indottrinamento appena descritto, essendo assegnato al direttore dello stabilimento, servitore del Governo, il compito di scegliere quali testi mettere a disposizione dei detenuti e di autorizzare i singoli richiedenti alla loro consultazione.

Ai detenuti, inoltre, non era concesso sviluppare uno spirito critico rispetto a quanto gli veniva insegnato durante i corsi. L'art. 173 mostra chiaramente tale preclusione prevedendo che nel solo caso in cui il detenuto avesse mostrato «attaccamento alla scuola» gli potesse essere riconosciuta la qualifica di «buono». La medesima preclusione emerge dalla previsione della reclusione in cella a pane e acqua nel caso di negligenza nell'attività scolastica.

Insomma, il modello cui si ispirava il regolamento del 1931 era un modello di istruzione paternalistica, imposta coattivamente, che, come osservato, «inibiva ulteriormente la crescita individuale della persona reclusa, imbrigliandola nelle regole ideologiche che gli venivano imposte»[17]. L'idea di un'istruzione finalizzata allo sviluppo della personalità, degli interessi e delle aspirazioni del detenuto era ben lungi dall'essere accolta: anzi, veniva volontariamente abbandonata nonostante il regolamento precedente avesse compiuto i primi passi in questa direzione. Il lavoro, l'istruzione e lo sviluppo della cultura personale ben si prestavano a garantire il controllo delle idee e lo sfruttamento delle braccia dei detenuti, che nell'ottica del dittatore meritavano questo trattamento per-

[16] Li definisce «docenti fatti in casa» E. FASSONE, *op. ult. cit.*, 135.

[17] M. CORALLI, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, cit.

ché avevano osato sfidare ed offendere i pubblici poteri con i loro comportamenti deviati.

4. *Istruzione e cultura nella Costituzione*

La nuova Costituzione della Repubblica italiana ha inevitabilmente influito anche sulla disciplina della cultura e dell'istruzione penitenziaria. Tale influenza è stata determinata da due elementi fondamentali: in primo luogo, e soprattutto, dal ritorno ai – e dallo sviluppo dei – principi di stampo liberale affermatisi alla fine dell'800 in tema di funzione della pena concretatisi nel terzo comma dell'art. 27[18], il quale, in particolare nell'ambito dell'istruzione intesa quale mezzo irrinunciabile ai fini dell'espletamento delle funzioni della pena, ha determinato una svolta teorica radicale fin dall'origine; in secondo luogo e congiuntamente, dalle previsioni di cui agli artt. 9, 33 e 34 che hanno fornito al diritto all'istruzione largamente inteso una conformazione del tutto innovativa rispetto alla disciplina precedente[19], derivante, oltre che dalla sua affermazione in sede costituzionale, dalla sua prefigurazione quale diritto sociale o, secondo una definizione che si ritiene di condividere, quali «diritti sociali che rampollano dalle dimensioni costituzionali dell'istruzione»[20].

L'art. 9[21], «*la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico*

[18] A tal riguardo è necessario, però, ricordare che la funzione rieducativa della pena è stata interpretata in senso pressoché restrittivo fino all'inizio degli anni '70, essendo stata riferita, fino ad allora, principalmente alla fase dell'esecuzione penale e non alla struttura del reato (es. C cost., 04.02.1966, n. 12 con la quale la Corte interpreta il terzo comma dell'art. 27 come mera indicazione di limiti al legislatore nella disciplina dell'esecuzione della pena detentiva).

[19] Sull'innovatività degli artt. 9, 33 e 34 Cost. v. rispettivamente M. Cecchetti, *sub art. 9,* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 218; G. Fontana, *sub art. 33, ivi*, 675; A. Poggi, *sub art. 34, ivi*, 700.

[20] M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Napoli, 2014, 147.

[21] Per un'analisi della disposizione e per la relativa bibliografia si rinvia a M. Cecchetti, *sub art. 9,* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *op. cit.*, 217 ss.; M.

e artistico della Nazione», considerato da alcuni «una "pseudo-disposizione" […] a causa dell'eccessiva indeterminatezza della formulazione»[22], contiene una «chiara previsione di tipo programmatico»[23] la cui portata normativa è stata progressivamente riconsiderata e valorizzata[24]. In particolare dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nell'interpretarne i due commi l'uno in considerazione dell'altro, tracciando una «traiettoria circolare»[25] che permette di individuarne un «comune contesto rappresentato dal valore estetico-culturale in cui si manifesta l'esigenza di assicurare il progresso culturale della persona umana e della intera comunità civile»[26]. Accolta tale interpretazione unitaria che determina l'attribuzione alla Repubblica del dovere tanto di promuovere quanto di tutelare la cultura nel suo senso più ampio, deve rilevarsi come, in ogni caso, questa non sia sufficiente a delineare i contorni dell'intervento statale soprattutto con riguardo a quello che possiamo definire "progresso culturale soggettivo". Il primo comma, infatti, afferma un principio che viene «quasi interamente esplicitato nei successivi articoli 33 e 34»[27] insieme ai quali costituisce quella «Costituzione culturale»[28] ovvero «Costituzione scolastica»[29] di cui parla parte della dottrina. È chiaro, quindi, che l'art. 9 debba

Betzu, *sub art. 9,* in V. Crisafulli, L. Paladin (fondato da), S. Bartole, R. Bin (diretto da)*, Commentario breve alla Costituzione*, Padova, II ed., 2008.

[22] V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 36. Nonostante Crisafulli annoveri il primo comma dell'art. 9 tra quelle disposizioni costituzionali prive di valore normativo, questi gli riconosce comunque un «certo valore giuridico […] sotto l'aspetto della motivazione autentica di altre disposizioni costituzionali normative».

[23] M. Betzu, *sub art. 9*, cit., 70, ma anche M. Cecchetti, *sub art. 9*, cit., 221, che parla di «natura spiccatamente programmatica».

[24] In particolare da F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 434 ss.

[25] M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, II ed., 2008, 277.

[26] M. Cecchetti, *sub art. 9*, cit., 221. Per la giurisprudenza costituzionale in questo senso, per tutte, cfr. C. cost., 20.12.1982, n. 239.

[27] F. Merusi, *Significato e portata dell'art. 9*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di C. Mortati*, Milano, III ed., 1977, 806.

[28] A. Pizzorusso, *Diritto alla cultura e principi costituzionali*, in *Quad. Cost.,* 2000, 317 ss.

[29] Q. Camerlengo, *sub art. 33*, in V. Crisafulli, L. Paladin (fondato da), S. Bartole, R. Bin (diretto da)*, Commentario breve alla Costituzione,* op. cit., 333.

essere letto alla luce delle altre due disposizioni appena richiamate. Questa operazione ermeneutica permette, da un lato, di disegnare il perimetro dell'intervento dei pubblici poteri e, dall'altro, di cogliere la distinzione tra i diversi ma inscindibili concetti di cultura, istruzione ed educazione.

A cosa faccia riferimento la Carta costituzionale quando si esprime col termine "cultura" non è di facile comprensione. Non risulta nemmeno che la giurisprudenza costituzionale abbia contribuito in questa impresa, se non in una recente pronuncia dalla quale sembrerebbe potersi ricavare qualche spunto interpretativo[30]. In letteratura, al riguardo, si riscontrano principalmente due orientamenti ermeneutici: l'uno, c.d. ristretto[31] o selettivo[32], che limita il concetto di cui all'art. 9 alle sole «manifestazioni superiori dell'intelletto umano» consistenti nelle sue espressioni artistiche e scientifiche[33]; l'altro, più ampio[34] e che potremmo definire espansivo, secondo cui la cultura di cui all'art. 9 sarebbe «quella che nasce dal libero sviluppo della personalità dell'uomo, dalla sua libertà di scelta dei processi formativi, dalla libera formazione del suo sistema di valori»[35]. Sebbene la dottrina maggioritaria[36] preferisca la prima soluzione facendo coincidere l'ambito oggettivo del primo comma dell'art. 9 con quello del primo comma dell'art. 33 («*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*»), a parer di chi scrive dovrebbe, al contrario, preferirsi la seconda. Ritenere che la cultura sia «quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e *qualsiasi altra capacità e abitudine* acquisita dall'uomo come membro di una società»[37] – definizione antropologica cui si ispira la dottrina espansiva – consente di distinguere il raggio di operatività dell'art. 9 da

[30] C. Cost. 21.02.2017 n. 42.

[31] Così definito da M. Cecchetti, *sub art. 9*, cit., 223.

[32] Così definito da M. Betzu, *sub art. 9*, cit., 72.

[33] M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale,* Padova, 1991, 74.

[34] Per alcuni addirittura illimitato, v. M. Cecchetti, *sub art. 9*, cit., 222.

[35] S. Merlini, *La «politica culturale» della Repubblica ed i principi della Costituzione,* in Aa. Vv., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 515.

[36] M. Betzu, *sub art. 9*, cit., 72 e M. Cecchetti, *sub art. 9*, cit., 223.

[37] E. Burnett Tylor, *Alle origini della cultura*, ed. it., G. R. Bronzini (a cura di),

quello dell'art. 33 e allo stesso modo non determina, come invece temuto dalla dottrina della concezione selettiva, una ridondante ripetizione di più alti principi costituzionali (quali quelli contenuti negli artt. 2 e 3). Se è vero, infatti, che la Repubblica già riconosce i diritti inviolabili dell'uomo *anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità* e che è già suo compito rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno *sviluppo della persona umana*, ciò non vale ad escludere un ambito di operatività ulteriore e più incisivo del primo comma dell'art. 9. Non è questa la sede per affrontare il tema della diretta operatività dell'eguaglianza sostanziale, ma se si attribuisce al concetto di cultura quel significato più ampio ed espansivo, allora si consente di includere nell'oggetto della promozione e della tutela statale sancito dall'art. 9 non soltanto le alte manifestazioni dell'intelletto, bensì qualsiasi attività anche esclusivamente soggettiva e personalissima volta a contribuire al pieno sviluppo della personalità umana (attraverso, appunto, la cultura). Si pensi alla semplice lettura di romanzi senza alcun fine didattico, di studio o ricerca: quest'attività non si ritiene possa rientrare nel concetto selettivo di cultura (non costituendo attività artistica né scientifica) ma è innegabile che sia un'attività che, anche solo potenzialmente, contribuisca allo sviluppo della cultura personale, sviluppo che, giova ribadirlo, deve essere *promosso* e *tutelato* dalla Repubblica poiché volto a soddisfare l'esigenza di assicurare il progresso culturale della persona umana. In questa direzione sembrerebbe muoversi anche la più recente giurisprudenza costituzionale. In una decisione relativa alla primazia che nel nostro ordinamento deve essere attribuita alla lingua italiana, la Corte afferma che quest'ultima costituisce «vettore della cultura e della tradizione immanenti nella comunità nazionale, tutelate anche dall'art. 9 Cost.»[38]. La cultura e la tradizione cui si riferisce il Giudice delle leggi, a nostro avviso, non possono coincidere con le sole "alte manifestazioni dell'intelletto", per il semplice fatto che ricostruendo così l'argomentazione della Corte ne varrebbe un sacrificio della primazia della lingua italiana, la quale assume-

Pisa, 2000, 7 considerandola, in una visione dinamica, oggetto dell'evoluzione soggettiva, e in una visione statica, patrimonio collettivo di un gruppo umano.

[38] C. cost. 21.02.2017 n. 42, punto 3.1 Cons. dir.

rebbe tale privilegiato ruolo con riferimento solo a queste ultime. La Corte, infatti, afferma che la «centralità costituzionalmente necessaria della lingua italiana si coglie *particolarmente*» ma non *esclusivamente* «nella scuola e nelle università»[39], con ciò negando l'esatta coincidenza tra l'art. 9 e l'art. 33 Cost.

Ciò premesso, il soddisfacimento di quest'ultima esigenza, come già anticipato, necessita *anche* di quanto disposto dagli artt. 33 e 34.

Le norme di cui all'art. 33[40] costituiscono, come già accennato, un'assoluta novità per l'ordinamento costituzionale. Lo Statuto albertino, infatti, non contava alcuna disposizione assimilabile, per tenore e contenuto, a quelle costituzionali in tema di libertà dell'arte, della scienza e di insegnamento né, tantomeno, in materia di sistema scolastico[41] e autonomia delle Università.

D'altronde il loro inserimento a livello costituzionale, avvenuto pressoché senza voci contrarie[42] riguardo al primo comma e con disaccordi riguardo alle disposizioni relative al sistema scolastico[43], «risulta del tutto coerente con le caratteristiche complessive della nuova forma di stato democratica e sociale repubblicana»[44]. La

[39] C. cost. 21.02.2017 n. 42, punto 3.2 Cons. dir.

[40] «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

[41] Materia esclusiva, in epoca pre-repubblicana, del diritto amministrativo.

[42] Il dibattito in Assemblea costituente s'incentrò, principalmente, sulla necessità o meno di inserire nel testo costituzionale un'affermazione di principio, quale quella della libertà dell'arte e della scienza, che, da alcuni, veniva considerata superflua. Si affermava, in particolare, che sarebbe stato sufficiente affermare la libertà di insegnamento poiché «se l'arte e la scienza non fossero libere non sarebbero né arte né scienza» (On. Rossi, seduta del 24 aprile 1947). Per un approfondimento sui lavori preparatori dell'art. 33 cfr. M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura,* cit., 72 ss.

[43] Per un approfondimento sul contrasto tra Partito Comunista e Democrazia Cristiana si rinvia a G. Fontana, *sub art. 33,* cit., 676-677.

[44] G. Fontana, *op. ult. cit*., 677.

stessa giurisprudenza costituzionale non ha esitato a definire il succitato valore estetico-culturale, alla cui affermazione contribuisce l'art. 33, un «valore primario di fondamentale rilevanza costituzionale»[45].

Dovendo, per obbligo di sintesi, tralasciare la riflessione sulle espressioni "arte" e "scienza"[46] e limitandoci, al riguardo, a rinviare a quanto già detto in relazione alla nozione di cultura che riteniamo di accogliere (inclusiva delle arti e delle scienze ma non a queste esclusivamente riferita), l'art. 33 ne statuisce espressamente la libertà di insegnamento[47].

Nonostante la sua previsione testuale, la libertà di insegnamento è stata oggetto di vivaci dibattiti dottrinali[48] in ragione, da una lato, della fuorviante posizione sintattica che sembrerebbe riferirla esclusivamente all'arte e alla scienza, e d'altro lato, del peculiare regime giuridico cui è sottoposta rispetto ad altre libertà costituzionali[49]. In estrema sintesi può dirsi, oggi, maggiormente condivisa l'opinione per cui la libertà di insegnamento, vista secondo la prospettiva del singolo docente, costituisce una specie della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.[50] rispetto alla

[45] C. cost., 21.07.2004, n. 256 ma già in C. cost. 1.02.1967, n. 7 e C. cost. 12.03.1976, n. 57.

[46] Per la quale si rinvia a F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano,* Napoli, 1992; Id., *Le libertà culturali*, in Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2001.

[47] Considerata, condivisibilmente, il tema centrale della disposizione da G. Fontana, *sub art. 33,* cit., 681. Che la libertà di insegnamento costituisca una «espansione e prosecuzione» della libertà della scienza e dell'arte è affermato in C. cost. 10.07.1974, n. 240, punto 3 Cons. dir.

[48] Già in epoca pre-repubblicana si riscontrano discordanze sul tema ben testimoniate dalla raccolta ad opera di Giovanni Gentile, B. Spaventa, *La libertà di insegnamento*, Firenze, 1920.

[49] Per un'esposizione delle varie posizioni dottrinarie si rinvia a G. Fontana, *sub art. 33,* cit., 682.

[50] Cfr., fra tutti, G. Calogero, *La scuola, le scienze e le arti*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 316; V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 67; Id., *Autonomia e libertà nella scuola*, in *Riv. giur. scuola*, 1965, 26; A. Pizzi, *Insegnamento e scuola (libertà di)*, in *Enc. giur.,* XIX vol., 1990. *Contra* A. Pizzorusso, *La libertà di insegnamento*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino*, II Vol., Vicenza, 1967, 402 ss.

quale si caratterizzerebbe in virtù del precipuo fine cui l'insegnamento dovrebbe tendere che è, si conceda la ripetizione, l'insegnare[51]. Dal carattere finalistico della libertà di insegnamento ne deriva che questa sarebbe stata posta dal Costituente nell'interesse della scuola, degli alunni e della scienza, non già degli insegnanti soggettivamente intesi[52]. Di qui la particolare natura giuridica della libertà in parola: se non può negarsi che questa costituisca un diritto individuale di libertà, non può neanche tralasciarsi l'interesse generale della società che il suo esercizio dovrebbe perseguire, con ciò escludendo l'ipotizzabilità di un «profilo negativo *sub specie* di libertà del docente di non insegnare»[53]. Tali peculiarità si riflettono, inevitabilmente, anche sui limiti e sulle garanzie che interessano la libertà di insegnamento. Se da un lato, infatti, è necessario garantire discrezionalità in ordine alle modalità e ai contenuti dell'attività didattica in capo ai docenti, dall'altro questa deve essere limitata al fine di tutelare gli interessi degli alunni soprattutto se alunni delle scuole inferiori. Da ciò deriva la conformità a Costituzione della predisposizione ministeriale di programmi scolastici uniformi su tutto il territorio nazionale. Per questo si è condivisibilmente ritenuto riferibile anche alla libertà di insegnamento il limite del buon costume previsto per la libertà di manifestazione del pensiero nonché, seppur in modo sempre meno stringente col crescere dei gradi scolastici, il limite dell'ordine pubblico[54]. Per le stesse

[51] U. Pototschnig, *Insegnamento, istruzione, scuola,* in *Giur. cost.,* 1961, 377 ss. e Id., *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, XXI Vol., Milano, 1971, 722 ss.; M. Gigante, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica dell'ordinamento dell'istruzione*, in *Politica del diritto*, 1999, 468 ss.

[52] U. Pototschnig, *Insegnamento (libertà di)*, cit., 736. Da questa posizione discende, conseguentemente, che il luogo in cui si può esplicare la manifestazione della libertà dell'insegnamento non può che essere la scuola intesa come concreta organizzazione.

[53] G. Fontana, *sub art. 33,* op. cit., 683 il quale evidenzia come la libertà di insegnamento sia sì garantita al singolo docente ma al fine del migliore esercizio di un suo dovere d'ufficio. Sulle possibilità di esonero dall'insegnamento v. U. Pototschnig, *Insegnamento (libertà di)*, cit., 741 ss.

[54] In particolare da V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, cit., 70 ss. Non ritengono applicabile nessuno dei due limiti S. Cassese, A. Mura, *Sub artt. 33*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 232 ss. L'inapplicabilità deriverebbe dalla riferibilità della libertà di insegnamento alle sole arti e scienze, che nell'essere libere non incontrano alcun limite.

ragioni le garanzie che il legislatore deve porre a tutela della libertà di insegnamento riguardano, principalmente e sinteticamente, lo *status* degli insegnanti[55].

Sotto una ulteriore prospettiva la libertà di insegnamento, alla luce della seconda parte dell'art. 33, viene configurata da taluni[56] anche come libertà di istituire scuole private[57]. Per quel che interessa ai fini dello studio del diritto all'istruzione in ambito penitenziario basti sottolineare, in questa sede, che tale libertà si riconnette direttamente al diritto e dovere di istruire i figli[58] posto in capo ai genitori *ex* art. 30 Cost., i quali, nell'esercizio di tale diritto, sono liberi di scegliere anche scuole private. L'effettivo esercizio di questo diritto potrebbe non sembrare garantito dall'attuale ordinamento penitenziario il quale, basta qui accennarlo, non fornisce reali ed efficaci strumenti che permettono ai genitori di detenuti minori di scegliere tra scuola pubblica e privata. Tale esclusione, però, non sembra possa configurare una violazione del combinato disposto dell'art. 33, comma 3 con l'art. 30, comma 1 Cost., poiché da una lettura complessiva della disciplina costituzionale in materia di diritto allo studio può ricavarsi il carattere assolutamente non primario e *non necessario*[59] dell'istruzione privata. La configurazione del diritto allo studio quale diritto sociale comporta il fatto che non solo lo Stato non può completamente delegare l'istruzione ai privati, ma anche che in capo ad esso è imposto l'obbligo di adottare un sistema di infrastrutture scolastiche che sia in grado di accogliere tutta la popolazione che debba o voglia intraprendere un percorso di studi, compresi i soggetti sottoposti a restrizione

[55] Quali, ad esempio, l'accessibilità alle cattedre previo concorso pubblico ovvero la previsione di un trattamento retributivo che dovrebbe essere idoneo a garantirne l'indipendenza. Per un approfondimento sul tema v. F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008.

[56] *In primis* V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, cit.

[57] Argomento sul quale si è particolarmente discusso in sede costituente come riportato da M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione,* cit., 335 ss, cui si rinvia per approfondimento e bibliografia.

[58] Da ultimo G. FONTANA, *sub art. 33,* cit., 688 cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali.

[59] Sulla primarietà dell'istruzione pubblica già P. CALAMANDREI, *Difendiamo la scuola democratica,* in *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze, 1966, 388 ss.

della libertà personale. Una volta garantita l'istruzione pubblica a tutti, sui pubblici poteri non possono in nessun caso gravare altri oneri per l'espressa previsione di cui all'art. 33, comma 3[60] («Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, *senza oneri per lo Stato*).

Che gli istituti privati debbano avere un ruolo nettamente secondario – almeno nelle intenzioni del Costituente – rispetto alle scuole pubbliche emerge anche dal secondo comma dell'art. 33 «*La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione e istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi*». La disposizione, preordinata rispetto alla disciplina costituzionale delle scuole private, «conferma l'essenzialità ed inderogabilità del compito dell'istruzione per lo Stato»[61], compito che deve assolvere non soltanto in sede legislativa ma anche, e soprattutto, in fase di realizzazione[62]. Per comprendere in cosa consista effettivamente tale realizzazione, però, è necessario raccordare il secondo comma dell'art. 33 con l'affermazione che apre l'art. 34: «*La scuola è aperta a tutti*»[63]. Secondo la tesi che si ritiene di condividere l'art. 34, comma 1 statuisce un diritto soggettivo dei singoli nei confronti dei pubblici poteri a che questi gli garantiscano una «adeguata istruzione»[64]. Lo Stato, allora, adempie al proprio dovere (*ex* art. 34 c. 1), nel pieno rispetto dell'eguaglianza sostanziale, quando: istituisce scuole di ogni ordine e grado in una misura tale da permettere a tutta la popolazione di usufruirne (art. 33 c. 2), garantisce la gratuità di quella inferiore (art. 34 c. 2) e attiva borse di studio, assegni e provvidenze, per sostenere i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, nella prosecuzione del proprio percorso formativo fino ai gradi più alti degli studi (art. 34 c. 3 e 4). Il fine costituzionale cui deve tendere tale attività statale è la promozione e la tutela della cultura (art. 9 c. 1), utilizzando – anche – lo

[60] Evidenzia la forzatura interpretativa di cui la disposizione è stata oggetto F. RIMOLI, *Le libertà culturali,* cit., 679.

[61] G. FONTANA, *sub art. 33,* cit., 686.

[62] Parla di «Stato regolatore e Stato erogatore» M. BETZU, *sub art. 9,* cit., 335.

[63] In Assemblea costituente questa disposizione venne votata all'unanimità senza discussione alcuna. L'unico emendamento, approvato all'unanimità, fu quello con cui si chiese di sostituire l'originaria espressione "al popolo" con l'attuale "a tutti".

[64] U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla),* in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 98. Per le diverse tesi si rinvia a A. POGGI, *sub art. 34,* cit., 704.

strumento dell'insegnamento, che è libero nel merito e nelle modalità di trasmissione (art. 33 c. 1)[65].

Così ricostruito l'apparato costituzionale, l'istruzione diventa un elemento dell'intero percorso educativo che si svolge anche all'interno delle famiglie del quale rappresenta la parte "pubblica", affidata allo Stato e ai suoi mezzi. Pertanto il legame che nel nostro ordinamento si instaura tra Stato e cultura è un legame forte, che ha radici solide contenute in doveri costituzionali, rappresentativi di un legislatore che non dovrebbe disinteressarsi al fenomeno dello sviluppo culturale, ma che, al contrario, dovrebbe promuovere e garantire mediante azioni concrete.

5. *Dalla Costituzione alla legge n. 354 del 1975*

È noto che l'attuazione dei principi costituzionali in ambito penitenziario abbia tardato ad arrivare. Dalla loro affermazione nella Carta costituzionale alla concreta adozione di norme che li rendessero (parzialmente) effettivi nei confronti di soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale, infatti, è trascorso un ventennio nel corso del quale pochi ed inefficaci sono stati i tentativi di riforma del sistema penitenziario[66]. Con riguardo all'istru-

[65] In questo senso C. cost. 21.02.2017 n. 42, punto 3.2 Cons. dir., in cui vengono ricostruiti ed esplicitati i principi costituzionali in materia di istruzione: «il principio di eguaglianza, anche sotto il profilo della parità di accesso all'istruzione, diritto questo che la Repubblica, ai sensi dell'art. 34, terzo comma, Cost., ha il dovere di garantire sino ai più alti gradi degli studi, ai capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi; la libertà di insegnamento, garantita ai docenti dall'art. 33, primo comma, Cost., la quale, se è suscettibile atteggiarsi secondo le più varie modalità, "rappresenta pur sempre una prosecuzione ed una espansione (sentenza n. 240 del 1974) della libertà della scienza e dell'arte; l'autonomia universitaria, riconosciuta e tutelata dall'art. 33, sesto comma, Cost., che non deve peraltro essere considerata solo sotto il profilo dell'organizzazione interna, ma anche nel "rapporto di necessaria reciproca implicazione" (sentenza n. 383 del 1998) con i diritti costituzionali di accesso alle prestazioni».

[66] Per una disamina dei provvedimenti e delle discussioni parlamentari che hanno portato all'adozione della legge n. 354/1975 si rinvia a E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit. e, più di recente, a C. G. De Vito, *Camosci e girachiavi-Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009. Ci si limita qui a ricordare il progetto di legge n. 2393 del 1960 presentato alla Camera dall'allora ministro di grazia e giustizia Gonella.

zione è utile fare un brevissimo cenno al disegno di legge n. 2393 del 1960 il quale, nella relazione preliminare, definiva l'istruzione un «aspetto basilare del trattamento inteso a finalità rieducative» che doveva essere preso in considerazione come «mezzo per l'affrancamento dello spirito dalla servitù dell'ignoranza e dello istinto nonché come mezzo efficace per l'acquisizione di quelle capacità che sono indispensabili per dare ad ogni individuo la possibilità di inserirsi quale non inutile membro della collettività»[67]. Delle varie attività che il progetto di riforma dedicava alla rieducazione dei detenuti, religione, lavoro e istruzione erano considerati nuovamente di «fondamentale importanza» (art. 59). Non si era ancora abbandonata, dunque, la dottrina delle "tre medicine" accolta dal legislatore fascista né era stata ancora superata l'idea per cui alla criminalità corrispondesse l'ignoranza e viceversa: si riteneva che l'istruzione fosse un «validissimo strumento di prevenzione della criminalità»[68] tanto che la disciplina volta alla prevenzione della delinquenza minorile era quasi esclusivamente dedicata all'istruzione.

Se è vero, pertanto, che in questa fase transitoria nasce un nuovo interesse pubblico per la materia penitenziaria tale da determinare una forte spinta per un intervento politico riformatore in questo settore[69], è altrettanto vero che «la prospettiva da cui si muoveva [nelle aule parlamentari] era quella della trasformazione complessiva dell'animo umano traviato del recluso più che del sostegno al suo reinserimento sociale»[70].

6. *La disciplina penitenziaria dell'istruzione*

Nell'ordinamento penitenziario del 1975 l'istruzione compare prima di tutto all'art. 15: «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi *principalmente* dell'istruzione,

[67] Punto 28 della relazione preliminare al d.d.l. n. 2393 del 1960.

[68] Punto 28 della relazione preliminare al d.d.l. n. 2393 del 1960.

[69] Come rilevato da G. Fiandaca, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 242 ss.

[70] C. G. De Vito, *Camosci e girachiavi-Storia del carcere in Italia,* cit., 36.

del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive, e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia». La disposizione, sulla scia del progetto del 1960, si riferisce all'istruzione quale mezzo cui «principalmente» avvalersi nel trattamento dei detenuti. Il significato che è stato attribuito all'utilizzo dell'avverbio, interpretazione che si ritiene di condividere, è quello per cui l'istruzione costituisce per il legislatore del '75 un mezzo irrinunciabile[71] per garantire ed espletare al meglio le funzioni della pena, ma non può considerarsi esclusivo nel percorso di riabilitazione del condannato o dell'internato, in quanto deve essere coordinato ed integrato con gli altri strumenti a tal fine previsti dal legislatore[72].

Oltre ad essere irrinunciabile e non esclusiva, l'istruzione, per la prima volta nella storia della disciplina penitenziaria, non è obbligatoria bensì facoltativa, ovviamente nei limiti costituzionalmente e legislativamente stabiliti nei confronti anche delle persone libere. Alla libertà di scelta che si pone in capo al detenuto, però, si accompagna l'obbligo in capo ai pubblici poteri, dal potere legislativo statale e regionale al Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria (DAP)[73], di assicurare ai detenuti la possibilità di istruirsi attraverso la predisposizione di strumenti non solo necessari ma, in virtù di quanto detto nel paragrafo precedente, anche adeguati. In altre parole, è stato autorevolmente osservato come «l'asse dell'obbligo in tema di istruzione si [sia] spostato dal detenuto all'amministrazione penitenziaria»[74]. La scelta per un'istruzione facoltativa risulta dettata da due importanti novità derivanti, l'una, dalla diversa concezione dell'essere umano che emerge da

[71] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 132 ss.

[72] Tra gli altri, G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 133 ss.; R. Sottanis, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 257; F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 317.

[73] Sui doveri dell'amministrazione penitenziaria N. Amato, *Diritto, delitto, carcere,* Milano, 1987, 252 ss.; G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 133; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

[74] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 130.

tutta la prima parte della Costituzione, l'altra, dalle risultanze socio-criminologiche cui si era approdati nei primi anni '70. Per un verso, quindi, il legislatore ben rispetta la libertà di autodeterminazione del singolo affidando a questi la scelta di accettare o meno la fruizione di servizi che lo Stato gli destina[75]; per altro verso, così facendo non rinuncia alle esigenze, anch'esse di rango costituzionale, di sicurezza e prevenzione essendo ormai sopravvenuta la consapevolezza dell'inesistenza di un legame tra ignoranza e criminalità, consapevolezza raggiunta anche grazie all'osservazione per cui l'istruzione, se imposta, non garantisce la diminuzione dei comportamenti illeciti sia all'interno delle stesse mura carcerarie, sia all'esterno una volta eseguita tutta la pena[76].

L'istruzione, allora, assume funzioni del tutto nuove rispetto alle precedenti: promuove la crescita personale dell'individuo consentendogli una formazione scolastica completa e stimolando ed alimentando i suoi interessi personali[77] e, con specifico riguardo ai soggetti detenuti, offre una valida, formativa e costruttiva alternativa per riempire le ore, percepite inevitabilmente come interminabili[78], passate all'interno dell'istituto. A ciò consegue che l'utilità dell'istruzione nel processo rieducativo non è direttamente proporzionale al livello scolastico-scientifico dell'insegnamento. Ai fini del trattamento ciò che rileva «è l'atmosfera dei valori in cui l'apprendimento avviene»[79], essendo la frequenza ai corsi che, di per sé, stimola la capacità di autodeterminazione del soggetto.

[75] In questo senso R. SOTTANIS, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. 258.

[76] «Parallelamente alla curva ascendente dell'istruzione, vi è stata un'ascesa della curva della criminalità» così G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991, 145. *Contra* E. FASSONE, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento,* cit., 140 in cui l'A. scrive: «se poi si ammette un'ulteriore relazione tra ignoranza e disoccupazione, o dequalificazione professionale, e tra queste ultime e il delitto, è ancor più difficile negare il valore fondamentale dell'istruzione».

[77] R. SOTTANIS, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. 258.

[78] Ad avviso di R. CICCOTTI, *Le attività culturali, ricreative e sportive nel processo rieducativo dei detenuti*, in *www.rassegnapenitenziaria.it*, l'istruzione costituisce per i soggetti detenuti una concreta via di fuga dall'inerzia determinata dal fattore temporale. Nello stesso senso M. CORALLI, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, cit.

[79] Così G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 145.

È sulla base di tali premesse che s'inserisce l'art. 19 Ord. Pen. specificamente dedicato all'istruzione. Il primo comma, relativo alla scuola dell'obbligo, prevede che: «negli istituti penitenziari la formazione culturale e professionale[80], è *curata* mediante l'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo e dei corsi di addestramento professionale, secondo gli ordinamenti vigenti e con l'ausilio di metodi adeguati alla condizione dei soggetti». La disposizione, tutt'altro che chiara, prescrive la *cura* della formazione scolastica attraverso l'organizzazione di corsi corrispondenti a quelli previsti per la scuola dell'obbligo. Alcuni autori ritengono che la prescrizione di un mero dovere di cura dell'istruzione ben potrebbe esimere i pubblici poteri dall'obbligo di assicurare il servizio scolastico ai soggetti detenuti[81]. Questa lettura, però, non sembra possa coincidere con i dettami costituzionali in materia di diritto allo studio. Un'interpretazione costituzionalmente orientata, invece – partendo dal presupposto che in capo ai soggetti ristretti vi sia un diritto soggettivo azionabile nei confronti dei pubblici poteri – vede nel primo comma dell'art. 19 l'espressione della volontà del legislatore di «impegnarsi al fine di assicurare al meglio» l'organizzazione scolastica negli istituti penitenziari[82], con l'ulteriore conseguenza di garantire la corrispondenza tra i programmi interni e quelli esterni al fine di permettere un'adeguata prosecuzione degli studi ai detenuti che terminino la loro pena durante l'anno scolastico[83]. Ancor più stringente appare l'interpretazione – fondata sul medesimo presupposto – per la quale nell'ordinamento penitenziario sarebbe prevista la «regolare organizzazione della

[80] Sulla quale si rinvia a D. Chinni, *Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale*, in questo volume.

[81] E. Fassone, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento,* cit., 133 ss. il quale ritiene che i ristretti vantino, nei confronti dello Stato, un mero interesse legittimo.

[82] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 132.

[83] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 134; M. Coralli, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, cit. Critico nei confronti della parificazione dei programmi E. Fassone, *op. ult. cit.*, 138, che ritiene umiliante e non costruttivo impartire i programmi ministeriali previsti per bambini dai 6 agli 11 anni a ragazzi detenuti di età compresa tra i 20 e 30 anni. Invero l'amministrazione ha ritenuto di equiparare i programmi penitenziari a quelli delle «altre scuole per adulti» (circ. min. 14/07/1976 n. 484642/11-6).

scuola dell'obbligo senza alcun limite di accesso»[84]. Quest'ultima lettura, sebbene sia quella che maggiormente darebbe attuazione ai principi costituzionali in materia, non sembra, però, rispettare il dato letterale della disposizione: l'espressione "cura", ad avviso di chi scrive, non conferirebbe alcun concreto vincolo alla disciplina regolamentare se non di tipo programmatico. Lo stesso vale per il secondo comma. L'art. 19, infatti, prosegue dedicandosi ai detenuti cc.dd. "giovani-adulti"[85] sancendo che alla loro formazione culturale e professionale debba essere fornita «*particolare cura*». La maggiore attenzione che viene dedicata a questa categoria di soggetti, lungi dall'attribuire minor peso al primo comma, deriva da una presunzione di carattere socio-pedagogico: si ritiene, in generale, che i ragazzi di età compresa tra i 18 e i 25 anni siano più inclini alla delinquenza e più propensi ad atti di violenza[86]. Trovandosi in una «fase evolutiva di tipo adolescenziale, ancorché terminale»[87], questi appaiono maggiormente bisognosi di ricevere un servizio scolastico che gli garantisca una crescita personale consapevole ed un reale apprendimento culturale e professionale, ancor più se si tiene presente che nella maggior parte dei casi per questi ragazzi la scuola costituisce un ricordo negativo di alienazione sociale[88].

La cura di cui ai primi due commi dell'art. 19, allora, si potrebbe tradurre in un atteggiamento di mera incentivazione, confermato, tra l'altro, dall'art. 41, comma 4, reg. esec. nella parte in cui prescrive alla direzione degli istituiti di *favorire* la partecipazione ai corsi, siano essi a livello della scuola dell'obbligo, ovvero del triennio della scuola secondaria superiore.

Il carattere programmatico delle due disposizioni suscita, ai nostri occhi, seri dubbi di legittimità costituzionale poiché le due disposizioni non sembrano porre quei vincoli concreti che

[84] R. Sottanis, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. 260.

[85] Con questa espressione vengono indicati i ragazzi di età compresa tra i 18 e i 25 anni. Anche in ambito sovranazionale, come si vedrà in seguito, è dedicata particolare attenzione a questa categoria di detenuti.

[86] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 134.

[87] *Ibidem*.

[88] V. Pranzini, *Giovani in carcere*, Roma, 1978, 91 ss.

la Carta costituzionale pone in capo agli organi che dovranno dare effettiva attuazione al diritto allo studio in carcere (che si tratti del legislatore regionale o dell'Amministrazione penitenziaria). A tale affermazione potrebbe obiettarsi che il legislatore penitenziario, nell'impegnarsi a curare la formazione culturale, dia per presupposta e sottointesa la diretta vincolatività delle norme costituzionali in materia di istruzione, rafforzando il proprio impegno attraverso la particolare dedizione con cui cura la formazione culturale. Certo tale obiezione permetterebbe di salvare dall'incostituzionalità l'art. 19, ma, si ribadisce, si basa su un'interpretazione che si pone oltre i confini del limite testuale dell'art. 19.

La giurisprudenza costituzionale in tema di diritto allo studio di soggetti disabili può offrire alcuni elementi a sostegno della illegittimità dell'art. 19 Ord. Pen. Con la sentenza n. 215 del 1987, infatti, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che attribuiva al legislatore il mero compito di facilitare la frequenza della scuola, nel caso di specie superiore, ai soggetti portatori di handicap. La disposizione oggetto del giudizio, in base alla quale «[è] facilitata la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie»[89], viene definita dalla Corte disposizione a «contenuto esclusivamente programmatorio» che esprime «solo un generico impegno ed un semplice rinvio ad imprecisate e future facilitazioni». Tale generico impegno non sarebbe idoneo a garantire la certezza del diritto allo studio in modo «pieno»[90]. Da qui la sentenza sostitutiva della Corte, che dichiara la disposizione incostituzionale «nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicap, prevede che "sarà facilitata" anziché disporre che "é assicurata" la frequenza alle scuole medie superiori».

La disciplina legislativa in materia di diritto allo studio, anche quando, e oserei dire soprattutto, sia indirizzata a specifiche categorie di soggetti per le quali l'effettività del diritto potrebbe essere compromessa da situazioni concrete di difficoltà, deve essere

[89] Art. 28, terzo comma, della legge n. 118 del 1971.

[90] Punto 4 del Considerato in diritto.

caratterizzata, per essere conforme a Costituzione, dalla presenza di espresse e stringenti disposizioni che abbiano «valore immediatamente precettivo e cogente»[91]. Sarebbe quantomeno opportuna, allora, una modifica dell'art. 19 nei seguenti termini: «negli istituti penitenziari la formazione culturale e professionale, è *assicurata* mediante l'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo […]», modifica che non sembra possa avvenire neanche in sede di adozione dei futuri decreti delegati, posto che la legge n. 103 del 2017 impone all'esecutivo un generico «rafforzamento dell'istruzione […] qual[e] element[o] central[e] del trattamento dei detenuti minorenni»[92]. Oltre alla genericità del termine "rafforzamento", che certamente indica un miglioramento del sistema scolastico penitenziario ma non necessariamente una perfetta corrispondenza ai principi costituzionali quale quella auspicata, l'ulteriore criticità della delega penitenziaria potrebbe derivare dal riferimento della disposizione ai soli detenuti minorenni. A ben vedere, però, il disegno di legge impone anche «l'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni *quantomeno* ai detenuti giovani adulti»[93], consentendo, ma non imponendo, che in sede di decretazione le eventuali maggiori garanzie apportate vengano estese a tutti i detenuti studenti[94].

Le criticità dell'impianto normativo penitenziario in tema di istruzione si acuiscono, poi, con il terzo comma dell'art. 19 secondo cui «con le procedure previste dagli ordinamenti scolastici *possono* essere istituite scuole d'istruzione secondaria di secondo grado negli istituti penitenziari». Lampante è il diverso tenore con cui il legislatore si esprime in questa disposizione. Prescrivendo una mera facoltà di istituire scuole secondarie superiori, la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 33 Cost. – nella parte in cui prevede che la Repubblica istituisce scuole di ogni ordine e grado – in combinato disposto con l'art. 34, comma 1 – non garantendo, in questo modo, tanto l'accesso alla scuola quanto un'istruzione

[91] Punto 9 del Considerato in diritto.

[92] Art. 1, comma 85, lett. p), n. 7.

[93] Art. 1, comma 85, lett. p), n. 3.

[94] A contraddire questa lettura non sembra possa rilevare la posizione precedente della previsione di cui al n. 3 rispetto a quella di cui al n. 7 della lettera p) dell'art. 85.

adeguata[95] per i detenuti che abbiano completato il corso di studi obbligatorio ma vogliano proseguire con i corsi successivi. A tentare di porre parziale rimedio a questo problema[96] è intervenuto il legislatore del 2000 che, nel nuovo Regolamento di esecuzione, ha introdotto l'art. 43, primo comma, a tenore del quale: «i corsi di istruzione secondaria superiore, comprensivi della scolarità obbligatoria prevista dalle vigenti disposizioni, *sono organizzati*, su richiesta dell'Amministrazione penitenziaria, dal Ministero della pubblica istruzione a mezzo della istituzione di succursali di scuole del predetto livello in determinati istituti penitenziari». La disposizione sembrerebbe introdurre un obbligo più stringente[97], se non fosse per l'inciso "su richiesta dell'Amministrazione penitenziaria", che attribuisce a quest'ultima una discrezionalità tale da non consentire una reale attuazione dell'obbligo di istituire scuole di ogni ordine e grado che accolgano tutti coloro che ne vogliano usufruire: rischio tutt'altro che ipotetico considerando la scarsità numerica dei corsi di scuola superiore attivati negli istituti penitenziari[98].

A ciò si aggiunga un'ulteriore discrepanza data dalla mancata modifica dell'Ordinamento Penitenziario in sede di riordino del sistema scolastico: oggi l'istruzione obbligatoria comprende la scuola primaria (scuole materne ed elementari), la scuola secondaria di primo grado (scuole medie) e la scuola secondaria di secondo grado per i primi due anni (ginnasio dei licei e biennio degli istituti tecnici e professionali). A tale modifica non si è accompagnato un adeguamento delle norme ordinarie penitenziarie, che ancora oggi

[95] Ipotizza la violazione dell'art. 33 M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione,* cit., 136.

[96] In questo senso M. CORALLI, *Istruzione in carcere: aspetti giuridici e sociologici*, cit.

[97] L'art. 43 trova il suo precedente nel 4° comma dell'art. 41 dell'abrogato Regolamento: al fine di «agevolare i condannati e gli internati che, pur avendo il titolo di studio richiesto, non siano in condizioni di frequentare i corsi regolari […] la direzione dell'istituto richiede alla presidenza di una vicina scuola secondaria di secondo grado di assistere coloro che manifestano seria aspirazione alla prosecuzione degli studi nello svolgimento individuale dei programmi di istruzione».

[98] Come rilevato da M. RUOTOLO, *op. ult. cit*., 137.

non includono nella scuola dell'obbligo il biennio delle scuole superiori di secondo grado[99].

Anche volendo ritenere, dunque, che il primo comma dell'art. 19 sottintenda l'obbligatorietà di istituire corsi di istruzione obbligatoria, dal combinato disposto tra questo e il terzo comma non risulta in ogni caso garantita la presenza di corsi per tutto il ciclo scolastico obbligatorio, rimanendo escluso il biennio della scuola secondaria superiore.

Simile appare la situazione guardando allo studio universitario: al riguardo il penultimo comma dell'art. 19 prevede che «[sia] *agevolato* il compimento degli studi dei corsi universitari ed equiparati [e sia] *favorita* la frequenza a corsi scolastici per corrispondenza, per radio e per televisione». L'ancor minore grado di incisività[100] dell'intervento statale richiesto dalla disposizione porta condivisibilmente a ritenere che il legislatore abbia attribuito agli studi di livello universitario «un'importanza di grado minore, ai fini della rieducazione, rispetto ai corsi dei livelli inferiori»[101]. Anche il Regolamento penitenziario si occupa degli studi universitari all'art. 44: oltre a prevedere strumenti concreti di agevolazione per i detenuti che intendano proseguire o iniziare un percorso universitario – ad esempio l'esonero dal lavoro, la possibilità di tenere in cella strumenti utili per lo studio, e così via – la disposizione introduce un sistema di raccordo tra Amministrazione penitenziaria e Accademie universitarie consistente nella possibilità di stipulare intese. Il sistema delle intese, prescritto anche dal vecchio regolamento penitenziario, non è, però, risultato idoneo a garantire il concreto esercizio del diritto allo studio né ha dato concreta attuazione all'art. 34, secondo comma, Cost. Il diritto dei detenuti di raggiungere i gradi più alti degli studi, infatti, si scontra con numerosi

[99] M. Coralli, *Istruzione in carcere: aspetti giuridici e sociologici*, cit. fa derivare da questa discrepanza che la disciplina della scuola obbligatoria non è dettata dalla sua obbligatorietà bensì dal livello di istruzione dei corsi.

[100] Di diverso avviso E. Fassone, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento,* cit., 134, il quale ritiene tutte le espressioni dell'art. 19 escludenti l'obbligatorietà dell'intervento statale.

[101] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 134. Nello stesso senso M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione,* cit., 134.

ostacoli. Ostacoli di ordine pratico sono costituiti dalla concreta difficoltà a frequentare i corsi universitari (soprattutto negli istituti nei quali non sono istituiti poli universitari interni, fenomeno, per fortuna, in crescita[102]) nonché dalla difficoltà a sostenere gli esami data la poca disponibilità, in certi casi, e la effettiva difficoltà, in altri, dei docenti universitari a recarsi negli istituti; agli ostacoli di ordine pratico si è tentato di porre rimedio attraverso l'introduzione dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* Ord. Pen., il quale estende la possibilità di usufruire dello strumento del permesso anche quando questo serva a consentire di coltivare interessi culturali, in ciò rientrando, almeno ipoteticamente, le ipotesi di frequenza a lezioni, convegni o seminari nonché la presenza e la sostenibilità degli esami universitari. Fino alla loro introduzione, infatti, l'unico strumento previsto a garanzia del diritto allo studio universitario era il trasferimento in altro istituto già provvisto dell'intesta con un'università. I permessi non potevano essere concessi se non per eventi familiari di particolare gravità, rimanendo esclusa qualsiasi altra ipotesi. Tale esclusione, oltretutto, non è stata considerata dalla Corte costituzionale lesiva né del diritto allo studio né del divieto di discriminazione, né, tantomeno del terzo comma dell'art. 27 Cost., in quanto, ha affermato la Corte, l'ordinamento, ammettendo la possibilità del trasferimento, «non frappone nessun ostacolo all'esercizio da parte dei detenuti del diritto allo studio»[103]. L'art. 30-*ter* ha certamente, dunque, avuto il merito di ampliare le ipotesi concrete di attuazione del diritto allo studio universitario ma, a nostro avviso, non appare comunque sufficiente. La concessione del permesso premio, infatti, potrebbe essere legittimamente negata dal magistrato di sorveglianza qualora non sussistano i

[102] Cfr. la *Relazione del Ministero sull'amministrazione della Giustizia – anno 2016 – DAP*, liberamente consultabile su *www.giustizia.it.* Una breve rassegna dei progressi in materia si trova in F. MANDATO, *Carcere e università: da Nord a Sud percorsi di studio per i detenuti*, in *www.ristretti.org*, 25 giugno 2017.

[103] C. cost. n. 77 del 1984. Poco condivisibile la decisione della Corte, che non tiene conto del fatto che la costrizione al trasferimento, oltre a disincentivare i detenuti ad intraprendere un percorso di studi universitari, potrebbe, in certi casi, determinare per il detenuto un allontanamento dagli affetti familiari limitando ulteriormente i già esigui contatti con l'esterno e dunque il loro diritto all'affettività. Sul mantenimento dei rapporti affettivi si veda S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in questo volume.

presupposti, ispirati a ragioni di sicurezza, in base ai quali può essere disposta. Per ottemperare ad entrambe le esigenze, garanzia del diritto allo studio e sicurezza sociale, allora, sarebbe sufficiente che all'interno di ogni istituto di detenzione venisse garantita, quantomeno per i soggetti esclusi dall'applicazione dell'art. 30-*ter*, la presenza dei docenti universitari almeno al fine di sostenere gli esami, presenza che non può dirsi garantita dalla mera agevolazione del compimento degli studi universitari di cui all'art. 19 Ord. Pen. Anche in questo caso, allora, sarebbe a dir poco opportuna, se non costituzionalmente necessaria, la sostituzione dell'agevolazione con l'assicurazione del diritto agli studi universitari.

Perfettamente in linea con i precetti costituzionali appaiono, invece, tutti quegli strumenti previsti dall'ordinamento penitenziario e dal regolamento esecutivo volti a favorire ed incentivare la partecipazione dei detenuti a tutte le attività finalizzate alla formazione culturale[104]. In tal senso sono risultati particolarmente efficaci i benefici economici previsti dall'art. 45 reg. esec. nei confronti dei detenuti che frequentino scuole fino al secondo grado o corsi universitari. In particolare, perfettamente in linea con il terzo e il quarto comma dell'art. 34 Cost. appare la previsione di cui al comma quarto dell'articolo in questione: «A conclusione di ciascun anno scolastico, agli studenti che seguono corsi individuali di scuola di istruzione secondaria di secondo grado e che hanno superato gli esami con effetti legali, nonché agli studenti che seguono corsi presso università pubbliche o equiparate e che hanno superato tutti gli esami del loro anno, vengono rimborsate, qualora versino in disagiate condizioni economiche, le spese sostenute per tasse, contributi scolastici e libri di testo, e viene corrisposto un premio di rendimento nella misura stabilita dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria». Un premio di rendimento, inoltre, viene attribuito a tutti i detenuti meritevoli a prescindere dalle loro condizioni economiche sulla base del sesto comma dell'art. 45. Tale previsione sembrerebbe determinare una discriminazione nei confronti degli studenti liberi per i quali l'otteni-

[104] Per una completa trattazione di tali strumenti v. C. Brunetti, M. Ziccone, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2010.

mento di simili premi viene considerato condizionato dall'essere privi di mezzi – almeno secondo la tesi, che non si ritiene di condividere, per cui l'inciso "anche se privi di mezzi" di cui all'art. 34 Cost. avrebbe in tal senso efficacia preclusiva[105]. Il premio di rendimento non parrebbe essere l'unica ipotesi di discriminazione "al contrario" operata dall'ordinamento penitenziario. Anche l'esenzione dal pagamento del *ticket* sanitario[106] di cui gode tutta la popolazione carceraria a prescindere dal reddito ha suscitato le stesse perplessità[107]. A nostro avviso, infatti, lungi dal costituire mera questione di principio[108], garantire cure gratuite a qualcuno *per il solo fatto* di essere un soggetto sottoposto a restrizione della libertà personale non trova alcuna giustificazione nel testo costituzionale. A ben vedere, la ricostruzione argomentativa sull'eventuale violazione dell'art. 32 è differente rispetto a quella del quarto comma dell'art. 34. La gratuità delle cure agli indigenti potrebbe essere paragonata, per *ratio* e tenore letterale, alla gratuità dell'istruzione inferiore di cui al secondo comma dell'art. 34, garantita indistintamente a tutti, fondandosi entrambe su una situazione di fatto: l'indigenza in un caso, l'obbligatorietà nell'altro. Il fruitore della prestazione, infatti, non ha alcuna possibilità di incidere sul presupposto della gratuità. I premi di rendimento, invece, vengono corrisposti in virtù di una situazione che può essere determinata solo dal soggetto fruitore, in quanto dimostri di essere capace e meritevole. Così, la natura della prestazione sanitaria e quella del premio di rendimento sono assolutamente differenti: la prima si caratterizza per essere una prestazione necessaria, universale, e quindi che dovrebbe essere fornita con uguaglianza di trattamento; il premio di rendimento, invece, non costituisce alcuna prestazione dello Stato ma solo uno strumento di incentivazione giustificato, tra l'altro, dalla promozione della cultura di cui

[105] Tale critica viene mossa da R. SOTTANIS, *Ordinamento penitenziario Commentato*, cit., 279-280.

[106] Art. 1, co. 6, d. lgs. n. 230 del 1999 e art. 18, co. 1, Reg. esec.

[107] M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2015, 20 ss.

[108] Differentemente da M. CAREDDA, *op. ult. cit.,* 21, la quale ritiene che l'esenzione derivi da esigenze di semplificazione, data la concreta difficoltà di verificare la situazione reddituale dei soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale.

all'art. 9 Cost. A conferma di questa ricostruzione vale il rimborso delle spese scolastiche previsto dall'art. 45 reg. esec. per chi versi in disagiate condizioni economiche, il quale, appunto, permette di fruire della prestazione scolastica anche a chi economicamente non riuscirebbe a fruirne. Come si evince da quanto appena detto, allora, la previsione di un premio di rendimento incondizionato non sembrerebbe determinare una discriminazione "al contrario" fintanto che l'art. 45 reg. esec. garantisce il rimborso delle spese scolastiche in relazione al reddito, mentre, al contrario, la gratuità incondizionata delle prestazioni sanitarie non sembra trovi alcuna giustificazione costituzionale.

Allora, se nel caso del *ticket* sanitario la discriminazione verrebbe determinata dal maggiore grado di tutela che l'ordinamento attribuisce alla popolazione carceraria rispetto ai soggetti liberi – su cui grava l'onere di dimostrare l'eventuale stato di indigenza – , nel caso dei premi di rendimento questa sarebbe determinata dall'eventuale minor grado di tutela di cui godrebbero i soggetti liberi qualora i medesimi premi gli venissero corrisposti solo se indigenti (eventualità che, allo stato, non sembrerebbe verificarsi).

7. *Libri e biblioteche*

Come anticipato nella premessa del presente lavoro, la trattazione della disciplina penitenziaria in materia di diritto alla cultura sarà limitata alle disposizioni relative alle biblioteche e all'acquisto dei libri, essendo strettamente legate allo svolgimento dell'attività scolastica.

L'art. 12 Ord. Pen., rubricato «Attrezzature per attività di lavoro di istruzione e di ricreazione», dispone, infatti, che «negli istituti penitenziari, secondo le esigenze del trattamento, sono approntate attrezzature per lo svolgimento di attività lavorative, di istruzione scolastica e professionale, ricreative, culturali e di ogni altra attività in comune». Le biblioteche, di cui ogni istituto deve essere fornito, costituiscono una necessaria ma non esclusiva attrezzatura per lo svolgimento delle attività di istruzione scolastica. Queste, *ex* art. 12, devono essere fornite di libri e periodici che vengono

scelti da una commissione composta dal magistrato di sorveglianza, dal direttore, dal medico, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale e alla loro gestione partecipano i rappresentanti dei detenuti. La partecipazione dei detenuti alla gestione della biblioteca scongiura il rischio di una conduzione discrezionale da parte dell'Amministrazione penitenziaria, la quale ben potrebbe ripristinare la funzione di indottrinamento che la lettura aveva nella vigenza dell'ordinamento penitenziario pre-repubblicano[109]. Nella stessa direzione si muovono l'ultimo comma dell'art. 19, che attribuisce ai detenuti piena libertà di scelta delle letture oltre a favorire l'accesso a tutte le pubblicazioni presenti all'interno delle biblioteche, e il sesto comma dell'art. 18, che consente ai detenuti di tenere con sé tutti i libri la cui vendita sia consentita all'esterno degli istituti, con ciò parificando il loro diritto di accesso alla cultura a quello dei liberi. La varietà delle fonti di cultura cui possono accedere i ristretti deriva dall'accoglimento, almeno sul piano teorico, del principio di pluralismo culturale ed ideologico operato dal legislatore del 1975[110], principio che sottende anche la disciplina regolamentare in materia. Il Regolamento esecutivo del 2000, infatti, prescrive al primo comma dell'art. 21 che, «a mezzo di opportune intese», sia garantita la lettura dei testi disponibili presso le biblioteche pubbliche esterne, ed esplicita il principio pluralista al secondo comma[111] affermando che «nella scelta dei libri e dei periodici si deve realizzare una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società».

Un'ultima riflessione deve essere svolta con riguardo alla possibilità di acquistare libri all'esterno del carcere. Il Regolamento esecutivo menziona tale possibilità all'art. 57, con cui viene disciplinato il peculio, vale a dire «la parte della remunerazione riservata ai detenuti lavoratori, il danaro posseduto all'atto dell'ingresso in istituto, quello ricavato dalla vendita degli oggetti di loro proprietà

[109] C. Brunetti, M. Ziccone, *Diritto penitenziario,* cit., 199.

[110] In questo senso M. Coralli, *Istruzione in carcere: aspetti giuridici e sociologici*, cit.

[111] Come rilevato da D. Verrina, *Ordinamento penitenziario commentato*, I, Padova, 2011, 164-165.

o inviato dalla famiglia e da altri o ricevuto a titolo di premio o di sussidio» (art. 25 Ord. Pen.). L'ordinamento penitenziario, però, non consente ai detenuti di utilizzare tutto il loro denaro, attribuendo al DAP il compito di stabilire ogni anno l'ammontare della parte a tal fine disponibile. Conformemente ai principi in materia di accesso alla cultura, però, il settimo comma dell'art. 57 ammette che i direttori dei singoli istituti possano autorizzare l'utilizzo di somme eccedenti quelle disponibili soltanto qualora queste siano destinate all'acquisto di strumenti, oggetti e libri occorrenti per attività di studio e lavoro[112]. Ancora una volta, dunque, solo in sede di regolamentazione si è data attuazione ai principi di cui all'art. 9 Cost. senza che questi siano espressi in sede legislativa, riproponendosi, ancora una volta, perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della legge n. 354 del 1975.

8. *Brevi cenni alla normativa sovranazionale*

La normativa comunitaria e quella internazionale in materia di istruzione e cultura all'interno degli istituiti penitenziari risultano sostanzialmente ispirate ai medesimi principi che sottintendono la normativa nazionale. In particolare, dalla lettura complessiva delle disposizioni in materia[113] emerge chiaramente il ruolo che, il legislatore internazionale prima e quello europeo poi, hanno attribuito alla formazione scolastica nel percorso di risocializzazione del detenuto: anche in queste sedi l'istruzione ha assunto la veste di elemento imprescindibile del trattamento. Un elemento di modernità rispetto al nostro ordinamento è dato, invece, dalla maggiore considerazione

[112] Condivisibile appare in materia la recente sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017 nella quale viene negato che costituisca una lesione del diritto allo studio la limitazione, giustificata per motivi di sicurezza, che l'amministrazione penitenziaria può porre alle modalità attraverso le quali i detenuti in regime di 41-*bis* possono acquisire libri provenienti dall'esterno, essendone comunque garantito l'acquisto per il tramite dell'amministrazione stessa. Sulla decisione si rinvia a A. Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, in questo volume.

[113] Artt. 28 e 106 delle Regole penitenziarie europee, Raccomandazione R (2006)2, e artt. 66 e 77 delle «Regole minime per il trattamento detenuti», Ris. O.N.U. 30/08/1955.

che la normativa europea dà alle aspirazioni personali dei detenuti studenti nella parte in cui, all'art. 28 Reg. pen. eur., raccomanda che i programmi d'istruzione offerti dagli istituti penitenziari debbano prenderle in considerazione. Sia la normativa europea sia quella internazionale, inoltre, sanciscono espressamente, diversamente dal nostro ordinamento interno, il fine cui deve tendere la parificazione dei programmi intramurari e nazionali, che è quello di consentire al termine della detenzione la prosecuzione degli studi ovvero un completo reinserimento nella società.

Nonostante questi elementi di distinzione rispetto al nostro ordinamento penitenziario, però, il presupposto su cui si fondano tanto la disciplina interna quanto quella esterna è lo stesso: l'istruzione viene considerata un elemento (irrinunciabile, fondamentale o primario) del trattamento penitenziario. Vedremo di seguito che forse tale impostazione andrebbe superata, riconsiderando il ruolo della formazione scolastica a prescindere dalla condizione di detenzione.

9. *Il Tavolo 9 degli Stati Generali sull'esecuzione penale e il suo, incerto, futuro*

Come noto in tempi recenti si sono svolti gli Stati Generali sull'esecuzione penale. All'istruzione e alla cultura è stato dedicato il Tavolo 9, durante il quale è emersa l'esigenza di rivedere il ruolo che l'istruzione dovrebbe assumere nel trattamento penitenziario. Di estrema modernità appare l'idea, che a nostro avviso dovrebbe essere coltivata, per cui i percorsi di istruzione dovrebbero considerarsi come percorsi autonomi, che si connotano di una certa estraneità alla rieducazione in sé considerata dovendo avere nei suoi riguardi un riflesso indiretto. Sulla base di queste premesse sono state presentate una serie di raccomandazioni al legislatore volte non solo a dare all'istruzione e alla cultura una forma nuova rispetto al passato, ma anche a porre rimedio al divario esistente tra la normativa legislativa e regolamentare e la sua concreta effettività. A titolo esplicativo si riportano di seguito alcune raccomandazioni:

- istituzione dei CPIA (Centri Provinciali per l'istruzione degli adulti, già presenti nel sistema scolastico esterno) anche per gli Istituti penitenziari;
- predisposizione del c.d. libretto formativo;
- istituzione di sportelli di orientamento e *counseling;*
- istituzione di una vera e propria rete di coordinamento tra i vari livelli, nazionale, regionale e del singolo Istituto.

L'elemento che accomuna queste raccomandazioni è, certamente, il coordinamento sul territorio dei sistemi mediante i quali i singoli istituti possono dare piena attuazione al diritto allo studio, che deve essere coadiuvato, per essere efficace ai fini della responsabilizzazione del reo, da strumenti di individualizzazione del percorso formativo non potendosi trascurare, anche sulla scorta della normativa sovranazionale, le aspirazioni, i bisogni e le attitudini dei detenuti soggettivamente intesi.

Alla chiusura degli Stati Generali ha fatto seguito l'approvazione della legge n. 103 del 2017 intitolata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario». Come visto in precedenza, il legislatore delegante si occupa di istruzione in un'unica disposizione in cui stabilisce che in sede di decretazione delegata il Governo dovrà ispirarsi al criterio del «rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti». La tendenza, almeno nell'intenzione del legislatore, sembrerebbe quella di una maggiore e più forte garanzia del diritto allo studio, con particolare riguardo ai detenuti minori e ai giovani-adulti. Il criterio del rafforzamento sembrerebbe poter far sperare in un recepimento delle raccomandazioni fatte dagli Stati Generali da parte del legislatore delegato, al quale è lasciato ampio spazio di intervento quantomeno per rimuovere gli ostacoli che le attuali realtà carcerarie e scolastiche frappongono all'effettivo godimento del diritto allo studio. L'ampio margine interpretativo lasciato al Governo in sede di decretazione legislativa delegata, però, non sembra possa includere l'ipotesi di una rivisitazione teorica della funzione dell'istruzione all'interno delle carceri. Anche volendo sperare che il Governo introduca norme di individualizzazione

dei percorsi formativi e preveda un sistema di coordinamento nazionale del sistema scolastico detentivo, attraverso il recepimento delle raccomandazioni del Tavolo 9, l'art. 15 Ord. Pen. non potrebbe, allo stato attuale, essere modificato nel senso auspicato nelle pagine precedenti.

La delega, infatti, pur imponendo il rafforzamento dell'istruzione, la definisce sempre come elemento centrale del trattamento dei detenuti. Una modifica dell'art. 15 nel senso di svincolare la formazione scolastica dalla funzione di rieducazione del trattamento determinerebbe, inequivocabilmente, un vizio di eccesso di delega. Non pare, dunque, che di fronte a noi si prefiguri un percorso di moderna, consapevole e fruttuosa riforma del sistema scolastico penitenziario, per la quale, in ogni caso, può solo attendersi un intervento del Parlamento.

L'unica speranza, che comunque non determinerebbe una rivoluzione teorica in tal senso ma, quantomeno, contribuirebbe a configurare il diritto allo studio come diritto soggettivo conformemente a quanto previsto dalla Costituzione, potrebbe essere quella di un intervento sostitutivo della Corte costituzionale in relazione a *tutti* i predicati verbali di cui è composto l'art. 19 Ord. Pen. Strada impervia, anche in considerazione del fatto che a tal fine sarebbe necessario sollevare cinque autonome questioni di legittimità la cui rilevanza non può essere la stessa, dati i diversificati ambiti in cui intervengo i vari commi dell'articolo. L'unica semplificazione che potrebbe ipotizzarsi sarebbe una dichiarazione di illegittimità consequenziale, ricorrendo, in questo caso, la circostanza della "similitudine" di norme che violano la medesima disposizione costituzionale nei medesimi termini che, in altre occasioni, la Corte ha ritenuto riferibile, anche se non condivisibilmente, all'ipotesi di cui all'art. 27 della legge n. 87 del 1953. Certo, ad avviso di chi scrive, l'intervento sostitutivo e consequenziale che si è auspicato esporrebbe la Corte a notevoli critiche. Non sarebbe allora ancor più opportuno, se non necessario, cogliere l'occasione fornita dalla delega appena approvata in Parlamento per modificare l'art. 19 Ord. Pen. nel senso che lo renderebbe conforme a Costituzione? Non resta che attendere l'intervento del Governo.

Elisa Olivito

La libertà religiosa

SOMMARIO: 1. Il rilievo del fattore religioso in carcere: strumento di disciplinamento o diritto di libertà? – 2. L'assistenza religiosa e la libertà di culto in carcere – 3. Istanze delle persone detenute in materia religiosa e pluralismo: alimentazione, simboli religiosi, regimi penitenziari differenziati – 4. Eguaglianza, laicità e principio "anti-maggioritario" nella garanzia dei diritti di libertà religiosa delle persone detenute.

1. *Il rilievo del fattore religioso in carcere: strumento di disciplinamento o diritto di libertà?*

In un ordinamento costituzionale, perché la libertà religiosa possa ritenersi garantita non è sufficiente un atteggiamento di mera tolleranza verso il fattore religioso[1]; al contrario, in presenza di manifestazioni esteriori, essa può dirsi tutelata solo quando vi siano i presupposti per il suo effettivo godimento, in condizioni di eguaglianza sostanziale e nel pieno rispetto del principio di laicità. Diversamente, non di autentica libertà può parlarsi, ma di graziosa concessione o di odioso privilegio in favore di alcuni soltanto.

Se, però, ci si pone nella prospettiva di istituzioni totali come gli istituti di pena, la libertà religiosa è costretta a fare i conti sia con le logiche di sorveglianza, di sicurezza e di soggezione speciale proprie di tali luoghi, sia con le peculiarità di un ordinamento penitenziario che ancora risente di evidenti discrasie nei rapporti fra lo Stato e (alcune) confessioni religiose. Entrambi i fattori, quindi, incidono notevolmente sulla concreta possibilità di esercizio dei diritti legati alla sfera religiosa.

È, pertanto, utile volgere lo sguardo all'evoluzione della nor-

[*] Il presente contributo riprende e aggiorna il lavoro *Se la montagna non viene a Maometto. La libertà religiosa in carcere alla prova del pluralismo e della laicità*, già pubblicato nel fasc. 2/2015 di *Costituzionalismo.it*.

[1] Cfr. F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, I, Torino, 1901, 12.

mativa in ambito penitenziario, perché ciò consente di cogliere i cambiamenti che hanno interessato la presenza del fattore religioso in carcere e le criticità che tuttora permangono. Dall'Unità d'Italia a oggi, i termini del rapporto tra carcere e religione sono stati per molti versi segnati dall'andamento delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa cattolica e dalle speculari letture del principio di laicità. Anche all'interno delle strutture penitenziarie il ruolo assegnato alla religione cattolica ha costituito la matrice principale, attorno alla quale sono state tracciate le garanzie della libertà religiosa e le sue concrete modalità di svolgimento[2]. È, dunque, ai margini di tale matrice che si sono venuti lentamente configurando i diritti dei detenuti non credenti e di quelli appartenenti ad altre confessioni religiose.

Nel sistema penitenziario italiano, peraltro, la conformazione della libertà religiosa sulla falsariga della posizione riconosciuta alla religione cattolica è andata per molto tempo di pari passo con l'impiego di quest'ultima in funzione disciplinare. Il nesso tra i due profili si è rafforzato soprattutto a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, quando la presenza in carcere del fattore religioso ha cominciato a essere "istituzionalizzata". Se già lo Statuto albertino, nel riconoscere la religione cattolica come la sola religione di Stato, aveva previsto che gli altri culti fossero meramente tollerati (art. 1), il doppio binario di tutela si proiettò sull'organizzazione degli stabilimenti penitenziari, determinando un uso della religione (cattolica) a servizio del potere statale di controllo e di emendamento dei detenuti.

La strumentalizzazione dell'elemento religioso a tali fini apparve evidente sin dall'emanazione del R.D. n. 413 del 1862 (Regolamento generale per le Case di pena del Regno), che all'interno degli istituti di pena introdusse la figura del cappellano, nominato

[2] L'influenza della dottrina e della Chiesa cattolica sul sistema carcerario va, peraltro, ben oltre l'assistenza spirituale ai detenuti, potendo rinvenirsi nell'uso stesso della reclusione a fini punitivi e rieducativi: cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 102 ss. e, in termini più ampi, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, 154 ss. Per l'influsso della dottrina cattolica sulle discussioni dell'Assemblea costituente in ordine al significato da attribuire alla pena si veda E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 75 ss.

dal Ministro di Grazia e Giustizia su delega del Re e senza necessità di previo consenso da parte dell'autorità ecclesiastica. Il cappellano, peraltro, non era chiamato soltanto ad assicurare l'adempimento delle pratiche religiose[3]. In qualità di personale aggregato, alle dirette dipendenze del direttore della casa di pena, egli aveva numerosi compiti: sovrintendere allo svolgimento dell'istruzione scolastica (art. 100), annotare su un apposito registro la condotta morale e religiosa dei detenuti, comunicando al direttore tutte le informazioni utili (artt. 102-103), prendere parte, in qualità di membro del Consiglio di disciplina locale (art. 346), alla procedura di consegna delle punizioni e di erogazione dei premi (artt. 102 e 345).

Cionondimeno, in conformità all'atteggiamento separatista e anticlericale dello Stato liberale[4], l'inquadramento del cappellano nell'organizzazione penitenziaria non rifletteva l'esigenza di garantire la libertà religiosa dei detenuti, ma era piuttosto il segno dell'uso disciplinare della religione a fini trattamentali: «[a]l cappellano si affidò il ruolo di rappresentante di una religione intesa al servizio dello Stato e finalizzata alla rieducazione, al controllo e all'attenuazione delle tendenze antisociali dei detenuti, ed utile strumento al miglioramento del loro carattere e della loro moralità»[5].

In seguito, l'impiego della religione cattolica a fini disciplinari fu pienamente ratificato dal fascismo. Il nuovo Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena (R.D. n. 787/1931), salve alcune

[3] Art. 96, R.D. n. 260/1891, Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari e pei riformatori governativi del Regno.

[4] Cfr. A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1965, 161 ss.; P. Scoppola, *Laicismo e anticlericalismo*, in Aa.Vv., *Chiesa e religiosità in Italia dopo l'Unità (1861-1878)*, Atti del quarto Convegno di storia della Chiesa (La Mendola, 1971), II, Milano, 1973, 225 ss.

[5] A. Salvati, *L'assistenza religiosa in carcere*, in *http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp content/uploads/2010/04/Salvati_Assistenza religiosa2.pdf*, 4.

La finalizzazione della religione al trattamento dei detenuti era confermata da numerosi altri elementi: la partecipazione alle pratiche religiose da parte dei detenuti era obbligatoria (art. 393); le preghiere erano fatte mentalmente e potevano essere pronunciate solo dal cappellano o dai detenuti autorizzati, su sua proposta, dalla direzione (art. 271); la conversione religiosa era condizionata alla presentazione di una domanda scritta, sottoposta ad attenta valutazione (art. 394); l'assistenza religiosa ai detenuti appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica era, infine, consentita solo dietro espressa richiesta e ove fosse stato possibile (art. 397).

modifiche conseguenti alla firma del Concordato lateranense (l. n. 810/1929), confermò sia l'obbligo per i detenuti di seguire le funzioni del culto cattolico – eccezion fatta per coloro che, al momento dell'ingresso nello stabilimento, avessero dichiarato di appartenere ad altra religione (artt. 1 e 142, comma 3, R.D. n. 787/1931) – sia il divieto di pronunciare le preghiere ad alta voce (art. 142, comma 5). Il cambiamento di fede religiosa continuò a essere vincolato alla presentazione di una domanda scritta e all'esame del direttore dell'istituto, cui spettava il compito di verificare le cause che avessero potuto influire sulla conversione (art. 143). Inoltre, il rapporto di evidente asimmetria tra le confessioni religiose era rafforzato dal fatto che i detenuti appartenenti a una religione diversa da quella cattolica erano ammessi a ricevere l'assistenza dei ministri del proprio culto unicamente su richiesta e solo là dove ciò fosse stato possibile (art. 146)[6].

Quando nel 1948 entrò in vigore la Costituzione repubblicana, per molti anni ciò non fu di ostacolo né al permanere, all'interno del sistema carcerario, di un uso strumentale e istituzionale della religione cattolica, né al mantenimento di vistose diseguaglianze nell'esercizio della libertà religiosa e di coscienza. La normativa regolamentare rimase a lungo invariata, nonostante l'espressa enunciazione in Costituzione della reciproca indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa cattolica (art. 7), dell'eguaglianza dinanzi alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8), del divieto di discriminazioni sulla base della religione (art. 3), del riconoscimento della libertà religiosa, inclusa quella di culto (art. 19) e, non da ultimo, del divieto di sottoporre le persone sottoposte a restrizioni della libertà personale a violenza morale (art. 13, comma 4) o a trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3).

[6] La valenza istituzionale e disciplinare della religione cattolica era, infine, rinsaldata da altri fattori: il cappellano continuava a essere uno dei componenti del Consiglio di disciplina; aveva il compito di annotare le qualità morali del detenuto in isolamento e le previsioni sui risultati dell'opera di riadattamento sociale cui sottoporlo (art. 50); era, infine, sentito dal direttore dell'istituto in merito all'eventuale inadattabilità alla vita in comune di alcuni detenuti ovvero al loro conseguente riadattamento (artt. 52, 53, 233). Era altresì prevista la possibilità che egli esercitasse le funzioni di insegnante, che controllasse la corrispondenza dei detenuti e che tenesse conferenze morali ed educative «specialmente sui doveri verso Dio, verso lo Stato e verso la società» (artt. 308 e 310).

Risultavano, dunque, del tutto incompatibili con il dettato costituzionale quelle disposizioni regolamentari che, in ossequio a una concezione istituzionale e strumentale della (sola) religione cattolica, prevedevano la partecipazione obbligatoria alle pratiche collettive del culto cattolico per coloro che – al momento (e solo al momento) dell'ingresso nello stabilimento – non avessero dichiarato di appartenere ad altra confessione religiosa. Nell'ipotesi di cambiamento di religione erano, inoltre, previste la richiesta scritta del detenuto e la successiva valutazione del direttore dell'istituto[7].

La questione della conformità a Costituzione di tali previsioni si pose nel 1966, quando un detenuto chiese al giudice di sorveglianza di essere dispensato dal frequentare le funzioni del rito cattolico, perché l'obbligo di tale frequenza, previsto dal regolamento carcerario, era da lui ritenuto contrario alla libertà di professione religiosa costituzionalmente garantita. In conseguenza di tale istanza, il giudice decise di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 142 del R.D. n. 787/1931 per contrasto con gli artt. 19 e 21 della Costituzione. Per molteplici ragioni quell'obbligo sembrava urtare con il profilo negativo della libertà religiosa: perché la libertà di professare una religione diversa dalla cattolica non poteva essere condizionata a un'indicazione resa dal detenuto al momento dell'ingresso nello stabilimento carcerario; perché anche a lui doveva esser riconosciuta la libertà di non professare alcuna religione e, infine, perché non potevano essergli negati i diritti relativi alle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, nei limiti e nel rispetto delle esigenze della vita carceraria.

In quell'occasione la Corte costituzionale dichiarò inammissibile la questione, perché aveva a oggetto la disposizione di un atto regolamentare – e non invece di una legge o di un atto avente forza di legge – e perché mancava l'intermediazione di un atto primario, cui poter eventualmente ricondurre la violazione della Costituzione. La Corte, tuttavia, sottolineò che «le norme regolamentari, quando siano ritenute illegittime per contrasto con la Costituzione, possono e debbono (non diversamente dai casi in cui

[7] Per analoghi dubbi di costituzionalità concernenti le disposizioni normative sulla presenza in carcere del cappellano e di luoghi di culto cattolici si veda *infra*, § 2.

siano ritenute illegittime per contrasto con leggi ordinarie) essere disapplicate, ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, dai giudici chiamati a farne applicazione»[8].

A questa soluzione si pervenne l'anno successivo, con la circolare ministeriale n. 1819/4276 del 3 luglio 1969, che dispose non soltanto la disapplicazione dell'art. 142 del R.D. n. 787/1931, ma anche quella del già menzionato art. 143 sulle modalità per il cambiamento della fede religiosa e dell'art. 144 sulla religione dei detenuti minorenni[9].

Rimanevano, nondimeno, numerosi profili di contrasto tra l'ordinamento penitenziario fascista, la Costituzione del 1948 e alcuni documenti sovranazionali[10] e a essi cominciò a mettersi mano solo nel 1975, con l'approvazione – dopo un lungo dibattito – della legge di riforma n. 354/1975 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, d'ora in avanti o.p.). Un primo passo fu compiuto con il riconoscere alle persone detenute la libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto (art. 26, comma 1), non potendo loro imporsi alcuna partecipazione ai riti religiosi.

Fu, tuttavia, mantenuta una differenza non di poco conto tra la religione cattolica e le altre confessioni religiose, una differenza che – come vedremo – tuttora influisce sulla concreta possibilità di esercizio della libertà religiosa da parte delle persone detenute. L'art. 26 o.p., difatti, ancora dispone che negli istituti penitenziari siano assicurate la celebrazione dei riti del culto cattolico e la presenza di almeno un cappellano (commi 2 e 3). Agli appartenenti a una religione diversa dalla cattolica si è, invece, riconosciuto il diritto di ricevere l'assistenza dei ministri del proprio culto e di

[8] Corte cost., sent. n. 72 del 1968.

[9] «I minori degli anni ventuno devono seguire la religione nella quale sono nati».

[10] La necessità di rispettare la libertà religiosa e di coscienza dei detenuti era stata nel frattempo espressamente sancita dalle Regole minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite, adottate il 30 agosto 1955 con risoluzione del Primo Congresso per la prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti e dalle Regole minime per il trattamento dei detenuti, adottate il 19 gennaio 1973 con la Risoluzione R73(5) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Queste ultime sono state poi aggiornate dalla Raccomandazione R(87)3 del 12 febbraio 1987 sulle Regole penitenziarie europee e, infine, dalla Raccomandazione R(2006)2 dell'11 gennaio 2006.

celebrarne i riti, ma – salvo quanto si specificherà – soltanto su espressa richiesta (comma 4). A ciò si aggiunga che la religione è inclusa tra quegli elementi, di cui l'istituto *principalmente* si avvale per il trattamento delle persone detenute (art. 15, comma 1).

2. *L'assistenza religiosa e la libertà di culto in carcere*

Se sul piano formale la legge n. 354/1975 ha riconosciuto alle persone detenute i diritti concernenti la sfera religiosa, ben altro discorso deve farsi su quello del loro effettivo godimento, per il quale occorre guardare alle condizioni di esercizio fissate dal legislatore. Non può, inoltre, prescindersi dai mutamenti che hanno riguardato la popolazione carceraria, perché ciò ha reso più variegato il panorama delle istanze religiose avanzate in carcere, mettendo a dura prova la plausibilità e la tenuta di alcune disparità di trattamento.

Sotto il primo profilo, l'ordinamento penitenziario italiano sconta alcune aporie, dovute alla persistenza di notevoli differenze, nelle condizioni di esercizio della libertà religiosa, tra detenuti cattolici e detenuti appartenenti ad altre confessioni religiose (e ancora, per questi ultimi, tra quelli appartenenti a confessioni munite di intesa con lo Stato e quelli appartenenti a confessioni senza intesa)[11]. Le disparità toccano, per un verso, le modalità previste per l'assistenza religiosa alle persone detenute e, per l'altro verso, gli spazi messi a disposizione per l'esercizio individuale e collettivo del culto.

L'assistenza spirituale in carcere in condizioni di equidistanza e di parità trova, innanzitutto, un ostacolo nel fatto che, mentre è tuttora prevista la presenza di almeno un cappellano in ciascun

[11] A questo proposito, si ricordi peraltro quanto è stato di recente affermato dalla Corte costituzionale con riferimento all'edilizia di culto, con argomentazioni che si ritiene debbano valere anche per l'ordinamento penitenziario: «[le Regione] esorbita dalle sue competenze, entrando in un ambito nel quale sussistono *forti e qualificate esigenze di eguaglianza*, se, ai fini dell'applicabilità di tali disposizioni, impone *requisiti differenziati*, e più stringenti, per le sole confessioni per le quali non sia stata stipulata e approvata con legge un'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.» (sent. n. 63/2016, corsivi miei).

istituto penitenziario (art. 26, comma 3, o.p.), i detenuti appartenenti ad altra confessione religiosa hanno sì diritto di ricevere assistenza da parte di un ministro del proprio culto e di celebrarne i riti, ma per potersi avvalere di tale diritto debbono farne richiesta (art. 26, comma 4). Il cappellano, inoltre, quantunque non sia più membro del Consiglio di disciplina, prende parte alla commissione che predispone e modifica quel regolamento interno dell'istituto, con il quale sono altresì disciplinate le modalità del trattamento (art. 16, comma 2).

La presenza del cappellano all'interno del carcere quale figura istituzionalmente prevista, la sua inclusione nella commissione per il trattamento e l'inserimento della religione tra i mezzi del programma rieducativo incidono in primo luogo, se complessivamente intesi, sull'aconfessionalità cui dovrebbero essere improntati l'ordinamento penitenziario e il relativo trattamento. A ciò si aggiunga che, nonostante l'obbligatorietà delle pratiche religiose sia venuta meno, la garanzia della libertà religiosa (anche negativa) è ancora parziale. Tuttora permane, difatti, «un certo tasso di imposizione e di ufficialità»[12] della religione, sebbene nei termini non più di un'adesione forzata ai valori religiosi, ma di una loro indiretta somministrazione e istituzionalizzazione[13]. In uno Stato laico, tuttavia, l'inclusione della religione tra gli elementi del trattamento[14] e la sua "convalida istituzionale" attraverso la stabile pre-

[12] E. Fassone, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 130.

[13] La circolare del Ministero della Giustizia del 25 maggio 2001, n. 3553-6003 (Attività dei cappellani) specifica nondimeno che, poiché la positiva valutazione della religione quale fattore di relazione interpersonale non deve andare disgiunta dal rispetto della libertà del detenuto nella scelta religiosa, «[…] l'adesione o non adesione del detenuto alle pratiche religiose, così come i comportamenti del medesimo aventi riferimento alla dimensione religiosa e all'esperienza del sacro, non possono, in quanto tali, essere oggetto di valutazione favorevole o negativa. In secondo luogo, fermo quanto previsto dal citato art. 15 o.p., appare improprio l'inserimento dell'attività religiosa all'interno dell'area specificamente "trattamentale" a fini amministrativi, non potendo l'esperienza religiosa essere assimilata a uno dei "trattamenti" offerti al detenuto dall'Amministrazione penitenziaria. La terza conseguenza consiste nel fatto che i cappellani (come, del resto, i ministri degli altri culti eventualmente operanti all'interno degli istituti) non debbono essere chiamati, in nessuna sede e a nessun fine, ad esprimere valutazioni desunte dall'eventuale adesione dei detenuti alle pratiche religiose».

[14] Al riguardo, non sembra sufficiente ritenere che, a tutela della dimensione ne-

senza del cappellano non hanno giustificazione. Si tratta, invero, di prescrizioni che mal si attagliano con quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui «la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato»[15].

L'assistenza religiosa prestata dal cappellano e l'assicurazione della celebrazione dei riti del culto cattolico (art. 26, comma 2, o.p.) pongono, d'altro canto, problemi anche sotto il profilo dell'eguaglianza, posto che il trattamento penitenziario deve essere improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni neppure in ordine alle credenze religiose (art. 1, comma 2, o.p.). Se, per quanto concerne la libertà religiosa individuale, il nuovo regolamento di esecuzione n. 230/2000 dispone, in termini generali, che alle persone detenute è consentito sia praticare, durante il tempo libero, «il culto della propria professione religiosa, purché non si esprima in comportamenti molesti per la comunità»[16], sia esporre in camera «immagini e simboli della propria confessione religiosa» (art. 58, commi 2 e 3, d.P.R. n. 230/2000), emergono invece forti disparità sotto i profili dell'esercizio collettivo del culto, degli spazi idonei alla celebrazione dei riti e, infine, dell'assistenza da parte dei ministri di culto.

Pur essendo previsto, per la partecipazione ai riti, un limite valido per tutti, che consiste nella compatibilità con l'ordine e la sicurezza dell'istituto e nella non contrarietà alla legge (art. 58, comma 1), esso è destinato a pesare in maggior misura sulle persone detenute che professano una fede diversa da quella cattolica e, in

gativa della libertà religiosa, il fattore religioso costituisca un elemento solo eventuale del trattamento (L. Leoncini, *Aspetti di rilievo processualpenalistico nelle recenti intese tra lo Stato e alcune confessioni religiose*, in *Legisl. pen.*, 4/2013, 991), sia per l'infelice accostamento di un diritto di libertà al lavoro e all'istruzione, declinabili invece in termini di doveri di solidarietà (così condivisibilmente A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 120 s.) sia per l'ambivalenza del termine "trattamento", cui rimane sottesa un'idea di emenda religiosamente connotata.

[15] Corte cost., sent. n. 334/1996.

[16] È, dunque, venuto meno il limite più generico previsto dal precedente regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 431/1976), che era suscettibile di valutazioni maggiormente discrezionali. All'art. 55 tale regolamento stabiliva che i detenuti potevano praticare il culto della propria fede religiosa, purché non si fosse trattato di riti pregiudizievoli all'ordine e alla disciplina dell'istituto.

particolare, su quelle appartenenti a confessioni religiose sprovviste di intesa con lo Stato.

Per la celebrazione dei riti del culto cattolico, che è garantita a prescindere dall'effettiva richiesta, ogni istituto è dotato di una o più cappelle; inoltre, le pratiche di culto, l'istruzione e l'assistenza spirituale sono assicurate da uno o più cappellani in relazione alle relative esigenze (art. 26, comma 2, o.p. e art. 58, comma 4, d.P.R. n. 230/2000).

Coloro che professano una religione diversa dalla cattolica, al contrario, hanno sì diritto di ricevere l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti, ma si tratta di un diritto condizionato. È necessario, in primo luogo, che essi ne facciano richiesta (art. 26, comma 4, o.p.), non essendo altrimenti assicurata né l'assistenza spirituale né la celebrazione dei riti. Questa condizione presuppone, tuttavia, che i detenuti di fede non cattolica siano effettivamente a conoscenza dei diritti riconosciuti in questo ambito e che si attivino nel farli valere.

Deve altresì considerarsi che per l'istruzione religiosa e per le pratiche di culto essi possono servirsi, anche in assenza di ministri di culto, di locali idonei, ma spetta alla direzione dell'istituto mettere a disposizione i relativi spazi (art. 58, comma 5, d.P.R. n. 230/2000). Ciò vuol dire che, in una situazione di endemico sovraffollamento carcerario e di inadeguatezza delle strutture penitenziarie[17], le soluzioni escogitabili dai singoli istituti per individuare locali da adibire ai culti non cattolici risentiranno inevitabilmente di tali carenze. E quantunque ciò possa ritenersi rispondente al fatto che si è in presenza di diritti di libertà e non di diritti a prestazione, permane un evidente divario con gli strumenti messi a disposizione dei soli detenuti cattolici[18].

Per chi professi una fede diversa da quella cattolica, lo squi-

[17] Sul punto, basti ricordare quanto rilevato da C. eur. dir. uomo, 16.07.2009, *Sulejmanovic c. Italia*; 08.01.2013, *Torreggiani c. Italia*; Corte cost., sent. n. 279/2013.

[18] Dalla Relazione ministeriale sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2016 risulta ad esempio che, sulla base di un censimento del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) sui locali adibiti a luoghi di culto (Moschee) negli istituti penitenziari, in sessantanove dei centonovanta istituti oggetto di rilevazione sono presenti locali adibiti a preghiera, ove si può esercitare il culto congiuntamente, in particolare il venerdì.

librio nel godimento dei diritti attinenti alla sfera religiosa tocca anche la possibilità di avvalersi di ministri del proprio culto per l'istruzione religiosa, l'assistenza spirituale e la celebrazione dei riti. A questo proposito, dal momento che all'interno degli istituti penitenziari non esiste una struttura permanente come quella del cappellanato – che è alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria[19] (e a carico dello Stato[20]) – occorre fare una distinzione.

[19] I cappellani sono stabilmente inseriti nell'amministrazione penitenziaria come personale aggregato – sulla base di una scelta che risale al R.D.L. n. 1758/1924 (art. 3, comma 1) – e sono legati all'amministrazione penitenziaria da un rapporto di servizio di diritto speciale. Essi sono incaricati con decreto del Ministro della Giustizia, sentito il parere dell'ispettore dei cappellani e del competente ispettore distrettuale degli istituti di prevenzione e di pena per adulti e previo nulla osta dell'ordinario diocesano. Se l'incarico riguarda un istituto per minorenni, il parere dell'ispettore distrettuale è sostituito da quello del competente direttore del centro rieducazione minorenni (art. 4, l. n. 68/1982, Trattamento giuridico ed economico dei cappellani degli istituti di prevenzione e di pena).

[20] Il trattamento economico dei cappellani è a carico dell'amministrazione penitenziaria (artt. 15 e 16, l. n. 68/1982).

Per quanto concerne l'orario di lavoro, la circolare ministeriale n. 0261208-2014 ha da ultimo stabilito che, in considerazione delle difficoltà degli Ordinari diocesani a individuare i sacerdoti che possano assicurare l'orario settimanale di diciotto ore (in precedenza fissato dalla circolare del 2001 n. 3553-6003), i cappellani penitenziari non sono più tenuti a garantire una presenza in istituto pari a quanto indicato dalla circolare del 2001, ma soltanto una presenza minima di tre giorni alla settimana (inclusa la domenica). Nulla è detto in merito al conseguente trattamento economico, che rimane sostanzialmente invariato e consiste non in un'indennità calcolata sulla base delle ore di lavoro svolte, ma in una retribuzione annuale, cui è aggiunto un supplemento mensile.

Il venir meno delle diciotto ore di servizio minimo settimanale indebolisce, peraltro, ulteriormente l'argomento addotto a giustificazione del trattamento economico di favore riconosciuto ai cappellani, rispetto al solo compenso orario attribuito ai ministri di culto non cattolico. La disparità era da alcuni spiegata in ragione del fatto che i cappellani, «dato l'altissimo numero di cattolici ospiti di istituzioni sanitarie e penitenziarie», sarebbero stati occupati «praticamente a tempo pieno o quasi dai compiti di assistenza e cura», al contrario dei ministri delle confessioni di minoranza che, dato il minor numero di detenuti da assistere, non avrebbero invece potuto dare alla loro attività il medesimo carattere di continuità: così L. Musselli, *Le intese con le Chiese avventiste e pentecostali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2/1990, 452; in senso analogo anche C. Cardia, *Stato e confessioni religiose: il regime pattizio*, Bologna, 1995, 142. Come si dirà al § 4, l'argomento trova smentita (anche, ma non solo) nella circostanza che la popolazione carceraria è in misura crescente costituita da detenuti di religione musulmana o comunque non cattolica. Alcuni istituti di pena, peraltro, ospitano per oltre il 60% detenuti di fede islamica: cfr. D.A. Telesca, L'*Islam carcerato. L'identità islamica nel pianeta penitenziario*, Urbino, 2008, 54.

Il regolamento del 2000 stabilisce che – ferma restando la necessità di una richiesta da parte delle persone detenute – la direzione dell'istituto si avvale dei ministri di culto indicati dalle confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato italiano siano regolati con legge ovvero dei ministri di culto indicati a tal fine dal Ministero dell'interno (art. 58, comma 6). Al di fuori di tali casi si ricorre a quanto disposto dall'art. 17 o.p.[21].

Con formule che negli anni si sono andate omologando, le leggi di approvazione delle intese finora stipulate prevedono che l'assistenza spirituale all'interno delle comunità segreganti – e, in particolare, in carcere – sia assicurata dai rispettivi ministri di culto: essa è consentita su richiesta delle persone detenute o delle loro famiglie ovvero su iniziativa degli stessi ministri di culto ed è svolta in locali idonei messi a disposizione dalla direzione dell'istituto penitenziario. I ministri di culto sono designati dalle rispettive confessioni religiose e, una volta inclusi negli elenchi dei responsabili dell'assistenza spirituale negli istituti penitenziari[22], possono visitarli senza necessità di una particolare autorizzazione[23]. Alcune delle intese finora stipulate prevedono, tuttavia, che gli oneri finanziari per lo svolgimento di tale attività siano a carico degli organi ecclesiastici competenti[24].

[21] «La finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'associazione rieducativa.

Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera.

Le persone indicate nel comma precedente operano sotto il controllo del direttore».

[22] I nominativi sono comunicati alla Direzione generale dei detenuti e del trattamento del Dipartimento Affari penitenziari presso il Ministero della Giustizia, che provvede a fornirli agli istituti penitenziari.

[23] La discriminazione nelle condizioni previste per ricevere assistenza spirituale permane, tuttavia, per coloro che appartengono a confessioni religiose senza intesa. Difatti, per l'ingresso nell'istituto penitenziario dei ministri di culto acattolico (e di quelli cattolici diversi dai cappellani) l'art. 67, comma 4, o.p., tuttora prevede l'autorizzazione del direttore.

[24] Così è disposto dalle intese stipulate con la Tavola valdese, l'Unione delle Chie-

Peraltro, la spinta verso l'omologazione delle discipline, innescata dal meccanismo dell'intesa, è dimostrata anche dal fatto che «il concetto di ministro di culto, nell'accezione civilistica del nostro ordinamento, è estraneo a molte confessioni che in qualche modo si sono "adattate" a farlo proprio per poter realizzare le Intese con lo Stato italiano e di conseguenza accedere a diritti e "vantaggi", mentre altre ne sono rimaste escluse»[25].

Per le confessioni sprovviste di intesa, invece, le strade percorribili al fine di prestare assistenza religiosa negli istituti di pena sono due e non poco tortuose. Esse possono, innanzitutto, ricorrere a quanto disposto dall'art. 58, comma 6, del d.P.R. n. 230/2000, in base al quale il direttore dell'istituto si avvale *anche* dei ministri di culto indicati a tal fine dal Ministero dell'Interno. In questa ipotesi, in presenza di una specifica richiesta di ingresso, sarà necessario il rilascio di un nulla-osta da parte della Direzione centrale degli Affari dei culti dello stesso Ministero, che effettuerà un controllo sui singoli nominativi[26].

Diversamente, non resta che la strada indicata dall'art. 17 o.p., che prevede la partecipazione all'azione rieducativa da parte «di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private». Tali sog-

se cristiane avventiste del 7° giorno, le Assemblee di Dio in Italia, la Chiesa evangelica luterana in Italia, la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, l'Unione buddhista italiana e l'Unione induista italiana.

Per le altre confessioni non cattoliche l'art. 18 della l. n. 68/1982 stabilisce che ai ministri di culto che abbiano prestato l'assistenza religiosa negli istituti penitenziari sia corrisposto un compenso orario, da stabilirsi con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con i Ministri dell'Interno e del Tesoro.

[25] A. Barone, *Assistenza religiosa in carcere: un diritto in cerca di nuove tutele*, in *Coscienza e libertà*, 48/2014, 58 (*www.aidlr.it*).

[26] Sul punto si veda, tuttavia, A. Ferrari, *Libertà religiosa e nuove esperienze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca* deregulation *e super specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa*, in *Dir. eccl.*, 3-4/2010, 689, nt. 54: «venuta meno la necessità di tenere un elenco compilato con l'accordo delle rappresentanze di quelle che sono divenute, con il tempo, confessioni pattizie, il Ministero dell'Interno ha interpretato il suo potere di "indicazione" come nulla osta *ex post* anziché come competenza preventiva, *ex ante*, che avrebbe potuto offrire maggior certezza e funzionalità: ancora una volta, dunque, i gruppi religiosi senza intesa vedono diminuire il "patrimonio" – e si potrebbe dire il "terreno" normativo di cui dispongono, perdendo un ulteriore momento di riconoscimento di autonomia e – di conseguenza – di bilateralità» (corsivi dell'A.).

getti sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole e sotto il controllo del direttore dell'istituto.

Ad ogni modo, poiché le due alternative appena ricordate riguardano le confessioni sprovviste di intesa, non bisogna sottovalutare che in entrambi i casi l'incontro con i ministri di culto è comunque subordinato alla presentazione di una richiesta da parte delle persone detenute (art. 26, comma 4, o.p.). Si tratta di una condizione che nei fatti può scoraggiare o rendere meno agevole l'allestimento di assistenza religiosa in favore di quei detenuti che, in ragione di difficoltà linguistiche o culturali e della macchinosità delle procedure amministrative, hanno minore consapevolezza dei diritti di cui godono e, soprattutto, delle modalità da seguire per avanzare le relative istanze.

La tortuosità dei due percorsi appena indicati emerge, in particolar modo, nel caso della religione islamica. Anche in Italia si discute da tempo delle difficoltà da affrontare sul piano dell'effettiva garanzia della libertà religiosa dei detenuti islamici, in conseguenza del costante aumento del loro numero[27]. Per il profilo che si sta ora esaminando un primo problema concerne l'impiego delle nozioni giuridiche di "ministro di culto" e di "confessione religiosa" le quali, essendo state plasmate sul modello giudaico-cristiano, mal si attagliano all'organizzazione non verticistica, frammentata e localistica delle comunità islamiche. Peraltro, in assenza di un'intesa con lo Stato (per vari motivi di difficile realizzazione), ciò ha fatto emergere alcuni ostacoli nell'individuazione dei soggetti ammessi a prestare assistenza spirituale ai detenuti di fede islamica e, in particolar modo, alle detenute, al punto che manca a tutt'oggi in Italia un "elenco" di "ministri di culto islamico", che abbiano ricevuto la prevista approvazione governativa[28].

[27] Cfr. L. Musselli, *Islam ed ordinamento italiano*, in *Dir. eccl.*, 1992, I, 621; S. Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia: la condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000; A. Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Bologna, 2008.

[28] Alle confessioni religiose senza intesa con lo Stato continua ad applicarsi la legislazione sui culti ammessi, tuttora vigente. Essa dispone che le nomine dei ministri di culto di tali confessioni siano notificate al Ministero dell'Interno per ricevere l'appro-

Per ovviare a ciò, le circolari del Ministero della Giustizia n. 5354554 del 6 maggio 1997 e n. 508110 del 2 gennaio 2002 hanno individuato una procedura non agevole: per l'acquisizione del parere sull'autorizzazione all'ingresso in carcere si prevede che alla Direzione generale detenuti e trattamento e al Ministero dell'Interno sia data comunicazione delle generalità del ministro di culto e della moschea o della comunità di appartenenza. La procedura prevede, inoltre, l'invio alla Direzione generale detenuti e trattamento dei nominativi di tutti i rappresentanti di fede islamica autorizzati all'ingresso negli istituti penitenziari, ai sensi dell'art. 17 o.p.

L'incidenza di procedure così farraginose ha prodotto effetti tangibili sulla garanzia del diritto all'assistenza religiosa delle persone di fede islamica. Dai dati disponibili al momento in cui si scrive emerge, infatti, lo scarso numero di personale esterno autorizzato a prestare assistenza religiosa ai detenuti islamici[29]. Ciò si lega anche alla circostanza che i controlli preliminari al nulla osta ministeriale, cui gli imam sono sottoposti, sono divenuti sempre più scrupolosi, in considerazione dei rischi di proselitismo islamico di matrice fondamentalista e terroristica, che l'amministrazione penitenziaria reputa particolarmente alti all'interno degli istituti penitenziari. Alcune ricerche sul campo hanno, tuttavia, dimostrato che la risposta alla difficoltà di ricevere assistenza religiosa da parte di imam esterni (ad esempio per guidare la preghiera col-

vazione governativa, in assenza della quale nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti da essi compiuti (art. 3, l. n. 1159/1929).

[29] Nondimeno, dalla nota del DAP n. 0247/48 del 28 luglio 2017 risulta che nel corso degli anni il Ministero dell'Interno ha autorizzato complessivamente cinquanta imam, con il rilascio di un nulla osta *ad personam* da parte della Direzione Centrale dei Culti. Tredici di essi accedono alle strutture penitenziarie periodicamente, mentre altri soltanto in occasione del Ramadan.

A questo proposito, si segnala che in data 5 novembre 2015 è stato siglato un Protocollo d'intesa tra il DAP e l'UCOII (Unione delle Comunità e organizzazioni islamiche in Italia), che non ha carattere di esclusività, poiché non tutti gli imam già autorizzati dal Ministero dell'Interno aderiscono a tale associazione. In seguito alla stipula del Protocollo, i quattordici imam indicati dall'UCOII, cui è stato rilasciato il nulla osta secondo il consueto iter burocratico, sono stati inseriti nell'elenco dei ministri di culto già autorizzati all'accesso negli istituti e sono, pertanto, compresi nei sopra citati cinquanta.

lettiva del venerdì, recitare il sermone e fornire copie del Corano) è consistita nell'auto-investimento del ruolo di imam da parte di alcuni detenuti[30]. Con una conseguenza paradossale: il ricorso a espedienti informali per l'esercizio del diritto costituzionale a ricevere assistenza spirituale contraddice le esigenze di sicurezza e di prevenzione accampate dall'amministrazione penitenziaria per limitare l'ingresso degli imam negli istituti di detenzione[31].

3. *Istanze delle persone detenute in materia religiosa e pluralismo: alimentazione, simboli religiosi, regimi penitenziari differenziati*

Le criticità appena evidenziate per i detenuti di fede islamica sono sintomatiche di un fenomeno più ampio, che ha investito il carcere e ne ha rimodellato la fisionomia. Negli ultimi anni, difatti, gli istituti penitenziari hanno prima assorbito e poi proiettato all'esterno importanti cambiamenti sociali, che hanno trovato impre-

[30] Cfr. R.M. Gennaro, *Religioni in carcere*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1/2008, 94 s.

[31] Trattasi, peraltro, di un aspetto su cui si sofferma da ultimo il documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale 2016: «[i]l principale argomento per fronteggiare l'estremizzazione di comportamenti e la radicalizzazione ideologica è stemperare il senso di isolamento ed emarginazione che alimenta le spinte verso derive terroristiche», sostenendo interventi che siano in grado, tra l'altro, di «coinvolgere la società esterna, ossia gli assistenti volontari, i ministri del culto e le guide della preghiera (imam), evitando così che alcuni detenuti assurgano a posizioni di *leadership*» (*ivi*, 48-49).

Ai fini di prevenire la radicalizzazione del sentimento religioso in carcere, nell'allegato 2 (Criticità quotidiane – Idee e proposte) del Tavolo di lavoro 7 (Stranieri ed esecuzione penale) si sottolinea, peraltro, la necessità di rafforzare e disseminare «azioni già da anni condotte con esiti molto positivi dalle associazioni del volontariato: a) l'attività dei mediatori culturali con i detenuti di fede islamica, spesso soli e sradicati dal loro contesto familiare e affettivo; b) l'organizzazione nelle carceri di incontri per gruppi, conferenze sui temi della pace, della convivenza e del dialogo interreligioso; c) momenti di preghiera e di festa in occasione delle più importanti festività islamiche». Tali documenti sono rinvenibili all'indirizzo *www.giustizia.it*.

A questo proposito deve, però, scongiurarsi il rischio che le esigenze di prevenzione della radicalizzazione si traducano in improprie forme di strumentalizzazione della religione, ai fini della "rieducazione" e del trattamento dei detenuti di fede islamica.

Sui problemi concernenti la radicalizzazione ideologica in carcere si rinvia, ad ogni modo, a P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, minori e stranieri*, in questo *Volume*.

parate le istituzioni pubbliche e, in particolare, l'amministrazione penitenziaria. Ciò si deve al fatto che i processi migratori hanno favorito la presenza sul territorio nazionale di persone molto diverse per provenienza, cultura e religione, con conseguenti ripercussioni sul tessuto sociale.

Tali mutamenti si sono inevitabilmente ripercossi sia sulla tenuta dell'impianto giuridico, che in più ambiti ha mostrato crepe e inadeguatezze, sia sull'attuazione dei principi costituzionali in materia religiosa, che ha subito significative battute d'arresto. L'impatto è stato avvertito anche all'interno di istituzioni segreganti come il carcere, che sotto molteplici aspetti hanno anticipato dinamiche più generali. Le trasformazioni nella composizione culturale e religiosa della popolazione carceraria hanno, invero, messo in luce le difficoltà del sistema penitenziario nella gestione di nuove istanze[32], molte delle quali toccano da vicino la sfera religiosa. E così come in altri ambiti sono state le aule dei tribunali, prima ancora di quelle parlamentari, a fungere da cassa di risonanza e luogo di (parziale) composizione dei conflitti derivanti da un'accresciuta diversità religiosa e culturale, in modo in parte analogo la soluzione delle problematiche religiose che hanno interessato gli istituti di pena è passata prevalentemente attraverso circolari ministeriali, risposte *ad hoc* dei singoli istituti e iniziative locali.

Tra i numerosi campi in cui la pluralità religiosa ha influito sull'ordinamento penitenziario vi è quello delle prescrizioni religiose in materia di alimentazione. Si pensi, al riguardo, che i fedeli appartenenti all'Islam e all'Ebraismo sono tenuti a osservare, rispettivamente, i precetti della cucina *ḥalāl* e *kosher*, che prevedono procedure specifiche per la macellazione rituale degli animali e comportano controlli rigorosi sui processi di lavorazione degli alimenti e sugli ingredienti utilizzati[33]. Dietro il rapporto tra libertà

[32] Secondo gli ultimi dati del Ministero della Giustizia, al 30 aprile del 2017 la percentuale di stranieri negli istituti penitenziari è del 34,1%, con un incremento significativo registrato successivamente all'entrata in vigore del Testo unico sull'immigrazione (d. lgs. n. 286/1998), della l. n. 189/2002 (c.d. Bossi Fini) e delle leggi nn. 125/2008 e 94/2009 (c.d. pacchetti sicurezza).

[33] *Halāl* e *kosher* indicano ciò che è puro e, quindi, consentito, in contrapposizione a ciò che è impuro e, perciò, vietato (rispettivamente *haram* e *taref*). L'art. 7, comma 2, della l. n. 101 del 1989 (che recepisce l'intesa tra lo Stato italiano e l'Unione delle

religiosa, regimi alimentari e detenzione affiorano, dunque, questioni delicate e per rendersi conto dell'incidenza che le connesse istanze possono avere sul sistema penitenziario, basti pensare che l'Islam costituisce oggi la seconda religione professata dalle persone detenute dopo quella cattolica[34].

Poiché per alcune religioni il cibo e l'alimentazione «assumono un importante ruolo simbolico di marcatore culturale, che identifica la Comunità e ne cementa l'identità collettiva»[35], la crescente diversificazione religiosa della popolazione carceraria porta con sé richieste attinenti alla somministrazione e alla diversificazione del vitto giornaliero.

Quanto al primo profilo, non bisogna dimenticare che per chi appartiene all'Islam si pone l'esigenza di rispettare i precetti del Ramadan, quali il digiuno quotidiano, i tempi della preghiera e la celebrazione della cerimonia conclusiva di rottura del digiuno. Di essi gli istituti di pena dovrebbero, di conseguenza, tener conto sia per quanto concerne il rispetto degli orari di somministrazione dei pasti sia ai fini della partecipazione delle persone detenute di fede islamica alle attività trattamentali[36].

Comunità ebraiche italiane) espressamente riconosce agli ebrei che si trovino negli istituti di prevenzione e pena «il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano». Analogamente, l'art. 5, comma 4, dell'intesa con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova, non ancora approvata con legge, riconosce ai testimoni di Geova detenuti negli istituti penitenziari «il diritto di osservare, a loro richiesta, le prescrizioni della propria fede in materia alimentare, senza oneri per le istituzioni nelle quali si trovano».

[34] Cfr. P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, Napoli, 2014, 46.

Sui problemi legati alla qualificazione dei detenuti come "musulmani" e sull'uso di criteri meramente statistici e non qualitativi si veda, però, K.M. Rhazzali, *Religious Care in the Reinvented European Imamate Muslims and Their Guides in Italian Prisons*, in I. Becci, O. Roy (a cura di), *Religious Diversity in European Prisons. Challenges and Implications for Rehabilitation*, Heidelberg, 2015, 126 ss.

[35] S. Angeletti, *Le attività delle comunità islamiche a livello locale. Alcune considerazioni alla luce dei risultati della ricerca*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Torino, 2015, 162.

[36] A tal proposito, la circolare del Ministero della Giustizia n. 0178653 del 24 aprile 2016 dispone che il cibo consumato abitualmente dalle persone detenute di religione islamica nel corso del Ramadan sia consegnato soltanto dopo il tramonto. Ove i detenuti islamici ne facciano richiesta, le Direzioni degli istituti autorizzano la consegna agli stessi del vitto crudo anziché già cotto, consentendone la cottura, purché nelle sezioni

In ordine al secondo profilo, invece, nella normativa penitenziaria si trova una scarna indicazione soltanto nell'art. 11, comma 4, del d.P.R. n. 230/2000: «[n]ella formulazione delle tabelle vittuarie si deve anche tenere conto, in quanto possibile, delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose». L'indicazione secondo cui la differenziazione dei vitti in tanto avviene, *in quanto ciò sia possibile*, lascia intendere che esigenze organizzative ed economiche possono costituire valido motivo per rigettare le richieste alimentari delle persone detenute. In tal modo, tuttavia, il rispetto dei precetti alimentari religiosi è lasciato all'iniziativa (e alle possibilità) dei singoli detenuti, i quali possono ricorrere, a proprie spese, al c.d. servizio di sopravvitto o al servizio-spesa. Il primo funziona come uno spaccio interno all'istituto, dove è possibile acquistare beni alimentari o di prima necessità per il tramite di un conto corrente postale intestato all'istituto penitenziario, su cui i familiari della persona detenuta versano dei soldi. Per l'acquisto di ciò che non è ricompreso nelle liste tariffate del sopravvitto (che di norma prevedono poca scelta e prezzi alti), la persona detenuta deve presentare una richiesta scritta (la c.d. "domandina"). Tramite essa si ha accesso al servizio-spesa, con la possibilità di acquistare dall'esterno i beni di cui si necessita.

Il ricorso a entrambe le opzioni è, nondimeno, condizionato alle disponibilità economiche della persona detenuta, su cui incidono fortemente i prezzi sproporzionati dei prodotti. Difatti, se sulla carta le tabelle vittuarie approvate con decreto ministeriale devono essere aggiornate ogni cinque anni, mentre i prezzi dei generi in vendita nello spaccio devono esserlo ogni mese – così che essi corrispondano a quelli praticati negli esercizi della grande distribuzione più vicini all'istituto (art. 9, o.p. e artt. 11 -12, d.P.R. n. 230/2000) – «[r]ispetto a queste disposizioni di legge, la prassi consolida l'esternalizzazione dell'intero servizio di fornitura dei generi alimentari mentre l'unica cosa che rimane all'amministrazione penitenziaria, e quindi affidata al lavoro dei detenuti, è la gestione diretta per il confezionamento dei pasti. Inoltre, il servizio

sia già consentita la cottura dei cibi (seppure solo quelli acquistati presso il sopravvitto, su cui vedi *infra*).

del vitto, del sopravvitto e del servizio-spesa [è affidato] congiuntamente a un'unica impresa che riesce ad assicurarsi uno o più lotti di competenza»[37].

Occorre, d'altronde, tener presente che la subordinazione delle richieste alimentari dei detenuti a esigenze di natura organizzativa o economica contrasta con l'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e con l'art. 22 delle Regole penitenziarie europee. L'art. 9 CEDU stabilisce, difatti, che la libertà di pensiero, di coscienza e di religione include la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo anche mediante le pratiche e l'osservanza dei riti ed essa può essere oggetto delle sole restrizioni che siano stabilite dalla legge e che costituiscano «misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Inoltre, le Regole penitenziarie europee, che nel testo aggiornato nel 1987 con la Raccomandazione R(87)3 utilizzavano una formula analoga a quella del d.P.R. n. 230/2000 ("nella misura del possibile"[38]), in quello modificato nel 2006 con la Raccomandazione R(2006)2 stabiliscono che le persone detenute «*devono beneficiare* di un regime alimentare che tenga conto del loro sesso, della loro età, del loro

[37] D. Galano, *Il convento non passa altro,* in *Oltre i tre metri quadri* (XI Rapporto sulle condizioni di detenzione in Italia), *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 2/2014, 72. I problemi legati alla gestione del vitto e del sopravvitto sono segnalati, peraltro, nella Relazione al Ministro della Giustizia sugli interventi in atto e da programmare a breve e medio termine, redatta dalla Commissione ministeriale per le questioni penitenziarie, istituita con D.M. del 13/06/2013 (Pres. prof. Mauro Palma).

[38] Art. 25: «L'Amministrazione deve, in conformità alle norme stabilite in materia dalle autorità sanitarie, fornire ai detenuti, negli orari abituali, un'alimentazione convenientemente preparata e presentata, rispondente in quantità e qualità alle regole della dietetica e dell'igiene moderna, e che tenga conto della loro età, della loro salute, della natura del loro lavoro *e, nella misura del possibile, delle esigenze religiose e culturali*. L'acqua potabile deve essere disponibile per ogni detenuto». Non diversamente dispone l'art. 42 delle Regole minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite (Ris. O.N.U. del 30 agosto 1955), sebbene esso si riferisca più genericamente alle esigenze religiose delle persone detenute: «Ogni detenuto deve essere autorizzato, *nei limiti del possibile*, a soddisfare alle esigenze della sua vita religiosa, partecipando ai servizi organizzati nello stabilimento e tenendo in suo possesso libri di edificazione e di istruzione religiosa della sua confessione» (corsivi miei).

stato di salute, *della loro religione, della loro cultura* e della natura del loro lavoro» (art. 22)[39]. L'art. 4 dichiara, inoltre, che «[l]e condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla mancanza di risorse».

Per ciò che concerne, invece, l'esposizione di simboli religiosi, l'art. 58, comma 2, del d.P.R. n. 230/2000 dispone che le persone detenuto possono «esporre, nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa». Nulla è, però, prescritto in merito alla possibilità di indossare un abbigliamento che sia espressione di convinzioni personali in materia religiosa o che costituisca una forma di diffusione del proprio pensiero. In materia di vestiario, l'art. 7 o.p. stabilisce soltanto che «[g]li imputati e i condannati a pena detentiva inferiore ad un anno possono indossare abiti di loro proprietà, purché puliti e convenienti (comma 4)» e che «[i] detenuti e gli internati possono essere ammessi a far uso di corredo di loro proprietà e di oggetti che abbiano parti-

[39] Al riguardo, si veda C. eur. dir. uomo, 07.12.2010, *Jakóbski v. Poland*. In questa pronuncia i giudici di Strasburgo, richiamando espressamente l'art. 22 delle Regole penitenziarie europee (nonostante la loro natura di atto non vincolante), all'unanimità hanno riconosciuto una violazione dell'art. 9 della CEDU in un caso concernente le richieste alimentari avanzate da un detenuto buddhista. Le autorità penitenziarie polacche avevano rigettato l'istanza di un detenuto, che chiedeva di seguire un regime privo di carne, in osservanza delle prescrizioni alimentari buddhiste Mahayana. La Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso del detenuto, affermando che, se da un lato è vero che la decisione di prendere accorgimenti speciali per un solo detenuto può avere conseguenze finanziarie sull'intero sistema, incidendo indirettamente sulla qualità del trattamento degli altri detenuti, si deve valutare se lo Stato ha raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi dell'istituto penitenziario, quelli degli altri detenuti e gli interessi particolari del richiedente. In *Jakóbski v. Poland* la Corte europea ha, però, evidenziato che il ricorrente si era limitato a chiedere una dieta vegetariana. Ciò non implicava, dunque, che i piatti fossero preparati, cucinati o serviti secondo modalità prescritte, né che fossero utilizzati prodotti speciali.

In passato, due casi riguardanti richieste alimentari di quest'ultimo tipo erano, invece, pervenuti davanti alla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Entrambi i ricorsi erano stati promossi da detenuti di religione ebraica, che avevano chiesto di seguire un regime alimentare a base di cibo *kosher*, preparato, cucinato e servito secondo le modalità prescritte dalla religione ebraica. Il primo ricorso fu dichiarato inammissibile, perché per la Commissione le autorità penitenziarie inglesi avevano fatto tutto il possibile per rispettare le convinzioni religiose del ricorrente (05.03.1976, *X v. United Kingdom*). Il secondo ricorso fu dichiarato inammissibile per mancato previo esaurimento delle vie interne (07.03.1990, *D. and E.S. v. United Kingdom*).

colare valore morale o affettivo» (comma 5). A questo proposito, spetta al regolamento interno dell'istituto stabilire i casi in cui le persone detenute possono essere ammesse a fare uso di indumenti di loro proprietà, prevedendo, altresì, quali effetti di corredo possano usare. Il possesso di oggetti di particolare valore morale o affettivo è, inoltre, ammesso solo qualora essi non abbiano un consistente valore economico e non siano incompatibili con l'ordinato svolgimento della vita nell'istituto (art. 10, commi 1-3, d.P.R. n. 230/2000).

Ad ogni modo, sebbene sul punto non vi sia un'espressa indicazione legislativa, la normativa deve interpretarsi in senso favorevole alla libertà religiosa e di pensiero delle persone detenute, in considerazione anche di quanto previsto dalle Regole penitenziarie europee[40]. L'uso di un abbigliamento che sia espressione di convinzioni religiose o filosofiche ovvero di appartenenza culturale può, pertanto, essere limitato soltanto per comprovate esigenze di sicurezza. L'impiego di alcuni indumenti potrebbe, ad esempio, essere vietato qualora fosse di ostacolo al riconoscimento immediato e sicuro del detenuto[41].

L'esigenza di garantire l'esercizio della libertà religiosa alle persone di cui sia limitata la libertà personale emerge, peraltro, anche al di fuori degli istituti di pena. Si pensi, in primo luogo, ai cittadini stranieri sottoposti a misure di detenzione amministrativa nei centri di identificazione ed espulsione (ora "centri di permanenza per i rimpatri", ai sensi del decreto-legge n. 13/2017, convertito con modificazioni in legge n. 46/2017). Si tratta di strutture all'interno delle quali gli immigrati irregolari in attesa di espulsione sono trattenuti per un periodo non superiore a novanta giorni

[40] Art. 97, comma 1: «Gli imputati devono poter indossare i propri indumenti personali qualora l'abbigliamento sia adatto al carcere».

[41] La questione potrebbe porsi anche rispetto a prescrizioni religiose che attengono al corpo.

Un caso siffatto fu, ad esempio, deciso dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo (15.02.1965, *X. v. Austria*), che fece appello alla necessità del personale penitenziario di poter identificare i detenuti dell'istituto. Per questa ragione la Commissione dichiarò inammissibile il ricorso di un detenuto buddhista, il quale sosteneva che, essendogli stata negata la possibilità di crescersi la barba e di avere una collana per la preghiera (*prayer chain*), non aveva potuto professare la sua religione.

(art. 14, d. lgs. n. 286/1998). Il regolamento di attuazione del Testo unico sull'immigrazione (d.P.R. n. 394/1999) stabilisce, tuttavia, che «le modalità del trattenimento devono garantire, nel rispetto del regolare svolgimento della vita in comune, […] i diritti fondamentali della persona» (art. 21, comma 1) e che nei centri la libertà del culto è assicurata nei limiti previsti dalla Costituzione (art. 21, comma 2).

È, altresì, previsto che a tali strutture possano accedere anche i ministri di culto (art. 21, comma 7), ma nulla si dice in ordine alle modalità per la loro individuazione e il relativo accesso. La mancata specificazione di tale aspetto priva, dunque, la disposizione della condizione indispensabile per far sì che le persone trattenute nei centri godano della libertà di colloquio con i ministri del proprio culto (art. 21, comma 1). Ciò vuol dire che, per scongiurare l'inoperatività di tali norme, è necessario ricorrere «alle disposizioni (unilaterali e pattizie) dettate per le altre forme di assistenza spirituale»[42]; con l'ovvia conseguenza di riproporre anche in tali centri le già evidenziate disparità di trattamento tra immigrati cattolici o appartenenti a confessioni munite di intesa e immigrati appartenenti a confessioni senza intesa[43].

Peraltro, la circolare n. 3435/50 del 30 agosto 2000 del Ministero dell'Interno (Direzione generale dei servizi civili)[44], nel predisporre una "Carta dei diritti e dei doveri" per il trattenimento delle persone ospitate nei suddetti centri, indica tra i diritti di cui esse godono anche «la libertà di culto, l'assistenza religiosa e le specifiche esigenze relative al culto stesso» [art. 1, lett. *i)*]. Al fine di attuare le indicazioni relative a tali diritti, l'amministrazione è tenuta a far sì che i gestori di queste strutture «rispettino, com-

[42] A.G. Chizzoniti, E. Vitali, *Diritto ecclesiastico: manuale breve*, Milano, 2015, 193.

[43] Il problema si ripropone anche per i centri di permanenza per i rimpatri, secondo quanto previsto dal decreto-legge n. 13/2017, convertito con modificazioni in legge n. 46/2017. L'art. 19, comma 3, di tale decreto stabilisce, infatti, che nei suddetti centri si applichino le disposizioni di cui all'articolo 67 o.p., il quale al comma 4 genericamente dispone che i ministri del culto cattolico e di altri culti possono accedere agli istituti di pena con l'autorizzazione del direttore.

[44] Direttiva generale in materia di Centri di Permanenza Temporanea ed Assistenza, ai sensi dell'art. 22, comma 1, del d.P.R. n. 394/1999.

patibilmente con le esigenze della vita collettiva, le abitudini ed i precetti religiosi dei diversi stranieri con particolare riferimento alle modalità delle funzioni religiose, all'erogazione e alla tipologia dei pasti, nonché agli altri aspetti relativi al culto» [art. 2, lett *i)*]. Inoltre, nella comunicazione da consegnare alla persona straniera all'atto dell'ammissione al centro devono essere indicati il diritto ad avere colloqui con i ministri di culto e quello di professare la propria religione e di avere la relativa assistenza spirituale.

Un altro aspetto problematico, che alla luce dei mutamenti dell'ordinamento penitenziario deve essere attentamente considerato, concerne la tutela della libertà religiosa sia delle persone condannate che siano sottoposte a misure alternative alla detenzione[45], quali la detenzione domiciliare e l'affidamento in prova al servizio sociale presso una comunità terapeutica, sia degli imputati sottoposti alla misura cautelare degli arresti domiciliari ovvero al ricovero presso una comunità terapeutica. Negli ultimi anni, con una serie di interventi normativi, il legislatore ha progressivamente ampliato le condizioni di accesso a tali misure. Si è, in tal modo, iniziato a percorrere con maggior convinzione una delle strade indicate dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani* per eliminare l'endemica situazione di sovraffollamento che affligge le carceri italiane.

In questo ambito, tuttavia, per la garanzia della libertà di culto e dell'assistenza spirituale si pongono questioni particolari, che non hanno ancora trovato soluzione. La legge n. 354/1975 e le leggi che hanno poi introdotto, disciplinato e ampliato tali misure tutelano la libertà religiosa all'interno delle sole strutture carcerarie, non disponendo nulla per le ipotesi in cui la restrizione della libertà personale avvenga in altri luoghi e ad altre condizioni. L'esito paradossale è che i diritti costituzionali in materia religiosa sono espressamente disciplinati, pur con alcuni limiti, per le ipotesi di privazione della libertà personale più afflittive e non, invece, per quelle più lievi (o considerate tali).

[45] L'ampliamento dell'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione è, peraltro, uno dei criteri direttivi della delega al Governo di cui alla legge n. 103/2017, art. 1, comma 85, lett. *a-d* (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario).

Per quanto concerne le misure più afflittive, nell'ipotesi del regime di sorveglianza particolare l'art. 14-*quater*, comma 4, o.p. esclude tra l'altro che le restrizioni all'esercizio dei diritti delle persone detenute o internate e alle regole di trattamento, che siano ritenute strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, possano riguardare le pratiche di culto.

Per il regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* o.p., sebbene la disposizione non indichi le posizioni giuridiche soggettive sottratte alle misure di restrizione, si registrano due pronunce della Corte di cassazione. Sulla base dell'art. 26, comma 4, o.p., la Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza di Cuneo aveva respinto il reclamo di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis*. Il reclamo era stato presentato contro il provvedimento con cui l'amministrazione penitenziaria aveva rigettato l'istanza del detenuto, intesa a ottenere l'autorizzazione ad incontrare in via permanente un ministro del culto dei Testimoni di Geova per lo studio della Bibbia. I giudici della Suprema Corte hanno stabilito che «in linea di massima, non pare possibile negare ad un credente ed a maggior ragione ad un Testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della Bibbia, almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario».

Con una seconda pronuncia il giudice di legittimità ha affermato che la mera comunicazione, a un detenuto sottoposto al regime detentivo del 41-*bis*, della relazione dell'amministrazione penitenziaria in merito alla non inclusione di maestri buddisti Zen nel novero dei ministri di culto abilitati all'ingresso nelle strutture penitenziarie e di una precedente ordinanza del magistrato, pronunciata su reclamo di altro detenuto in tema di somministrazione del vitto, «non può costituire […] "valida risposta sia sul piano procedimentale sia sul piano del contenuto"»[46].

[46] Cfr., rispettivamente, Cass. Pen., Sez. I, 25.05.2011, n. 20979; Cass. Pen., Sez. I, 07.10.2013, n. 41474.

Con riferimento alle persone sottoposte a tale regime detentivo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che, per motivi di sicurezza, la possibilità di lasciare le

In ordine alle misure meno afflittive, invece, in mancanza di accorgimenti normativi espressi, si registrano alcune decisioni giurisprudenziali, che dinanzi alle istanze di condannati o di imputati sottoposti a misure alternative alla detenzione e alla custodia cautelare, hanno dato risposte non univoche.

In una prima serie di casi alcuni imputati di religione cattolica, trovandosi in regime di arresti domiciliari, si erano rivolti al giudice per chiedere di partecipare alla messa celebrata nei giorni di domenica e nelle altre festività religiose. Per uno di essi il giudice istruttore di Pisa aveva accolto la richiesta, ritenendo che le «indispensabili esigenze vita», in presenza delle quali l'imputato può essere autorizzato «ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario» a provvedervi (art. 254-*quater*, comma 2, del previgente c.p.p.), comprendessero per il credente anche «la partecipazione alle celebrazioni del culto cattolico». Nell'ordinanza si rilevava, inoltre, che alla persona sottoposta al regime degli arresti domiciliari non può riservarsi un trattamento deteriore rispetto a quello assicurato ai detenuti[47].

Qualche anno dopo, tuttavia, il Tribunale di Milano ha rigettato un'istanza di analogo tenore, ritenendo che, ai fini dell'osservanza del precetto cattolico e data l'impossibilità per l'imputato di presenziare alla funzione religiosa in conseguenza del suo *status detentionis*, alla messa domenicale potesse essere equiparata quella trasmessa dai servizi radiotelevisivi[48]. Quest'ultimo orientamen-

celle e avere contatti con altri detenuti è limitata; pertanto, nella partecipazione alla funzione religiosa collettiva dalle celle non è stata riscontrata un'illegittima violazione della libertà di manifestazione religiosa: C. eur. dir. uomo, 06.07.2000, *Indelicato c. Italia*.

Si segnala, nondimeno, che con provvedimento n. 2012/5522 il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha parzialmente accolto il reclamo di un detenuto in regime differenziato *ex* art. 41-*bis* o.p., cui era stata negata la possibilità di uscire dalla cella e di partecipare pienamente alla messa per leggere le letture e prendere la comunione all'altare.

[47] Trib. Pisa, 13.11.1984, in *Dir. eccl.*, 1985, II, 584 ss., con un commento di V. Turchi, *Arresti domiciliari e assistenza spirituale*, cui si rinvia per le implicazioni di diritto canonico concernenti la doverosità della partecipazione ai riti, ai sacramenti e alle pratiche liturgiche della religione cattolica per il credente che si trovi in stato di detenzione (*ivi*, 591 ss.).

[48] Trib. Milano, 19.08.1986, in *Dir. eccl.*, 1988, II, 288, con un commento di V. Turchi, *Ancora in tema di arresti domiciliari e assistenza spirituale. Appunti su "misure alternative alla carcerazione e libertà religiosa"*, *ibidem*.

to, da alcuni criticato sotto il profilo delle valutazioni operate dal giudice sul grado di vincolatività degli obblighi canonici[49], pone interrogativi più ampi sui limiti entro cui le autorità giudiziarie (e le istituzioni penitenziarie) possono sindacare la sincerità delle convinzioni religiose di chi, essendo in regime di detenzione, avanzi richieste in materia religiosa[50].

Le difficoltà di fronte alle quali l'amministrazione penitenziaria e i giudici possono trovarsi in queste ipotesi, in conseguenza del silenzio normativo, emergono da una più recente pronuncia della Cassazione, con cui si è stabilito che «incorre nel reato di evasione dal regime degli arresti domiciliari il soggetto sottoposto a tale regime che si allontana dal suo domicilio per partecipare ad una funzione religiosa al di fuori dei termini e senza il rispetto delle modalità fissate dall'autorità giudiziarie»[51]. La pronuncia è scaturita dal caso di un Testimone di Geova che, pur avendo la facoltà di assentarsi ogni prima domenica del mese dal domicilio fissato, per partecipare con scorta ai riti liturgici presso una Sala del Regno, dopo aver sollecitato la messa a disposizione della scorta da parte dei carabinieri, durante la seconda domenica del mese si era comunque allontanato dal proprio domicilio senza scorta.

L'esigenza di tutelare il diritto di libertà religiosa si pone, infine, anche nei confronti delle persone imputate o condannate, che siano ricoverate presso le comunità terapeutiche per tossicodipendenti e alcolisti. In tale ipotesi, è necessario distinguere a seconda che la comunità terapeutica abbia una posizione agnostica rispetto al fenomeno religioso ovvero si caratterizzi per un orientamento di tipo religioso. Nel primo caso, occorre individuare le modalità necessarie ad assicurare l'effettivo esercizio di quei diritti; nel secondo, «si pone il problema, speculare, di garantire la libertà religiosa e di coscienza di chi, pur ricorrendo alle prestazioni offerte

Si veda, analogamente, App. Firenze, 24.07.1987, in *Dir. eccl.*, 1988, II, 289.

[49] V. Turchi, *Misure alternative alla pena detentiva: la garanzia della libertà religiosa*, in *Iustitia*, 2/1989, 157 s.

[50] Cfr. V. Turchi, *op. ult. cit.*, 160. L'Autore evidenzia, nondimeno, che la persona sottoposta agli arresti domiciliari, «in mancanza di specifiche esigenze cautelari contrarie, può sempre fruire dell'assistenza spirituale che i membri della propria confessione intendono offrirgli nel luogo di arresto» (*ibidem*).

[51] Cass. Pen., Sez. VI, 21.01.2009, n. 2735.

dalla comunità, non intende partecipare alle (eventuali) pratiche di culto, o religiose in senso più ampio»[52].

4. *Eguaglianza, laicità e principio "anti-maggioritario" nella garanzia dei diritti di libertà religiosa delle persone detenute*

Dalla disamina delle problematiche concernenti la libertà religiosa delle persone detenute emerge un dato interessante: su di essa il carcere riflette un'immagine caleidoscopica, che se per un verso è lo specchio dei numerosi cambiamenti avvenuti anche nella società italiana, per l'altro verso interroga l'ordinamento penitenziario (e più in generale le istituzioni pubbliche) su vecchie e nuove questioni.

L'immagine riflessa dal carcere può ritenersi caleidoscopica in un duplice senso. È tale, in primo luogo, perché all'interno degli istituti di pena si va sempre più delineando una diversificazione religiosa e culturale, che si esprime attraverso multiformi istanze di tutela. In maniera speculare, l'immagine è caleidoscopica nel senso che, a garanzia dei diritti in questione, negli anni si è formato un universo normativo eccessivamente frastagliato e differenziato. Ma un così alto livello di stratificazione del quadro normativo, anziché essere strumento di salvaguardia del pluralismo religioso, è divenuto piuttosto il segno di un diritto insostenibilmente diseguale.

L'insostenibilità di un'eccessiva differenziazione nella tutela della libertà religiosa delle persone detenute deriva da molteplici fattori: dalla posizione privilegiata che all'interno delle strutture segreganti è tuttora riconosciuta alla Chiesa cattolica; dal *discrimen* tra confessioni religiose munite di intesa con lo Stato e confessioni che ne sono sprovviste; dal conseguente divario nel grado di attuazione dei diritti dei detenuti, in conseguenza della religione da essi professata. In tale quadro, l'immigrazione non ha fatto altro che mettere a nudo le carenze di un impianto normativo superato, moltiplicando e amplificando fattori di squilibrio noti da tempo.

[52] V. Turchi, *op. ult. cit.*, 167.

I molteplici nodi problematici discendono da una scelta di fondo del legislatore che, attenuando la piena espansione dei principi costituzionali di eguaglianza e di laicità all'interno delle carceri, ha finito per penalizzare le posizioni giuridiche soggettive delle persone detenute. Soprattutto la disciplina (legislativa e regolamentare) concernente l'assistenza spirituale e l'ingresso in carcere dei ministri di culto tradisce una prospettiva prevalentemente "istituzionale": a esser prese in considerazione sono le esigenze delle confessioni religiose, più che quelle dei detenuti. In tal senso, si ha l'impressione che finora il legislatore si sia interessato di questi temi con lo sguardo rivolto agli artt. 7 e 8 Cost., prima ancora che agli artt. 2, 3, 19 e 27 Cost.

A ciò si aggiunga che per i profili appena ricordati (e, a maggior ragione, per quelli non ancora o non sufficientemente regolati) molto – forse troppo – è lasciato, «all'arbitrio dei funzionari dello Stato, si tratti di personale dell'amministrazione o di magistrati e questo, inevitabilmente, mina un diritto che la Costituzione sancisce come fondamentale»[53]. Vi è, pertanto, la tendenza a dimenticare che «il diritto di sviluppare la propria personalità deve essere particolarmente garantito quando si viene a fare parte di una formazione sociale contro la propria volontà. La partecipazione coatta costituisce, infatti, di per sé una limitazione ai diritti di libertà del soggetto, che deve essere in qualche modo controbilanciata assicurando il pieno riconoscimento di tutti quei diritti costituzionali – in particolare modo quelli discendenti dall'art. 2 – non incompatibili con il carattere necessario dell'appartenenza all'entità superindividuale»[54].

[53] F. Sciotto, *Il carcere è un luogo di pluralismo religioso?*, in *Oltre i tre metri quadri*, cit., 80.

[54] G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Pol. dir.*, 2/1976, 174-175.

In senso analogo V. Onida, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. cost.*, 1968, 1046: «lo stato di detenzione, se comporta ovviamente una restrizione della libertà personale (anzi a questo è precisamente inteso) e per questo delle libertà a questa connesse o da queste in qualche modo dipendenti (come la libertà di circolazione o quella di riunione); se può comportare limitazioni ad aspetti strumentali delle libertà connesse alla manifestazione del proprio pensiero (come l'uso di determinati mezzi di diffusione), non può però in

La Corte costituzionale ha, d'altronde, in più occasioni sottolineato che è «principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»[55]; ciò perché «[c]hi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[56].

Occorre, quindi, rimuovere dal campo quel pregiudizio, «che in nome della primazia delle esigenze di "sicurezza" postula di fatto una irrazionale limitazione dei diritti dei detenuti»[57], soprattutto quando – come si è avuto modo di registrare nel caso della libertà religiosa – la restrizione o la tutela non effettiva di essi siano il frutto di diseguaglianze prive di fondamento[58].

Le disparità emerse finora non trovano, del resto, alcuna giustificazione nell'argomento maggioritario, un argomento che non può essere speso né sotto il profilo meramente sociologico, né soprattutto sotto quello dei principi costituzionali. La disciplina di favore per la presenza in carcere della religione cattolica e per l'assistenza spirituale ai detenuti che la professino è stata spesso difesa attraverso il richiamo al mero fattore storico-numerico, venendo negli anni emendata solo in minima parte. Si è, ad esempio, osservato che «[l]a situazione di privilegio sostanzialmente accordata al culto cattolico, la celebrazione dei cui riti è assicurata negli istituti

alcun modo incidere su quegli aspetti della libertà che concernono l'atteggiarsi della coscienza individuale e delle sue manifestazioni […]».

[55] Corte cost., sent. n. 114/1979.

[56] Corte cost., sent. n. 349/1993.

[57] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 55.

La Corte costituzionale ha, d'altro canto, chiaramente affermato che l'idea secondo cui la restrizione della libertà personale può «comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»: Corte cost., sent. n. 26/1999.

[58] Sul necessario valore orientativo della giurisprudenza costituzionale, che non può da sola supplire all'inerzia del legislatore, si veda in termini più ampi M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivistaic.it*, fasc. 3/2016, 33 ss.

di prevenzione e pena, allo stato attuale, può essere ritenuta non in contrasto con il principio costituzionale di eguale libertà per tutte le confessioni, poiché trae origine non da un particolare favore per il Credo della religione cattolica, ma dalla considerazione di indiscutibili situazioni di fatto quali la preponderanza numerica, statisticamente rilevabile, dei detenuti che intendano praticare i riti del culto cattolico, la non facile disponibilità o reperibilità di culti scarsamente presenti nel nostro paese»[59]. Analoghe considerazioni sono state portate a sostegno anche di quelle disposizioni, che all'interno degli istituti di detenzione prevedono la presenza stabile del solo cappellano[60].

A questo proposito, si potrebbe rispondere che i cambiamenti storico-sociali degli ultimi anni hanno reso tali argomenti non più sostenibili: una pluralità religiosa sempre più accentuata si è riversata anche sugli istituti penitenziari, tanto che in alcuni casi le persone detenute di fede cattolica non costituiscono più la maggioranza. E tuttavia, al di là del dato storico-sociale, l'argomento numerico non può essere impiegato innanzitutto per il *vulnus* che ne conseguirebbe al principio di laicità, a quello di eguaglianza e alla libertà religiosa[61]. A supporto di ciò basti solo ricordare ciò che la Corte costituzionale ha affermato in materia di tutela penale

[59] L. Governatori Renzoni, *La libertà religiosa negli istituti di prevenzione e pena*, in *Dir. eccl.*, II, 1968, 302-303.

[60] Cfr. A. Pizzorusso, *I cappellani degli istituti di prevenzione e di pena nel diritto vigente e nel progetto di riforma penitenziaria*, in *Studi in onore di Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, 565.

[61] Sulla necessità che lo Stato impedisca ogni forma di discriminazione basata sul fattore religioso, «mantenendo un atteggiamento di neutralità rispetto alle diverse opzioni religiose senza ergersi a garante degli orientamenti ideologici della maggioranza», M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 120.

In termini più ampi si veda anche F. Rimoli, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, 1995, 5, secondo il quale «devono essere decisamente respinte quelle impostazioni che fanno leva sulla maggior diffusione o tradizione di una singola prospettiva ideologica o culturale per giustificare una sostanziale prevaricazione di questa su altre concezioni concorrenti e minoritarie, talora anche in forma di imposizione più o meno diretta sui comportamenti individuali (semmai un'attenta lettura dell'art. 3, 2° co., Cost. *dovrebbe far propendere, all'inverso, per un sostegno alle culture deboli e minoritarie, anche in campo religioso*, in ciò coniugandosi la laicità col carattere sociale dello Stato, laddove questo sia sancito come nella nostra Costituzione)» (corsivi miei).

del sentimento religioso: il criterio maggioritario non può più essere addotto al fine di salvare quelle disposizioni che riservano alla religione cattolica un trattamento di favore[62].

Mutatis mutandis, il rispetto del dovere di «equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose»[63], che nella giurisprudenza costituzionale si è imposto come precipitato del principio di laicità, tanto più deve ritenersi condizione indispensabile per garantire l'effettivo ed eguale esercizio della libertà religiosa (anche negativa[64]) quanto più questa libertà sia invocata all'interno di istituzioni totali.

Anche per l'ordinamento penitenziario i tempi sono, d'altronde, maturi perché si affrontino senza infingimenti le sfide che la diversità culturale e religiosa pone davanti alle istituzioni penitenziarie e perché non si rimanga abbagliati dalle sirene del «multiculturalismo irenico»[65] o della laicità c.d. "positiva"[66]. Tra eguaglianza

[62] La Corte costituzionale aveva inizialmente ritenuto che la posizione privilegiata accordata alla religione cattolica trovasse fondamento nell'«antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa appartiene» (sent. n. 125/1957) e «alla maggiore ampiezza e intensità delle reazioni che suscitano le offese ad essa, in quanto religione professata dalla maggior parte degli italiani» (sent. n. 39/1965 e, in termini analoghi, sent. n. 14/1973). Tuttavia, con il venir meno del principio della religione di Stato in seguito agli Accordi di Villa Madama, i giudici costituzionali hanno mutato orientamento, giudicando «inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose» (sent. n. 925/1988). La Corte ha, infine, affermato che il definitivo «abbandono del criterio quantitativo […] significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza» (sent. n. 440/1995, nonché sent. n. 329/1997).

[63] Corte cost., sent. n. 329/1997 e, analogamente, sent. n. 508/2000.

[64] Al riguardo, deve peraltro essere stigmatizzata la prassi di annotare nella cartella personale della persona detenuta, al suo primo ingresso in carcere, la religione professata. La funzione di agevolazione della libertà religiosa ricollegabile a tale annotazione deve oggi fare i conti con i rischi di facili e discriminatorie sovrapposizioni tra Islam e radicalizzazione, con conseguenti ricadute sul trattamento penitenziario delle persone di fede islamica.

[65] Sul punto si rinvia alle osservazioni problematiche di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?,* Roma-Bari, 2013, 88 ss.

[66] L'idea di una laicità "positiva" era inizialmente affiorata nella sentenza con cui la Corte costituzionale aveva assegnato alla laicità il rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale, affermando che «l'attitudine laica dello Stato-comunità […] risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione

e diversità occorre cercare un nuovo equilibrio costituzionalmente orientato, nella consapevolezza che esso non si dà una volta per tutte, ma «va costruito in presa diretta con i problemi pratici, che la società multiculturale pone incessantemente in termini di novità»[67]. Già le Regole penitenziarie europee varate nel 2006 affermano che «[d]evono essere presi provvedimenti speciali per i bisogni dei detenuti appartenenti ad una minoranza etnica o linguistica» e che «[p]er quanto possibile, le pratiche culturali dei diversi gruppi devono poter continuare ad essere osservate in carcere» (art. 38, commi 1-2).

L'occasione per un ripensamento dell'attuale disciplina normativa potrebbe venire dalla legge n. 103/2017, contenente una delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Se in un primo momento tra i principi e i criteri direttivi era stata inclusa la previsione di norme concernenti, tra l'altro, i diritti e i bisogni culturali e religiosi delle sole persone detenute straniere, il testo finale prevede che – fermo restando quanto disposto dall'art. 41-*bis* della l. n. 354/1975[68] – nell'esercizio della delega i decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento penitenziario includano norme che favoriscono l'integrazione delle persone detenute

dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini» (sent. n. 203/1989). Nella giurisprudenza successiva, tuttavia, i giudici costituzionali si sono condivisibilmente allontanati dalla declinazione "positiva" del principio di laicità, ponendo maggiormente l'accento su una laicità intesa come «neutralità dello Stato nei confronti di *tutte* [le confessioni religiose]» (sent. n. 235/1997, corsivo mio) e dovere di «equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a *tutte* le confessioni religiose» (sent. n. 329/1997, corsivo mio).

In tal modo si intende invocare non un atteggiamento di rigida e fittizia neutralità, che lasci l'appagamento delle varie istanze (religiose e non solo) ai rapporti di forza, ma una laicità che, rinunciando ai privilegi finora accordati alla religione egemonica, sia in grado di rispondere ai problemi posti dalla diversità religiosa e culturale: cfr. E. Olivito, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 560 ss.

[67] N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 223.

[68] Tale generica e aprioristica esclusione suscita, tuttavia, qualche perplessità. Sul punto si veda L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, in questo *Volume*.

straniere[69], nonché più in generale rivedano le attuali previsioni in materia di libertà di culto e dei diritti ad essa connessi [art. 1, comma 85, rispettivamente lettere *o)* e *v)*]. Tale duplice indicazione apre così alla considerazione delle specifiche esigenze religiose dei detenuti stranieri e, al contempo, a una più ampia modifica della normativa penitenziaria, là dove essa presenti lacune e trattamenti irragionevolmente differenziati tra i credi religiosi.

Nondimeno, dal momento che anche (ma non solo) in ambito penitenziario la diversificazione delle istanze religiose ha messo in luce la difficoltà «a venire incontro a nuove esigenze e ad allontanarsi dai binari consolidati delle forme organizzative riservate alle confessioni religiose»[70], si ripropone con urgenza la necessità di approvare un serio e meditato testo di legge sulla libertà religiosa[71]. Senza destituire di fondamento i diversi livelli di governo e di regolamentazione che in tale ambito sono chiamati a interagire, questo passo contribuirebbe alla semplificazione di un quadro normativo che, nel garantire effettività ai diritti di libertà religiosa delle persone detenute, è ancora irrazionalmente diversificato, in ragione di rapporti di forza squilibrati. Si eviterebbe, in questo modo, di rimettere il grado di tutela di tali diritti allo spontaneismo o al paternalismo delle singole strutture penitenziarie[72] e di lasciare negletto

[69] A questo proposito si veda ancora P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in questo *Volume*.

[70] S. Angeletti, *Le attività delle comunità islamiche a livello locale*, cit., 151.

[71] Della necessità di una legge sulla libertà religiosa si discute da molto tempo e diversi sono stati i progetti di legge presentati in Parlamento, senza però che si siano mai raggiunti risultati apprezzabili. Si vedano, tra i molti, i contributi di *Studi e opinioni sul progetto di legge sulla libertà religiosa*, in *Dir. eccl.*, 1-2/2007, I; nonché V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, 2010.

In senso favorevole all'uniformità di regime per le confessioni religiose, nella prospettiva della separazione e della libertà, cfr. M. Luciani, *La problematica laicità italiana*, in *Dem. dir.*, 2/2008, 118. Nel senso che una legge unilaterale sulla libertà religiosa non si porrebbe come fonte alternativa alle intese, che conserverebbero lo scopo di salvaguardare le differenze tra le confessioni religiose, si veda B. Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, 410.

[72] Cfr. G. Casuscelli, *Il diritto alla moschea, lo Statuto lombardo e le politiche comunali: le incognite del federalismo*, in *www.statoechiese.it*, settembre 2009, 12. Sebbene a diversi fini, ma con argomentazioni valide anche per l'ordinamento penitenziario, l'A. esattamente rileva che «[s]petta alla legge "fondamentale" sulla libertà religiosa

il riconoscimento anche simbolico che deriverebbe da un quadro legislativo egualitario. La discussione di un progetto di legge sulla libertà religiosa potrebbe, inoltre, essere la sede per interrogarsi sullo spazio attribuibile al fattore religioso all'interno delle carceri. Gli istituti di pena sono, in definitiva, luoghi che partecipano di una più ampia sfera pubblica e occorre capire se, di fronte alla crescente pluralità religiosa, l'inveramento del principio di laicità sia maggiormente assicurato da una neutralità dell'ordinamento penitenziario del tutto cieca alle differenze oppure sensibile a esse.

offrire al più presto un quadro unitario di riferimento idoneo a dissolvere le incognite, a fugare i rischi di normative (primarie e regolamentari) e di prassi amministrative locali che dilatino oltre misura la discrezionalità "politica" di quanti sono chiamati a dare attuazione, per la loro parte, alle libertà costituzionali, predisponendo un chiaro ed efficace sistema di norme di garanzia, procedurali e contenutistiche» (*ivi*, 13-14).

Marta Caredda

Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte

SOMMARIO: 1. Introduzione breve – 2. Il diritto alla salute come diritto universale: la riforma della sanità penitenziaria – 3. Il diritto alla salute come diritto *complesso*: i suoi diversi significati e la realtà delle carceri – 4. I rimedi alle violazioni del diritto alla salute del detenuto: giudici dell'esecuzione penale e giudici di Strasburgo – 5. Note conclusive.

1. *Introduzione breve*

La tutela della salute umana è un diritto di tutti gli individui, riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale all'art. 32 – da interpretarsi alla luce del dovere della Repubblica di garantire la libertà-dignità dell'uomo (cfr. artt. 2 e 3 Cost.) – nonché da importanti norme europee e internazionali[1]. Anche le persone ristrette in carcere sono titolari, come è ovvio, del diritto alla protezione della salute, al pari del resto della comunità. A queste si rivolgono, oltre alle disposizioni già menzionate, in modo specifico, gli artt. 13 e 27 Cost. laddove bandiscono ogni forma di violenza fisica o morale nei confronti di una persona privata della libertà ed escludono che la pena possa consistere in un trattamento contrario al senso di

[1] L'art. 32 Cost. afferma che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Merita, poi, di essere richiamato l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che attribuisce a ogni individuo il diritto alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche, da leggersi alla luce del disposto dell'art. 1 secondo cui «la dignità umana è inviolabile». L'obbligo di tutelare la salute, che non è espressamente previsto nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, viene riconosciuto per via interpretativa dai giudici di Strasburgo negli artt. 2, 3 e 8 CEDU, perché ricompreso nella protezione assicurata alla vita umana o alla vita privata e familiare.

umanità. Ci è voluto del tempo, però, perché si organizzasse il sistema in modo tale da ricercare effettivamente l'equiparazione tra liberi e detenuti in ordine al godimento delle prerogative connesse con la tutela della salute. La legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 già segna dei passi in avanti quanto all'espresso riconoscimento del diritto a vivere in condizioni salubri e ai trattamenti sanitari, come vedremo, ed è stato, poi, significativo il processo che ha visto il Servizio Sanitario Nazionale prendersi carico dell'assistenza sanitaria anche all'interno degli istituti di pena. Tante, ancora, le questioni aperte, le criticità che necessiterebbero interventi normativi o, più semplicemente, la corretta attuazione delle previsioni vigenti.

2. *Il diritto alla salute come diritto universale: la riforma della sanità penitenziaria*

La protezione della salute, definita come "uno stato di benessere fisico, mentale e sociale" e non solamente "assenza di malattie o infermità" dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), è oggetto di un diritto costituzionale fondamentale e non vi sono ragioni per cui il detenuto debba soffrire limitazioni in ordine all'esercizio dello stesso.

Non vi sono infatti motivi di sicurezza o esigenze processuali che possano essere bilanciati col dovere di preservare la salute della persona determinando un livello di tutela minore (si può, al massimo, trattare dell'adozione di precauzioni organizzative per quanto riguarda prestazioni connesse col contenuto del diritto stesso: per esempio, vi sono regole circa l'ingresso in istituto del medico di fiducia o specifiche modalità prescritte per effettuare le traduzioni in luoghi esterni di cura)[2]. D'altronde, la tutela della salute non è un ambito del "trattamento rieducativo", sede natu-

[2] «Una diversa – spesso meno garantistica – forma di tutela dovrebbe trovare giustificazione nella peculiarità della situazione detentiva, configurandosi come riflesso dell'impossibilità di riconoscere la "pienezza" della specifica situazione giuridica soggettiva in capo al recluso». Così M. Ruotolo, *Il carcere come luogo della legalità*, *in onore di Valerio Onida*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 7.

rale di bilanciamenti, né è ad esso funzionalizzata, come a volte si sostiene; godere di buona salute è semmai un presupposto per la "risocializzazione". Se il sistema penitenziario non rispettasse, a prescindere dalla condotta del reo, la salute fisica e mentale della persona reclusa si rischierebbe di avere un "rimedio" al male commesso che genera ulteriore "malattia", invece che aiutare ad allontanarla[3]; assomiglierebbe alla logica del supplizio. Non sembra corretto, allora, affermare che «la tutela della salute del detenuto, l'organizzazione sanitaria e i suoi compiti non possono essere pienamente compresi al di fuori del binomio sicurezza-trattamento […] che rappresentano espressioni diverse dell'unica finalità della pena con valenza rieducativa»[4], poiché è, invece, di tutta evidenza che la tutela dell'integrità psico-fisica prescinde dal grado di avanzamento nel percorso trattamentale. Se fosse vero che «la tutela costituzionale della salute nell'ambito penitenziario si connota in relazione al contesto in cui è considerata ed alla luce dell'obiettivo che la Costituzione richiede al contesto stesso: la rieducazione»[5], ci si potrebbe domandare cosa ci sia di "rieducativo" nell'essere curati quando non si sta bene e se si potrebbe sentire meno vincolante l'obbligo di garantire l'assistenza sanitaria se il sistema fosse improntato a una visione retributiva della pena. Si profilerebbe peraltro il dubbio che l'imputato sottoposto a misura cautelare detentiva possa ricevere una protezione diversa da chi, già condannato, è inserito in un programma trattamentale. «La salute è bene non disponibile per restrizioni», invece, come è stato scritto a chiare lettere nella Relazione finale dei lavori della c.d. Commissione "Palma"[6], poiché nessuna delle esigenze legate all'esecuzione della

[3] Sul punto si legga E. Resta, *Cura e malattia*, in P. Gonnella, M. Ruotolo (a cura di), *Giustizia e carceri secondo Papa Francesco*, 2016, 47 ss., nonché, sul principio di proporzionalità, che ammette limitazioni dei diritti dei detenuti solo laddove questo sia "inevitabile", M. Cartabia, *La funzione del diritto penale e i diritti umani*, *ivi*, 29 ss.

[4] B. Gualco, *Ordinamento penitenziario e assistenza sanitaria. Realtà e prospettive*, in *Noos*, *Psichiatria e carcere*, n. 12, 2006, 11 s.

[5] C. Piciocchi, *«La salute dentro le mura»: commento al rapporto del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013)*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2014, 851.

[6] *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale per le questioni penitenziarie "Palma"*, presentato al Ministro il 25.11.13, punto 4.4, 18.

pena detentiva necessita della compressione del diritto alla salute, la cui salvaguardia è oggetto di un mandato non negoziabile.

C'è di più: non solo il detenuto ha diritto alla protezione della salute al pari di qualunque altro individuo libero, ma siamo anche in un ambito in cui il soggetto pubblico deve attuare misure specifiche, applicando il principio di eguaglianza sostanziale. Occorre, infatti, profondere un "impegno particolare", per affrontare una situazione nella quale il raggiungimento dello scopo implica la "rimozione di ostacoli" (art. 3, secondo comma, Cost.), rappresentati da oggettivi «svantaggi situazionali»[7]. Bisogna, cioè, realizzare azioni positive che riempiano di contenuto un altrimenti sterile riconoscimento di "parità formale". E per soddisfare le esigenze di salute della popolazione carceraria può non bastare l'offerta di un servizio calibrato su un fabbisogno "standard", perché può rivelarsi insufficiente ed equivalere, quindi, a una discriminazione: occorre, infatti, tener conto del fatto che l'incidenza di alcune patologie è significativamente maggiore tra la popolazione detenuta rispetto a quella registrata nella popolazione generale. In altre parole, il rischio di salute è elevato e la necessità di interventi sanitari più frequente.

Come riferito dall'OMS in relazione alla popolazione carceraria mondiale, infatti, assai diffuse sono la dipendenza da sostanze stupefacenti e le malattie infettive (in particolare epatite C e HIV), oltre ai disturbi nevrotici e da adattamento[8]. Per quanto riguarda specificamente l'Italia, secondo una recente indagine epidemiologica il 41,3% dei detenuti risulta affetto da almeno un disturbo psichico, il 14,5% da malattie dell'apparato digerente e l'11,5% da

[7] Concetto espresso con forza nel Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *La salute "dentro le mura"*, 2013, 5, disponibile all'indirizzo *http://www.governo.it/bioetica/pdf/6*.

[8] Si vedano i dati forniti dall'O.M.S. (*Who Regional Office, Final Report of the network meeting on prison and health*, Copenaghen 11-12 ottobre 2012) e richiamati anche nel Parere del C.N.B. citato nella nota precedente, 9; per quanto attiene ai disturbi mentali, si può consultare anche uno studio sperimentale condotto a Pavia da G. Gegagni Lusignani, C. Giacobone, F. Pozzi, F. Dal Canton, P. Alecci, G. Carrà, *Disturbi mentali in una casa circondariale: uno studio di prevalenza*, in M. Clerici, S. Scarone (a cura di), *Noos, Psichiatria e carcere*, Vol. 12, n. 1, 2010, 23 ss., dal quale è emersa una prevalenza maggiore di disturbi mentali nella popolazione detenuta rispetto a quella libera, secondo standard di riferimento statunitensi ed europei.

malattie infettive e parassitarie. «Già da questi primi dati si capisce che le caratteristiche sanitarie della popolazione detenuta sono estremamente differenti da quelle osservabili nel contesto generale»[9]; le ragioni di questa situazione si rinvengono nella diffusione, tra i soggetti reclusi, di stili di vita che espongono maggiormente a malattie o disagi mentali (per es. pratiche a rischio quali l'assunzione di droghe per via iniettiva o l'abitudine al sesso a pagamento; incuria nella gestione delle malattie pregresse rispetto all'ingresso in carcere; aggravamento del quadro clinico causato dalle condizioni strutturali e organizzative proprie della realtà detentiva; mancato adattamento all'ambiente carcerario e alla convivenza forzata in una comunità complessa, variegata, spesso percepita come ostile ecc.). Per non parlare poi dei dati sull'incidenza della dipendenza da droghe[10]: basti qui mettere in evidenza che, sul campione studiato nell'analisi precedentemente richiamata, risulta che i disturbi mentali da dipendenza da sostanze affliggono il 24% della popolazione e che il 49,6% dei disturbi mentali riscontrati deriva proprio da questa causa.

Passando al riconoscimento normativo della parità nel godimento del diritto alla salute tra persone detenute e persone libere, occorre brevemente ripercorrere lo sviluppo della legislazione ordinaria, dapprima dando conto delle norme della legge n. 354 del 1975 (Ordinamento Penitenziario) che riguardano la prevenzione e l'assistenza sanitaria: nell'art. 11 sono disciplinati i profili essenziali del servizio sanitario erogato negli istituti penitenziari, mentre negli artt. 5 ss. si rinvengono prescrizioni riguardanti la sa-

[9] Si tratta della prima analisi epidemiologica estesa condotta su un campione significativo di istituti dislocati in diverse Regioni italiane, realizzata anche con l'impegno del Ministero della Salute (Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie – CCM): Azienda Regionale di Sanità della Toscana, *La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico*, aprile 2015, 58. Disporre di una mappatura affidabile della distribuzione delle patologie negli istituti penitenziari è ancora oggi difficoltoso, come si dirà nel seguito del presente contributo.

[10] Secondo A. Franceschini, *La medicina penitenziaria,* in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini,* vol. VIII, cap. CCLII, Padova, 2009, i tossicodipendenti si attestano intorno al 25% della popolazione detenuta, mentre secondo lo studio di M. Esposito, *The health of italian prison inmates today: a critical approach*, in *Journal of correctional health care*, 16 (3), 2010, 230 s., la dipendenza da droghe dentro il carcere è rilevata nel 22% dei casi, a fronte del 2,1% della popolazione generale.

lubrità degli ambienti, l'igiene personale, l'alimentazione e i tempi di permanenza all'aperto (disposizioni da combinare con quelle regolamentari di cui al d.P.R. n. 230 del 2000 – spec. artt. 17 ss.[11]). L'art. 11 prevede che «ogni istituto è dotato di servizio medico e di servizio farmaceutico rispondenti alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti» e «dispone, inoltre, dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria»; che, ove siano necessarie cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati possono essere trasferiti in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura; che al momento dell'ingresso i soggetti sono sottoposti a visita medica generale per accertare eventuali malattie fisiche o psichiche e che l'assistenza sanitaria è prestata, nel corso della detenzione, «con periodici e frequenti riscontri»; che è ad ogni modo possibile richiedere di essere visitati, a proprie spese, da un sanitario di fiducia. L'art. 80 ord. penit. prevede, poi, che l'Amministrazione possa contrattare anche personale esterno facente funzioni di medico, psicologo o assistente sociale all'interno del carcere (i c.d. "esperti").

Un'osservazione critica ricorrente a proposito delle previsioni normative sul servizio sanitario in carcere concerne la loro «totale informalità»[12], l'assenza cioè di regole precise circa le prestazioni "essenziali", da erogarsi obbligatoriamente. In particolare, «perplessità sono state avanzate a proposito del coefficiente di determinatezza delle previsioni contenute all'art. 11 le quali, con riguardo alle prestazioni sanitarie spettanti ai reclusi, sono state criticate come troppo generiche»[13].

[11] Al diritto alla salute si riferisce anche la Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati (prevista dal regolamento esecutivo citato nel testo e adottata con D.M. 5 dicembre 2012), spec. 7. Questa viene consegnata ad ogni detenuto all'ingresso in istituto e rimane disponibile presso la sala colloqui dei penitenziari.

[12] C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in A. Scalfati (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 70.

[13] A. Bernasconi, *Art. 11*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, 143; nello stesso senso si vedano anche le critiche, più risalenti, di A. Terranova, *La tutela della salute in carcere*, in *Quaderni CSM*, 1983, 43.

«Da un punto di vista teorico la possibilità che sia la discrezionalità amministrativa a stabilire il livello delle garanzie fruibili può determinare una pericolosa "degradazione" della tutela della salute a intento di natura programmatica o a interesse legittimo,

Assai significativa è stata l'evoluzione segnata dal trasferimento delle competenze sull'erogazione dell'assistenza sanitaria dall'Amministrazione penitenziaria al S.S.N., poiché, nonostante il contenuto delle disposizioni di legge sopra richiamate sia rimasto invariato, è importante che sia cambiato il soggetto responsabile del servizio, che si sia passati cioè da un sistema "separato" a un sistema in cui, invece, in conformità alle indicazioni internazionali[14], il servizio pubblico responsabile della salute della popolazione generale si occupa anche di quella dei reclusi. La riforma avviata con la legge delega n. 419 del 1998, cui è seguito il d.lgs. n. 230 del 1999 (Riordino della medicina penitenziaria), e che ha visto il passaggio definitivo di funzioni, personale e risorse relativi alla sanità penitenziaria al S.S.N. con l'approvazione del D.P.C.M. del 1° aprile 2008[15], rappresenta allora un momento simbolico per la

mentre da un punto di vista pratico finisce per consentire che si crei una situazione di disomogeneità e, spesso, di insufficienza dell'impegno profuso dalle amministrazioni per la tutela di un diritto fondamentale della popolazione detenuta». Svolgevo queste considerazioni in M. Caredda, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015. Una simile preoccupazione può leggersi tra le righe delle valutazioni conclusive di alcuni studi dedicati al tema della tutela dei diritti all'interno delle mura del carcere, come quello curato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica (*Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattamento per migranti in Italia*, 2012), oltre che quello realizzato dal Comitato Nazionale per la Bioetica, già ricordato. In dottrina si vedano, per tutti, le considerazioni di E. D'Alterio, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2013, spec. 407 ss. e, con riferimento specifico a "ciò che non dovrebbe essere", di M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 93 ss.

[14] Cfr. art. 40 delle Regole Penitenziarie Europee: «1. Si devono organizzare in istituto dei servizi medici in stretta relazione con l'amministrazione sanitaria generale della comunità locale o della Nazione. 2. La politica sanitaria negli istituti penitenziari deve essere integrata con la politica sanitaria nazionale, e compatibile con essa. 3. I detenuti devono avere accesso al servizio sanitario disponibile nel Paese senza discriminazione basata sulla loro posizione giuridica».

[15] Il d. lgs. n. 230 iniziava a sottrarre al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) e al Dipartimento della giustizia minorile le competenze relative all'area della prevenzione e gestione delle tossicodipendenze, mentre avviava una fase sperimentale nella quale solamente tre Regioni venivano interessate dal transito delle funzioni e delle risorse dell'intero comparto sanitario al S.S.N. La definitiva responsabilizzazione di Regioni e A.S.L. sulla gestione della sanità carceraria avveniva, come si è già sottolineato, per il tramite dell'art. 2 del D.P.C.M. sopra menzionato, la cui adozione è stata prevista dall'art. 2, commi 283 e 284, della Legge finanziaria per il 2008.

"materializzazione" del "carattere universale della tutela della salute"[16]. L'art. 1 del d. lgs. n. 230 del 1999 prevede, infatti, che «i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate», affermando, appunto, il "principio della parità di trattamento", confermato, poi, nel testo del D.P.C.M. del 2008. Il trasferimento delle competenze di prevenzione e assistenza sanitaria è stato accompagnato dall'indicazione di obiettivi importanti per il miglioramento della sanità penitenziaria: grazie all'attivazione di sistemi di rilevazione epidemiologica, si raccomandava l'intervento sanitario mirato alle principali esigenze di salute (misure di *screening* e preventive, cure specialistiche, in particolare nell'ambito delle patologie infettive e della salute mentale)[17].

3. *Il diritto alla salute come diritto* complesso*: i suoi diversi significati e la realtà delle carceri*

È bene ora, nell'ottica di studiare la complessa dimensione costituzionale del diritto alla salute per come si esplica in ambito carcerario, distinguere i diversi profili in cui esso si articola: (a) la c.d. libertà di cura; (b) il diritto alla salubrità dell'ambiente; (c) il diritto a ricevere trattamenti sanitari (o diritto alle cure); (d) la libertà di non curarsi. Si badi che qualsiasi cosa incida sulla condizione psico-fisica della persona si potrebbe dire interessi la sua salute, intesa in senso ampio; per non "disperderci", però, è necessario limitarci a quanto sia più strettamente collegato alla prevenzione e al trattamento delle malattie, compresi i disagi psicologici

[16] La tutela della salute, infatti, discende dalla garanzia della dignità dell'uomo come «dote indisponibile», fa parte di quelle previsioni costituzionali «nelle quali l'esigenza della protezione della dignità umana, pur espressa in termini diversi, può dirsi quanto meno "presupposta"», M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 19. Nello stesso lavoro, si veda il Cap. IV, spec. 87 ss. per un'analisi della riforma della sanità penitenziaria.

[17] Si veda l'Allegato A, D.P.C.M. 1 aprile 2008, *Linee di indirizzo per gli interventi del Servizio Sanitario Nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli istituti penitenziari e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale*.

e le patologie psichiatriche. Ragioniamo, allora, sulla realtà della detenzione e sui suoi tratti peculiari.

(*a*) Per libertà di cura s'intende il diritto di ognuno di scegliere dove, con quali mezzi e da chi essere curato. Per la persona detenuta, come s'intuisce, l'esercizio di questa libertà è limitato per riflesso diretto della restrizione in istituto penitenziario: il servizio medico intra-murario o la struttura ospedaliera che ospita il reparto di medicina penitenziaria, presso cui coloro che hanno bisogno verranno trasferiti per fruire dei trattamenti non disponibili all'interno del carcere, non vengono scelti dal paziente-detenuto. Quest'ultimo ha facoltà, però, purché ne sostenga le spese, di farsi visitare da un medico di fiducia, ai sensi dell'art. 11 ord. penit. Una criticità da taluni riportata, riguardante l'esigenza di continuità terapeutica, concerne le procedure seguite, per lo meno in certe realtà, per consentire l'ingresso in istituto del medico di fiducia del detenuto: i tempi per ottenere il permesso sono piuttosto lunghi e inoltre l'autorizzazione viene interpretata come accesso valido per una sola visita; così, ogni volta si deve ripetere lo stesso, lungo, iter[18]. L'osservazione e l'efficacia terapeutica di eventuali trattamenti potrebbero essere messe a rischio se, anche ipotizzando che l'ingresso venga sempre consentito, il medico può effettuare le visite circa una volta ogni tre mesi.

(*b*) Il diritto degli individui a vivere in un ambiente salubre comporta la responsabilità di mantenere buone condizioni igienico-sanitarie all'interno dei locali di pernottamento e negli altri luoghi dove si svolge la vita carceraria. È stato posto all'attenzione del grande pubblico negli ultimi anni un fenomeno che rappresenta una patente violazione del diritto alla salvaguardia dell'integrità psico-fisica della persona reclusa: si tratta del sovraffollamento carcerario, che pregiudica il principio di umanità della pena

[18] Queste segnalazioni si devono all'Associazione Antigone e compaiono nel *Report* sulla attività di "Sportello" condotta dall'Associazione, a partire dal 2010, presso i reparti G8, G9, G11, G12, G14 dell'istituto di Rebibbia N.C. di Roma, *Criticità nella sanità penitenziaria*, 2013 e sono ribadite nel *Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione 2015*. Sostiene, in particolare, che, così atteggiandosi la prassi, «l'utilizzazione di un medico di fiducia esterno come medico curante diviene nella pratica impossibile»: *Criticità nella sanità*, cit., § 3.2.

impedendo di considerare gli istituti penitenziari come ambienti salubri, nei quali non sia probabile il peggioramento delle condizioni di salute. Il problema della presenza nelle carceri di molti più detenuti rispetto alla capienza regolamentare delle stesse, che da anni affligge il sistema, ha acquisito particolare rilevanza, come noto, a seguito della sentenza della Corte E.D.U. *Torreggiani e altri c. Italia* del gennaio 2013, che ha imposto di darvi soluzione in un tempo circoscritto (un anno, poi prorogato), affermando che, allo stato dei fatti, l'obbligo di scontare la pena costringe la persona a vivere in condizioni inumane e degradanti. Anche il Belgio, la Bulgaria e l'Ungheria, oltre all'Italia, sono stati destinatari di condanne in riferimento alla situazione di strutturale sovraffollamento carcerario[19].

Per quanto ci riguarda, a partire dal 2013 si è tentato, con più strumenti (in particolare con la decretazione d'urgenza), di diminuire la popolazione detenuta intervenendo prevalentemente sull'ampliamento delle possibilità di ricorso alle pene alternative (piuttosto che sul fronte della depenalizzazione degli illeciti per i quali è prevista la reclusione in carcere): l'introduzione di misure quali la liberazione anticipata speciale, l'estensione dell'ambito applicativo dell'affidamento in prova di cui all'art. 47 ord. penit. o la stabilizzazione della previsione della detenzione domiciliare per chi commetta un reato punito con una pena detentiva non superiore a 18 mesi hanno prodotto risultati visibili, seppur non definitivamente risolutivi. Se, infatti, secondo i dati ufficiali del Ministero della Giustizia, al 28 febbraio 2015 si registravano 53.982 detenuti a fronte dei 67.961 del 2010, dobbiamo però tenere conto del fatto che la rilevazione del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, diffusa a marzo 2017, attesta la presenza di circa 55.400 detenuti e, soprattutto, del fatto

[19] Cfr. C. eur. dir. uomo, 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*; C. eur. dir. uomo, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, nella quale, peraltro, si richiama più volte la vicenda italiana a testimonianza dell'effetto "propulsivo" sortito dalla sentenza di condanna europea rispetto alla ricerca di soluzioni rapide. Su questo aspetto si v. V. Manca, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte Edu Varga c. Ungheria*, in *penalecontemporaneo.it*, aprile 2015.

che tale numero cresce, negli ultimi tempi, di mese in mese, di poche unità, ma costantemente (almeno per il periodo dal gennaio 2016 al gennaio 2017)[20].

Al di là del problema rappresentato dal sovrannumero di presenze, che acuisce senza dubbio i disagi fisici e psicologici che la detenzione può comportare, è ad ogni modo essenziale, per vivere in un ambiente salubre, che negli istituti vengano assicurate la luce, l'acqua calda, la protezione dal freddo e la salvaguardia dal caldo eccessivo o gli spazi adeguati a soggetti con particolari necessità (per es. bagno privato o metratura consona per consentire il passaggio di ausili per la deambulazione: si pensi a persone gravemente incontinenti o con disabilità motorie). Gli interventi strutturali (che magari non risolvono il sovraffollamento) sono allora fondamentali, qualora necessari per rimediare all'inidoneità di locali o servizi, perché si rispetti il diritto a vivere in un ambiente se non confortevole, per lo meno dignitoso.

(*c*) Il diritto delle persone a ricevere trattamenti sanitari, di natura preventiva o terapeutica, obbliga le istituzioni pubbliche ad organizzare il servizio sanitario che assicuri le migliori prestazioni possibili, compatibilmente con il contesto di riferimento e con le risorse finanziarie a disposizione[21]. Sulla base di quanto segnalato in precedenza, sappiamo che ogni istituto penitenziario afferisce alla Azienda Sanitaria Locale territorialmente competente, la quale è responsabile della programmazione ed erogazione del servizio

[20] Si veda la *Relazione al Parlamento 2017* del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, prof. Mauro Palma, disponibile anche *on-line*, spec. 245. Sull'istituzione di tale Autorità indipendente si rinvia a S. Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

[21] Il diritto alle cure è un diritto fondamentale, per cui la Repubblica non può mai venir meno all'impegno imposto dalla Costituzione di offrire un servizio che tuteli la salute delle persone, ma è anche un diritto "costoso" per le casse dello Stato. A partire dagli anni '90, infatti, a seguito di diverse sentenze del giudice costituzionale che implicavano il diritto ai trattamenti sanitari, si suole riferirsi a quello alla salute come a un diritto "finanziariamente condizionato": si ammette, così, l'adeguamento del servizio sanitario pubblico al variare delle risorse economiche destinate al suo finanziamento, sempre che si garantiscano quelle prestazioni minime che rappresentano il "nucleo essenziale" del diritto stesso. Cfr., *ex multis*, sent. Corte cost. n. 455 del 1990; sent. Corte cost. n. 309 del 1999.

medico; che, a seconda del tipo di assistenza necessaria, e tenendo conto della dotazione strumentale per l'assistenza di base o della S.A.I. presente nell'istituto (Sezione multi professionale specializzata per l'Assistenza Intensiva – ex C.D.T. Centro Diagnotico-Terapeutico), il trattamento sanitario può avvenire all'interno del carcere o in ospedale o altro luogo esterno di cura[22]; che, per espressa previsione dell'art. 1, comma sesto, del d. lgs. n. 230 del 1999 e dell'art. 18, primo comma, Reg. esec., tutta la popolazione detenuta è esente dal pagamento del c.d. *ticket* per prestazioni e farmaci (cioè della quota di compartecipazione ai costi che viene posta a carico dell'utenza del S.S.N.)[23].

È forse opportuno far emergere la necessità di migliorare alcuni profili di gestione e organizzazione del servizio sanitario di cui fruisce la popolazione detenuta, con la convinzione che sia agendo su questi profili che si possono creare le condizioni perché gli interventi sanitari siano tempestivi ed appropriati, a parità di dedizione e impegno che i professionisti (medici, infermieri, psicologi, "esperti") già profondono. Su alcuni di questi, è bene segnalarlo, ha riflettuto il Tavolo n. 10 degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale che, nell'ambito della grande consultazione avviata dal Ministro della Giustizia, si è occupato del tema "Salute e Disagio psichico"[24]. Non meno rilevante è, poi, il fatto che su alcune delle questioni che ci accingiamo a trattare dovrebbe incidere la riforma

[22] Sul ricovero in ospedale o altro luogo esterno di cura come misura residuale e sulla procedura da seguire nei casi in cui debba essere disposto v. C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., 76 s.

[23] Per una riflessione critica sull'opportunità dell'esenzione generalizzata, indipendente quindi dalla situazione patrimoniale e reddituale del detenuto, alla luce della costantemente denunziata scarsità di risorse finanziarie destinate alla medicina penitenziaria, si consenta di rinviare a M. Caredda, *La salute e il carcere*, cit., in fine.

[24] Gli S.G.E.P. è stata un'iniziativa del Ministro Orlando pensata per raccogliere le proposte di miglioramento, sul piano normativo e amministrativo, scaturenti dal lavoro di vari Tavoli tematici, ognuno dedicato ad una materia di rilievo per l'esecuzione penale. Ai Tavoli sono state chiamate a partecipare persone appartenenti a categorie professionali diverse, in modo che ciascuna potesse dare il proprio apporto, in prospettiva multidisciplinare (cfr. d.m. 8 maggio 2015 e d.m. 9 giugno 2015 di costituzione e integrazione del Comitato degli esperti). La *Relazione finale* del Tavolo n. 10, contenente le proposte formulate all'esito dell'attività di studio e monitoraggio, che richiameremo nel prosieguo del testo, si può consultare all'indirizzo: *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo10_relazione.pdf.*

dell'ordinamento penitenziario attualmente *in itinere*: attendendo l'adozione dei decreti legislativi delegati che modificheranno l'impianto normativo esistente, sappiamo intanto che nell'art. 1, comma 85, della legge delega n. 103 del 2017 alla lettera *l)* si indica al legislatore delegato di rivedere le «disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230», con anche qualche prescrizione più specifica che avremo modo di richiamare tra poco. Non si può asserire, certo, che quello dell'assistenza sanitaria in carcere sia uno degli ambiti cui la riforma dedica maggiori attenzioni; probabilmente incide sulle scelte effettuate anche la considerazione per cui un intervento significativo in materia di salute comporterebbe costi importanti e difficilmente si potrebbe mantenere la riforma "con invarianza di costi" per la finanza pubblica[25].

(*c.1*) Affinché il sistema di protezione della salute sia efficace, oltre che efficiente, occorre programmare la destinazione delle limitate risorse finanziarie a disposizione in modo ragionato, per far sì che per gli interventi più frequenti vi siano le disponibilità necessarie e non rischiando di disperderne per prestazioni statisticamente meno richieste[26]. La pianificazione è davvero l'elemento essenziale per poter realizzare il funzionamento di un sistema di tutela adeguata: solo se si individuano i fabbisogni standard (ope-

[25] Clausola invece prevista al comma 92 dell'articolo unico della legge delega recentemente approvata: «dall'attuazione della presente legge e dei decreti legislativi da essa previsti non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

[26] Come noto, in sanità sono stati introdotti i c.d. costi standard per prestazione con il d. lgs. n. 68 del 2011, epilogo di una serie di provvedimenti che già in anni passati preparavano il terreno per il definitivo superamento del criterio della spesa storica, secondo il quale il finanziamento avviene in base allo "storico" delle prestazioni erogate, per un modello che consente, invece, la programmazione delle risorse da investire. Fino al 1996, le assegnazioni alle Regioni seguivano il criterio storico; eventuali disavanzi, infatti, si ponevano a carico del bilancio statale, mentre gli avanzi restavano nelle casse regionali. La legge 662/1996 ha segnato il cambiamento in favore del criterio del fabbisogno standard, indicando i fattori che, da quel momento, avrebbero determinato il calcolo alla base del riparto annuale dei finanziamenti: «popolazione residente, frequenza dei consumi sanitari per età e per sesso, tassi di mortalità della popolazione, indicatori relativi a particolari situazioni territoriali ritenuti utili al fine di definire i bisogni sanitari delle regioni ed indicatori epidemiologici territoriali» (art. 1, comma 34).

razione possibile se si conosce l'epidemiologia e la relativa distribuzione territoriale), infatti, si può provvedere allo stanziamento delle risorse di cui si prevede l'impiego nella misura sufficiente alla soddisfazione della domanda effettiva (con previsione di riserve necessarie a fungere da correttivo). Bisogna purtroppo constatare che ci sono tutt'oggi problemi relativi al reperimento delle informazioni utili per realizzare una oculata programmazione dell'assistenza sanitaria.

Il D.P.C.M. di aprile 2008, individuando tra le priorità quella della corretta rilevazione epidemiologica nelle carceri, aveva invero provveduto ad istituire gli Osservatori regionali, un Sistema Informativo Nazionale sulla salute dei detenuti e dei minori sottoposti a provvedimento penale e un Tavolo di consultazione, costituito da rappresentanti dei dicasteri della Salute e della Giustizia, delle Regioni e Province autonome, presso la Conferenza unificata Stato-Regioni. Ai primi è stato affidato lo specifico compito di attivare «una rilevazione sistematica sullo stato di salute in tutti gli istituti di pena del territorio regionale di riferimento» e di fornire «dati sulla prevalenza e l'incidenza degli stati patologici, descrivendo, altresì, condizioni e fattori di rischio che ne favoriscono l'insorgenza o ne ostacolano la cura»; nel secondo dovevano confluire tutte le informazioni così ottenute, mentre il Tavolo di consultazione aveva «l'obiettivo di garantire l'uniformità degli interventi e delle prestazioni sanitarie», per il coordinamento nazionale nell'attuazione della riforma. Come ammesso dagli stessi Osservatori regionali, in sede di relazione sullo stato di avanzamento delle attività svolte, però, l'operatività degli Uffici è "elevata" in pochissimi casi (quelli di Liguria e Toscana), "media" nella maggior parte e "scarsa" per la residua parte delle Regioni[27]; è stato, poi, rilevato che «il mancato o insufficiente funzionamento dell'Osservatorio […] ritarda l'acquisizione delle conoscenze epidemiologiche necessarie per la programmazione sanitaria, fondamentale per una reale applicazione della riforma stessa»[28]. Di recente la questione della perdurante

[27] Si veda la *Relazione sulle audizioni dei rappresentanti degli Osservatori regionali permanenti (Regione, Prap, Cgm) in tema di assistenza sanitaria in favore dei detenuti, gli internati e i minori sottoposti a procedimento penale*, Novembre 2011, 2.

[28] Così C.N.B., *La salute*, cit., 14.

inesistenza di una rete di Osservatori ben funzionante è stata messa in evidenza nella Relazione finale del Tavolo n. 10 degli Stati Generali: si è potuto constatare la situazione grazie all'attività di monitoraggio svolta dall'Ufficio IV del D.A.P., nell'ambito della quale è emersa la difficoltà, in tante Regioni, di dare effettivo seguito all'Accordo approvato in Conferenza Unificata il 22 gennaio 2015 recante "Linee guida in materia di modalità di erogazione dell'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari per adulti; implementazione delle reti sanitarie regionali e nazionali", il cui scopo era proprio quello di rinnovare l'impulso alla corretta attuazione delle previsioni in vigore dal 2008[29].

Al problema della diversità tra Sistemi Sanitari Regionali, che già può presentare delle criticità per la disomogeneità dell'offerta di assistenza sul territorio nazionale (spesso si sente parlare di un sistema sanitario "a macchia di leopardo"), si aggiunge, insomma, quello conseguente all'attuazione della riforma della medicina penitenziaria "a velocità diverse" nelle varie Regioni italiane: il dettato del D.P.C.M. del 1 aprile 2008 circa la predisposizione dei Piani Regionali e, poi, Aziendali per la programmazione della Rete di assistenza sanitaria nelle carceri non è stato eseguito negli stessi tempi; anzi, a dire il vero non tutte le Regioni ne hanno predisposto uno[30]. «Uno dei cardini della Riforma, l'omogeneità del-

[29] «Il dettato del D.P.C.M. del 1 aprile 2008 circa la predisposizione dei Piani regionali e, poi, aziendali per la programmazione della Rete di assistenza sanitaria nelle carceri è, nella maggior parte delle Regioni italiane, lontano dall'effettiva realizzazione; il lavoro di rilevazione epidemiologica affidato agli Osservatori regionali è insufficiente ai fini dell'alimentazione di un sistema informativo che possa riprodurre realisticamente i bisogni di salute della popolazione detenuta (la programmazione per una gestione efficiente della spesa sanitaria non può prescindere da una realistica "fotografia" delle esigenze delle diverse realtà carcerarie)», *Relazione finale*, Tavolo n. 10, cit., 15.

Vi sono anche state delle proposte di (ri)centralizzazione, che suggeriscono di alimentare i flussi informativi contando sull'opera di un solo organismo, ad esempio mediante l'istituzione di un Osservatorio nazionale presso l'Istituto Superiore di Sanità (si veda l'emendamento proposto in Commissione G/1579/3/2 al d.d.l. n. 1579, col quale, tra le altre cose, il Senato intendeva impegnare il Governo «a valutare l'opportunità di istituire presso l'Istituto Superiore di Sanità l'Osservatorio Epidemiologico Nazionale sulla Salute in Carcere», 02.08.2014). Ma forse sarebbe sufficiente responsabilizzare gli Uffici regionali preposti, già costituiti a questi fini.

[30] Si considerino due realtà molto distanti tra loro: in Emilia Romagna, a seguito di un periodo di osservazione in cui gruppi di lavoro istituiti *ad hoc* hanno effettuato le

le prestazioni della prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione è, dunque, da raggiungere»: sembra che non si possa che concludere in questo modo[31].

(*c.2*) Anche a un livello organizzativo "inferiore", per quanto riguarda cioè la gestione delle risorse nei diversi istituti, miglioramenti potrebbero ben venire. Facciamo il caso delle procedure di traduzione dei detenuti presso i luoghi esterni di cura (v. art. 11, commi 2 e 3, ord. penit.) e dei possibili ritardi delle prestazioni sanitarie causati da inconvenienti di varia natura: il personale di Polizia Penitenziaria necessario è impegnato in altra emergenza oppure sopraggiungono incombenti di natura giudiziaria del detenuto (per es. udienze fissate in concomitanza). Una problematica di natura organizzativa, con riflessi gravemente pregiudizievoli per le esigenze diagnostiche e/o terapeutiche, se solo si considera che di norma i detenuti sono inseriti nelle ordinarie liste d'attesa della struttura sanitaria, per cui, in caso di mancato trasferimento nel giorno fissato, semplicemente perdono la posizione, ritrovandosi nuovamente in fondo alla lista (la quale è di solito, notoriamente, lunga)[32]. Una possibile soluzione, praticata in Emilia Romagna, è la predisposizione di liste d'attesa speciali per i detenuti (come ne esistono per altre categorie, per es. invalidi o persone affette da patologie particolari). Altrimenti, si potrebbe ragionare sulla previsione di meccanismi che consentano all'interessato di non perdere

opportune rilevazioni sul territorio, si è giunti in tempi ragionevoli all'approvazione del "Programma regionale per la salute negli istituti penitenziari" (Delibera Giunta regionale n. 2/2010), che definisce gli standard clinico-assistenziali e formula una proposta di riparto delle risorse alle A.S.L. per il monitoraggio e la valutazione delle politiche regionali in materia; nella regione Lazio, invece, non è mai stato approvato un Piano regionale per la sanità penitenziaria, situazione che ha impedito, evidentemente, alle A.S.L. di predisporre piani di intervento ad esso aderenti. Diverse sono le iniziative nel tempo portate avanti dalle singole Aziende, al di fuori di un complessivo coordinamento regionale.

[31] Così, ancora, la *Relazione finale* del Tavolo n. 10 S.G.E.P., 15.

[32] Gli Osservatori regionali annoveravano tra gli aspetti problematici dell'assistenza sanitaria penitenziaria quello dell'«incremento generalizzato delle visite specialistiche ambulatoriali effettuate all'esterno, che implicano l'impegno della polizia penitenziaria per l'accompagnamento». In molti istituti, anche per la carenza di organico della polizia penitenziaria, sono sicuramente «problematiche le traduzioni all'esterno», si legge nella *Relazione sulle audizioni dei rappresentanti degli Osservatori regionali permanenti*, cit., 3.

la posizione in lista e di avere, quindi, diritto al trattamento nella prima data utile, qualora l'impossibilità di recarsi presso la struttura sanitaria non dipenda in alcun modo dalla volontà del detenuto interessato né scaturisca da circostanze dallo stesso evitabili. Ancora, la c.d. Commissione "Palma" ha suggerito di circoscrivere (quantitativamente) il problema raccomandando «che l'accesso a strutture sanitarie esterne (ospedali) di soggetti che siano già stati ammessi al lavoro esterno o che abbiano avuto già accesso ai permessi avvenga senza accompagnamento del personale di custodia (la stessa previsione dovrà riguardare l'accompagnamento per le udienze degli stessi soggetti)»[33].

Ha a che fare con la possibile riduzione del numero di traduzioni, e con il concetto di qualità dell'assistenza più in generale, l'implementazione della c.d. Telemedicina negli istituti di pena. Si tratta di apparecchi che consentono di effettuare esami o ottenere un consulto specialistico dall' "interno", giovandosi di un collegamento elettronico con strutture sanitarie esterne anche per la ricezione dei referti provenienti dalle unità specialistiche degli ospedali di riferimento. Garantiscono la buona qualità della prestazione, poiché sono *medical devices* di nuova generazione, e consentono di evitare lo spostamento presso centri esterni, perlomeno per quegli accertamenti diagnostici o trattamenti terapeutici che sono in grado di effettuare, ovviando a eventuali ritardi o timori riguardanti la sicurezza. Il favore per la «promozione di azioni per lo sviluppo della telemedicina, soprattutto per patologie rispetto alle quali ciò si appalesa particolarmente utile, come nel caso di patologie diabetiche e cardiologiche»[34] non è fenomeno recentissimo, poiché l'interesse verso questo tipo di scelta, senza dubbio onerosa, è sorto già all'esito positivo dell'esperienza promossa dal D.A.P. con il Programma biennale avviato nel 2004 rivolto all'applicazione sperimentale della telemedicina negli istituti penitenziari[35]. In

[33] *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., 19.

[34] Ancora, *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., punto 4.4 in fine.

[35] Quel progetto coinvolgeva le Case di Reclusione di Gorgona, Porto Azzurro, Favignana, Mamone e Is Arenas. Sono poi stati siglati altri accordi tra strutture sanitarie e istituti penitenziari per la sperimentazione di queste nuove tecnologie, come quelli tra

diversi documenti ufficiali degli ultimi anni compaiono esplicite raccomandazioni per l'investimento in questo tipo di macchinari[36]; risulta da ultimo siglata un'intesa tra Federsanità-ANCI e Ministero della Giustizia (agosto 2016) per la fornitura di apparecchi di telemedicina, oltre che per la realizzazione di diari clinici informatizzati, come vedremo, nel solco di quanto proposto nell'ambito degli S.G.E.P.

(*c.3*) Svolgiamo adesso qualche considerazione sul trattamento delle malattie mentali: abbiamo già riferito i dati relativi all'incidenza di questo genere di patologie in ambito carcerario (una percentuale non lontana dalla metà dell'intera popolazione detenuta soffre di disturbi mentali); v'è da tenere in conto, poi, che si registrano numerosissimi episodi di autolesionismo, tentativi di togliersi la vita e suicidi[37]. Nonostante si conoscano le dimensioni del problema e lo si cerchi di affrontare, ad oggi la sua gestione non si può ritenere pienamente soddisfacente, avendo riguardo sia all'assistenza intra-muraria sia alle garanzie di continuità del percorso terapeutico una volta fuori dal carcere. Negli istituti, non in tutti, sono presenti sezioni per l'osservazione di persone con supposto disagio mentale (cfr. art. 112 Reg. esec.) nonché "articolazioni per la tutela della salute mentale" (ad oggi se ne contano 20, sono in corso le procedure di attivazione per aprirne di nuove). Se, però, è previsto che queste sezioni siano sotto la responsabilità del personale sanitario dell'area psichiatrica e che divengano operative solo dopo aver predisposto un Protocollo con la A.S.L. per la definizione delle modalità dell'assistenza, si deve dire che non sempre la realtà rispecchia questo modello. Si è verificato in alcune strutture che tali Articolazioni, che «dovrebbero avere una fisionomia non

l'istituto di Porto Azzurro e l'Ospedale di Livorno, per quanto riguarda la dermatologia, e tra il carcere di Regina Coeli e l'Ospedale San Giovanni di Roma, per il monitoraggio e il consulto specialistico "a distanza" nell'ambito dell'assistenza cardiologica.

[36] Cfr. C.N.B., *La salute "dentro le mura"*, cit., 18 s.; *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., 4.4; *Relazione finale* del Tavolo n. 10, Stati Generali per l'Esecuzione Penale, cit., 6 e 17.

[37] Secondo i dati riportati dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, solamente nell'anno 2016 sono stati attestati 8.540 episodi di autolesionismo, 1.006 tentati suicidi e 40 suicidi (*Relazione al Parlamento 2017*, 68 s.).

claustrofobica, diversa dalla mera sezione detentiva ed essere un ambiente di stimolo per il possibile recupero del disagio mentale», «sono in realtà inesistenti e le persone rischiano di finire o in una normale sezione o in isolamento»: «resta ancora grave la persistenza di cosiddette "celle lisce" […], presentate dai responsabili come normali luoghi ove risolvere le situazioni di acuzie»[38].

I dati a nostra disposizione testimoniano il largo uso di trattamenti farmacologici per la cura delle patologie psichiatriche: sembra che il 46% dei farmaci utilizzati nelle strutture penitenziarie sia associato a queste malattie. L'insoddisfacente ricorso agli strumenti degli accordi, delle convenzioni e dei protocolli operativi tra Dipartimenti per la Salute Mentale del SSN e Direzioni degli istituti – previsti dal D.P.C.M. dell'aprile 2008, nella parte dedicata a "Prevenzione, cura e riabilitazione nel campo della salute mentale", per «garantire ai soggetti malati tutte le possibilità di cura e riabilitazione fornite dai servizi del territorio, attraverso la presa in carico con progetti individualizzati» – rende difficile la gestione realmente individualizzata e continuativa dei pazienti psichiatrici (il "dopo" la rilevazione del disturbo psichico e "altro" rispetto alle terapie farmacologiche); manca, poi, un servizio di supporto psicoterapeutico anche per i detenuti che, pur non avendo avuto diagnosi psichiatrica, trarrebbero giovamento da un percorso che li aiuti a gestire le difficoltà della vita in carcere, il quale avrebbe un'evidente valenza preventiva rispetto a successivi e più gravi disturbi mentali[39]. Ad oggi, l'unica area in cui sono pienamente operative convenzioni con le A.S.L. per l'invio di psicologi e medici che seguano un percorso terapeutico con i detenuti bisognosi

[38] *Relazione al Parlamento 2017*, cit., 67.

[39] È previsto che in istituto sia presente «almeno uno specialista in psichiatria» (art. 11 ord. penit.), degli psicologi, assistenti sociali e criminologi clinici contrattati ex art. 80 ord. penit.; che i "nuovi giunti" debbano avere un colloquio psicologico contestualmente alla prima visita medica e che – qualora emergano dei disagi particolari – i detenuti ricevano un sostegno, secondo il generico schema dei "periodici e frequenti riscontri". Se può, allora, dirsi che il sostegno psicologico è garantito al soggetto recluso attraverso l'opera dell'educatore, del personale esterno ex art. 80 e, spesso, dei volontari, non può, al contrario, affermarsi che possa usufruire di assistenza psicoterapeutica, ossia che possa intraprendere un percorso individualizzato e scandito da incontri periodici, a orario definito, nell'ambito del quale un operatore specializzato si occupi delle sue fragilità.

è quella delle tossicodipendenze, nella quale sono impegnati gli operatori del Ser.T. (Servizio per le Tossicodipendenze). Sono, comunque, numerosi i materiali normativi, "istituzionali", dottrinari e, pure, scientifici che è possibile consultare per suffragare l'importanza di assicurare «oltre ad un momento di rilevazione, anche una fase trattamentale psicoterapeutica a cui devono far riferimento i vari operatori che in qualche modo si occupano di problemi collegati al disagio psichico»[40].

Si noti che l'unica indicazione precisa all'interno della Delega per la riforma dell'ord. penit. per l'implementazione di un'area dell'assistenza sanitaria è riferita alle patologie psichiatriche: occorre rivedere le norme sulla medicina penitenziaria «tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena», stabilisce l'art. 1, comma 85, lett. *l*)[41]. Da parte del Tavolo n. 10 degli S.G.E.P. sono state formulate proposte normative sul versante dei rimedi alle situazioni in cui la patologia dovreb-

[40] B. GUALCO, *op. cit*., 18. «Si sottolinea l'importanza di programmare il coinvolgimento del dipartimento di salute mentale (DSM), al fine di affiancare all'assistenza psichiatrica specialistica a richiesta, interventi più sistematici», così la *Relazione sulle audizioni dei rappresentanti degli Osservatori regionali*, cit., 5; a seguito di incontri «con alcuni responsabili del Servizio Sanitario Nazionale, è emersa la necessità di passare, come anche precedentemente evidenziato, da un approccio "prestazionale", di mera risposta a un'esigenza posta dal detenuto, a un approccio di "presa in carico" dei singoli e del gruppo dei detenuti di un Istituto nel suo complesso, attraverso un intervento proattivo di tutela preventiva», così il *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., 19. Si vedano, inoltre, C.N.B., *La salute*, cit., 15 e 20; Associazione Antigone, *Criticità nella sanità penitenziaria*, cit., 4.

D'interesse sono, poi, i risultati di alcuni studi scientifici di natura sperimentale che hanno dimostrato la relazione tra lo sviluppo di programmi di assistenza psicoterapeutica nelle carceri e l'abbassamento del livello di sofferenza psichica, accompagnato al miglioramento nella gestione delle attività nell'istituto: si veda lo studio *Un servizio di consulenza psichiatrica in ambito penitenziario. Quali bisogni, quali risposte?*, in *Noos*, *Psichiatria e carcere*, 2006, 35 ss., che descrive ed espone i risultati finali di un progetto portato avanti grazie alla collaborazione tra DSM della A.O. San Paolo di Milano e il Provveditorato regionale, svoltosi presso la Casa di reclusione di Opera, nonché *Intervento psichiatrico in carcere: l'esperienza e i progetti del DSM di Genova*, in *Noos*, 2006, 59 ss., che testimonia un'altra felice esperienza di attivazione di servizi portati all'interno del carcere di Marassi grazie all'impegno dei professionisti del DSM di Genova.

[41] Anche le previsioni di cui alle lett. *i)* e *n)* possono avere importanti riflessi sulla dimensione psicologica della persona detenuta: si fa riferimento alle nuove norme attese circa la disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi per favorire le relazioni familiari e circa il riconoscimento del diritto all'affettività.

be essere gestita al di fuori del carcere, stante l'attuale assenza della previsione di misure alternative alla detenzione per il trattamento delle infermità psichiatriche sopravvenute (cioè diagnosticate durante l'esecuzione della pena) e del rinvio facoltativo della pena per "grave infermità psichica". L'intenzione è quella di equiparare, in termini di possibilità di cura anche al di fuori degli istituti penitenziari, la situazione del detenuto affetto da grave malattia del fisico e del detenuto con altrettanto grave diagnosi psichiatrica.

(*c.4*) Pare opportuno accennare alla questione, connessa ai trattamenti sanitari che si ricevono in carcere, dell'effettiva garanzia del diritto alla privacy delle persone detenute[42] e dei doveri di riservatezza dei medici che dispongono dei dati sensibili contenuti nelle cartelle cliniche, anche in considerazione della progressiva diffusione dei diari clinici informatizzati[43]. In assenza di particolari esigenze legate all'esecuzione della pena, non sembra esservi dubbio sul diritto del detenuto alla riservatezza in ordine alla co-

[42] Per un'analisi sul diritto alla privacy con specifico riferimento alle persone private della libertà si rinvia a A. Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, in questo Volume.

[43] Già nel D.P.C.M. del 2008 si stabiliva l'obiettivo di «attivare un sistema informativo alimentato da cartelle cliniche informatizzate» (cfr. punto 4, Obiettivi di salute e livelli essenziali di assistenza). Nonostante l'espresso riferimento alla necessità di adottare i sistemi informatizzati anche nelle carceri, ad oggi solo alcune Regioni hanno sperimentato le piattaforme digitali (Emilia Romagna, Prov. di Trento, Toscana). L'informatizzazione dei diari clinici è oggi parte del progetto governativo Agenda Digitale (si veda, in particolare, "Sanità digitale" e la disciplina dei fascicoli sanitari in formato elettronico – FSE – per la condivisione degli stessi tra le strutture del S.S.N. e dei servizi socio-sanitari regionali: cfr. d.l. 179/2012; d.l. 69/2013; il Regolamento Fascicoli Sanitari Elettronici, d.p.c.m. 3 settembre 2015), che mira, tra le altre cose, a rendere fruibili su supporto digitale documenti e informazioni pubbliche. Ai sensi dell'Accordo firmato nel 2016 con il Ministero della Giustizia, Federsanità-ANCI dovrebbe fornire agli istituti penitenziari l'infrastruttura necessaria a supportare i nuovi diari clinici informatizzati, iniziando con alcune Regioni in via sperimentale, proponendosi comunque di agire in tempi più brevi rispetto a quelli necessari alla realizzazione del Progetto governativo su scala nazionale. La digitalizzazione delle cartelle cliniche presenta ad ogni modo importanti vantaggi: consente di abbattere costi di natura monetaria come le spese di fotocopiatura, quelle per la ricomposizione del fascicolo cartaceo *ex novo* in caso di dispersione di materiale o danneggiamento, nonché quelle da affrontare per effettuare nuovamente visite o esami di cui non si rinvengano i referti medici; evita i ritardi nella trasmissione delle cartelle nonché i rischi (di salute) connessi all'eventuale perdita di documentazione importante, in caso di trasferimento presso altro istituto o di cambiamento del medico curante.

noscenza da parte di soggetti terzi delle informazioni sanitarie che lo riguardano; diverso è quando, per determinate "rilevanti finalità d'interesse pubblico", è necessario che i dati sensibili vengano conosciuti anche dall'Amministrazione o da altre figure. Visto che non esiste ancora una normativa sulle modalità di trattamento dei dati specifica per il contesto carcerario, si segnala brevemente che, nell'ottica della sua introduzione, si dovrebbe fare attenzione a due aspetti fondamentali: da un lato, andrebbero positivamente previste le ipotesi in cui è possibile derogare alla disciplina sulla totale riservatezza delle informazioni sensibili, evitando il ricorso a formule eccessivamente generiche (come: "ogniqualvolta si reputi necessario…"); dall'altro, fuori dei casi di necessità di condivisione dei dati, occorrerebbe la predisposizione di un'adeguata informativa da fornire al detenuto quando, per trattare le informazioni sensibili, è legalmente richiesto il suo consenso[44].

Si tratta di problematiche di difficile gestione (si pensi al caso in cui i risultati emersi da indagini cliniche, che ad esempio verifichino tracce di droga, vengano automaticamente utilizzati a fini disciplinari[45]); si valuta dunque positivamente il fatto che, in fase di realizzazione dei progetti per la diffusione dei diari clinici informatizzati e della telemedicina, la Direzione Generale Sistemi Informatici e Automatizzati abbia coinvolto il Garante per la protezione dei dati personali per lo studio dei principali profili critici relativi alla tutela dei dati sensibili delle persone ristrette.

(*d*) Il riconoscimento della libertà di cura ha come implicazione il diritto di non essere curato, il diritto cioè di decidere di non voler ricevere trattamenti sanitari. «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», stabilisce il secondo comma dell'art. 32 Cost. I casi in cui, dunque, può essere somministrata

[44] Si v., per maggiori approfondimenti, la *Relazione finale* del Tavolo n. 10, S.G.E.P., 17 ss.

[45] Questo esempio è tratto da una vicenda realmente accaduta nella quale il Garante per la privacy ha giudicato illegittima la procedura seguita dall'Amministrazione: cfr. provvedimento n. 507 dell'ottobre 2015, consultabile all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4429647*.

una cura contro la volontà della persona sono stabiliti dalla legge, per ipotesi in cui il mancato intervento sanitario determinerebbe, oltre che un danno alla persona malata, un pericolo per la salute del resto della comunità: emerge, così, che il diritto alla salute è anche un interesse collettivo, oltre che un diritto fondamentale dell'individuo. Resta fermo che, per la generalità dei casi, «non sembra possibile invocare l'esistenza di un dovere del singolo alla salute»[46]. Occorre, dunque, che la persona presti un valido consenso all'intervento medico, a meno che la legge non preveda diversamente, nel rispetto della dignità umana[47].

L'art. 11 ord. penit. prevede che, indipendentemente dalla richiesta dell'interessato, sia effettuata una visita medica generale d'ingresso, sia prestata assistenza periodica, in specie per i detenuti adibiti a mansioni lavorative. Si tratta di misure concepite per salvaguardare la salute individuale e collettiva. Due questioni in relazione alle quali emerge chiaramente il contrasto tra la volontà dell'individuo e l'esigenza di effettuare ad ogni modo il trattamento sanitario sono il TSO psichiatrico e la legittimità dell'alimentazione forzata.

Nel primo caso, come noto, si tratta di un ricovero psichiatrico coatto, deciso dalle autorità competenti in caso di gravi alterazioni psichiche o comportamentali che rendono la persona pericolosa per sé e per gli altri. Non è infrequente il ricorso a questo rimedio nelle realtà carcerarie, anche se si riscontra grande difficoltà nel reperimento di dati statistici precisi: il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, infatti, denuncia «il problema della non trasparenza dei dati [che] rende questo tipo di trattamento di

[46] Così M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 154. Il fine di salvaguardare il benessere fisico e psichico degli altri è, infatti, la *ratio* che può fondare la previsione di un trattamento obbligatorio «giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto alla salute di ciascuno in quanto diritto fondamentale»: Corte cost. n. 258 del 1994, riportata nel lavoro citato (149).

[47] Sulla «alternativa tra legge e consenso» si v., ancora, M. Ruotolo, *op. ult. cit.*, 148 e, *amplius* sul tema, F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982, 303.

difficile monitoraggio»[48]. Questa circostanza è singolare, anche in considerazione della procedura da seguire per disporre un TSO psichiatrico (quella prevista dagli artt. 33, 34 e 35 della l. n. 833 del 1978 per la generalità degli utenti del SSN, valida anche per i casi in cui interessi un detenuto), che prevede il coinvolgimento di diverse figure (medico, sindaco, giudice) presso le quali, dunque, dovrebbe potersi rinvenire la documentazione relativa ad ogni ricovero coatto. Il Garante nazionale, in qualità, appunto, di istituzione di garanzia, si ripromette di monitorare più da vicino le pratiche di TSO in carcere, valutandole alla luce degli standard per i trattamenti involontari stabiliti in convenzioni internazionali o altri atti di carattere sovranazionale[49].

La seconda questione è complessa. Mentre nel caso del TSO psichiatrico non si hanno dubbi sulla possibilità di effettuarlo, sulla legittimità della pratica dell'alimentazione forzata sono state espresse opinioni discordanti e si sono anche avute decisioni giurisprudenziali di segno diverso. Il caso è quello dei detenuti che decidono di fare il c.d. sciopero della fame, che rifiutano, insomma, di nutrirsi: l'interrogativo riguarda la capacità dei responsabili dell'assistenza di imporre l'alimentazione, almeno quella sufficiente al mantenimento in vita. In assenza di una previsione normativa specifica (necessaria – come si diceva – affinché la persona possa essere assoggettata a trattamenti involontari), ed in mancanza della stessa *ratio* che potrebbe giustificarla, visto che il rifiuto del cibo non ha effetti pregiudizievoli per la salute di terze persone, non sembrerebbe possibile ammettere questo genere di costrizione. A ben vedere si tratterebbe di una discriminazione, giacché si riserverebbe «un trattamento "particolare" nei confronti dei detenuti che valga a disconoscere, solo per essi, il diritto a non essere curati»[50]. Ci sono

[48] *Relazione al Parlamento*, cit., 136.

[49] Cfr. *Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care*, Risoluz. Nazioni Unite, 1991; *Convention on the rights of persons with disabilities*, FRA, 2008; Raccomandazione 2004 (10), Comitato dei Ministri, Cons. d'Europa.

[50] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 160. Si veda anche, in senso conforme, il punto di vista del medico penitenziario: *Il trattamento sanitario obbligatorio. È possibile in carcere?*, Relazione dott. Luciano-dott. Greco, V Congresso nazionale S.I.M.S.Pe., 2004, disponibile on-line alla pagina *dsmvibo.altervista.org*.

però state decisioni che hanno considerato legittima l'alimentazione forzata che mantenesse in vita il detenuto, sulla base della convinzione che la scelta di protrarre lo sciopero della fame sino a rischiare la vita denoti gravi disturbi mentali, tali da giustificare una sorta di TSO ai sensi dell'art. 34 l. n. 833 del 1978, oppure sulla base dell'art. 41 ord. penit. che consente l'uso della coercizione fisica nei confronti del detenuto anche per garantire la sua stessa incolumità. La dottrina maggioritaria, comunque sia, propende per la soluzione negativa, che valorizza il diritto all'autodeterminazione dell'individuo[51].

4. *I rimedi alle violazioni del diritto alla salute del detenuto: giudici dell'esecuzione penale e giudici di Strasburgo*

Se la pena va scontata nel rispetto del senso di umanità, è chiaro che essa deve potersi "adattare" alle esigenze della persona che, nel corso della sua esecuzione, sviluppi una patologia comunque invalidante. Quali sono, allora, i rimedi che è possibile esperire nei casi in cui la detenzione comprometta lo stato di salute psichica o fisica del recluso? Ve ne sono alcuni che assicurano una tutela immediata, utile a evitare il protrarsi del pregiudizio, mentre ne esistono altri da attivare solo se si ritenga che tutte le precedenti richieste siano state ingiustamente disattese e la violazione del diritto alla salute sia stata, quindi, già perpetrata.

Tramite l'applicazione dell'art. 42 ord. penit., il giudice può accordare il trasferimento del detenuto ad altro istituto, tra le altre ipotesi, per motivi di salute. Un'altra struttura può ritenersi più adatta ad ospitare il soggetto malato per varie ragioni, come per esempio perché la strumentazione medica a disposizione o la conformazione architettonica risultano più adeguate alla gestione di una determinata patologia oppure perché si considera opportuna una maggiore vicinanza al luogo di residenza della famiglia.

[51] Per un'analisi delle contrapposte visioni, con commento favorevole all'imposizione dei trattamenti nutritivi, in considerazione dell'obbligo giuridico di intervenire da parte dei pubblici ufficiali che hanno la responsabilità della custodia, si v. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Nona edizione, 2010, 145 s.

Il condannato alla pena dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni può chiedere di espiarla in una dimora privata o in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, se il magistrato competente riconosce «condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali», per previsione dell'art. 47-*ter* ord. penit. Il minore di 21 anni può ottenere la stessa misura della detenzione domiciliare anche se il quadro clinico non è "particolarmente grave", ma sussistono «comprovate esigenze di salute».

Il codice penale, agli artt. 146 e 147, disciplina le ipotesi in cui il giudice deve o può disporre il rinvio dell'esecuzione della pena. Mentre nella prima ipotesi è necessario che si riscontri «AIDS conclamata» o «grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative», per decidere il differimento di pena facoltativo il magistrato deve constatare che l'istante versi «in condizioni di grave infermità fisica». Il rinvio obbligatorio della pena detentiva si applica, quindi, nelle ipotesi di patologie gravissime che determinino l'incompatibilità con la reclusione in carcere, tra le quali sembra possibile comprendere anche quelle di natura psichica. Nei casi di differimento facoltativo, invece, non necessariamente deve attestarsi l'impossibilità materiale di continuare la detenzione; si tratta comunque di circostanze in cui, però, la condizione patologica costringe la persona alla «sottomissione ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli, in quanto espiata in uno stato di menomazione fisica». Chiarisce, infatti, la Cassazione che «la ragione ispiratrice dell'art. 147 è quella di evitare al condannato trattamenti inumani»[52], in linea con quanto già affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 1979, che imponeva di interpretare la norma sul rinvio facoltativo della pena alla luce dell'art. 27, comma terzo, Cost. (v. punto 4,

[52] Cfr. Cassazione pen., n. 6283 del 1997.

cons. in dir.)[53]. Vero è che, stando alla lettera dell'art. 147, pare che la malattia mentale, pur "grave", non permetta al giudice di disporre il differimento facoltativo, possibile solo in caso di «infermità fisica». Non rinvenendosi ragioni particolari che giustifichino un trattamento differenziato (in questo caso: l'impossibilità di accedere al rinvio della pena) per chi contragga patologie mentali, si è proposto di modificare la disposizione di cui al n. 2 del detto articolo, accostando alla grave infermità fisica la grave infermità psichica[54].

Se il detenuto prova di aver dovuto scontare la pena della reclusione in carcere, per un tempo non inferiore a quindici giorni, in condizioni suscettibili di violare l'art. 3 C.E.D.U., può ottenere dal magistrato di sorveglianza un provvedimento che lo risarcisca del danno subìto mediante uno sconto sulla pena detentiva residua oppure, se non è possibile, mediante un ristoro economico, entrambi da determinarsi secondo criteri stabiliti dalla legge (art. 35-*ter* ord. penit., introdotto dall'art. 1 del d.l. n. 92 del 2014).

Si può, infine, invocare la protezione offerta dall'art. 3 C.E.D.U.

[53] «Si registrano disomogeneità nell'ambito delle riflessioni giurisprudenziali elaborate in ordine al livello di gravità legittimante il differimento o la sospensione dell'esecuzione di pena detentiva», ha scritto C. Fiorio, *Salute del condannato*, cit., concludendo che tuttavia «il criterio maggiormente utilizzato in giurisprudenza, alla stregua del quale commisurare la gravità dello stato di malattia al fine di poter disporre il rinvio dell'esecuzione della pena, consiste nella valutazione della possibilità per il condannato di giovarsi, in stato di libertà, di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono garantiti dai presidi sanitari penitenziari» (86 s.).

Anche in un recente caso la Cassazione è tornata ad affermare che non è necessario provare la completa impossibilità di fruire di trattamenti sanitari in carcere per accedere alla misura ex art. 147 c.p., ma basta che a causa di un gravemente compromesso stato di salute la persona reclusa, permanendo *in vinculis*, sia sottoposta a una pena eccessivamente afflittiva, consistente, in definitiva, in un trattamento inumano o degradante. Ci si riferisce alla nota vicenda che coinvolge il "boss" mafioso Riina (cfr. Cass., 5 giugno 2017, sent. n. 966/2017), nella quale interessante è proprio la lettura dell'art. 147 c.p. (e anche dell'art. 47-*ter* ord. penit.) alla luce dei principi recati dall'art. 27 Cost. e 3 C.E.D.U., al di là dell'erronea idea, veicolata dalla maggioranza dei mezzi di stampa, secondo cui da quella ricostruzione discenderebbe l'automatica scarcerazione del soggetto detenuto.

[54] *Relazione finale*, Tavolo n. 10, S,G.E.P., cit., Proposta n. 3 e 19 s., in cui si suggerisce, inoltre, la soppressione dell'art. 148 c.p. che oggi, chiusi gli o.p.g., non ha più il suo ambito di applicazione (non potendosi più disporre il trasferimento dal carcere in caso di diagnosi psichiatrica sopravvenuta in corso di esecuzione della pena).

rivolgendosi direttamente alla Corte di Strasburgo se si lamentano pregiudizi inerenti la tutela della salute e sofferti durante la detenzione, quando essi siano tanto gravi da consistere in trattamenti inumani o degradanti (anche diversi dai disagi psico-fisici causati dal sovraffollamento delle carceri, sul quale come si sa i giudici di quel consesso sono intervenuti con forza)[55].

Come noto alla Corte E.D.U. si può ricorrere solo una volta infruttuosamente esperiti i rimedi offerti dal diritto nazionale. Ripercorrendo la giurisprudenza europea è possibile individuare quali sono i casi in cui le condotte, anche omissive, dello Stato siano tanto gravi da comportare la condanna per violazione degli obblighi imposti dall'art. 3 C.E.D.U.: si può, dunque, affermare che il diritto alla salute del soggetto detenuto è tutelato dalla Convenzione, per il tramite di un'interpretazione evolutiva dell'art. 3, pur non essendo altrove esplicitamente previsto[56]. I tre "tipi" di condizioni che, se connotate da una certa gravità (da valutarsi caso per caso in termini di "drammaticità" della situazione o serietà della patologia, durata temporale dei lamentati pregiudizi, ecc.), configurano casi di sottoposizione del detenuto a un trattamento inumano e degradante, in relazione ai suoi bisogni di salute, sono: *a)* detenzione in luoghi nei quali non vengano osservate le basilari prescrizioni sull'igiene pubblica, la pulizia o la salubrità dei locali[57]; *b)* inadeguatezza della diagnosi e/o del trattamento tera-

[55] Cfr., almeno, C. eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 15 ottobre 2009, *Buzhinayev c. Russia*; C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*; C. eur. dir. uomo, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*.

[56] Si vedano i lavori di L. Cesaris, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2012; V. Manca, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 ss., 7 novembre 2014; F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, anticipato nella stessa *Rivista*, gennaio 2017, e destinato al volume a cura di A. Massaro, *La tutela della salute nei "luoghi di detenzione". Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, Roma TrE-Press, Roma, 2017.

[57] Cfr. C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia* e *Andreyevskiy c. Russia*; C. eur. dir. uomo, 14 settembre 2010, *Marinescu c. Romania* e *Florea c. Romania*.

peutico effettuati durante il periodo di reclusione, che causino un peggioramento del quadro clinico[58]; *c)* incompatibilità della condizione detentiva con lo stato di salute della persona[59]. L'efficacia delle cure o l'impossibilità di mantenere il condannato all'interno di un istituto penitenziario vengono valutate anche in relazione alla malattia mentale, oltre che alle infermità fisiche[60].

Sul punto *b)*, sembra interessante rilevare come, nell'ottica dei giudici di Strasburgo, non solo è obbligo dello Stato somministrare le cure mediche, ma lo è anche verificare che esse siano quelle adeguate a evitare o quanto meno procrastinare al tempo più lontano possibile un infausto decorso della malattia; l'eventuale segnale di peggioramento dovrebbe infatti portare l'Amministrazione preposta a trasferire il soggetto in un luogo di cura adatto alle sue esigenze. Per quanto concerne il punto *c)*, invece, si tratta dei casi in cui un soggetto debba soffrire ogni giorno i disagi causati dall'incompatibilità delle sue gravissime condizioni di salute con lo stato di reclusione: sono richieste, per casi come questi, delle prove schiaccianti e univoche dell'incompatibilità, per esempio più referti medici – provenienti sia dal servizio sanitario interno che da consulenti esterni – che attestino inconfutabilmente l'inconciliabilità tra espiazione della pena carceraria e quadro patologico del paziente detenuto.

Può ben dirsi, alla luce di quanto esposto, che nel sistema della

[58] Cfr. C. eur. dir. uomo, 26 settembre 2000, *Kudla c. Polonia*; C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Wenerski c. Polonia*; C. eur. dir. uomo, 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 22 aprile 2014, *G.C. c. Italia*.

[59] Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Cirillo c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia*, su cui v. il già citato contributo di V. Manca, nonché G. Sorrenti, *La densità delle carceri. Dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al "seguito" legislativo interno*, in *giucost.org*, 06.03.14, § 4.

[60] Si veda la recente decisione C. eur. dir. uomo, 26 aprile 2016, *Murray c. Olanda*, in cui la perdurante pericolosità del soggetto si fa derivare anche dalla violazione da parte dello Stato dell'obbligo di offrire le cure psichiatriche di cui il detenuto aveva bisogno che, se adeguate, avrebbero potuto contenerne e controllarne i disturbi comportamentali. Cfr. anche C. eur. dir. uomo, 17 novembre 2015, *Bamouhammad c. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 3 maggio 2012, *M.S. c. Regno Unito*.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo il diritto alla salute del detenuto è presidiato da garanzie forti, circostanza che condiziona il nostro legislatore (che a quegli standard si deve adeguare ex art. 117, primo comma, Cost.) e gli stessi operatori impegnati in prima persona nella cura e nella custodia della persona reclusa. Se si crede nelle virtualità del principio di massimizzazione delle tutele (per cui quella dovuta alla persona è quella *migliore* nell'ambito della protezione "multilivello" dei diritti fondamentali), non si può che rilevare come la protezione del diritto alla salute del detenuto in ambito sovranazionale valga a "integrare" l'impegno già assunto in forza delle previsioni costituzionali per la promozione, con ogni mezzo, del benessere psico-fisico delle persone sottoposte a limitazione della libertà personale.

5. *Note conclusive*

Tirando le somme, per garantire nella maniera migliore possibile il diritto alla salute delle persone detenute occorrerebbe qualche modifica normativa e, forse soprattutto, l'impegno nella realizzazione degli interventi già previsti con la Riforma della medicina penitenziaria. La "pratica" della vita carceraria tende ad adeguarsi lentamente alle conquiste culturali che si vanno creando il loro spazio, almeno nelle disposizioni di legge. È in questo senso che si parla, da tempo, di «effettività di tipo "rinnegante" rispetto alle decantate prospettive […], innegabilmente connessa ad un tipo di normativa qual è quella penitenziaria: è, infatti, uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme». Queste le parole usate da F. Bricola all'indomani dell'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, che recava nuovi e importanti principi che egli temeva potessero rimanere solo sulla carta. E questo per un duplice ordine di ragioni: un po' perché questa "rinnegazione pratica dei principi" espressi dalla Costituzione e dalle leggi si riconosceva come elemento connaturato alla realtà dell'esecuzione penale (e in generale delle c.d. comunità separate,

in cui «il corpo è irretito in un sistema di costrizioni e di privazioni, di obblighi e di divieti»[61]), ma anche perché scorgeva le pericolose contraddizioni esistenti tra affermazioni di principio e "esigenze" politiche. Scriveva che i «sintomi di un'effettività "rinnegante" erano già latenti nel tessuto normativo e nelle contingenze storico-politiche che caratterizzavano il momento della sua entrata in vigore»[62].

Ma il rischio della "rinnegazione" di quanto affermato in via di principio c'è anche riportando l'attenzione all'oggi e al solo ambito del diritto alla salute delle persone recluse. Il timore è quello che l'attuazione del principio della parità di trattamento nella fruizione delle prestazioni offerte dal sistema pubblico di protezione della salute contrasti, nei fatti, con l' "immobilismo" degli apparati istituzionali che dovrebbero attuare i cambiamenti, che si palesa anche nella decisione di portare avanti l'innovazione "a costo zero". Le "materie prime" da reperire ed organizzare, in campo sanitario, sono costose (personale qualificato, strumentazione medica, ideazione e attuazione dei programmi individualizzati di trattamento in ambito psichiatrico, ecc.). E, così, non è la prima volta che si segnala quella sorta di ipocrisia insita nei discorsi in cui ci si propone di incidere positivamente sull'organizzazione dell'assistenza sanitaria senza prevedere il sostegno finanziario necessario. Si criticava, infatti, la Riforma della sanità penitenziaria avviata nel 1998, per il fatto di voler intervenire – appunto – "a costo zero", tramite il mero trasferimento delle (stesse) risorse prima destinate al D.A.P. per l'organizzazione del servizio sanitario penitenziario al S.S.N.[63] Per ottenere un innalzamento del livello qualitativo del servizio occorrerebbe, forse, invece, un impegno concreto ulteriore, ricordando che, certo, «le condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla

[61] Sono celebri parole di M. Focault, *Sorvegliare e punire. Nascita del carcere*, Torino, ed. 2014, 13.

[62] I passaggi virgolettati sono ripresi da F. Bricola, *Introduzione* a Id. (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, 9 s., testo riprodotto anche nel fasc. n. 2/2015 della Rivista *costituzionalismo.it*.

[63] Così B. Brunetti, *La tutela della salute in carcere. Organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Evoluzione normativa*, spec. 10, disponibile in *www.ristretti.it/areestudio/salute/zippati/salute_brunetti.pdf*.

mancanza di risorse», come stabiliscono le Regole penitenziarie europee (Principi fondamentali).

Il diritto alla salute, l'unico cui la Costituzione espressamente conferisce la qualifica di diritto "fondamentale" al primo comma dell'art. 32, protegge «un ambito inviolabile della dignità umana»[64], essendo perciò degno del massimo rilievo, anche, o forse soprattutto, in un contesto come quello carcerario, in cui la persona già subisce importanti limitazioni in riferimento all'esercizio di altri diritti. Se non si riesce a salvaguardare l'integrità psico-fisica dei detenuti, si finisce, peraltro, per vanificare ogni intento di favorire la "risocializzazione". E, allora, se pur condizionato da esigenze organizzative e finanziarie, il diritto alla salute non deve perdere la centralità che la Costituzione gli attribuisce: Legislatore e Amministrazione hanno il compito di promuovere, "ad ogni costo", la realizzazione dei suoi contenuti essenziali.

[64] Così, *ex multis*, Corte cost. sent. n. 252 del 2001.

Silvia Talini

L'affettività ristretta[*]

SOMMARIO: 1. Sfera affettiva e pena detentiva. Riflessioni introduttive e inquadramento dell'indagine – 2. Tutela dei legami affettivi: dalla normativa penitenziaria ai principi giurisprudenziali – 3. Il mantenimento delle relazioni affettive come posizione giuridica soggettiva. Il contributo della giurisprudenza di legittimità – 4. La sessualità intramuraria: un diritto negato – 5. Carcere e rapporto genitoriale: il diritto alla maternità/paternità nell'esecuzione penale – 6. Dall'Europa al Brasile: sistemi normativi a confronto – 7. Brevi riflessioni conclusive: verso una riforma della disciplina del diritto ai legami affettivi.

1. *Sfera affettiva e pena detentiva. riflessioni introduttive e inquadramento dell'indagine*

In psicologia il termine "affettività" viene tradizionalmente utilizzato per indicare il complesso dinamico di fatti e fenomeni emotivi (sentimenti, emozioni, passioni, e così via) che caratterizzano le tendenze e le reazioni psichiche dell'individuo[1]. Le varie sfumature in cui la dimensione affettiva può manifestarsi – e le relazioni che si instaurano al suo interno – assumono, in altri termini, una funzione modellatrice in grado di incidere a più livelli sulla relazione che intercorre tra soggetto, società e consociati[2].

Si comprende, allora, l'importanza di un'analisi che osservi

[*] Il presente contributo costituisce aggiornamento del lavoro dal titolo *L'affettività ristretta* già pubblicato nel fasc. 2/2015 di *Costituzionalismo.it*.

[1] G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2014, 39.

[2] Seppur con notevoli differenza, due tra i più importanti psichiatri del '900 inserirono la sfera affettiva tra gli elementi idonei a incidere sul funzionamento della psiche umana: S. FREUD, *L'Io e l'Es* (1922), Torino, 1985 e H. HARTMANN (1939), *Psicologia dell'Io e problema dell'adattamento*, Milano, 2006.

Nel senso che la privazione della sfera affettiva aumenti il sentimento di oppressione ed emarginazione come conseguenza dei processi di regressione e deresponsabilizzazione, numerosi sociologi: Cfr. F. CERAUDO, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali,* in A. SOFRI, F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999; M. GRE-

come i rapporti emotivi possano "trasformarsi" da prerogativa umana in diritto soggettivo, trasformazione resa necessaria soprattutto in relazione alle situazioni in cui, per effetto di una sanzione penale, è lo stesso ordinamento giuridico a determinare una cesura degli affetti individuali attraverso l'applicazione di una misura detentiva.

L'indagine sulle conseguenze derivanti da tale distacco forzato si pone, quindi, non solo come un problema di natura medica, antropologica o sociologica ma anche – e soprattutto – come una questione giuridica, incidendo su una posizione soggettiva protetta dal dettato costituzionale: il diritto ai legami affettivi e familiari[3].

Si tratta, qui uno dei nodi maggiormente problematici della questione, di un diritto complesso la cui struttura può facilmente ricondursi alla figura geometrica degli insiemi concentrici legati da rapporti di interdipendenza: si pensi, a titolo esemplificativo, alla tutela della filiazione, della genitorialità e della sessualità. Situazioni giuridiche estremamente diversificate ma funzionalmente rivolte ad apprestare effettiva protezione alla dimensione affettiva; dimensione che all'interno dell'esecuzione penale assume una posizione di preminenza in vista della ricostruzione del percorso individuale del ristretto che dovrebbe consentire, stante il dettato costituzionale, un reinserimento nel consesso sociale.

All'interno di una sfera giuridica e relazionale così complessa, in cui le esigenze punitive si scontrano spesso con la valorizzazione dei legami personali, la bussola del legislatore non può che essere rappresentata dalle indicazioni provenienti da una giurisprudenza

SHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Priceton, 1958; D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941.

[3] Rilevano a tal riguardo gli artt. 2 e 3 della Costituzione, espressione del principio supremo della libertà-dignità (Così A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. Giur*, XIX, Roma, 1990, 20; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107), la tutela della famiglia e della maternità di cui agli artt. 29, 30 e 31 e, con specifico riguardo alla condizione detentiva, l'art. 27, comma 3 della Costituzione che, come noto, impone il rispetto del principio di umanizzazione e del finalismo rieducativo durante l'esecuzione penale. Si tratta di un quadro normativo indirettamente destinato a esplicare i suoi effetti non solo nei confronti della dimensione affettiva del ristretto ma anche verso i familiari; ciò in ragione della forza "bilaterale" che la pena assume in questo contesto (Così Cfr. J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983).

costituzionale pressoché costante, secondo cui alle persone private della libertà personale devono essere riconosciuti tutti i diritti costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire, esclusivamente, in ragione di comprovate e attuali esigenze di ordine e sicurezza[4]. A venire in gioco è la stessa legittimazione del potere sanzionatorio: se così non fosse, la logica del bilanciamento – che permette di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco – risulterebbe violata oltrepassando il punto di estrema tensione che, comportando il totale sacrificio di uno di essi, pregiudicherebbe la sua ineliminabile ragion d'essere[5].

Un'ultima considerazione appare necessaria al fine di cogliere la centralità del tema trattato e le sue implicazioni giuridiche, etiche e politiche. La conformazione del diritto all'affettività del ristretto, in ragione della natura complessa poc'anzi richiamata, può agevolmente essere ricondotta alla categoria dei "diritti sommersi": posizioni giuridiche di vantaggio non espressamente contemplate – o non pienamente previste – dal dato normativo, ma che, ponendosi come diretta espressione del dettato costituzionale, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel diritto positivo e, conseguentemente, nella realtà penitenziaria.

[4] Si vedano, tra le tante, le sentt. nn. 114/1979, 349/1993 e n. 26/1999. In riferimento all'ultima delle pronunce citate, i giudici della Consulta ebbero modo di chiarire che i principi di cui al comma 3 dell'art. 27 Cost. – umanizzazione e rieducazione «*si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti*». L'esecuzione, dunque, non può consistere «*in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà*». La restrizione della libertà personale, dunque, non può tradursi in una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione poiché «*la dignità della persona (…) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale*». Sulla centralità di tale decisione in riferimento alla garanzia effettiva dei diritti sia consentito un rinvio a S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

Per un'attenta disamina sul concetto di dignità in relazione allo stato di detenzione si veda M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 19 ss.

[5] R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

Lo studio dell'esecuzione penale, infatti, impone un'indagine dinamica sui diritti, in cui il ragionamento condotto in termini di elenchi tassativi ceda il passo a un'analisi in progressivo sviluppo anche in riferimento all'evoluzione dei diritti – e alla percezione degli stessi – nella società civile.

Si tratta di un processo inevitabilmente osmotico tra carcere e realtà esterna che impone l'utilizzo di un metodo critico d'analisi, in grado di porre in costante relazione scelte legislative, silenzi normativi e interventi giurisprudenziali. Quanto sinora affermato risulta tanto più significativo se posto in relazione alla dimensione affettiva, a un diritto cioè direttamente incidente sul corpo della persona ristretta, la cui mancata garanzia incide significativamente sulle condizioni psicofisiche, comprimendo gli aspetti più intimi della sfera di garanzia posta dal dettato costituzionale a tutela della dignità umana.

Definite in questi termini le premesse per il corretto inquadramento dell'indagine, appare quanto mai necessario far luce sulla complessa natura del diritto in esame attraverso un'analisi che, prendendo le mosse dal quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, sappia far emergere la numerose criticità di quella che può definirsi "un'affettività ristretta". Ciò, è utile ricordarlo sin dalle primissime riflessioni, soprattutto alla luce della recente delega al Governo per una riforma organica dell'ordinamento penitenziario: nel fissare principi e criteri direttivi, il legislatore prescrive al potere delegato il «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate» disciplinando le «condizioni generali per il suo esercizio»[6]. Pur peccando di eccessiva genericità, la de-

[6] Art. 1, comma 85, lett. n), della legge n. 103 del 2017 per le "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario". La successiva lett. i) prescrive inoltre «l'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari».

Si inserisce in questo clima di rinnovo il lavoro degli Stati generali dell'esecuzione penale; un percorso semestrale di riflessione e approfondimento su molteplici ambiti dell'esecuzione penale tra i quali la dimensione affettiva (tavolo 6). Durante la giornata inaugurale, tenutasi il 19 Maggio 2015 presso il carcere di Bollate, il Ministro Orlando ha parlato di «sei mesi di ampio e approfondito confronto che dovrà portare concretamente a definire un nuovo modello di esecuzione penale e una migliore fisionomia del carcere, più dignitosa per chi vi lavora e per chi vi è ristretto (…). L'articolazione avverrà attraverso 18 tavoli tematici a cui contribuiranno innanzitutto coloro che opera-

lega rappresenta un'importante occasione per operare un radicale ripensamento della normativa in tema di affettività, attraverso la fissazione di condizioni generali che rendano concreto ed effettivo l'esercizio di un diritto indissolubilmente connesso al percorso di reinserimento del reo nel consorzio sociale.

2. *Tutela dei legami affittivi: dalla normativa penitenziaria ai principi giurisprudenziali*

Quanto precede consente una prima riflessione prodromica all'analisi sulla natura del diritto in esame: la privazione della libertà personale, conseguente all'applicazione di una misura detentiva, non si traduce esclusivamente in un obbligo di costrizione fisica, intesa come coazione idonea a limitare il movimento del corpo, ma soprattutto in una rilevante compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo. Tale compressione, operata in ragione di esigenze di ordine e sicurezza, porta con sé un'ulteriore conseguenza idonea ad incidere sul ristretto: la perdita di una significativa parte del suo potere decisionale. Il detenuto non è libero di modellare autonomamente le relazioni interpersonali, è la legge a determinare quali legami siano meritevoli di tutela e, in relazione a tale scelta, a definirne tempi e modalità di godimento.

A una coazione sui corpi, quindi, corrisponde una coazione sui diritti che, con riguardo ai rapporti intimi, rischia di trasformare la privazione della libertà personale in privazione affettiva. Valutare come la normativa penitenziaria – nazionale e non – si ponga in relazione a tale dimensione significa, dunque, interrogarsi sulla liceità delle "flessioni in negativo" del diritto idonee a incidere sul corpo ristretto e, conseguentemente, sulle future possibilità di reinserimento.

no nell'esecuzione penale ai diversi livelli, dalla polizia penitenziaria agli educatori, agli assistenti sociali, a chi ha compiti amministrativi o di direzione e di coordinamento del sistema. Contribuiranno inoltre anche tutti coloro che studiano questo sistema o che di esso si occupano su base volontaria (…)». I report dei singoli tavoli di lavoro e la relazione finale del Comitato di esperti sono interamente pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia, *www.giustizia.it*.

Con riguardo alla normativa nazionale, essa risponde a un preciso obbligo di adempimento rispetto al dettato costituzionale in tema di esecuzione penale e tutela dei legami affettivi; il convincimento che la sfera relazionale rappresenti un aspetto indispensabile del trattamento, da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione, è ben espresso in diverse disposizioni dell'ordinamento penitenziario e del regolamento di esecuzione[7].

Da un'analisi d'insieme del quadro di riferimento, si evince nitidamente il duplice ruolo che il legislatore del '75 aveva inteso attribuire al mantenimento dei legami affettivi nel corso dell'esecuzione: per un verso parametro su cui modellare il processo di individualizzazione[8], per l'altro elemento positivo del trattamento. Vi è di più. La progressiva attenzione rivolta dalla normativa alla soggettività del ristretto ha fatto sì che l'antica logica della depersonalizzazione[9] lasciasse spazio a una piena valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto: gli istituti volti al mantenimento dei legami affettivi prescindono, oggi, da qualsiasi valutazione di tipo premiale svolta in riferimento alla condotta. Si punta così, almeno sul piano formale, alla creazione di un rinnovato sistema sanzionatorio, socialmente costruttivo e variamente diversificato, che consente di adeguare le conseguenze giuridiche del reato alle caratteristiche individuali dell'autore e alla sua condizione sociale[10].

[7] Rispettivamente legge n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" e d.p.r. n. 230 del 2000 "Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà".

[8] A norma dell'art. 13, comma 1, o.p. ("Individualizzazione del trattamento"): "Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati é predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione é compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa".

[9] Logica che caratterizzava il primo Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento penitenziario adottato con d.p.r. n. 431/1976 il quale, alla lettera b) dell'art. 76, comma 2, annoverava le visite tra le ricompense che il direttore poteva discrezionalmente concedere ai detenuti particolarmente meritevoli, si pensi ad esempio all'assidua partecipazione alle attività del trattamento.

[10] C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica, Lectio magistralis*, in *Riv. ita. proc. pen.*, 2000, 9 ss.

Nitida espressione di tale volontà normativa sono: l'articolo 15 o.p. a norma del quale «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto […] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia» e, in modo ancor più incisivo, l'art. 28 o.p., secondo cui nel corso dell'esecuzione particolare cura dev'essere dedicata a «mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[11]. Emblematici, inoltre, gli articoli 14-*quater*, comma 4, o.p. a norma del quale le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con i prossimi congiunti e, soprattutto, l'art. 42 o.p. «nei trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie». Si tratta del principio di territorializzazione della pena, oggi fortemente frustrato sul piano dell'effettività soprattutto a causa dell'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario[12].

I principi sinora esposti, lungi dal rappresentare mere enunciazioni formali, fungono da basi normative per altre previsioni riconducibili al mantenimento dei rapporti familiari: si pensi al diritto del detenuto a poter informare immediatamente la famiglia dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 o.p.); alla possibilità riconosciuta ai prossimi congiunti di richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria (art. 57 o.p.); all'at-

[11] Rispettivamente rubricati "Elementi del trattamento" e "Rapporti con la famiglia".

[12] Significative restrizioni a tali principi si pongono in relazione ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, a tal proposito si rinvia a L. PACE, *La libertà personale e il governo dell'insicurezza sociale: il caso degli articoli 4*-bis, *14*-bis, *14*-ter, *14*-quater, *41*-bis *o.p.*, in questo Volume; A, PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune consierazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in *Volti e maschere della pena – Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma, 2013; P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, 2010; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Roma, 2007, M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003, 420.

La giurisprudenza costituzionale in materia è amplissima, si vedano tra le tante le sentenze nn. 349/1993, 351/1996, 212/1997, 376/1997, 26/1999, 417/2004, 341/2006, 38/2009, 190/2010, 56/2011 e 143/2013.

tenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 o.p.) nonché al ruolo preminente assunto dalla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (art. 75 o.p.).

Evidente, dunque, come scopo precipuo del descritto assetto normativo fosse la creazione di un apparato giuridico in cui le relazioni familiari continuino a incidere in maniera significativa sulle condizioni psicofisiche del ristretto e sulle sue prospettive di vita futura[13].

Tale convincimento rappresenta – formalmente – uno degli

[13] Riflesso dell'ordinamento penitenziario sono le indicazioni contenute negli articoli 37 ("Colloqui") e 61 ("Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento") dell'attuale regolamento di esecuzione. Gli istituti volti a migliorare, ristabilire e mantenere le relazioni affettive prescindono da una valutazione del comportamento del reo durante l'esecuzione e si ergono a strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire. Alle richiamate norme si aggiungono, in un elenco non esaustivo, l'art. 14 in tema di ricezione, acquisto e possesso di oggetti e generi alimentari e l'art. 73 che non esclude la possibilità per il detenuto in isolamento di fruire dei colloqui e della corrispondenza telefonica con i propri familiari.

Deve altresì richiamarsi l'eliminazione dei pannelli divisori durante i colloqui, la soppressione del'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione degli incontri con persone diverse dai congiunti o conviventi; l'aumento del numero dei colloqui da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dallo stesso regolamento) e la scomparsa della previsione relativa ai due incontri supplementari la cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore.

Particolarmente critica appare la disciplina in tema di corrispondenza telefonica ed epistolare (art. 39) rilevandosi nella prassi numerose difficoltà in ordine all'accesso. Si pensi alla necessità di inoltrare istanza scritta all'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione, alle procedure per la verifica della rispondenza tra numero telefonico e nominativo nonché alla necessità di effettuare la chiamata sotto il controllo del personale penitenziario. Sono criticità che aumentano in riferimento ai detenuti stranieri per i quali la corrispondenza telefonica rappresenta l'unico strumento per mantenere i contatti con il nucleo familiare; a questo proposito va menzionata la necessità di un'autorizzazione da parte delle autorità consolari e di avvalersi dell'ausilio di un interprete iscritto negli albi del tribunale nel cui circondario ha sede l'istituto (circolare DAP n. 3254/5704 del 1988).

Deve altresì richiamarsi l'eliminazione dei pannelli divisori durante i colloqui, la soppressione del'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione degli incontri con persone diverse dai congiunti o conviventi; l'aumento del numero dei colloqui da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dallo stesso regolamento) e la scomparsa della previsione relativa ai due incontri supplementari la cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore.

aspetti più innovativi dell'attuale quadro penitenziario in conformità con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. Il riferimento è, *in primis,* agli articoli 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 12 ("Diritto al matrimonio") della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (di seguito CEDU)[14] e, con particolare riguardo alla condizione detentiva, alle due Raccomandazioni riguardanti gli effetti sociali e familiari derivanti dalla detenzione (Racc. n. 1340 del 1997 del Consiglio d'Europa e Racc. R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006)[15]. Nella prima raccomandazione, il legislatore sovranazionale sottolinea la necessità di predisporre all'interno degli istituti luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli, superando così una delle più gravi restrizioni imposte dall'attuale quadro penitenziario nazionale[16].

La successiva raccomandazione del 2006 specifica che «i detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, terze persone, rappresentanti di organismi esterni e a ricevere visite da dette persone»; ancora al comma 4 della Regola n. 24 si specifica che: «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare

[14] Sulla portata delle disposizioni contenute nella Convenzione e sull'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nel sistema interno, Cfr. *ex plurimis*: V. Zagrebelsky, *La Corte dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il foro it*., 2012, V, 29; G. Silvestri, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in M. Ruotolo, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur*., 2010; M. Cartabia, *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano*, in A. Balsamo, R. R. Kostoris, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

[15] Si tratta di atti che, seppur privi di forza vincolante, ben esprimono l'esigenza di predisporre strumenti normativi idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto anche attraverso la protezione della sua sfera affettiva.

[16] L'attuale formulazione dell'art. 18, comma 2, o.p. ("Colloqui) prevede l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia per l'intera durata degli incontri. Come si avrà modo di specificare, la norma è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale riguardante l'annosa tematica del diritto alla sessualità intramuraria (*Infra,* par. 4).

relazioni familiari il più possibile normali». Tale disposizione, di per sé rilevante per il riferimento alla "normalità" delle relazioni familiari, contiene una specificazione – nel commento in calce – quanto ai tempi di godimento del diritto: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate» in quanto la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i *partner*»[17].

La consapevolezza che il mantenimento dei legami affettivi rappresenti una condizione irrinunciabile per la costruzione di un percorso individuale anche durante l'esecuzione penale, è ben espresso altresì dalle c.d. "Regole di Bangkok", adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010[18]. Le Regole nn. 23, 26 e 28, in particolare, prescrivono il divieto di adottare, tramite provvedimenti disciplinari, misure in grado di incidere sui contatti con il mondo esterno e, più in generale, sanciscono la necessità di prevedere misure idonee a far fronte alle difficoltà derivanti dalla reclusione in un istituto lontano dal proprio domicilio, in ossequio al principio di territorialità della pena. A questo fine, devono essere incoraggiati colloqui prolungati e, nel caso di madri detenute con figli in affidamento, la normativa deve predisporre meccanismi che facilitino gli incontri, in ragione del preminente interesse del minore che le esigenze di pubblica sicurezza non possono mai intaccare[19].

3. *Il mantenimento delle relazioni affettive come posizione giuridica soggettiva. il contributo della giurisprudenza di legittimità*

Il diritto all'affettività – inteso come possibilità di coltivare in senso ampio i rapporti che conformano la sfera intima dell'indivi-

[17] A ulteriore conferma della tendenza del regime penitenziario europeo, l'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra le posizioni da garantire ai detenuti il diritto ad avere «una vita affettiva e sessuale attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi».

[18] "Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati".

[19] Così la regola n. 52.

duo – integra, dunque, una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e tutelabile dinnanzi alla magistratura di sorveglianza. Occorre tuttavia rilevare come tale processo di formale previsione del diritto risulterebbe privo di ogni significato – trasformandosi in una mera formulazione statica e astratta – se al riconoscimento della titolarità non corrispondessero effettive forme di tutela idonee a garantire ogni aspetto in cui la sfera affettiva si manifesti.

Se è vero che l'intervento del '75 ha segnato un adeguamento della normativa ai principi posti dal dettato costituzionale, aprendo la strada a una pena umana, rieducativa e risocializzante in cui il mantenimento dei legami affettivi si erge a elemento positivo del trattamento, è altrettanto vero che un contributo significativo nel percorrere tale strada è giunto dalla giurisprudenza. Nelle riflessioni che seguono, riguardanti due diritti in cui l'affettività si manifesta (genitorialità e sessualità), si concentrerà l'indagine sul contributo offerto dalla giurisprudenza di legittimità, che ha agito a più riprese sul contenuto del diritto – ora definendo i suoi contenuti, ora ampliandone la portata[20]. Con riguardo al primo profilo, la Corte di Cassazione ha chiaramente specificato che, dal momento che il mantenimento delle relazioni familiari integra un diritto soggettivo facente parte del trattamento penitenziario, l'adozione di generalizzate restrizioni in ambito affettivo comporta un'ulteriore afflizione nel grado di privazione della libertà personale. Tale aggravio richiede necessariamente il rispetto delle garanzie poste dall'art. 13, comma 2 Cost.; ciò in quanto i rapporti affettivi «*sono tanto più preziosi in quanto costituiscono l'unico ambito nel quale possono trovare riconoscimento istanze fondamentali quali quelle alla, e della, famiglia, comprimibili solo ove ricorrano comprovate e motivate esigenze di ordine e sicurezza*»[21].

[20] Del ruolo assunto dal Giudice delle Leggi si dirà nelle riflessioni operate nei paragrafi successivi, come filo conduttore dell'intera trattazione giurisprudenziale riguardante il diritto all'affettività ristretta.

[21] Cass. Sez. Un., sent. n. 6754/2003. La stessa Corte ha più recentemente affermato che i provvedimenti idonei ad incidere sulle istanze riguardanti i colloqui, potendosi risolvere in un inasprimento del grado di afflittività della pena, incidono sui diritti soggettivi risultando pertanto ricorribili in Cassazione (Cass. Sez. I, sentt. nn. 26835/2011 e 47326/2011). In riferimento al regime detentivo speciale, la stessa Corte

Più di recente, la stessa Corte ha espressamente riconosciuto come diritto soggettivo il «*mantenimento delle relazioni affettive familiari, elemento essenziale del trattamento» che trova nell'istituto dei colloqui la sua principale forma di espressione, costituendo «la condizione di effettività del diritto stesso*»[22].

Sotto il secondo profilo – definizione del contenuto del diritto – la giurisprudenza di legittimità si è recentemente espressa sulla portata dei limiti alla carcerazione preventiva, a tutela del rapporto genitoriale con i figli minori. Chiamata a pronunciarsi su una questione estremamente delicata[23], la Suprema Corte ha agito sul significato del diritto all'affettività risolvendo il bilanciamento in senso favorevole al minore: in tema di misure cautelari personali, il mantenimento della custodia in carcere «*non può essere giustificato avendo riguardo alla presenza di altri familiari o di strutture assistenziali, in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui fungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia*»[24].

Vi è di più. La Suprema Corte, attraverso un lungo *iter* giurisprudenziale, ha saputo agire sul dato normativo contribuendo al

ha stabilito che il colloquio mensile possa essere prolungato fino a due ore qualora i familiari, purché residenti in un comune diverso da quello dell'istituto di detenzione, non abbiano fruito dell'incontro nel mese precedente alla richiesta (Cass. Sez. I, sentt. nn. 52545/2014, 39537/2013, 49732/2013, 49733/2013, 49734/2013).

[22] Cass. Sez. I, sent. n. 52544/2014.

[23] Il ricorrente, padre di tre figli di cui uno infraseenne e un altro di quindici anni affetto da patologia tale da non renderlo autonomo, aveva chiesto al Tribunale di Sorveglianza la revoca – o la sostituzione – della custodia cautelare atteso che la moglie, anch'essa affetta da grave patologia, non era in grado di occuparsi del figlio infraseenne essendo le sue energie interamente assorbite nelle cure prestate al figlio disabile.

[24] Cass. sent. n. 4748/2013. Nel senso di attribuire una posizione di preminenza all'interesse del minore rispetto alle esigenze punitive anche Cass, II Sez., sent. n. 541/2012 e Cass., Sez. V, n. 41626/2007. Occorre tuttavia rilevare come l'orientamento della prima sezione penale si muova in direzione diametralmente opposta in materia di regime detentivo speciale. Lo dimostra la recentissima sentenza n. 28250/2014 in cui la Corte afferma espressamente l'inderogabilità della disposizione che prevede l'allontanamento dei familiari del minore durante l'incontro diretto tra il detenuto e il figlio senza vetro divisorio.

processo di emersione di uno dei diritti maggiormente attinenti alla sfera dell'affettività: il riferimento è alla tutela della paternità (o maternità) per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale attraverso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA)[25]. Prendendo le mosse da una nota pronuncia della Corte costituzionale[26], il Giudice di legittimità – servendosi di un'interpretazione costituzionalmente orientata – giunge ad affermare che nelle situazioni in cui occorre bilanciare sicurezza e garanzia di un diritto «*il principio da applicare […] non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione […], il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto*»[27]. Ne deriva che i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, affetti da malattie virali con elevato rischio di trasmissione[28] o impeditive della procreazione, possono essere autorizzati al prelievo di liquido seminale al fine di accedere alla PMA poiché «*il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale*». Lo stato detentivo, quindi, non costituisce – e non può costituire – causa ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dal dettato costituzionale senza alcuna distinzione tra liberi e ristretti, purché la limitazione non appaia giustificata da preminenti esigenze di ordine e sicurezza[29].

[25] L'accesso alla PMA è attualmente disciplinato dalla legge n. 40 del 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Ai sensi del primo comma dell'art. 4 ("Accesso alle tecniche"): "Il ricorso è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

[26] Si tratta della già citata sentenza n. 26 del 1999.

[27] Considerazioni peraltro ribadite dalla stessa Corte nella sentenza n. 46728 del 2011.

[28] Cass. sent. n. 11259/2009.

[29] Occorre tuttavia rilevare come la Cassazione abbia assunto un atteggiamento diametralmente opposto in riferimento al diritto alla sessualità intramuraria (*Infra* par. 4) dichiarando che «*non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto[…] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere*». L'istituto normativamente preposto a offrire tutela all'esigenza sessuale sarebbe piuttosto il per-

È anche grazie a tali pronunce che il diritto all'affettività ha assunto un significato più ampio rispetto all'originaria formulazione: attraverso l'ampliamento del suo contenuto la giurisprudenza ha consentito l'ingresso – all'interno dei flessibili confini del diritto – di situazioni originariamente non previste dalla normativa, ma espressione del dettato costituzionale. Si tratta di un processo giurisprudenziale di emersione dei diritti guidato dall'opera dalla Corte costituzionale, una prassi sviluppatasi in reazione alla frequente inerzia parlamentare o a scelte normative spesso lacunose, incoerenti e lontane dalla realizzazione dei principi costituzionali che la riforma del '75 poneva a tutela della dignità della persona detenuta. Dunque, nonostante ci si muova in un quadro che, come ampiamente illustrato, attribuisce primaria importanza al mantenimento dei legami affettivi, la normativa penitenziaria presenta – ancora oggi – diverse criticità in riferimento alla garanzia dell'affettività: è all'interno di tale "cono d'ombra" che si collocano le riflessioni intorno al diritto alla sessualità e alla genitorialità in carcere.

4. *La sessualità intramuraria: un diritto negato*

È stato ampiamente messo in luce come il mantenimento della sfera affettiva del ristretto si ponga come elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi costituzionali. L'allontanamento forzato dai legami affettivi determina cioè profondi cambiamenti nell'identità della persona, tali da poter compromettere il percorso di reinserimento sociale che l'art. 27, comma 3, Cost. pone a fondamento della funzione della pena[30].

messo premio; in ragione di ciò «*non vi è alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un'esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di detenzione […]. Tra gli eventi di particolare gravità può rientrare tutto ciò che ha il carattere dell'eccezionalità e non il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità*» (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008 in linea di continuità con la giurisprudenza precedente: sentt. nn. 1553 e 1524 del 1992).

[30] Sulla funzione della pena M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 1 ss. Quanto all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sentt. nn. 12/1966, 22/1971, 264/1974, 282/1989, 313/1990 e 129/2008.

Se tali affermazioni, almeno in termini generali, sembrano ricadere nell'ovvietà, le stesse considerazioni, in riferimento alla ricerca del nucleo del diritto all'affettività ristretta, assumono primaria rilevanza. In effetti, le eterogenee disposizioni poste a tutela dei legami personali non contemplano norme a garanzia dell'espressione – anche fisica – dell'affettività. È un silenzio, questo, che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per tutti i detenuti, e relativi *partners*, che non possono accedere ai permessi *ex* art. 30-*ter* o.p.[31].

Il paradosso giuridico si mostra in tutta la sua evidenza: se, per un verso, la garanzia del diritto al mantenimento dei legami familiari assume la qualifica di elemento positivo del trattamento penitenziario – da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione –, per l'altro il silenzio della normativa impedisce l'emersione del diritto alla sessualità intramuraria. Si legittima, così, il degradante fenomeno dei c.d. "matrimoni bianchi", che vedono la celebrazione dell'atto non seguita dalla consumazione dello stesso, e parallelamente una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, *de facto*, la qualifica di conseguenza accessoria della pena, senza che vi siano esigenze di ordine e sicurezza tali da giustificare siffatta negazione *tout court* del diritto.

La questione, quanto mai delicata, rivela la sua complessità anche in relazione al disinteresse manifestato dalle forze politiche al governo negli ultimi anni: la storia parlamentare dei progetti di legge in materia di affettività-sessualità intramuraria è costellata

[31] Si tratta dei permessi all'esterno in grado di riportare la sessualità in una dimensione di "normalità". Occorre tuttavia rilevare il carattere meramente residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione delle misure premiali. A questo proposito si veda la l. n. 251/2005 ("Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione"). In particolare, l'art. 7 modifica la normativa in relazione a permessi premio e misure alternative della semilibertà e della detenzione domiciliare.

In riferimento alla giurisprudenza costituzionale, la Consulta ha affermando che essi rappresentano «*un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria*» e, allo stesso tempo, «*strumento di rieducazione, in consentendo un iniziale reinserimento del condannato in società, essendo quindi parte integrante del trattamento rieducativo*» (Corte cost. sent. n. 118/1990).

da numerosi insuccessi, riconducibili alla silente – ma indiscutibilmente consapevole – volontà del legislatore, tesa a impedire l'emersione del diritto[32].

Un'apertura in questo senso era stata tentata durante la XIII legislatura, in occasione dell'approvazione del regolamento penitenziario del 2000; lo schema originario dell'attuale art. 61 prevedeva la possibilità, per il direttore dell'istituto, di concedere uno speciale permesso volto a consentire ai ristretti di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore continuative in apposite unità abitative, con controllo limitato alla sorveglianza esterna dei locali[33]. La proposta, seppur apprezzabile sul piano del riconoscimento della sessualità in ambiente penitenziario, ha tuttavia incontrato il parere sfavorevole del Consiglio di Stato il quale, nell'adunanza del 17 aprile 2000[34], ha rilevato come l'introduzione fosse concretamente complessa «*stante il forte divario tra modello trattamentale teorico, prefigurato dal nuovo regolamento penitenziario e inadeguatezza del carcere "reale"*» e giuridicamente inidonea in considerazione dell'impossibilità di introdurre norme a favore della sessualità intramuraria mediante fonte regolamentare[35]. L'o-

[32] Menzione particolare merita l'ultimo disegno di legge in materia (n. 3420) presentato il 24 luglio 2012, su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante. La proposta era tesa a un rinnovamento del quadro normativo mediante la modifica dell'art. 28 o.p., con l'introduzione di una visita al mese – della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro – in locali appositamente adibiti senza controlli auditivi e visivi; prevedeva altresì la modifica dell'art. 30 o.p. attraverso la concessione dei c.d. "permessi di necessità" per eventi familiari di particolare rilevanza nonché dell'art. 30 *ter* o.p., attraverso un ulteriore permesso di dieci giorni ogni semestre per coltivare specificatamente interessi affettivi.

Nella stessa direzione erano mosse le precedenti proposte di legge: n. 1503, d'iniziativa dell' On. Folena, presentata il 13 giugno 1996; n. 3331, d'iniziativa del l' On. Pisapia, presentata il 28 febbraio 1997; n. 3020, d'iniziativa degli On. li Boato e Ruggieri, presentata il 12 luglio 2002; n. 3801, d'iniziativa degli On. li Schirru e Codurelli, presentata il 21 ottobre 2010 e n. 63, d'iniziativa del senatore Malabarba, presentata il 28 aprile 2006.

[33] Così P. Canevelli, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *"Diritto Penale e Processo"*, 10, 2000, 1321.

[34] Parere n. 61/2000.

[35] Sulla scia di tali considerazioni, era difficilmente ipotizzabile che il diritto alla sessualità intramuraria trovasse spazio nella recente "Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati" di cui all'art. 69, comma 2 del Regolamento, il cui contenuto è stato stabilito con decreto del Ministro della Giustizia il 5 dicembre 2012, in

riginaria formulazione, in effetti, era destinata a scontrarsi con l'insormontabile ostacolo gerarchico rappresentato dalla previsione di cui al comma 2 dell'art. 18 o.p., a norma del quale «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia»[36].

La stessa previsione è apparsa idonea a riportare l'affettività in una dimensione "naturale" anche in una recente questione di costituzionalità sollevata proprio in riferimento all'emersione del diritto alla sessualità intramuraria. Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha chiesto alla Consulta di censurare l'art. 18, co. 2 o.p. nella parte in cui, imponendo l'obbligatorio controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, impedisce di fatto la piena esplicazione del diritto all'affettività, di cui la sfera sessuale costituisce un'imprescindibile modalità di espressione[37]. La scelta normativa

attuazione del d.p.r. n. 136 dello stesso anno. Pur trattandosi di un intervento che ha avuto sicuramente il pregio di consentire al detenuto una maggiore consapevolezza delle regole applicate nell'ambiente detentivo, le disposizioni volte al mantenimento dei rapporti con la società esterna restano pressoché invariate. Con riguardo alla disciplina dei colloqui la Carta, oltre a mantenere la previsione dei sei incontri mensili, ribadisce che gli stessi si svolgono in appositi locali senza mezzi divisori ma inderogabilmente sotto il controllo visivo (non anche auditivo) del personale di sorveglianza.

[36] Va peraltro rilevato come, alla luce di tale articolo, spetterebbe alle direzioni dei singoli istituti dotarsi di aree idonee allo svolgimento dei colloqui: luoghi e modalità di godimento assumono infatti una rilevanza primaria per la creazione di una situazione favorevole all'espressione dell'affettività di ciascun individuo (si pensi all'importanza di predisporre aree all'esterno degli istituti in grado di diminuire – soprattutto in relazione all'incontro con i figli – l'impatto potenzialmente traumatico con la realtà carceraria). A questo proposito deve rilevarsi come l'Amministrazione penitenziaria, con la circolare n. 3478 del 1998, abbia stimolato la realizzazione di spazi all'aperto sottolineando come «non vi sia alcuna ragione ordinamentale che impedisca lo sviluppo delle aree verdi come modalità generalizzata di svolgimento di colloqui e che veda la partecipazione di tutto il nucleo familiare o di altre persone che abbiano un vincolo significativo». Occorre tuttavia precisare che – in concreto – l'inadeguatezza delle strutture penitenziarie (spesso ospitate in vecchi edifici) e le scarse risorse economiche, rendano difficile la realizzazione di spazi all'esterno effettivamente idonei a favorire il mantenimento delle relazioni affettive, creando spesso una disparità di trattamento a seconda del luogo di detenzione.

Sulla disciplina dei colloqui in generale e suoi rapporti con la famiglia Cfr. E. Bertolotto, *Art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, Padova, 2011, 227 ss.; P. Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 175 ss. e M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti,* cit., 75 ss.

[37] Ordinanza di rimessione n. 132 del 2012. Per un approfondimento sull'ordi-

si porrebbe in contrasto con diversi parametri costituzionali – primi fra i quali il principio supremo della libertà-dignità[38] consacrato dagli articoli 2 e 3 Cost. – , con l'applicazione di una pena umana, rieducativa e risocializzante imposta dall'art. 27, co. 3 Cost., con il ruolo propulsivo assunto dallo Stato nel favorire, proteggere e agevolare la famiglia e la maternità (artt. 29, co. 1 e 31 Cost.), nonché con la tutela accordata al diritto alla salute *ex* art. 32 Cost.

Inoltre, il riconoscimento dell'espressione anche fisica dell'affettività, quale specifica declinazione di un diritto fondamentale della persona detenuta, sarebbe costituzionalmente auspicabile anche in relazione alla citata "tendenza normativa del regime europeo"[39] e alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare i giudici di Strasburgo, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12 CEDU ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e "Diritto al matrimonio"), hanno più volte manifestato il proprio apprezzamento nei confronti dei movimenti di riforma in tal senso equiparando, sotto il profilo soggettivo, il convivente stabile al coniuge nel godimento del diritto[40].

nanza: C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale,* in *Quest. giust.,* 2012, n. 4, 215 ss.; sia consentito altresì un rinvio a S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale,* in *www.forumcostituzionale.it*., 18 ottobre 2012.

[38] Così A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, cit., 20; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107.

[39] Ci si riferisce gli artt. 3 e 8, co. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alle due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1340/1997, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, e alla regola n. 24.4 sulle regole penitenziarie europee del 2006. A conferma di tale "tendenza" l'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra i diritti da riconoscere ai detenuti quello ad avere «una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

La tendenza appare altresì confermata dai sistemi penitenziari di numerosi paesi anche al di fuori dell'area comunitaria (*Infra* par. 6).

[40] Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro Regno Unito*, ricorsi n. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980. Sull'equiparazione del convivente stabile Corte EDU, 22 maggio 2008, *Petrov contro Bulgaria*, ricorso n. 15197/02.

In riferimento alla tutela della dignità umana nella giurisprudenza delle Corti europee: V. ZAGREBELSKY, M. DE SALVIA, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle*

La Consulta, con la sentenza n. 301 del 2012, ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione: la giurisprudenza costituzionale non può spingersi sino a favorire la completa emersione del diritto alla sessualità intramuraria, rendendosi necessario uno specifico intervento legislativo in tal senso[41]. Il *petitum*, in altri termini, sarebbe comunque incongruo rispetto allo scopo perseguito; l'eliminazione del controllo a vista di cui all'art. 18, comma 2 o.p., non comporterebbe l'automatico riconoscimento del diritto alla sessualità, per due ordini di motivi. Da un lato, l'obbligatorietà della sorveglianza trova la sua ragion d'essere nella necessità di apprestare tutela all'ordine e alla sicurezza; la circostanza che tale statuizione renda di fatto impossibili i rapporti affettivi e sessuali costituisce solo un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di controllo sulla generalità dei colloqui.

Dall'altro, il richiesto intervento ablativo non sarebbe di per sé sufficiente a ottenere il riconoscimento del diritto, presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche in riferimento al processo di bilanciamento che vede contrapposti l'esplicarsi del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate alla condizione di privazione della libertà personale. Scelta discrezionale che sarebbe compiuta dalla Corte qualora intervenisse con la richiesta sentenza additiva.

La sentenza assume tuttavia un'importante valenza monitoria: una riforma del sistema penitenziario idonea ad apprestare adeguata tutela al diritto alla sessualità, prosegue la Consulta, sarebbe quantomeno auspicabile non solo in riferimento alla più volte ricordata tendenza europea, ma anche – e soprattutto – in relazione

Comunità europee, Milano, 2006, 46 ss. e M. Di Ciommo, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010, 201 ss.

Occorre tuttavia precisare che, al contrario, la giurisprudenza di legittimità italiana è tesa ad avallare la mancata previsione del diritto alla sessualità intramuraria in ragione di preminenti esigenze di ordine e scurezza (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008; Cass., Sez. 1, sent. n. 1553/1992; Cass., Sez. 1, ord. n. 1524/1992).

[41] Occorre tuttavia rilevare come il primo motivo di inammissibilità risieda nell'assoluta mancanza di una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il rimettente a ritenere applicabile la norma al caso di specie stante il principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione (Corte Cost. sent. n. 338/2011 e ord. n. 93 e 127 del 2012 e n. 260/2011.

al tentativo di valorizzare i principi costituzionali in materia penitenziaria. Se la rieducazione è una delle qualità essenziali della pena, che ne caratterizza il contenuto ontologico[42], essa difficilmente potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, connotato dell'identità di ogni individuo.

Dalle riflessioni che precedono discende una naturale considerazione conclusiva. Ragionare intorno alla *ratio* della negazione del diritto non significa valutare la previsione della sessualità intramuraria in termini etici o morali, quanto piuttosto interrogarsi sul bilanciamento tra valori costituzionali. Qui il nucleo della *quaestio*: occorre stabilire quando la preminenza delle esigenze di sicurezza debba ritenersi giustificata, se non si vuole rischiare di relegare le ipotesi di riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti al rango di mera eccezione.

Se, per quel che concerne la sessualità intramuraria, vi sono ipotesi in cui tale compressione appare inevitabile – si pensi alle limitazioni dei diritti per i soggetti sottoposti a regime speciale – una valutazione complessiva della normativa non può che condurre a differenti conclusioni considerando la sessualità ristretta come posizione giuridica soggettiva nella sua più ampia accezione. In altri termini, generiche esigenze di sicurezza – accompagnate da «*una costante sorveglianza di principio*»[43] – non possono giustificare quella che appare non già come compressione del diritto all'affettività-sessualità, ma negazione *tout court* dello stesso; negazione che appare difficilmente tollerabile in termini di compatibilità con il dettato costituzionale.

5. *Carcere e rapporto genitoriale: il diritto alla maternità/paternità nell'esecuzione penale*

La normativa penitenziaria, pur non contemplando un diritto alla sessualità intramuraria, attribuisce preminente rilevanza ai legami familiari, affinché questi continuino a incidere sulle prospet-

[42] Così la Corte costituzionale nella nota e già citata sentenza n. 313/1990.

[43] Così il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione.

tive di vita futura del soggetto ristretto. Poste in questi termini le premesse per l'indagine, occorre chiedersi come si ponga tale principio non solo in riferimento alla sessualità intramuraria, ma anche in relazione ad altro diritto afferente alla sfera più intima dell'affettività ristretta: la genitorialità in carcere. Oltre ai citati istituti di carattere generale (colloqui, visite, permessi), la legge penitenziaria dedica numerose disposizioni alla tutela del rapporto con i figli; la più discussa è certamente contenuta nell'art. 11, comma 9 o.p.: «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido»[44]. Non è difficile immaginare come il sovraffollamento carcerario, le rigide regole degli istituti e il contatto forzato con soggetti esterni al nucleo familiare creino una situazione di forte tensione che, ripercuotendosi sullo sviluppo psicofisico del minore, risulta difficilmente compatibile con il quadro costituzionale e internazionale in materia[45]. Il problema, ancora una volta, è calibrare l'intensità della pretesa punitiva tenendo conto dei diversi bisogni dei periodi dell'infanzia e del ruolo fondamentale che, all'interno di questi, gioca il rapporto con le figure genitoriali di riferimento. Rilevante, in questo senso, il principio della "bigeni-

[44] Fortunatamente il numero dei minori in carcere è relativamente esiguo: nel corso degli anni ha oscillato tra le 40 e le 75 unità. I dati sono costantemente aggiornati sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*).

[45] Quanto alle fonte costituzionale le norme di riferimento sono, ancora una volta, gli articoli 30, 31 e 32 volti alla salvaguardia della maternità, dell'infanzia, dell'integrità psico-fisica dei minori e della loro salute. A livello sovranazionale significativa è la Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia del 1989, ratificata dall'Italia nel maggio 1991 (l. n. 176/1991); l'art. 3, comma 1, stabilisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi (...) l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Rilevante altresì il rapporto sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale dell'ONU nel giugno 2012 in cui, con specifico riferimento all'Italia, vengono indirizzate alcune raccomandazioni sul piano delle riforme politiche e legislative; ciò al fine di «promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore». Si ricorda, infine, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 a proposito della necessità di adottare una strategia comune dell'Unione europea sui diritti dei minori (2007/2093(INI)).

torialità" inteso come diritto del figlio a mantenere rapporti con entrambi i genitori: al minore va quindi assicurata la possibilità di intrattenere un rapporto equilibrato e continuativo sia con la figura paterna sia con quella materna, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale[46].

La progressiva preminenza assunta dagli interessi del minore rispetto alle esigenze punitive dello Stato è ben espressa, seppur con diverse ombre, nella legge di riforma n. 62 del 2011[47] nata dall'intento, esplicitato nei lavori preparatori, di superare i limiti applicativi emersi dall'esperienza precedente e il degradante fenomeno dei "bambini detenuti"[48]. Tra le modifiche apportate al codice di rito e all'ordinamento penitenziario[49], la legge prevede

[46] Il diritto è posto dalla legge n. 54 del 2006 "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli" e dal successivo decreto legislativo n. 154 del 2014 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art, 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219".

Del resto il diritto-dovere di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli, sancito dal primo comma dell'art. 30 Cost., nonché dagli articoli 147 ("Doveri verso i figli") e 315-*bis* (Diritti e doveri del figlio) del codice civile, risulta inequivocabilmente rivolto ad entrambi i genitori (ai "genitori" senza distinzioni si riferisce, infatti, la citata norma costituzionale; di "ambedue i coniugi" parla l'art. 147 c.c. e di nuovo "ai genitori" si riferisce letteralmente l'art. 315-*bis* c.c.).

Degna di nota è altresì la sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 1990 che, spostando il punto di bilanciamento in una posizione sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo del minore, ha posto le basi per l'affermazione del principio di parificazione genitoriale nella concessione dei benefici penitenziari.

[47] Titolata "Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori". Su cui, più ampiamente, F. Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. di merito*, 2011, 2616 ss.

[48] Tra i principali interventi di riforma in materia: l. n. 663 del 1986 (c.d. "Gozzini"); l. n. 165 del 1998 e, soprattutto, l. n. 40 del 2001 (c.d. "Finocchiaro"). Con particolare riguardo a quest'ultimo intervento, si evidenzia come le novità introdotte non siano applicabili nei confronti della maggior parte delle madri in carcere: straniere senza residenza, tossicodipendenti e detenute in attesa di giudizio. Sull'evoluzione storica della condizione delle donne detenute e per affrontare il tema in una prospettiva di genere, Cfr. A. Roscioli, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2007, n. 3, 459 ss.

[49] Per un'indagine sulle modifiche apportate, F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivistaaic.it*, n. 4, 2012.

l'istituzione di nuove strutture – Istituti a custodia attenuata (di seguito ICAM) e case famiglia protette – introdotti nel tentativo di evitare che i minori soffrano l'esperienza della carcerazione forzata, attraverso la predisposizione di luoghi alternativi al carcere nei quali sia possibile tutelare il rapporto con il genitore che si trovi in stato di privazione della libertà personale[50]. Nonostante gli indiscutibili passi avanti raggiunti attraverso tale intervento di riforma, il legislatore non ha tuttavia attribuito alla tutela dell'infanzia una posizione di assoluta preminenza, tale da eliminare il fenomeno delle sezioni nido all'interno degli istituti: la disciplina non è applicabile nei confronti delle condannate per uno dei reati ostativi elencati dall'art. 4-*bis* o.p., con la conseguenza che in questo caso tornerà a essere applicabile l'esecuzione in istituto a norma dell'art. 11, co. 9 o.p.[51].

[50] In estrema sintesi può dirsi che – in assenza di indicazioni legislative – i futuri ICAM dovrebbero avere le caratteristiche dell'unico istituto già attivo in Italia, che opera come sezione distaccata del carcere di San Vittore (a cui si aggiungono le caratteristiche degli Istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti, c.d. ICATT): strutture arredate in modo familiare, dotate dei necessari sistemi di sicurezza ma prive dei tratti caratteristici dell'edilizia carceraria (sbarre, celle chiuse e così via); numero ristretto di posti, spazi tendenzialmente aperti con libertà di circolazione, presenza di operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli, agenti di Polizia penitenziaria in borghese e possibilità per i bambini di frequentare il nido di zona così favorendo relazioni diversificate.

Il decreto del Ministero della Giustizia del 26 luglio 2012 ha invece definito le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette: strutture tali da consentire una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; un massimo di sei nuclei familiari per istituto; predisposizione di spazi da destinare al gioco e agli incontri al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi. Per un approfondimento sulle caratteristiche dei nuovi istituti P. CORSO, *Il trattamento dei condannati*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, 78 ss; sulle problematiche conne alla condizione detentiva delle donne si rinvia a P. GONNELLA, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in questo Volume.

[51] A ciò si aggiunge il rilevante problema relativo al finanziamento delle nuove strutture: la legge e il decreto attuativo dispongono esplicitamente che la costruzione dovrà avvenire senza oneri per l'amministrazione penitenziaria, sia sotto il profilo della realizzazione sia sotto il profilo della gestione. Inoltre, l'esiguo numero di istituti che – si presume – verranno realizzati, si pone in un difficile rapporto di coerenza con il principio di territorialità della pena (In questo senso F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, cit., 5 ss.).

Emerge infine, un'ingiustificata disomogeneità di disciplina tra fase cautelare e momento esecutivo; discrepanza che, non trovando alcuna razionale giustificazione, è con ogni probabilità riconducibile ai numerosi e non coordinati interventi legislativi

Ne deriva che, almeno in questo caso, il legislatore non ha attribuito alla tutela del diritto all'infanzia un'integrale preminenza; il bilanciamento sarà allora affidato all'opera della giurisprudenza che dovrà, utilizzando un metodo casistico, valutare in che relazione si ponga la tutela della maternità (e del minore) con le esigenze punitive dello Stato[52]. È quanto avvenuto nelle sentenze della Corte costituzionale n. 239 del 2014 e 76 del 2017. La prima questione, sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, riguardava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, stabilito nei confronti dei detenuti e degli internati per taluni gravi delitti che non collaborino con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale[53] a favore delle condannate madri di prole di età inferiore a dieci anni[54]. La Consulta, attraverso una

in materia, svariatamente succedutesi e stratificatesi nel tempo (così G. Bellantoni, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2014, 1761).

[52] Occorre rilevare come l'Amministrazione penitenziaria si sia dimostrata in taluni casi attenta – almeno nella prassi – alla salvaguardia del rapporto tra figli e genitori detenuti. Negli ultimi anni, infatti, sono numerose le associazioni volte a offrire un sostegno in questo settore attraverso l'apertura di sportelli d'ascolto e finanziamento di progetti all'interno di diversi istituti italiani (ne è esempio l'Associazione "Bambinisenzasbarre" che opera da più di dieci anni negli istituti di San Vittore, Bollate e Opera). Muovendosi in questa direzione è stata approvata, nel marzo 2014, la "Carta dei figli dei genitori detenuti" che riconosce ai minori il diritto a mantenere in modo continuativo il legame affettivo con il genitore ristretto.

[53] Si tratta di una misura introdotta dalla legge n. 40 del 2001 e oggi prevista dall'art. art. 47-*quinquies* o.p.: quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47-*ter* o.p., le madri condannate, con prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli possono essere ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena, ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il Tribunale di Sorveglianza può disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà. Può altresì disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'articolo 21-*bis* o.p., tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua.

[54] Secondo la ricostruzione offerta dal rimettente, la norma violerebbe il principio

puntuale ricostruzione del rapporto che lega regime speciale e tutela dei rapporti affettivi, ritiene la questione fondata, attribuendo centralità alle esigenze di protezione dell'infanzia. In particolare, facendo leva sulla doppia natura sottesa all'introduzione della detenzione domiciliare speciale – misura alternativa e strumento di garanzia a favore «*di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione*» (il minore) – la Corte rileva come l'istituto non possa essere ragionevolmente assoggettato agli stessi limiti previsti dal regime di cui al 4-*bis* o.p. in relazione agli altri benefici penitenziari.

La stessa finalità di prevenzione, perseguita dalla norma oggetto del giudizio, non può valere a legittimare il divieto d'accesso *tout court* alla misura: subordinare la concessione a un indice legale del "ravvedimento" del condannato, infatti, non è giustificabile «*quando al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo*». Tuttavia, proprio in ragione della necessità di muovere all'interno di un delicato bilanciamento di valori costituzionali, la Consulta chiarisce espressamente che neanche l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo elevato rango, «*forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore*». In ogni caso, affinché l'interesse del bambino possa venire sacrificato alle esigenze di protezione della società dal crimine «*occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi – quali quelli prefigurati*

di ragionevolezza (art. 3 Cost.), assoggettando la detenzione domiciliare speciale al medesimo regime restrittivo stabilito per altre misure alternative, senza tener conto dei suoi marcati tratti differenziali. In altri termini, la misura non costituirebbe solo un beneficio tendente al reinserimento del condannato, ma tutelerebbe il preminente interesse del figlio minore a recuperare al più presto un normale rapporto di convivenza con la madre al di fuori dell'ambiente carcerario. La norma si porrebbe altresì in contrasto con gli artt. 29, 30 e 31 Cost., contraddicendo l'imperativo costituzionale di tutelare la famiglia come società naturale, con il diritto-dovere dei genitori di educare i figli, il corrispondente diritto di questi di essere educati e con l'obbligo di protezione dell'infanzia.

dalla norma censurata – che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

L'illegittimità costituzionale, dunque, non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura oggetto del giudizio, ma nell'aver reso tale preclusione generale e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione. Funzione, questa, posta dall'ordinamento a tutela dell'interesse primario dell'infanzia che, solo nelle ipotesi in cui ricorrano esigenze determinate a carattere eccezionale, può conoscere limitazioni in ragione della pretesa punitiva dell'apparato statale.

Logica analoga muove la Corte costituzionale nella recentissima sentenza n. 76 del 2017 ancora in riferimento alla misura della detenzione domiciliare speciale.

Il Tribunale di sorveglianza di Bari aveva dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* o. p., nella parte in cui impediva alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. l'accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste[55]. Secondo il rimettente, tale preclusione all'accesso si poneva in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione: la previsione ispirata alla volontà di far prevalere la pretesa punitiva statale rispetto alle esigenze di tutela della maternità e del minore vanificherebbe la *ratio* della detenzione domiciliare speciale volta, come specificato nella sentenza 239 del 2014, a mantenere vivo il legame tra madri e figli.

La Corte costituzionale ritiene la questione fondata per violazione dell'art. 31, secondo comma, Cost., con conseguente assorbimento delle censure relative agli ulteriori parametri evocati dal Tribunale di Bari. Nella decisione il Giudice delle Leggi afferma

[55] A norma del comma 1-*bis*, dell'art. 47-*quinquies* o.p. «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite».

che «*affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni. Proprio una tale preclusione è contenuta nella disposizione censurata*». Nella disposizione in esame il legislatore – continua la Consulta – «*ha escluso in assoluto dall'accesso ad un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall'aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-bis o.p.) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sentenza n. 32 del 2016)*». Ne consegue che «*vengono del tutto pretermessi l'interesse del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata, non estranea, come si è già detto, alla detenzione domiciliare speciale, quale misura alternativa alla detenzione. Questa sorta di esemplarità della sanzione – la madre deve inevitabilmente espiare in carcere la prima frazione di pena – non può essere giustificata da finalità di prevenzione generale o di difesa sociale (sentenza n. 313 del 1990). Infatti, le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole*»[56-57].

[56] Per un approfondimento sulla sentenza n. 76 del 2017 si rinvia a G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 8 maggio 2017. Sull'art. 4-*bis* o.p., anche in riferimento alle problematiche poste dai meccanismi presuntivi, L. Pace, *La libertà personale e il governo dell'insicurezza sociale,* cit.

[57] Occorre tuttavia precisare che, nel bilanciamento di valori in cui entra in gioco l'interesse del minore, non sempre la Corte costituzionale si è spinta sino alla modifica del dato normativo, ritenendo legittimi taluni limiti previsti dal legislatore. È quanto accaduto in altra recentissima pronuncia, la n. 17 del 2017, con cui la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione al disposto dell'art. 275, comma 4, c.p.p. nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni. Tale inva-

6. *Dall'Europa al Brasile: sistemi normativi a confronto*

L'irragionevolezza della scelta negazionista del legislatore italiano in ordine al diritto all'affettività/sessualità si coglie in tutta la sua evidenza anche in termini comparatistici. La possibilità di incontrare i familiari in spazi adeguati e senza il controllo visivo del personale di custodia è consolidata da tempo in diverse esperienze, anche al di fuori dell'area comunitaria.

Si passa da realtà normative in cui la sfera affettiva è garantita attraverso la semplice concessione di colloqui prolungati e non controllati (è il caso della Croazia[58], dell' Albania[59] e dell'Armenia) a soluzioni più complesse, in cui l'esplicazione del diritto viene garantita attraverso la predisposizione di apposite strutture.

In diversi paesi del nord Europa – come Olanda, Norvegia e

licabile limite di età, secondo il rimettente, si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza, a causa dell'ingiustificata differenziazione tra minori di sei anni e "soggetti di poco maggiori", con l'art. 31 Cost., che – garantendo specifica protezione all'infanzia – imporrebbe una considerazione dell'interesse del fanciullo come sempre preminente e, infine, il "rigido automatismo" del limite di età non consentirebbe al giudice di esprimersi nel merito, rendendo non effettivo l'obbligo di motivazione del provvedimento. La Corte costituzionale con la sentenza n. 17 del 2017 chiarisce che la questione, posta nei termini tracciati dal rimettente, non può essere accolta: «*l'individuazione normativa del limite dei sei anni di età del minore per l'applicazione del divieto di custodia cautelare in carcere non può essere accostata alle presunzioni legali assolute che comportano l'applicazione di determinate misure o pene sulla base di un titolo di reato*». Il giudice *a quo*, inoltre, non ha concentrato la sua attenzione sull'effettiva presunzione legale, contenuta nel 3 comma dell'art. 275 c.p.p., ma ha posto l'accento sull'individuazione legislativa del limite dei sei anni così censurando una valutazione discrezionale compiuta in astratto dal legislatore. Tale scelta legislativa, specifica la Corte, è incensurabile fintantoché non appaia irragionevole, irragionevolezza che non sembra risiedere nella disciplina vigente «*la scelta legislativa appare non irragionevolmente giustificata dalla considerazione che tale età coincide con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre*».

Su tale pronuncia E. Andolfatto, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.* in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 3 marzo 2017.

[58] La normativa penitenziaria consente colloqui non sorvegliati di quattro ore con il coniuge o *partner.*

[59] Il Regolamento penitenziario albanese prevede otto telefonate e quattro colloqui mensili in ambienti riservati, uno dei quali è prolungato fino a cinque ore per i detenuti sposati con figli.

Danimarca – la normativa garantisce la più ampia intimità, mettendo a disposizione dei ristretti, indipendentemente dalla posizione giuridica, strutture con camere matrimoniali, servizi e cucina[60]; l'intento è ricreare una condizione quanto più possibile tendente alla "normalità" della vita relazionale, in cui detenuto e *partner* possano manifestare liberamente il proprio rapporto affettivo. Oltre alle illuminate esperienze del Nord Europa, sono undici i Paesi dell'Unione Europea che hanno introdotto una specifica disciplina in materia di affettività e sessualità carceraria. In Spagna, nella regione della Catalogna, sono concesse due visite al mese senza sorveglianza, ciascuna della durata di un'ora e mezza: una con la famiglia, l'altra con il *partner* (c.d. visita intima)[61]. Tali incontri si configurano come un elemento necessario del trattamento penitenziario, prescindendo da qualsiasi valutazione sulla condotta del soggetto. La legge penitenziaria spagnola prescrive, inoltre, il diritto dei detenuti a comunicare con familiari, amici e rappresentati di associazioni accreditate due volte alla settimana, anche contemporaneamente, per un numero di massimo quattro persone a incontro.

In Francia e Belgio sono in corso sperimentazioni simili a quelle richiamate; in particolare sono state istituite in tutti gli istituti francesi – anche se attualmente realizzate solo in 29 su 191 – le Unità di Visita Familiare (UVF). Si tratta di appartamenti arredati e composti da diversi ambienti, comprensivi di uno spazio esterno, ove i ristretti possono ricevere familiari e amici per un periodo di tempo che varia dalle sei alle settantadue ore senza la presenza del personale di custodia. Nelle "stanze per le visite", che in alcuni istituti sostituiscono le UVF per l'impossibilità di modificare la struttura carceraria, i detenuti possono ricevere i familiari senza sorveglianza ogni tre mesi per mezza giornata: si tratta di spazi piuttosto ampi, dotati di diversi servizi tra cui doccia, tavolo, divano letto, bollitore o caffettiera.

[60] In Finlandia, al contrario, tale visita è riservata a coloro che non possono usufruire di permessi.

[61] L'ordinamento spagnolo accoglie una definizione ampia del termine "*partner*" che indica, genericamente, la persona che si presenta regolarmente ai colloqui ordinari durante il fine settimana legata al detenuto da un rapporto di natura sentimentale.

In Svizzera, le visite senza controllo visivo del personale sono state introdotte già nei primi anni '80, svolgendosi in appositi ambienti simili a monolocali arredati. L'unica forma di sorveglianza è prevista all'esterno: l'agente deve tuttavia tenere una distanza pari ad almeno quindici metri rispetto alla struttura, così da garantire la massima intimità alla coppia. Tali permessi si configurano come benefici penitenziari: l'accesso è subordinato all'aver scontato due anni di pena, oppure, a discrezione del direttore, almeno diciotto mesi[62].

Ancora, in Inghilterra, Galles e Scozia è previsto un piano di assistenza finanziaria per consentire alle famiglie a basso reddito di visitare i parenti in carcere: il piano prevede il rimborso delle spese di viaggio, vitto e pernottamento per le persone con le quali il detenuto viveva in rapporto continuativo e consolidato nel periodo immediatamente precedente alla detenzione, per un finanziamento massimo di due visite ogni ventotto giorni e ventisei in un anno. A ciò si aggiunge che in Scozia, per far fronte alle difficoltà relazionali dei detenuti reclusi lontani dal luogo di origine, è attivo un servizio di video-chiamata della durata di un'ora in aggiunta al numero ordinario dei colloqui.

L'ampio riconoscimento a livello europeo del diritto all'affettività ristretta testimonia come sia largamente diffusa la convinzione che, solo attraverso la sua garanzia, possa essere tutelata la sfera più intima della dignità di ogni individuo, favorendo non solo l'integrità del nucleo familiare ma anche la sfera psicofisica del detenuto, in vista di un suo positivo reinserimento sociale.

Anche oltreoceano sono diverse le esperienze volte a un pieno riconoscimento del diritto all'affettività/sessualità intramuraria. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla realtà canadese, che riconosce ai detenuti la possibilità di incontrare le famiglie all'interno di prefabbricati posti negli istituti anche per tre giorni con-

[62] Particolarmente degna di nota è l'esperienza del Canton Ticino: ai detenuti che non possono fruire di congedi esterni è riconosciuto l'accesso a una serie articolata di colloqui, che vanno dal c.d. "colloquio gastronomico", con la possibilità di pranzare con i propri cari, al c.d. "colloquio pollicino" volto a mantenere i rapporti tra detenuto e figli. Per un approfondimento sull'esperienza del Cantone S. PRIVITERA, *L'esperienza Svizzera, in particolare quella del Cantone Ticino,* in *www.ristretti.it*.

secutivi. Analogamente, alcuni degli Stati USA[63] hanno introdotto – tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli '80 – i c.d. "*Coniugal o Family Visitation Programs*", permessi che consentono ai ristretti di incontrare il coniuge (ogni due settimane) e la famiglia (ogni mese), in appartamenti mobili siti all'interno del carcere, anche qui per tre giorni consecutivi[64].

Da ultimo vale la pena ricordare come l'affettività venga considerata componente ineliminabile della vita del detenuto persino in sistemi che, per diversi aspetti, si pongono in un difficile rapporto con la tutela internazionale dei diritti umani: è il caso del Brasile dove, nonostante le condizioni di detenzione particolarmente severe, la normativa riconosce alla generalità dei reclusi il diritto a un incontro intimo a settimana – della durata di un'ora – con chi desidera, indipendentemente cioè da precedenti rapporti di convivenza accertati dallo Stato.

7. *Brevi riflessioni conclusive: verso una riforma della disciplina del diritto ai legami affettivi*

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, appare evidente come la questione relativa alla tutela del diritto all'affettività intramuraria meriterebbe di essere rivista; ciò in chiave di un più generale ripensamento degli spazi carcerari che sappia garantire l'effettiva operatività dei principi costituzionali. In tal senso, l'accento non può che essere posto su quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Torreggiani e a. c. Italia*[65]. Come noto, in tale occasione i giudici di Strasburgo avevano offerto al legislatore italiano un'importante occasione:

[63] Si tratta degli Stati del Mississippi, New York, California, Washington e New Mexico.

[64] C. Hensley, *Prison Sex. Practice & Policy,* London, 2002.

[65] Adottata l'8 gennaio 2013, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10. La pronuncia assume un'importanza particolare, per il diritto in analisi, non tanto in riferimento all'oggetto quanto alla sua qualifica giuridica: scegliendo di adottare una sentenza pilota (prevista dall'art. 46 CEDU, co. 1 e dall'art. 61 del Regolamento della CtEDU), la Corte aveva messo in mora lo Stato italiano fissando in un anno il termine entro il quale doveva provvedere ad adottare provvedimenti

ridisegnare gli spazi della pena che, in conformità al dettato costituzionale, avrebbero dovuto garantire un'esecuzione umana, rieducativa e risocializzante. Si trattava di operare un ripensamento dell'ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti – ma sostanzialmente negati (è il caso del diritto alla genitorialità) – sia a quelli che, pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale, sono tuttora ignorati dalla normativa (si pensi al diritto alla sessualità).

A distanza di oltre tre anni dalla scadenza del termine offerto da Strasburgo (28 maggio 2014), può dirsi che il legislatore non abbia saputo cogliere tale occasione. Nell'affrontare la sfida dell'adeguamento della normativa penitenziaria alle istanze sollecitate sia dalla Corte Europea sia dai moniti della Consulta, gli ultimi interventi normativi sembrano mossi da logiche quasi esclusivamente deflattive, mirate a una riduzione numerica della popolazione carceraria; lasciando in secondo piano il tentativo di ridisegnare uno spazio della pena capace di garantire la piena espressione del diritto all'affettività, attraverso la predisposizione di spazi e strutture idonee al suo effettivo godimento. In effetti, la natura troppo spesso emergenziale degli interventi posti in essere rende le scelte del legislatore nazionale ancora inidonee a operare efficacemente – e in modo duraturo – nella direzione suggerita dal Consiglio d'Europa.

Nel senso di una metamorfosi della normativa vigente sembra tuttavia muovere la richiamata delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario. La volontà di apprestare organicità ai molti provvedimenti varati negli ultimi anni, attraverso un riassetto sistematico della materia, tocca anche – al comma 85, lett. n), dell'articolo 1 – la garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio[66]. Tuttavia, pur essendo certamente apprezzabile l'intento di

a carattere strutturale idonei a far fronte all'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario.

[66] Lo stesso Ministro della Giustizia Orlando, in occasione del convegno "Carceri: materiali per la riforma" del 7 maggio 2014, ha affermato che: «si tratta di un principio che vuole dare risposta all'esigenza reale e fortemente avvertita di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di avere relazioni affettive

un rinnovamento in tale direzione, la formulazione della delega, genericamente riferita al diritto all'affettività, lascia presagire il mantenimento del "cono d'ombra" rappresentato dal riconoscimento della sessualità intramuraria. Bisognerà dunque attendere la successiva formulazione del testo di riforma, per capire se l'Italia saprà effettivamente cogliere le sollecitazioni offerte in tal senso da Consulta, Corte EDU e Stati Generali dell'esecuzione penale, adeguando la propria normativa al quadro sovranazionale in materia.

L'auspicio, dunque, non può che dirigersi verso un'ampia riforma del sistema penitenziario. Riforma che – partendo dalle criticità attuative della normativa di settore interpretata secondo i principi espressi dalla giurisprudenza – sappia ispirare anche le scelte legislative future, diventando motore di un cambiamento politico e culturale nel modo di concepire genitorialità e sessualità nella dimensione detentiva e, più in generale, le relazioni che si instaurano all'interno delle mura penitenziarie.

che consentano una reale opportunità di dare continuità ai legami personali. E l'analisi comparata delle soluzioni accolte in altri Paesi europei potrà su questo punto dare un contributo significativo». L'intervento è pubblicato sul sito *www.giustizia.it*.

Tatiana Guarnier

Libertà collettive e detenzione penale

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema – 2. Il diritto di riunione dei detenuti – 2.1. La riunione per fini politici e di manifestazione del pensiero – 2.2. Le attività culturali, ricreative e sportive – 2.3. Spazi e limiti del riconoscimento della libertà di riunione nel vigente ordinamento penitenziario – 3. Il diritto di associazione dei detenuti – 3.1. Diritto di associazione e connessione con la società civile – 3.2. Spazi e limiti dell'esercizio della libertà di associazione nel vigente ordinamento penitenziario – 3.3. Libertà di associazione e diritti sindacali – 4. La partecipazione democratica alla vita carceraria.

1. *Inquadramento del tema*

Per affrontare il tema delle libertà collettive all'interno del carcere è necessario porre alcune premesse e sgomberare il campo da possibili equivoci.

La prima indispensabile premessa attiene ai princìpi informativi della legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26.7.1975, n. 354; d'ora innanzi o.p.). È noto, infatti, che quest'ultima ha inteso riformare dalle fondamenta il sistema penitenziario in precedenza disciplinato dal regolamento Rocco del 1931[1] – di matrice fascista – ribaltandone la prospettiva: se il regolamento si preoccupava principalmente di garantire l'ordine e la disciplina all'interno degli istituti detentivi mediante una serie di strumenti che garantissero l'«adesione coatta alle regole e all'ideologia del trattamento»[2], la legge del 1975 ha radicalmente mutato la *ratio* di fondo, enunciando la priorità delle esigenze dei detenuti

[1] Regio decreto 18.6.1931, n. 787, recante il "Nuovo regolamento per gli istituti di detenzione e pena".

[2] Così G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Venezia, 1976, 69.

e subordinando a tali esigenze (e diritti) le relative regole organizzative[3].

Questo mutamento è in grado di incidere profondamente sul tema delle libertà collettive. È, infatti, piuttosto intuitivo quanto il loro esercizio costituisse una fonte di preoccupazione nella prima prospettiva (tanto è vero che il regolamento Rocco guardava con grande sospetto ad ogni forma di attività collettiva e preferiva la strategia dell'atomizzazione degli individui, al fine di poterli meglio governare e gestire[4]). A prospettiva mutata, invece, ove ci si rivolga prioritariamente alla tutela della dignità del detenuto[5], le attività comuni e l'esercizio delle libertà collettive non dovrebbero essere più guardate con sospetto, costituendo all'inverso uno dei principali strumenti di "svolgimento della personalità" di cui un individuo non può essere privato per il solo fatto di trovarsi in condizione detentiva.

Strettamente correlate a questo assunto di base sono gli ulteriori che è necessario anteporre all'analisi del tema. La seconda premessa, infatti, concerne il mutamento di paradigma e di finalità della pena di cui la riforma dell'ordinamento penitenziario si è fatta portavoce, all'unisono con il dettato costituzionale e con la normativa europea ed internazionale. Il regolamento si faceva promotore ed attuatore di una concezione restitutiva e afflittiva della pena, secondo lo schema dello «scambio di equivalenti: alla violenza del delinquente l'ordinamento reagisce con una violenza uguale e contraria, che ne è la restituzione e il corrispettivo»[6]. La Costituzione ha invece fatto proprio un modello di pena estremamente diverso, privilegiando la funzione rieducativa (cfr. art. 27, co. 3,

[3] V. M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *RivistaAIC*, n. 3/2016, 6.8.2016, 7.

[4] Si v., a titolo esemplificativo, il divieto di canti (art. 86), di giochi e di ogni altra occupazione non espressamente consentita (art. 93), il divieto di esporre reclami al direttore alla presenza dei compagni (art. 91) e di rivolgere domande o reclami collettivi alle autorità dirigenti (art. 86) o l'obbligo di seguire in silenzio le pratiche collettive del culto cattolico (art. 142).

[5] Cfr. art. 1, co. 1, o.p.: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona».

[6] Così L. Ferrajoli, *Dal regolamento fascista Rocco al nuovo progetto di riforma carceraria*, in *Probl. soc.*, 1974, 420 s.

Cost.) in ragione della quale gli istituti carcerari devono tendere alla predisposizione di mezzi e strumenti in grado di assicurare il reinserimento del condannato nel tessuto sociale[7]. In quest'ottica, allora, l'esercizio delle libertà collettive potrebbe costituire uno strumento prezioso per facilitare il graduale ripristino dello strappo fra individuo e società di cui – per un verso – l'atto criminale costituisce un epifenomeno, ma che – per l'altro verso – sovente affonda le sue radici in una pregressa situazione di emarginazione economico-sociale[8].

Se, dunque, la funzione della pena non è più afflittiva, bensì rieducativa, necessaria conseguenza, esplicitata in diverse occasioni dalla Corte costituzionale, è quella che si pone come terza premessa del discorso: l'unica libertà limitata dalla detenzione in carcere è quella personale; tutte le altre libertà e gli altri diritti costituzionalmente previsti (ivi inclusi quelli collettivi) devono essere invece garantiti, sia pur modellandone e limitandone le tutele in funzione della particolare situazione nel cui ambito se ne svolge l'esercizio[9]. Anzi, proprio quel «residuo di libertà» è «tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la (…) personalità individuale»[10].

[7] Il discorso relativo al concetto di rieducazione ed alle sue evoluzioni è, per la verità, più complesso e non può essere adeguatamente affrontato in questa sede. Si v., anche per i dovuti approfondimenti bibliografici, G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012, 190 ss.; A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 3 ss.; I. Nicotra, *Pena e reinserimento sociale*, *ivi*, 59 ss.; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 22 ss. e 42 ss.

[8] Lo dimostrano bene, da ultimo, i dati riportati nel tredicesimo rapporto sullo stato delle carceri dell'Associazione Antigone (*Torna il carcere*), reperibile in *http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione*, ove si evidenzia come la crescita del numero dei detenuti non corrisponda ad un aumento delle presenze per reati gravi, ma soprattutto delle presenze di detenuti appartenenti alle fasce più marginali della società, che generalmente commettono i reati di minor rilievo. Esemplare in tal senso l'incremento della popolazione carceraria straniera, su cui v. P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in questo Volume.

[9] Cfr., fra le altre, C. cost., 24.6.1993, n. 349; Id., 15.11.2000, n. 526; Id., 23.10.2006, n. 341; Id., 8.10.2009, n. 266; Id., 26.5.2010, n. 190, ma vedi anche i principi fondamentali nn. 2 e 3 della raccomandazione R(2006)2, recante le "Regole penitenziarie europee".

[10] Così, C. cost., 24.6.1993, n. 349.

È proprio, però, in sede di verifica di compatibilità dell'esercizio dei diritti collettivi con la situazione detentiva (e della conseguente loro necessaria modulazione) che rischia di innestarsi un equivoco che ha spesso ingombrato il campo degli studi dedicati alle libertà collettive in carcere. È piuttosto frequente, infatti, che tali studi partano dall'assunto dell'assoluta incompatibilità dei primi con la seconda poiché, si dice, «la detenzione, restringendo la libertà personale, determin[a] conseguentemente la impossibilità pratica e giuridica di liberamente disporre della propria persona (e cioè impedisce logicamente l'attuazione di quelle attività *libere* che sono il contenuto dei diritti di libertà)»[11]. Si tratta di tesi che occorre però contestualizzare, poiché essa muove dall'idea per cui presupposto indispensabile della libertà di riunione sia la possibilità di esercitare nella loro pienezza sia la libertà fisica che la libertà di autodeterminazione, con la precisazione che mentre le restrizioni alla libertà fisica (ad es. lo stato di detenzione) impediscono *materialmente* la libertà di riunirsi, altre restrizioni (ad es. la sottoposizione alla misura preventiva della sorveglianza speciale[12]), incidendo sulla libertà di autodeterminazione, la inibiscono solo *giuridicamente*. In tale ultimo caso, «conseguentemente, il riunirsi con altri, per quanto sanzionabile, resterà materialmente possibile»[13].

Dunque, se l'impedimento determinato dalla condizione detentiva attiene ad un'impossibilità *materiale* per il detenuto di esercitare i diritti collettivi, allora tale impossibilità deve intendersi riferita alle sole riunioni svolte all'*esterno* del carcere, mentre all'*interno* delle mura rimane la possibilità – *rectius*, come vedremo, la necessità – di assicurarne la tutela, verificando previamente quali siano gli indispensabili adattamenti e le limitazioni determinate dalle esigenze di una buona gestione dell'amministrazione e

[11] Così A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 147. Sulla scia di tale autorevole dottrina, A. Gardino Carli, *Riunione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 491; R. Borrello, *Riunione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 1421.

[12] Cfr. art. 5, l. 27.12.1956, n. 1423, sulla cui compatibilità con la Costituzione, v. C. cost., 5.5.1959, n. 27 e 5.5.1983, n. 126.

[13] Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale II, Padova, 1988, 320.

della sicurezza all'interno dell'istituto, in conformità con l'art. 1, co. 3, o.p.[14].

Quest'ultima impostazione appare accolta dalla stessa normativa sull'ordinamento penitenziario, che oggi contempla e disciplina l'esercizio di alcuni diritti collettivi per i detenuti (su tutti, la libertà religiosa, tutelata sia nella dimensione individuale che in quella collettiva, ed il diritto di organizzare e partecipare ad attività culturali, ricreative e sportive *intra moenia*), dimostrando così che le libertà collettive non sono ontologicamente incompatibili con la condizione detentiva, ma sono piuttosto oggetto di un filtro, di scelte legislative relative al regime carcerario, nell'ambito delle quali si può optare per la previsione di talune e l'esclusione o limitazione di altre, sempre purché ciò sia compatibile con il dettato costituzionale riferito a ciascuna delle libertà e dei diritti contemplati.

Muovere da tali premesse è indispensabile poiché non è sfuggito ad attenta dottrina come in questa sede si giochi un'importantissima partita per la delineazione effettiva della struttura e della funzionalizzazione della pena all'interno dell'ordinamento: è il concetto stesso di rieducazione del condannato ad essere modellato dalla concessione o meno dell'esercizio di libertà collettive nelle carceri.

La rieducazione può, infatti, essere concepita e praticata «in due opposte maniere: come riadattamento sociale o recupero del condannato attraverso l'imposizione autoritaria dei modelli di comportamento propri della cultura dominante, o invece come presa di coscienza politica da parte del detenuto delle matrici sociali del reato e della sua condizione di escluso, cioè come emancipazione politica dai condizionamenti sociali dell'esclusione e della delinquenza»[15]. Detto in altri termini, la pratica dei diritti collettivi

[14] Il quale recita: «Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari».

[15] Così, L. FERRAJOLI, *Op. cit.*, 429. Emblematico, a tal proposito, è quanto ricordato da Nelson Mandela nella sua autobiografia: «i regolamenti del carcere imponevano esplicitamente di parlare a titolo esclusivamente personale, cosa che mirava a negare qualsiasi spazio organizzativo e a neutralizzare la nostra forza collettiva. Avevamo protestato contro questa regola, ma con scarsi risultati, e non ci era nemmeno consentito di

all'interno delle carceri potrebbe costituire una forma di costruzione o riappropriazione della dimensione sociale da parte del recluso e può essere in grado di emancipare il carcere dal modello in cui il detenuto è solo *oggetto* o, al più, *soggetto passivo* di una rieducazione guidata dall'alto, verso un modello in cui invece il detenuto si fa *soggetto attivo*, *partecipe* e *responsabile* della propria rieducazione e del proprio reinserimento sociale, tramite la socializzazione e la democratizzazione della vita all'interno delle mura.

Il punto è stato a più riprese sottolineato anche da chi ritiene che il carcere stesso sia una formazione sociale, sia pur di tipo coattivo (al pari, ad esempio, degli istituti scolastici, nell'ambito del ciclo di istruzione obbligatoria)[16]. Questa impostazione fa discendere dalla combinazione dell'art. 2 Cost. con l'art. 27 Cost. che, dovendo attribuirsi alla finalità rieducativa della pena la funzione principale di garantire lo svolgimento della personalità dei detenuti, il carcere è istituito dalla Costituzione come formazione sociale. Tale dottrina rileva inoltre che il diritto di sviluppare la propria personalità necessita di essere rafforzato quando si viene a far parte di una formazione sociale contro la propria volontà, a titolo di controbilanciamento rispetto alla limitazione della libertà personale sofferta[17]. Da tale premessa si ricava dunque la centralità degli aspetti della vita penitenziaria che presuppongono la partecipazione collettiva della popolazione carceraria: diritti di riunione, di associazione, di libera manifestazione del pensiero, di professione libera (e collettiva) del culto e, soprattutto, di partecipazione con metodo democratico alle scelte relative alla vita carceraria.

A questa tesi è stato efficacemente obiettato, però, che non tanto la coattività dell'ingresso in carcere, quanto la separatezza di quest'ultimo dalla società civile ne impediscono la qualificazione come "formazione sociale"[18]. La mancata condivisione della

parlare al plurale quando esponevamo le nostre lagnanze» (N. Mandela, *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Milano, 2013, 376).

[16] V. G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Pol. dir.*, 1976, 173 ss.

[17] Cfr. G. Neppi Modona, *Op. ult. cit.*, 174.

[18] Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 163 s., il quale insiste pure sulla forte – e ineludibile – valenza sociologica del concetto, che ne impone un radicamento solido proprio nella realtà sociale.

premessa, tuttavia, non preclude affatto l'adesione alle conclusioni cui si giunge. Non sembra, infatti, indispensabile accedere alla qualificazione del carcere come formazione sociale per sostenere la determinante importanza delle libertà collettive e degli strumenti di partecipazione democratica al suo interno: «l'impulso costituzionale al cambiamento è già tutto compreso nel principio del libero sviluppo della personalità e in una delle sue traduzioni, quella dell'umanizzazione della pena»[19]. Sembra vero, semmai, il contrario, ossia che non è tanto la considerazione del carcere come formazione sociale a richiedere la garanzia piena ed effettiva delle libertà collettive, quanto l'implementazione di queste ultime a poter gradualmente aprire la realtà chiusa dell'istituzione totale[20], a poterla avvicinare alla società civile e a poter quindi consentire di intraprendere il cammino verso una visione del carcere come formazione sociale.

Vedremo tuttavia, nell'ambito di questo scritto, come il modello accolto dal vigente ordinamento penitenziario e praticato negli istituti detentivi sia per molti versi ancora distante da questo approdo e vedremo anche, quindi, come molti altri passi in avanti potrebbero essere compiuti nell'ottica di un potenziamento delle libertà poste a presidio dello svolgimento della personalità dei reclusi. A tal proposito non è forse un caso, in effetti, che la recentissima delega alla riforma dell'ordinamento penitenziario[21] contempli fra i princìpi e criteri direttivi la necessità di prevedere «norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica»[22].

[19] Così, M. Ruotolo, *Op. ult. cit.*, 164; conforme P. Buffa, *Umanizzare il carcere. Diritto, resistenze, contraddizioni ed opportunità di un percorso finalizzato alla restituzione della dignità ai detenuti*, Roma, 2015 (*e-book*), pos. 1046.

[20] Sul carcere come "istituzione totale", v. E. Goffman, *On the Characteristics of Total Institutions* [1961], in Id., *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*, New Brunswick-London, 2009, 1 ss.; M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (trad. it.), Torino, 1993.

[21] Cfr. art. 1, co. 82, l. 23.7.2017, n. 103.

[22] Così, l'art. 1, co. 85, lett. *r)*, l. 23.7.2017, n. 103.

2. *Il diritto di riunione dei detenuti*

Che il diritto di riunione costituisca una specificazione e uno svolgimento del principio promanante dall'art. 2 Cost. è acquisizione pacifica nella dottrina costituzionalistica, ove si sottolinea che esso «costituisce una concreta e specifica esplicitazione del *favor* che la Costituzione esprime nei confronti della fenomenologia sociale, vista come naturale e fisiologico prolungamento in dimensione collettiva della persona umana, valore primario e fine stesso dello Stato»[23]. Per tale ragione la libertà in parola è strettamente connessa alla concezione dei diritti che non guarda più alla loro sola dimensione liberal-individualistica, ma soprattutto alla loro dimensione collettiva e all'ambito delle formazioni sociali ove si svolge la personalità umana[24].

Posta, dunque, l'essenzialità di tale diritto – quale "porta di ingresso" verso la dimensione sociale e dunque verso la dignità sociale di cui parla l'art. 3 Cost. – occorre valutarne, a partire da questo assunto, la compatibilità con le esigenze di sicurezza e ordine imposte dalla condizione detentiva. Si tratta di operazione di verifica e bilanciamento estremamente delicata, che non si presta ad essere svolta in astratto, ma che deve essere effettuata con riferimento ai vari fini cui di volta in volta la riunione è orientata poiché quest'ultima (a differenza di altri gruppi sociali, come la famiglia) non è fine a sé stessa, ma è un «gruppo sociale secondario» che «contiene sempre l'esplicamento, l'esercizio di un altro diritto di libertà»[25]: si tratta di un mezzo per esercitare la libertà di opinione, oppure la libertà di culto, oppure ancora la libertà di svolgimento di attività ricreative, culturali, sportive. Il diritto di riunione si struttura dunque come una libertà *strumentale* all'esercizio di un diverso diritto, il quale costituisce il *fine* ultimo della sua garanzia. Ciò significa che l'attività svolta nel corso della riunione è soggetta ad un'autonoma disciplina

[23] Così R. Borrello, *Riunione*, cit., 1404, ma per la stretta interconnessione fra art. 2 e art. 17 Cost. v. già G. Guarino, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969, 227.

[24] Su questo punto cruciale, v. N. Bobbio, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, spec. 443 ss.

[25] In questi termini, A. Pace, *Art. 17*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 147.

(costituzionale, legislativa e regolamentare) che incontra – da un lato – limiti propri e – dall'altro – proprie garanzie, da assicurarsi anche quando il diritto-fine viene esercitato in forma collettiva[26].

Scindendo, dunque, questi due aspetti emerge chiaramente che non è solo la *modalità*-riunione in sé (e la correlativa libertà riconosciuta in Costituzione) da calibrarsi rispetto alla condizione detentiva, ma anche la sua strumentalizzazione ai vari diritti-*fini* ad incontrare potenziali limiti o, viceversa, particolari esigenze di garanzia; versanti, entrambi, dei quali occorre valutare la compatibilità con le finalità e le peculiarità della detenzione. Ciò impone di procedere ad analisi diversificate in ragione delle diverse libertà e diritti esercitabili in forma collettiva.

Questa impostazione può essere riscontrata nella legge sull'ordinamento penitenziario, ove non è dato rinvenire un'unica ed uniforme disciplina delle riunioni, ma una trattazione differenziata. Gli articoli di riferimento sono, in particolare, l'art. 26 o.p., che si occupa di «religione e pratiche di culto», e l'art. 27 o.p., dedicato alle «attività culturali, ricreative e sportive».

In questa sede si può prescindere dall'analisi dell'esercizio collettivo della libertà di culto, cui è dedicato un apposito spazio nel volume[27]; si approfondirà, invece, lo studio del secondo scopo esplicitato dalla normativa penitenziaria, non senza sottolineare preliminarmente, però, una visibile mancanza: quella della disciplina della riunione per fini di espressione di opinioni politiche, di manifestazione del pensiero o quale forma di partecipazione democratica alla vita carceraria (punto, come si è potuto vedere già sopra, delicatissimo e di grande importanza).

Come interpretare questo silenzio?

2.1. La riunione per fini politici e di manifestazione del pensiero

Coloro che intendono il diritto di riunione precluso dalla sussistenza della limitazione della libertà personale, evidentemente,

[26] Cfr. G. Guarino, *Lezioni*, cit., 227 s.

[27] Si fa rinvio pertanto, sul punto, al contributo di E. Olivito, *La libertà religiosa*, in questo volume.

interpretano il silenzio della legge sull'ordinamento penitenziario come un divieto di esercizio del diritto di manifestazione del pensiero ed opinione politica in forma collettiva da parte dei detenuti. Confutata, però, questa impostazione, in virtù degli argomenti sistemici ed assiologici sopra riportati[28], occorre tentare una diversa operazione, ossia quella della verifica della compatibilità della normativa generale relativa all'esercizio collettivo della libertà di espressione con la condizione detentiva. Occorre, in altri termini, verificare se sussistano diritti, interessi o esigenze contrapposti che ne giustifichino non già la mera compressione, bensì il divieto assoluto.

Tali possibili esigenze contrapposte sono quelle indicate dall'art. 32 o.p., il quale prevede che «nessun detenuto o internato può avere, nei servizi dell'istituto, mansioni che importino un potere disciplinare o consentano la acquisizione di una posizione di preminenza sugli altri»; posizione di preminenza che è un potenziale rischio nella concessione del diritto di riunione – specialmente ove quest'ultima abbia un contenuto politico – risultando piuttosto evidente che esso potrebbe sfociare in simili esiti.

Ebbene, tentando un'operazione di bilanciamento fra le esigenze sottostanti al diritto di riunione al fine di espressione collettiva del pensiero e quelle sottese alla sua compressione non pare possano esserci dubbi circa la maggiore forza delle prime. Ciò si arguisce in primo luogo dall'ampissima tutela assicurata – da un lato – dall'art. 21 Cost. alla manifestazione del pensiero (libera e non sottoponibile a censura, purché esercitata entro il limite del rispetto del buon costume) e – dall'altro – dall'art. 17 Cost. (il quale richiede per le riunioni svolte in luogo pubblico il solo rispetto delle condizioni della pacificità e dell'assenza di armi, oltre che del mero preavviso all'autorità di pubblica sicurezza). In secondo luogo, come si vedeva già in apertura, la priorità delle esigenze sottese alla garanzia della libertà di riunione si desume dalla necessità di assicurare il rispetto della dignità sociale del detenuto (che oggi costituisce il valore informatore dell'ordinamento penitenziario a norma dell'art. 1 o.p.) nonché dalla finalità di rieducazione del

[28] V. *supra*, par. 1.

condannato (intesa, in linea con l'art. 27 Cost., come reinserimento sociale partecipato e non più come "addomesticamento" del recluso).

Peraltro, andando al di là del dato normativo, può rilevarsi pure che l'impedimento o il divieto dell'esercizio di libertà collettive per il timore astratto che esse possano dar vita a posizioni di supremazia non sarebbe efficace mezzo da predisporre al fine del perseguimento dello scopo: è piuttosto evidente, infatti, che i detenuti potrebbero acquisire una tale posizione a prescindere dalla concessione esplicita da parte dell'amministrazione penitenziaria di spazi per la riunione di gruppi o – come si vedrà più avanti – di cooperative ed associazioni. Anzi, probabilmente tali casi si farebbero più preoccupanti poiché si tratterebbe di posizioni di preminenza che non deriverebbero dall'esercizio di attività positive e propositive all'interno del carcere, ma da situazioni di fatto o relazioni di forza e potere preesistenti o create all'interno dell'istituto.

Vietare le riunioni o le associazioni, insomma, non risolverebbe affatto il problema, ma si tradurrebbe invece in una compressione di diritti fondamentali incongrua, non proporzionata né giustificata dall'esistenza di ragioni di bilanciamento sufficienti. Di più: non si tratterebbe neppure di un bilanciamento, ma di una soppressione, che pertanto andrebbe contro al principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., il quale impone che la considerazione di esigenze o interessi contrapposti all'esercizio di un diritto non ne comportino mai il sacrificio totale, ma solo la compressione entro i limiti strettamente necessari[29].

Ciò significa che le seconde esigenze, legate all'ordine e alla sicurezza all'interno degli istituti detentivi, non potendo giustificare un divieto preventivo ed astratto all'esercizio del diritto di riunione, possono semmai giustificarne una compressione da parte dell'autorità carceraria; compressione che andrà però motivata sulla base di una valutazione concreta, da esercitarsi *ex post* e caso per caso, *dimostrando* che un detenuto o un gruppo di detenuti abbiano profittato delle riunioni per acquisire una posizione di preminenza nell'istituto che possa minare l'equilibrio della vita

[29] Cfr., per tutti, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 63 ss.

carceraria. Dovrebbe, dunque, trattarsi di disposti impugnabili in caso di difetto o irragionevolezza della motivazione.

Il condizionale, però, è purtroppo d'obbligo perché ad oggi non risulta – a quanto ci consta – che siano stati portati all'attenzione giudiziaria casi di tal genere, né casi di divieto *ex ante* allo svolgimento di riunioni in carcere.

2.2. Le attività culturali, ricreative e sportive

Analoghe considerazioni valgono pure per l'esercizio collettivo di attività culturali, ricreative e sportive, in relazione alle quali, però, i problemi di bilanciamento sono parzialmente mitigati o talora risolti dalla loro espressa disciplina e tutela all'interno della legge del 1975. A proposito di tali attività è interessante innanzitutto sottolineare che il par. 27.7 della raccomandazione europea R(2006)2 sulle "Regole penitenziarie europee"[30] raccomanda agli Stati UE di autorizzare i detenuti a riunirsi per poterle esercitare, pur guardando ad esse non tanto – o quantomeno non solo – come strumenti di affermazione e sviluppo della personalità individuale, ma soprattutto come "occasioni di distrazione"[31], come mezzi per evitare che l'inattività dei ristretti possa minare la sicurezza e l'ordine all'interno degli istituti[32]. Emerge così un duplice potenziale – e, del pari, un duplice fine di disciplina – delle attività ricreative, sportive e culturali, del quale è opportuno tenere conto per verificare verso quali indirizzi si sia mosso il nostro legislatore nel prevederle e garantirne l'esercizio.

Le disposizioni di riferimento, però, sono piuttosto essenziali e non sempre lasciano trasparire chiaramente quale di questi fini sia stato maggiormente tenuto in considerazione.

L'art. 27, co. 1, o.p., si limita a stabilire che «negli istituti devo-

[30] La raccomandazione appartiene agli strumenti di c.d. *soft law*, per cui, pur non vincolando giuridicamente gli Stati ad una loro implementazione diretta o indiretta (come, rispettivamente, i regolamenti e le direttive), esercita un importante ruolo in sede interpretativa e di individuazione politico-normativa dei princìpi e degli *standard* comuni da rispettare all'interno degli Stati membri dell'UE.

[31] Così, esplicitamente, il par. 27.3, R(2006)2, con riferimento alle attività sportive.

[32] Cfr. P. Buffa, *Umanizzare il carcere*, cit., 1470.

no essere favorite e organizzate attività culturali, sportive e ricreative e ogni altra attività volta alla realizzazione della personalità dei detenuti e degli internati, anche nel quadro del trattamento rieducativo», mentre l'art. 59 reg. esec. si occupa di entrare maggiormente nel dettaglio: «i programmi delle attività culturali, ricreative e sportive sono articolati in modo da favorirne possibilità di espressioni differenziate. Tali attività devono essere organizzate in modo da favorire la partecipazione dei detenuti e internati lavoratori e studenti. I programmi delle attività sportive sono rivolti, in particolare, ai giovani; per il loro svolgimento deve essere sollecitata la collaborazione degli enti nazionali e locali preposti alla cura delle attività sportive».

Entrambi gli articoli prevedono poi l'istituzione di una commissione, composta dal direttore dell'istituto, dagli educatori e dagli assistenti sociali e dai rappresentanti dei detenuti e degli internati che cura l'organizzazione di tali attività «anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale»[33].

È importante sottolineare che, a partire dalla riforma del 1975, queste attività sono entrate a pieno titolo a far parte del trattamento penitenziario[34], integrandone – insieme ai contatti con il mondo esterno e familiare – i più tradizionali elementi (costituiti dal lavoro, dall'istruzione e dalla religione) che, nel precedente sistema, esaurivano l'attività trattamentale. Ne scaturisce una visione più estesa del concetto di trattamento[35], che guarda alla qualità dei rapporti umani, alla *relazione* fra gli individui[36], anche come mezzo di compensazione degli effetti negativi prodotti dalla detenzione[37].

In linea con questo ampiamento di prospettiva si muove anche la previsione espressa secondo cui i programmi delle attività

[33] Sulla disciplina ed il ruolo dei detenuti all'interno di tali commissioni, v. *infra*, par. 4.

[34] Così, l'art. 15 o.p., ma un richiamo esplicito al «quadro del trattamento rieducativo» è contenuto, come si è visto, anche nel sopra menzionato art. 27 o.p.

[35] A. Bernasconi, *Art. 15*, in V. Grevi, G. Giostra, F. della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, Tomo I, *Trattamento penitenziario*, 2001, Padova, 203.

[36] Cfr. G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 115 s.

[37] R. Ciccotti, *Le attività culturali, ricreative e sportive nel processo rieducativo dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 1979, 198.

culturali, ricreative e sportive devono essere articolati «in modo da favorire possibilità di espressioni differenziate» (in favore dunque del pluralismo culturale), nonché la previsione della facoltatività di tali attività. Infatti, mentre nell'ottica del regolamento Rocco gli elementi del trattamento venivano concepiti come "medicine" da somministrarsi obbligatoriamente per la "redenzione" del recluso, oggi il rapporto tra amministrazione e carcerati è ribaltato e l'obbligo non risiede più in capo al detenuto, bensì in capo all'amministrazione penitenziaria, tenuta a profondere l'impegno necessario per assicurare a tutti l'accesso agli elementi del trattamento di cui si voglia usufruire[38].

Compito dell'amministrazione, più in particolare, non è solo quello di «organizzare» tali attività, ma quello di «favorirne» l'ideazione e la realizzazione[39], consentendo all'uopo anche l'esonero dalle attività lavorative[40]. Da ciò emerge che non deve trattarsi solo di attività calate dall'alto, ma di promozione di iniziative degli stessi detenuti[41] per le quali si sollecita la partecipazione diretta sia in fase organizzativa che di realizzazione[42].

A tale proposito, l'art. 71 reg. esec. concede, inoltre, a singoli detenuti o internati che abbiano dimostrato particolari attitudini a collaborare per il proficuo svolgimento dei programmi dell'istituto, la direzione di mansioni che comportino compiti di animazione nelle attività di gruppo, di carattere culturale, ricreativo e sportivo, sotto la diretta supervisione del personale. Tale supervisione è predisposta, esplicitamente, al fine di «garantire che in nessuna circostanza l'esercizio di esse importi un potere disciplinare o possa servire come pretesto per l'acquisizione di una posizione di preminenza sugli altri detenuti o internati». Emerge così, in maniera

[38] Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 129 ss. e 136 ss.; G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario*, cit., 118. Sul riconoscimento dell'esistenza di un diritto al trattamento e di un corrispondente obbligo dell'amministrazione penitenziaria, v. in giurisprudenza Cass., sez. I, 1.7.1981, in *Rass. pen. crim.*, 1981, 523 ss.; C. cost., 8.2.1999, n. 26.

[39] Art. 27, co. 1, o.p.

[40] Cfr. art. 20, co. 15, o.p.

[41] Cfr. G. Spangher, *Art. 27*, in V. Grevi, G. Giostra, F. della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 259.

[42] Cfr. art. 59 reg. esec.

specifica, la preoccupazione principale che – come si è già visto – l'ordinamento rivolge all'esercizio di attività in comune, ossia quella che tali attività possano trasformarsi in occasioni di organizzazione autonoma (e indipendente da quella di sorveglianza) da parte dei ristretti, favorendo la creazione di gerarchie o posizioni di preminenza di alcuni detenuti all'interno del carcere. D'altra parte, la norma menzionata concorre a supportare l'impostazione del rapporto fra diritto di riunione e sue compressioni sopra sostenuta – ossia, quella per cui le esigenze di ordine e sicurezza non possono giustificare un divieto *ex ante*, ma solo una eventuale limitazione *ex post* – dal momento che la supervisione è contemplata in relazione ad un caso in cui addirittura si *promuove* il particolare attivismo o la dedizione di taluno tramite l'acquisizione di un ruolo di coordinamento delle attività collettive. In altri termini, l'esistenza dell'esigenza di supervisione, lungi dall'opporre un ostacolo alla possibilità di esercizio di libertà collettive, lo dà invece per *presupposto* ed interviene proprio al fine di verificare che tali attività si svolgano in maniera compatibile con la vita carceraria.

2.3. Spazi e limiti del riconoscimento della libertà di riunione nel vigente ordinamento penitenziario

Volendo tentare una sintesi di quanto sin qui detto in punto di libertà di riunione dei detenuti, potremmo dire che diversi sono i passi in avanti compiuti dalla legge sull'ordinamento penitenziario rispetto al regime previgente (sussistendo vari elementi di promozione dello sviluppo della personalità del detenuto), ma anche che diversi sono i limiti frapposti a tale potenzialità (dettati innanzitutto dalla limitatezza dei fini di riunione disciplinati, dalla scarsità delle disposizioni dedicate – ove esistenti – e dal loro carattere prevalentemente generico, ossia tale da esporsi alle più diverse regolamentazioni interne degli istituti penitenziari ed alle più diverse prassi). Ciò espone alla possibilità che la realtà carceraria venga a non rispondere adeguatamente alle – pur essenziali – previsioni normative, complici le note deficienze strutturali (in termini sia finanziari, sia di personale) che, certo, non facilitano il percorso verso un effettivo cambiamento di mentalità all'interno degli isti-

tuti e verso una piena valorizzazione delle potenzialità delle attività collettive.

A tale ultimo proposito il legislatore ha mostrato, in effetti, di essere consapevole dell'inestricabilità della tutela effettiva delle libertà collettive con l'organizzazione degli spazi carcerari e con quella del personale, ma con disposizioni che, ancora una volta, non appaiono sufficientemente esaurienti. Dal punto di vista dell'edilizia carceraria, ad esempio, l'art. 5, co. 2, o.p. prevede che gli edifici penitenziari debbano essere dotati di locali per lo svolgimento di attività in comune e l'art. 16 reg. esec. che gli spazi destinati alla permanenza all'aperto debbano essere utilizzati per l'installazione di campi attrezzati per lo svolgimento di giochi sportivi. Dal punto di vista del personale, invece, ancor meno viene detto, limitandosi l'art. 78, co. 2, o.p. e l'art. 59, ult. co., reg. esec. a prevedere che gli assistenti volontari possono cooperare (senza diritto a retribuzione) nelle attività culturali e ricreative, sotto la guida del direttore, che ne coordina l'azione con quella del personale addetto al trattamento.

Ancora una volta, l'esiguità di queste previsioni, combinata con il loro carattere generico, depone a sostegno dell'opinione di coloro che vedono nella normazione riferita alle attività comuni una scarsa capacità di realizzazione del loro potenziale di promozione dello svolgimento autonomo e collettivo della personalità individuale.

Probabilmente, in quest'ultimo senso muove anche la connessione delle stesse a meccanismi disciplinari e di obbedienza: l'art. 39, co. 1, nn. 4 e 5, o.p. prevede, fra le sanzioni disciplinari, l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta (sanzione comminabile per non più di dieci giorni) e l'esclusione dalle attività in comune (per non più di quindici giorni) mentre, dall'altro versante, l'art. 76, co. 1, lett. *c)*, reg. esec. collega la concessione di ricompense all'attiva collaborazione nell'organizzazione e nello svolgimento di attività culturali, ricreative e sportive. Previsioni di tale tipo, subordinando le possibilità di effettivo svolgimento della personalità ad una comprovata obbedienza da parte del soggetto alle regole dell'istituto, contribuiscono a quella "tracimazione" del modello trattamentale in modello disciplinare sovente denunciata

in letteratura[43], che rischia di riavvicinare il sistema penitenziario alla filosofia di fondo del previgente regolamento Rocco, in contrasto con il mutamento di prospettiva di cui si parlava in apertura.

Tuttavia, fermi questi limiti sui quali sarebbe opportuno riflettere, al fine di migliorare la normativa e le prassi all'interno delle carceri, l'esperienza ci ha consegnato esempi importanti delle potenzialità delle attività collettive in termini di contribuzione al percorso di autonomo sviluppo della personalità del detenuto e del suo percorso di socializzazione (e rieducazione): si pensi alle squadre di calcio in composizione mista[44] oppure alle redazioni di giornali interni[45] o alle attività teatrali[46]. Molti esempi potrebbero farsi, anche in relazione ad ulteriori attività motorie[47] o culturali[48] a dimostrazione della sicura proficuità di tali attività e del loro esercizio collettivo non solo al fine di garantire un maggiore equilibrio degli individui (e, dunque, della vita all'interno degli istituti), ma

[43] V. P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Milano, 2014, 32 ss. Per una storia dei modelli di trattamento e delle critiche di volta in volta ad essi opposte, v. L. Daga, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 1304 ss. (sul punto, v. in particolare il §10).

[44] Si v. ad esempio l'esperienza del carcere di Torino, ove annualmente il Centro Territoriale Permanente, il Settore Giovanile e Scolastico della Federazione Italiana Giuoco Calcio e la Casa Circondariale di Torino organizzano la manifestazione sportiva "Un pallone di speranza", cui partecipano istituti scolastici esterni, composti da studenti delle scuole medie superiori, e squadre interne alla Casa circondariale (cfr. *http://www.carceretorino.it/sport/calcio*) o l'esperienza dell'"Atletico diritti", squadra composta da immigrati, detenuti o ex detenuti e studenti universitari, promossa dalle associazioni Progetto Diritti e Antigone, con il patrocinio dell'Università di Roma Tre (v. *http://www.progettodiritti.it/atletico-diritti/*).

[45] Reperibili al link *http://www.ristretti.org/Rassegna-giornali-dal-carcere/*.

[46] La cui proficuità ai fini della rielaborazione della personalità del detenuto è oggi efficacemente testimoniata dal film-documentario "Cesare deve morire". A tal proposito, il 14.03.2016, è stato rinnovato il Protocollo nazionale con il Coordinamento nazionale del Teatro in carcere che prevede, fra le altre cose, la realizzazione di un progetto volto ad attivare una Scuola Nazionale per i detenuti in materia di Arti e Mestieri, con particolare attenzione al mondo del Teatro e del Cinema.

[47] Diversi i progetti che contemplano, ad esempio, l'uso della danza, dello yoga o della meditazione per ritrovare l'equilibrio psico-fisico minato dalla restrizione in carcere. Al fine di valorizzare le attività sportive in carcere, in data 26.10.2016, è stato sottoscritto un Protocollo di intesa con il Presidente dell'Unione Sportiva Acli per la promozione della pratica sportiva all'interno degli istituti penitenziari.

[48] Fra cui spiccano la pittura, la poesia e la musica, anche mediante la creazione di complessi musicali.

anche al fine di risocializzazione, di prospettazione e di progettazione di un futuro differente dal percorso di vita che ha condotto il detenuto all'interno del carcere.

3. *Il diritto di associazione dei detenuti*

Se il diritto di riunione, pur nei limiti sopra individuati, ha conosciuto qualche spazio all'interno degli istituti penitenziari italiani, il diritto di associazione sembra aver riscosso ancor meno fortuna. Ciò, probabilmente, affonda le radici nella circostanza che il timore di assunzione di un ruolo preminente da parte di alcuni detenuti può farsi ancor più forte dinnanzi alla creazione di strutturati corpi intermedi, dotati di una propria forza ed autonomia e potenzialmente in grado di contrapporsi all'autorità di sorveglianza[49]. A differenza del diritto di riunione, infatti, la forma associativa non si limita a contemplare la volontaria compresenza di diversi individui per il compimento di un'attività comune, ma presuppone la costituzione di un soggetto giuridico nuovo, dotato di un proprio statuto, composto dai singoli associati, i quali si vincolano al perseguimento di un fine comune, nell'ambito dei limiti previsti dall'art. 18 Cost.

Ci troviamo insomma, ancora una volta, dinnanzi ad un diritto strumentale al perseguimento di diversi possibili scopi e suscettibile di essere sottoposto a ulteriori limiti o di dover rispondere a diverse garanzie a seconda del fine di volta in volta perseguito: economico, religioso, culturale, politico, sindacale (a questi ultimi due scopi, che si terranno in considerazione in questo paragrafo, sono dedicate due apposite previsioni costituzionali: rispettivamente, l'art. 49 Cost. e l'art. 39 Cost.). Ma, a differenza di quanto abbiamo visto nell'ambito della riunione, la possibilità di associarsi al fine del perseguimento di uno di questi obiettivi non è contemplata

[49] D'altra parte, la storia del riconoscimento del diritto di associazione ha presentato problematiche non del tutto distanti anche a livello statale, dove la prima occasione di riconoscimento costituzionale dello stesso, per timori analoghi, si è avuta solo nel 1948. Cfr. sul punto N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali*, cit.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte Speciale*, Padova, 1992, 344 ss.

dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Vi è, insomma, una lacuna, un vuoto normativo che necessita di essere colmato tramite la verifica della compatibilità delle disposizioni generali previste dall'ordinamento italiano con la situazione detentiva e con le particolari esigenze dettate dalla tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno delle carceri.

A tal proposito, in linea di principio, gli articoli costituzionali riferiti al diritto di associazione non sembrano ostare all'esercizio dello stesso da parte dei detenuti. Gli unici limiti posti dall'art. 18 Cost. alla libertà associativa sono infatti quello del divieto di perseguimento di fini penalmente illeciti, quello della segretezza dell'associazione e quello del perseguimento di scopi politici mediante un'organizzazione di carattere militare. Alle associazioni sindacali viene anche richiesto che l'ordinamento interno sia a base democratica e a quelle politiche (in aggiunta) che si propongano di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. Una volta rispettate queste condizioni, insomma, nulla sembrerebbe ostare alla partecipazione o costituzione di tali associazioni da parte di soggetti detenuti. Né sembra opponibile l'argomento già discusso sopra[50] dell'incompatibilità dell'esercizio delle libertà collettive con la limitazione della libertà personale, tanto più che in questo caso non sussisterebbe neanche l'impedimento materiale determinato dalla condizione di detenzione: è infatti pacifico che l'iscrizione ad un'associazione non richiede la presenza fisica alle riunioni della stessa[51], così che al detenuto non può essere opposta l'impossibilità di partecipare ad associazioni anche *esterne* al carcere.

3.1. Diritto di associazione e connessione con la società civile

Proprio l'ultimo dei profili sottolineati costituisce un possibile ambito di valorizzazione della connessione fra il "dentro" e il "fuori" le mura che tanta rilevanza ha nel processo di socializzazione del detenuto quale tentativo di apertura della struttura chiusa

[50] V. par. 1.

[51] Cfr. A. PACE, *Op. ult. cit.*, 361.

carceraria. Occorre ricordare infatti che il contatto con il mondo esterno, insieme ai rapporti con la famiglia, viene enumerato tra gli elementi che compongono il trattamento[52] non solo al fine di garantire dei canali di contiguità con la società esistente fuori dal carcere, ma anche di «assicurare che questi riflettano la ricchezza e complessità che caratterizzano ogni sistema sociale a base pluralistica, nel quale il recluso deve essere aiutato a reinserirsi»[53]. In questo senso muovono anche le regole n. 5 e n. 7 della raccomandazione europea R(2006)2, a norma delle quali «la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera» e «devono essere incoraggiate la cooperazione con i servizi sociali esterni e, per quanto possibile, la partecipazione della società civile agli aspetti della vita penitenziaria».

Questa visione della società esterna come «orizzonte del trattamento»[54] trova una conferma nella disciplina di un elemento centrale dello stesso – quello del lavoro – in relazione al quale l'art. 20, co. 5, o.p. impone che l'organizzazione e i metodi riflettano quelli del lavoro nella società libera «al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale» ed è oggi supportata, per quanto qui più rileva, dalla delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario di recente approvazione. Fra i princìpi e criteri della delega possono infatti rinvenirsi quello della necessità di «previsione di una maggiore valorizzazione del volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici dell'esecuzione penale esterna»[55] o quello, riferito al caso dei detenuti minori di età, del «rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale».

Anche la vigente normativa, almeno in linea di principio, si muove in quest'ottica: l'art. 17 o.p. prevede infatti che «la finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipa-

[52] Cfr. art. 15, co. 1, o.p.

[53] Così R. Ciccotti, *Le attività culturali*, cit., 203.

[54] Cfr. R. Ciccotti, *Loc. ult. cit.*

[55] Art. 1, co. 85, lett *b)*, l. 23.7.2017, n. 103.

zione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa» e che a tale fine debbano essere ammessi a frequentare gli istituti penitenziari tutti coloro che «dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera», previa autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, oltre che su parere favorevole e sotto il controllo del direttore.

Ciò consente un duplice movimento: da un lato quello che dall'esterno va verso l'interno e che implica l'ingresso nelle carceri di membri di associazioni che presentano i requisiti previsti, dall'altro quello che dall'interno va verso l'esterno, promuovendo un contatto del detenuto con l'associazione e una sua possibile iscrizione, in vista del reingresso nella società (come ad esempio accade nei casi delle cooperative sociali o delle associazioni sindacali in occasione dell'esercizio di prestazioni di lavoro all'esterno del carcere).

Tuttavia, l'art. 68, co. 5, reg. esec. prevede che, «in caso di inosservanza delle condizioni o di comportamento pregiudizievole all'ordine e alla sicurezza dell'istituto» da parte degli esterni che entrano nel carcere in ragione dell'esercizio dell'attività associativa, il direttore può comunicare al magistrato di sorveglianza il venir meno del proprio parere favorevole, per i provvedimenti conseguenti, e disporre eventualmente, con provvedimento motivato, la sospensione dell'efficacia del provvedimento autorizzativo. Ciò, ancora una volta, vale a contemperare l'esercizio dell'attività con le particolari esigenze poste dalla condizione detentiva.

Certo, l'ampiezza della formula «comportamento pregiudizievole» apre ad una possibile discrezionalità del direttore dell'istituto e richiede di valutare se i timori incontrati in sede di disciplina della riunione – quello della potenziale creazione di gerarchie o di ruoli preminenti di taluni detenuti nelle carceri, in potenziale opposizione all'autorità di sorveglianza – non si manifestino ancor più nella prassi quando si abbia a che vedere con realtà collettive e corpi intermedi che assumono una propria soggettività giuridica all'interno degli istituti detentivi. Questa problematica sembra essere stata, infatti, particolarmente sentita, soprattutto nei confronti dell'ipotesi di associazioni costituite all'interno del carcere: poche

sono le esperienze di questo tipo[56] e più numerosi i casi in cui un gruppo esistente all'interno di un istituto detentivo, già uso a riunirsi periodicamente per l'esercizio, ad esempio, di attività culturali, ricreative o sportive, decida di affiliarsi ad associazioni esterne[57], oppure il caso di associazioni o istituzioni esterne cui è consentito l'ingresso all'interno degli istituti per svolgere azioni connesse alle attività trattamentali.

3.2. Spazi e limiti dell'esercizio della libertà di associazione nel vigente ordinamento penitenziario

Andando al di là delle problematiche legate alla necessità di un superamento culturale di resistenze antiche, sussistono anche alcuni ostacoli di ordine pratico o burocratico alla possibilità di esercizio della libertà associativa da parte dei detenuti. Quanto agli ostacoli di ordine pratico, è piuttosto frequente che gli statuti delle associazioni prevedano il divieto di iscrizione a detenuti o a coloro che abbiano riportato talune condanne penali o che subordinino la possibilità di iscrizione dei detenuti ad un voto collegiale dell'assemblea dei soci o, ancora, che escludano la possibilità per i detenuti o condannati a talune condanne penali di acquisire cariche sociali. Dinnanzi ad impedimenti statutari di tale tipo, sembra che poco possa obiettarsi, costituendo anch'essi manifestazioni della libertà di associazione (*sub specie* di libertà di scegliere come caratterizzare l'associazione stessa).

Quanto agli ostacoli di ordine burocratico, occorre invece segnalare la necessità di un passaggio autorizzatorio da parte dell'amministrazione carceraria, poiché l'affiliazione ad un'associazione richiede il pagamento di una quota associativa per il quale è indispensabile il "nulla osta" del direttore dell'istituto[58]. Si tratta

[56] Probabilmente può ritenersi rientrare in questa casistica l'associazione "Libertà di studiare", che ha unito in forma associativa studenti detenuti del carcere di Rebibbia e studenti esterni iscritti alla facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma "Sapienza" (v. *http://libertadistudiare.blogspot.it/*).

[57] V., ad esempio, all'interno del carcere di Rebibbia, il circolo Giano, affiliato a Legambiente (v. *http://web.tiscali.it/ecologiaumana/area_aggiornamenti/Dentro_Fuori.html*) e il circolo Albatros, affiliato all'ARCI (v. *http://www.uisp.it/roma/pagina/circoli*).

[58] L'art. 25, co. 3, o.p. prevede infatti che il peculio del detenuto è tenuto in de-

di un passaggio che, comunque, non può impedire l'esercizio del diritto e la libera disposizione del denaro in tal senso, ove non sussista una congrua motivazione legata alle esigenze sopra analizzate, ma che potrebbe nella prassi prestarsi a divenire un ostacolo di tipo assoluto, ove la direzione del carcere volesse dare al silenzio della legge sull'ordinamento penitenziario in punto di associazioni un'interpretazione restrittiva. Come si è già visto con riferimento all'esercizio della libertà di riunione, infatti, nella mancanza di ricorsi in proposito, rimane ancora da verificare quali potrebbero essere gli eventuali esiti giudiziali di un diniego[59].

Allo stato, tuttavia, possiamo senz'altro dire che esistono casi di affermazione positiva del diritto di iscrizione ad associazioni esterne al carcere e di concessione del relativo nulla osta: lunga è la storia di iscrizioni di detenuti al Partito radicale, nonché a cooperative sociali che operano fuori e dentro il carcere[60]. A tale ultimo proposito, merita anzi di essere menzionato un importante intervento normativo a promozione del ruolo del terzo settore negli istituti detentivi: la l. 22.6.2000, n. 193 (c.d. "legge Smuraglia") ha introdotto all'interno dell'art. 20 o.p. due appositi commi: il co. 13, che prevede che «le amministrazioni penitenziarie, centrali e periferiche, stipulano apposite convenzioni con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire a detenuti o internati opportunità di lavoro» e il co. 18, che dispone che «per la costituzione e lo svolgimento di rapporti di lavoro nonché per l'assunzione della qualità di socio nelle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, non si applicano le incapacità

posito dalla direzione dell'istituto; elemento, anch'esso, che la dottrina denuncia quale indice della persistenza di un modello trattamentale di tipo «correzionale paternalista», anziché fondato sulla responsabilizzazione del detenuto: cfr. P. GONNELLA, *Carceri*, cit., 42.

[59] Nella prassi, al netto dei casi che potrebbero non essere giunti all'attenzione pubblica per mancata proposizione di ricorsi, pare sia stata sperimentata in passato la sola difficoltà da parte di detenuti soggetti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. ad inviare un vaglia telegrafico al fine del pagamento della quota associativa di iscrizione al Partito radicale; problema ovviato, in prima battuta, con l'invio del denaro da parte di parenti o familiari del detenuto e, in seconda battuta, mediante l'utilizzo di diverse forme di pagamento.

[60] Cfr. sul punto V. FURFARO, *Il lavoro penitenziario. Aspetti giuridici e sociologici*, 2008, in *http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/furfaro/index.htm*.

derivanti da condanne penali o civili», così che l'eventuale sottoposizione alla pena accessoria dell'interdizione ai pubblici uffici non impedisce ai detenuti di essere soci di cooperative o di costituire cooperative sociali.

Queste innovazioni, unite all'abbattimento di oneri sociali per le cooperative che abbiano alle proprie dipendenze lavoratori detenuti e condannati[61], contribuiscono a rafforzare il ruolo dei legami fra interno ed esterno del carcere ai fini di un percorso di risocializzazione del detenuto che passi prioritariamente attraverso la promozione di mezzi di relazione fra detenuti, strutturati anche nella forma associativa, e che contempli una loro responsabilizzazione e progressiva autonomizzazione nell'esercizio di attività collettive.

3.3. Libertà di associazione e diritti sindacali

Discorso in parte differente merita, infine, l'esercizio collettivo di diritti sindacali mediante iscrizione ad associazioni sindacali o mediante l'organizzazione collettiva di forme di protesta avverso condizioni di lavoro o di vita ritenute inadeguate o violative dei diritti all'interno delle carceri. Anche in quest'ambito, ovviamente, si può registrare la consueta opposizione fra coloro che ritengono che lo stato detentivo impedisca l'esercizio di tali diritti[62], e coloro che sostengono la compatibilità dei diritti sindacali con la detenzione, ferma sempre la necessità di una loro modulazione in ragione della particolarità della situazione considerata[63]. Quest'ultima impostazione risulta nello specifico suffragata, oltre che dagli argomenti di ordine generale più volte sopra ricordati, dalla previsione di cui all'art. 48, co. 11, reg. esec., secondo cui «i detenuti e gli internati ammessi al lavoro all'esterno esercitano i diritti riconosciuti ai lavoratori liberi, con le sole limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti alla esecuzione della misura privativa della

[61] Si v. V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit., par. 1.4.

[62] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006, 128.

[63] G. Ichino, *Sindacato e questione carceraria*, in M. Cappelletto, A. Lombroso (a cura di), *Carcere e società*, cit., 132 ss.; U. Romagnoli, *Il lavoro nella riforma carceraria*, *ivi*, 102 s.; V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit.

libertà». Vi è, dunque, piena ammissione dei diritti generalmente riconosciuti ai lavoratori, inclusi quelli sindacali, ma nel rispetto della compatibilità con la condizione detentiva[64].

Se tanto vale per il lavoro prestato all'esterno, all'interno del carcere non è invece dato riscontrare analoga affermazione di equiparazione, né la presenza di autonome associazioni sindacali, ma solo la previsione della partecipazione alle commissioni che si occupano della determinazione della mercede di un rappresentante unitariamente designato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e di un rappresentante delle organizzazioni sindacali territoriali[65]. Si tratta dunque di un ruolo limitato, sia in termini di rappresentanza – posto che i detenuti non occupano alcun ruolo nella scelta dei loro rappresentanti sindacali –, sia in termini contrattuali, dal momento che l'unico piano di rivendicazione previsto è quello relativo alla retribuzione.

Quid, allora, per l'esercizio di altri diritti sindacali, relativamente all'attività di lavoro prestata all'interno del carcere? In molti hanno sostenuto che la mancata equiparazione esclude la sussistenza di siffatti diritti[66]. Applicando, invece, l'oramai familiare meccanismo di verifica della compatibilità della normativa generale vigente con la situazione detentiva – in vista del riempimento della lacuna esistente nella normativa speciale – sembra di poter ancora una volta affermare l'insussistenza di ragioni ostative all'esercizio di diritti sindacali all'interno del carcere: l'art. 14 della l. 20.6.1970 n. 300 (c.d. statuto dei lavoratori) prevede infatti, senza limitazioni di sorta, che «il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, è garantito a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro». Si tratta, semplicemente, di renderne compatibile l'esercizio con l'amministrazione delle carceri[67] e, dunque, con le esigenze sopra già incontrate di doman-

[64] Che, ad esempio, può comportare il divieto di lavoro notturno e l'obbligo per il datore di lavoro di versare la retribuzione alla direzione dell'istituto penitenziario.

[65] Cfr. art. 20, co. 8, o.p.

[66] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 133; G. Pera, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Scritti di Giuseppe Pera*, Vol. I, Milano, 2007, 305.

[67] Cfr. A. Gaboardi, in Aa.Vv., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2012, 33 ss.

dare all'amministrazione penitenziaria uno spazio per le eventuali riunioni o il nulla osta per il pagamento della quota associativa e di consentire una supervisione da parte del personale di sorveglianza onde evitare che tali occasioni di riunione si trasformino in strumenti per l'acquisizione di posizioni privilegiate da parte dei detenuti.

4. *La partecipazione democratica alla vita carceraria*

Il quadro fin qui rappresentato delle possibilità effettive di esercizio e garanzia delle libertà collettive in carcere non restituisce un'immagine rassicurante circa la loro valorizzazione al fine di contribuire a quel processo di costruzione o riappropriazione della dimensione sociale che tanto importante sarebbe in vista di un'emancipazione da un modello trattamentale ancora troppo "calato dall'alto" e troppo poco "partecipato dal basso". Tale impressione, ricavata in primo luogo dalla mancata considerazione della funzionalizzazione delle attività collettive a fini di manifestazione del pensiero o per l'esercizio di attività *lato sensu* politiche, trova conferma nella frequente esplicita subordinazione alle esigenze di sicurezza, che si traduce sia in una istanza di obbedienza alle regole quale presupposto per il loro esercizio, sia in una prassi ancora decisamente esigua e confinata a talune realtà carcerarie più all'avanguardia.

Complementari a queste considerazioni sono quelle che possono specularmente rivolgersi alla disciplina della partecipazione democratica alla vita carceraria. Molto scarse sono, infatti, le possibilità di interlocuzione dei detenuti con l'amministrazione carceraria al fine di assumere le decisioni concernenti l'organizzazione e la gestione della comune vita all'interno degli istituti. Lo strumento principale contemplato a tal fine è quello delle *commissioni*, all'interno delle quali possono sedere detenuti e internati (purché non sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis*[68]) insieme al personale dell'amministrazione ed al personale di sorveglianza.

[68] Cfr. art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. *d)*, o.p.

Diversi sono i casi previsti dal vigente ordinamento penitenziario di partecipazione dei reclusi alle commissioni.

L'art. 9, co. 6, o.p. prevede una rappresentanza di detenuti o internati nella commissione che controlla l'applicazione delle tabelle relative alla qualità, quantità e preparazione del vitto, con possibilità di presentare osservazioni al direttore dell'istituto. Significativo, in tal caso, è che l'originario disegno di legge sull'ordinamento penitenziario del 1973 prevedeva che i rappresentanti venissero eletti dai reclusi, mentre nella stesura definitiva della legge si è optato per il meccanismo del sorteggio[69].

L'art. 20, co. 9, o.p. prevede la partecipazione di un rappresentante dei detenuti e degli internati (nominato con sorteggio) alla commissione competente sulle scelte attinenti al lavoro. In questo caso la partecipazione non consente l'esercizio di alcun potere deliberativo.

L'art. 27, o.p. prevede – come già accennato sopra[70] – la partecipazione di rappresentanti dei detenuti e degli internati alla commissione che cura le attività culturali, ricreative e sportive e l'art. 59, reg. esec. dispone a tal proposito che i rappresentanti sono nominati per sorteggio, nel numero di tre o cinque (rispettivamente, per gli istituti con un numero di detenuti o di internati presenti non superiore o superiore a cinquecento unità) con il compito di occuparsi, insieme a coloro che si sono distinti per interesse e dedizione a talune di queste attività[71], della cura della loro organizzazione in corrispondenza alle previsioni dei programmi.

Connessa alla tutela delle attività culturali è la previsione dell'istituzione di una biblioteca all'interno di ciascun istituto[72], con possibilità di accesso alle pubblicazioni contenute in essa e piena libertà di scelta nelle letture[73] e con possibilità, a mezzo di intese, di usufruire di pubblicazioni conservate in biblioteche e centri di lettura esterni al carcere[74]. L'art. 12, co. 3, o.p. prevede a tal

[69] Sul punto, cfr. G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria*, cit., 181.

[70] Cfr. par. 2.2.

[71] Cfr. art. 71, reg. esec., su cui v. *supra*, par. 2.2.

[72] Art. 12, co. 2, o.p.

[73] Art. 19, co. 2, o.p.

[74] Art. 21, co. 2, reg. esec.

proposito, per le sole attività concernenti la gestione del servizio biblioteca, l'integrazione della commissione preposta alle decisioni concernenti le modalità di trattamento con rappresentanti dei detenuti e degli internati, con compiti di mero supporto del responsabile del servizio nelle operazioni di tenuta delle pubblicazioni – formulazione degli schedari, distribuzione dei libri e periodici, svolgimento di iniziative per la promozione della cultura – senza alcuna possibilità, però, di collaborare nella scelta di libri e periodici (di cui si occupa la commissione non integrata[75]). I rappresentanti dei detenuti o degli internati sono sorteggiati nel numero di tre o cinque (rispettivamente, per gli istituti con un numero di presenti non superiore o superiore a cinquecento).

Quello della biblioteca è uno snodo importante, poiché garantisce la possibilità del detenuto di interfacciarsi con la complessità sociale esistente all'esterno del carcere. A questo scopo è stata disposta, infatti, esplicitamente, l'abolizione della censura sulla stampa[76] ed è stato previsto che «nella scelta dei libri e dei periodici si deve avere cura che vi sia una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società esterna»[77]. Tuttavia, come si è potuto vedere, la possibilità dei detenuti di partecipare effettivamente alle sue attività è confinata entro spazi molto angusti e ad attività di tipo per lo più operativo.

Considerazioni analoghe possono, per la verità, essere rivolte nel loro complesso a tutti i casi di partecipazione fin qui elencati: si tratta di ipotesi molto limitate, riferite soprattutto alle decisioni inerenti al trattamento e spesso contenute nei poteri. La frequente mancanza di pieno potere deliberativo, inoltre, è solo una delle problematiche dell'attuale configurazione della partecipazione democratica alla vita carceraria. Un altro ostacolo alla capacità di queste commissioni di farsi strumento di una partecipazione effettiva dei detenuti risiede anche nell'esiguità del numero dei rappresentanti rispetto agli altri membri provenienti dall'amministrazione. Ancor di più incide, poi, un altro fattore: come si

[75] Art. 16 o.p. e art. 21, co. 3, reg. esec.
[76] Art. 18, co. 6, o.p.
[77] Art. 21, co. 2, reg. esec.

è visto, la modalità indicata per la selezione dei rappresentanti non è quella elettiva, bensì quella del sorteggio[78], ossia una modalità che, oltre a non consentire una rappresentanza effettiva (non legando il detenuto rappresentante ad alcuna responsabilità nei confronti dei detenuti che è chiamato a rappresentare), non garantisce affatto la competenza del sorteggiato ad esercitare il compito assegnatogli[79].

Alla base di questa opinabile scelta appare ancora figurare la prevalenza accordata alle esigenze di sicurezza e di prevenzione della formazione di gruppi di potere, a tutto detrimento della creazione all'interno del carcere di un contesto che sia in grado di replicare le dinamiche sociali esterne, ossia tale da non moltiplicare in maniera esponenziale la separazione e la chiusura dell'istituto dalla realtà alla quale, invece, dovrebbe essere orientato, per le più volte ricordate finalità rieducative.

Tutto ciò, combinato alla mancata previsione di rappresentanze dei reclusi nelle commissioni che elaborano, ad esempio, i regolamenti interni o le modalità di trattamento, è un chiaro indice della necessità di ripensare dalle fondamenta i meccanismi della partecipazione, per consentire di affrancare il carcere dalla sua persistente configurabilità come istituzione totale e come luogo in cui dunque, ontologicamente, si metta in dubbio la dignità umana[80] (valore che, invece, non è suscettibile di bilanciamento né di compressione[81]).

Al momento può registrarsi solo qualche primissimo passo nel senso qui auspicato: il carcere di Milano-Bollate e quello di Padova hanno infatti dato avvio ad elezioni per la scelta di una commissione di detenuti incaricati di rappresentare le esigenze dei

[78] Art. 9, co. 6, o.p.; art. 20, co. 9, o.p.; art. 31 o.p.

[79] Nello stesso senso, G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria*, cit., 184 ss.; S. Bellomia, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, 925; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 165 s.

[80] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. soc.*, 2015, 1 ss.

[81] Fra i molti, con specifico riferimento al tema qui trattato, v. G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 177 ss.

reclusi nell'interlocuzione con l'amministrazione penitenziaria[82], a dimostrazione del fatto che esistono spazi di potenziale sviluppo della vita democratica in carcere, al di là degli angusti confini delle commissioni attualmente previste.

[82] Cfr. *http://www.uglppts.it/2017/04/20/padova-i-detenuti-eleggono-il-loro-sindacato/*.

Patrizio Gonnella

Il diritto di voto

Sommario: 1. Diritto di voto e democrazia – 2. La legislazione e la prassi italiana – 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia della Ue – 4. Il caso americano – 5. I casi in controtendenza del Sudafrica e del Canada.

1. *Diritto di voto e democrazia*

«*Ognuno ha il diritto a prendere parte al governo del suo Paese, direttamente oppure tramite rappresentanti liberamente scelti…La volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale…*». L'articolo 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 non prevede eccezioni. È norma che legittima il suffragio universale. Sino alla metà del secolo scorso metà della popolazione, quella femminile, era, più o meno dappertutto in giro per il mondo, esclusa dal diritto di voto con motivazioni palesemente discriminatorie, talvolta intrise di riferimenti di origine lombrosiana. Poche erano state le eccezioni su scala globale a tale compressione ingiustificata della partecipazione alla democrazia. La Nuova Zelanda riconobbe il diritto di voto alle donne alla fine del diciannovesimo secolo. La Finlandia all'inizio del ventesimo.

Nel 1966 le Nazioni Unite aprirono alla firma degli Stati il Patto sui diritti civili e politici. Sono pochissimi gli Stati che a oggi non lo hanno ratificato[1]. Sono invece ben 169 quelli che lo hanno firmato e ratificato così da farlo divenire parte della propria legislazione interna. Essendo un Trattato internazionale e non una Dichiarazione di principi, seppur solenne come quella del 1948,

[1] Ventidue Stati non hanno manifestato alcuna azione rispetto al Patto, sei lo hanno firmato ma non ancora ratificato.

le sue norme sono dotate di *status* vincolante. L'articolo 25 ripropone più o meno fedelmente il testo presente all'articolo 21 della Dichiarazione del 1948. Il suffragio universale è a garanzia dell'autenticità della democrazia, del principio di non discriminazione, dell'uguaglianza, della libertà e del rispetto della dignità umana.

Il diritto di voto presuppone in una democrazia solida e reale il diritto all'informazione, alla libertà di coscienza e di pensiero, alla riunione e all'associazione. Esso ci interroga intorno ai concetti di sovranità popolare e cittadinanza. Sganciato dagli altri diritti politici perde la sua forza sostanziale e resta involucro formale nelle mani di pochi. La rivoluzione universalista e democratica che il diritto internazionale dei diritti umani ha legittimato a partire dal secondo dopo-guerra non è fondata su pratiche meramente convenzionali o standardizzate ma ha inteso orientare gli Stati verso processi democratici inclusivi ed effettivi.

La progressiva estensione della platea delle persone aventi diritto di voto, quale primario diritto politico, è la lente attraverso cui leggere i processi di consolidamento e rafforzamento della democrazia. Una democrazia debole tende a escludere per paura pezzi di propria società dalla partecipazione elettorale e politica. Uno Stato democratico forte allarga senza limiti la platea delle persone che possono partecipare attivamente al voto, senza pregiudizi, esclusioni o moralismi.

Le norme delle Nazioni Unite tra il 1948 e il 1966 non elencano ambiti all'interno dei quali codificare possibili eccezioni alla regola del suffragio universale. In mancanza di riferimenti espliciti, sembrerebbero legittime solo le eccezioni fondate sul principio di effettiva consapevolezza nell'assunzione delle scelte politiche, ossia quelle fondate sull'età non adulta o sui vizi di mente degli elettori potenziali. La democrazia in tal caso si protegge dalla manipolazioni della volontà ancora non determinata e, dunque, autenticamente libera e formata di un bambino, di un adolescente o di una persona incapace di intendere e volere.

Non vi è riferimento all'interno del sistema convenzionale Onu a restrizioni legate alla condizione di detenuto o ex detenuto o di persona condannata in sede penale.

Su tutt'altro terreno le *Standard Minimum Rules for the Treat-*

ment of Prisoners[2] (*cosiddette Mandela Rules*) alla regola numero 88 affermano che «*il trattamento dei detenuti deve enfatizzare la loro non esclusione dalla comunità e favorire il continuare a esserne parte*». Negare il diritto di voto a chi è in carcere significa evidentemente ritenerlo indegno di essere parte della comunità ed escluderlo in modo palese e stigmatizzante. Obiezioni ancora più forti possono essere opposte alle decisioni dirette a negare il diritto di voto a persona che ha già finito di scontare la sua pena carceraria.

2. *La legislazione e la prassi italiana*

La Costituzione italiana all'articolo 48 afferma che *«il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge».* Dunque sono tre gli ambiti di possibile esclusione: l'incapacità civile, la responsabilità penale, l'indegnità morale. I nostri costituenti non hanno codificato una regola universalista. L'articolo 48 è dunque distonico rispetto alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e al successivo Patto sui diritti civili e politici del 1966. Non è facile inoltre interpretare l'articolo 48 in coerenza con il precedente articolo 27 secondo cui *«le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».* Qualora l'effetto della pena sia la perdita del diritto di voto viene meno la possibilità di partecipare alla vita comunitaria e, di conseguenza, viene meno la possibilità di essere parte attiva, positiva e responsabile della società libera, con riflessi evidentemente negativi sulle *chance* di reinserimento sociale. Lo stigma è sempre escludente. Una persona ritenuta indegna di votare è normativamente messa ai margini.

Il diritto di voto è nella legge penale italiana accostato al diritto a essere eletti in una competizione politico-elettorale. L'articolo 28 del codice penale disciplina l'interdizione perpetua e temporanea

[2] Adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 70/175 del 17 dicembre del 2015.

dai pubblici uffici. Trattasi della più rilevante pena accessoria che consegue alla pena principale consistente nella reclusione. Il primo effetto della interdizione dai pubblici uffici è la perdita per il condannato del «*diritto di elettorato o di eleggibilità in qualsiasi comizio elettorale, e di ogni altro diritto politico*». Vengono accostati diritti e temi che però sono non comparabili dal punto di vista della portata teorica e dei riflessi sulla democrazia. L'elettorato attivo e passivo non possono essere messi sullo stesso piano quando la persona si trova in stato di detenzione. Codificare la possibilità universale a essere votati, anche se trattasi di persona detenuta, significa consentire, nel caso di elezione conseguita da parte del detenuto, la vanificazione del giudicato penale attraverso il voto popolare con rischi di delegittimazione della stessa giustizia penale. La privazione della libertà, nel momento stesso in cui si realizza, impedisce *de facto* e materialmente la possibilità di partecipare alla vita comunitaria e alla vita politica nelle varie assemblee rappresentative nelle quali essa si manifesta. Gli eventuali esiti reclusori della condanna penale verrebbero messi nelle mani del voto popolare così sottraendoli alla decisione dei giudici.

Altro tema ancora, anch'esso non connesso al diritto di voto dei detenuti, è quello della capacità di ricoprire cariche elettive da parte di persone condannate a pene diverse dal carcere[3].

L'articolo 29 del codice penale disciplina i casi nei quali alla condanna consegua l'interdizione dai pubblici uffici: «*La condan-*

[3] Il decreto legislativo del 31 dicembre 2012, n. 235, contenente il testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, all'articolo 1 stabilisce che «*Non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato e di senatore: a) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale; b) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti nel libro II, titolo II, capo I, del codice penale; c) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'articolo 278 del codice di procedura penale*».

Sulla legittimità della legge rispetto alla Convenzione del 1950 è chiamata a breve a esprimersi la Corte europea per i diritti umani a seguito del ricorso relativo all'esclusione dall'elettorato passivo di Silvio Berlusconi.

na all'ergastolo e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni importano l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici; e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni importa l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque. La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel delitto ovvero di tendenza a delinquere, importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici».

La pena accessoria incide ben di più sulle *chance* di risocializzazione rispetto alla pena principale. La perpetuità della perdita del diritto di voto per taluni condannati comporta la loro esclusione dalla vita sociale politica, comunitaria per tutta la vita, salvo essi non ottengano la riabilitazione[4].

L'articolo 179 del codice penale detta le condizioni per ottenere la riabilitazione. Essa è concessa «*quando siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o sia in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. (...).Il termine è di almeno otto anni se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99. Il termine è di dieci anni se si tratta di delinquenti abituali, professionali o per tendenza e decorre dal giorno in cui sia stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro (…)».* Se da un lato ci sono agevolazioni nei conteggi per chi ha ottenuto la sospensione condizionale della pena, dall'altro la riabilitazione non potrà mai essere concessa nel caso di persona sottoposta a misura di sicurezza, tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato, ovvero di confisca, e il provvedimento non sia stato revocato o di persona che non abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

Il diritto di voto viene, dunque, subordinato al comportamento e alla regolarità della condotta sociale e sottratto all'area dei diritti universali e mai comprimibili.

La legislazione italiana concede il diritto di voto a chi ha pene particolarmente brevi o è in carcere in custodia cautelare. In que-

[4] La definizione di "riabilitazione" è presente all'articolo 178 del codice penale. Per effetto della riabilitazione è estinto ogni effetto penale della condanna.

sto caso ci pensa la doppia burocrazia comunale e penitenziaria a rendere il diritto scarsamente esercitato.

Gli articoli 8 e 9 della legge 23 aprile 1976, n. 136 prevedono che nelle carceri sia allestito un seggio elettorale speciale per gli aventi diritto al voto. Il meccanismo è complesso. Il detenuto, informato delle prossime scadenze elettorali, deve, attraverso le autorità carcerarie che ne attesteranno lo *status* di persona privata della libertà, presentare richiesta al sindaco del Comune nelle cui liste elettorali risulta regolarmente iscritto. Il sindaco a sua volta deve trasmettere l'informazione al presidente del seggio della sezione speciale. Il detenuto potrà votare solo se ha con sé la tessera elettorale. Qualora non ne abbia la disponibilità (si può ragionevolmente presumere che il possesso della tessera elettorale non sia il primo dei pensieri per una persona arrestata e condotta in carcere) deve farne richiesta al Comune di appartenenza. La mancanza di informazione del detenuto circa le modalità in cui sarà assicurato il diritto al voto fa sì che costui non si attivi con grande anticipo rispetto alla data delle elezioni; a ciò si devono aggiungere le lentezze burocratiche delle amministrazioni pubbliche. Per cui il diritto di voto si degrada nella prassi a diritto non effettivo anche per coloro che non hanno ottenuto l'interdizione dai pubblici uffici[5].

3. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia della Ue*

La Corte Europea dei Diritti umani si è occupata del diritto di voto dei detenuti con una giurisprudenza non sempre coerente. L'articolo 3 del Protocollo numero 1 alla Convenzione del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamen-

[5] Secondo le rilevazioni ufficiali del Ministero della Giustizia, così come rielaborate dall'associazione Antigone, alle consultazioni elettorali del 24 e 25 febbraio 2013, i detenuti votanti sono stati 3.426, circa il 10% degli aventi diritto al voto. la percentuale generale dei votanti fu invece pari al 75,16% ovvero sette volte e mezzo in più rispetto a quella dei detenuti aventi diritto al voto.

tali[6] stabilisce che «*Le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo*». La Corte di Strasburgo ha iniziato un lungo braccio di ferro con le autorità inglesi a partire dalla sentenza nel caso Hirst del 2005[7]. Il caso riguardava il signor Hirst, condannato all'ergastolo e privato del diritto voto. La Corte sentenziò in modo inequivocabile, in quella circostanza, che ci fosse «*un'automatica e discriminatoria restrizione del diritto di voto del ricorrente a causa del suo solo status di detenuto*».

Lungo, conflittuale e infruttuoso è stato il braccio di ferro del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con le autorità britanniche che non hanno inteso modificare la legislazione vigente nel Regno Unito. Nel caso McHugh e altri contro Regno Unito del 10 febbraio del 2015[8] ben 1.015 detenuti avevano lamentato analogamente al signor Hirst la violazione dell'articolo 3 del protocollo n.1. Essendo il caso identico a quello del 2005 la Corte ha condannato nuovamente il Regno Unito. L'articolo 3, d'altronde, non prevede eccezioni e limitazioni soggettive al godimento del diritto di voto. Le autorità inglesi hanno contestato la decisione europea rivendicando la propria sovranità. Il caso inglese, che aveva originato la decisione della Corte, era però un caso di generalizzata e sistematica esclusione del diritto di voto per i condannati in stato di detenzione. In base a una ricognizione effettuata dallo stesso Consiglio d'Europa, che include ben 47 Stati con tradizioni giuridiche molto diverse, ci sono paesi dove non esistono limiti di natura giudiziaria all'esercizio del diritto di voto. Albania, Azerbaijan, Cipro, Croazia, Danimarca, Spagna, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lituania, ex Repubblica jugoslava di Macedonia, Moldavia, Montenegro, Repubblica Ceca, Serbia, Slovenia, Svezia, Svizzera e Ucraina garantiscono a tutti i detenuti, senza restrizioni e eccezioni, il diritto di voto. Armenia, Bulgaria, Estonia, Georgia,

[6] Protocollo firmato a Parigi il 20 marzo del 1952.

[7] *Hirst c. Regno Unito* (n.2). Decisione della Grand Chamber del 6 ottobre 2005.

[8] Decisione ulteriormente confermata nel caso *Millbank e altri contro Regno Unito* del 30 giugno 2016.

Ungheria, Regno Unito e Russia dall'altro verso negano a tutti i detenuti senza eccezioni il diritto di voto.

L'Italia, insieme a Germania, Austria, Belgio, Bosnia-Erzegovina, Francia, Grecia, Lussemburgo, Malta, Monaco, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, San Marino, Slovacchia e Turchia ha adottato, come visto, una legislazione di compromesso legando il diritto di voto alla durata della pena e, di conseguenza, alla gravità del crimine commesso. In alcuni Paesi la sospensione del diritto di voto è nelle mani discrezionali del giudice penale, in altri è un effetto secondario della condanna. Nel 2012 nel caso Scoppola[9] la *Grand Chamber* della Corte di Strasburgo, dopo una prima decisione che condannava il nostro Paese, in ultima istanza, ha salvato l'Italia dalla condanna ricordando come agli Stati sia riservato un margine di apprezzamento. Nello specifico italiano non sarebbe messa in discussione «*l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale volta a determinare la volontà del popolo attraverso il suffragio universale*».

La sentenza è in parte incoerente con le motivazioni presenti nella sentenza Hirst[10]. Se il diritto al voto è universale, e l'articolo 3 del Protocollo n.1 della Convenzione non prevede eccezioni, non si vede come si possa salvare la legislazione italiana, parzialmente limitatrice del diritto stesso. Tanto più che in Italia la perdita dei diritti politici continua anche dopo la fine della condanna principale e può addirittura accompagnare a vita la persona ex detenuta. È dunque priva di razionalità giuridica la decisione della Corte di Strasburgo che rende legittima la negazione parziale italiana del diritto di voto alle persone condannate in sede penale.

4. *Il caso americano*

I numeri della carcerazione sono tali negli Stati Uniti da rendere la questione del voto dei detenuti non solo di natura individuale

[9] Sentenza del 22 maggio 2012 – Ricorso n. 126/05, *Scoppola c. Italia*.

[10] Un'analisi della sentenza Scoppola è effettuata mirabilmente da C. Pitea, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, (vol.6), 2012.

(il diritto del singolo a non vedere violato un proprio diritto) ma anche di natura collettiva (l'esclusione di ampie fasce della popolazione dal voto incide sugli stessi esiti elettorali generali). Secondo le rilevazioni e gli studi dell'*International Center for Prison Studies* il numero complessivo dei detenuti negli Stati Uniti è pari a 2.145.100 alla data del 31 dicembre 2015[11]. Il tasso di detenzione è di 666 detenuti ogni 100 mila abitanti. Numeri tali da porre interrogativi anche intorno al tema di ciò che resta del suffragio universale di fronte a esclusioni di massa dal godimento dei diritti politici.

La Costituzione degli Stati Uniti d'America protegge il diritto di voto dei cittadini vietando ogni forma di discriminazione. Tuttavia il quattordicesimo emendamento riconosce ai singoli Stati la possibilità di restringere tale diritto nel caso di condanne penali[12].

Essendo gli Stati Uniti uno Stato federale vi è un approccio molto diverso da Stato a Stato difficilmente riconducibile a una visione organica del diritto di voto. Sono trentotto gli Stati che sospendono il diritto di voto alle persone detenute in costanza della loro prigionia ma che restituiscono agli stessi il diritto una volta che la condanna è espiata. La procedura di restituzione è però complessa tanto da provocare lunghi periodi di negazione di fatto del diritto di voto. Solo in tre Stati – Florida, Virginia e Iowa – il diritto di voto è permanentemente revocato sulla base di una condanna penale. In questi Stati l'unica possibilità di tornare a votare è data dalla concessione della grazia. Più di recente alcuni Stati hanno adottato politiche più liberali per chi è in condizione di *probation*.

Dunque negli Usa, come in Italia, non è sufficiente avere espiato la pena principale. Per quei 65 milioni di americani che hanno la fedina penale sporca il diritto di voto resta ancora fortemente incerto. Nel caso americano, oltre ai diritti individuali, è la demo-

[11] Per la precisione 693.300 sono detenuti in prigioni locali, 1.256.100 in prigioni statali e 195.700 prigioni federali. A questo proposito preme ricordare che le prigioni statali e locali possono essere anche private.

[12] Vedi per tutte la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) che ha ritenuto costituzionali le restrizioni imposte dallo Stato della California.

crazia stessa a essere messa a rischio da un numero di esclusioni dal godimento dei diritti politici così elevato.

5. *I casi in controtendenza del Sudafrica e del Canada*[13]

Nel 1999 la Corte costituzionale del Sudafrica, a proposito del diritto di voto delle persone private della libertà, sentenziò che «*il voto di ogni cittadino è simbolo della dignità e identità individuale. Letteralmente ciò significa che ognuno conta*». Il voto viene elevato a simbolo della dignità umana. Una persona esclusa dalla partecipazione politica è una persona emarginata dalla comunità di appartenenza. Nel momento in cui è esclusa non è conseguentemente considerata degna di esserne parte. La negazione del diritto di voto ai detenuti è coerente con una nozione di dignità intesa come decoro, come qualità non coessenziale all'uomo o alla donna, ovvero come virtù che si conquista con la correttezza pubblica dei propri comportamenti. La negazione del diritto di voto ai condannati o ai detenuti non è coerente con una idea di dignità di origine kantiana intesa come umanità, come non degradazione dell'uomo a oggetto. Tutti i detenuti, affermarono i giudici supremi sudafricani, sono titolari del diritto di voto, il quale va sottratto alla disponibilità dello Stato[14]. Il suffragio universale non può avere confini dettati da giudizi penali e conseguenti valutazioni morali. Non può essere compresso e condizionato alla partecipazione del detenuto all'opera di rieducazione. È una deriva pericolosa che facilmente si presta a invasioni pedagogiche nell'altrui libertà di coscienza. Nella sentenza sudafricana si connette il diritto di voto anche all'identità individuale. L'individuo che non può partecipare alle scelte della collettività cui appartiene è un individuo a cui viene negata l'identità di cittadino. Il Paese di Nelson Mandela, a cui le Nazioni Unite hanno titolato le recenti regole universali penitenziarie nel 2015, ha spostato in avanti l'asse della riflessione giuridica e filosofica.

[13] Questo paragrafo riprende, ma solo in parte, le pagine dedicate al diritto di voto nel volume di P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Roma, 2013.

[14] *August v. The Electoral Commission*, Case CCT 8/99.

Tre anni dopo, nel 2002, la sentenza sudafricana c'è stata altra pronuncia di analoga portata universalista della Corte Suprema del Canada.[15] La presidente della Corte costituzionale canadese ha scritto che «*la storia della democrazia corrisponde a quella della concessione progressiva del voto. Il suffragio universale costituisce oggi un elemento essenziale della democrazia. A partire dalla nozione secondo la quale solo poche persone meritevoli (molto spesso secondo dei criteri come la classe sociale, la proprietà e il sesso) possono votare, si è progressivamente sviluppato il principio moderno che vuole che tutti i cittadini abbiano il diritto di voto in quanto membri della città. La marcia costante del Canada verso il suffragio universale è culminata nel 1982 con la costituzionalizzazione dell'articolo 3 della Carta* […] *L'idea secondo la quale determinate persone non sono moralmente adatte a votare e a partecipare al processo di elaborazione delle leggi, o moralmente degne di farlo, è antica e desueta*». In tal modo veniva ritenuta illegittima la legge che negava a tutti i detenuti il diritto di voto. È stigmatizzato il concetto – scivoloso e rischioso – di meritevolezza. Il diritto di voto, secondo la Corte suprema canadese, non può essere derubricato, come viceversa avviene in Italia, a premio che consegue alla valutazione del comportamento individuale nel solco di una deriva correzionalista. La democrazia stessa è messa a rischio qualora si neghi il diritto di voto ai detenuti perché rinuncia al suffragio universale e si affida a giudici che possono escludere dal voto e dalla partecipazione politica persone ritenute "scomode".

Due Paesi tra loro molto diversi hanno scelto la via universalista. Il Sudafrica in virtù di un passato segregazionista da cui liberarsi in via definitiva. Il Canada in considerazione del suo essere uno dei pochi Paesi autenticamente liberale.

[15] *Sauvé c. Canada* (Directeur général des élections) [2002] 3 R.C.S. 519, 2002, CSC 68.

Ilaria Del Vecchio

L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulla rilevanza costituzionale del diritto all'informazione – 2. Alcune difficoltà definitorie tra vecchie e nuove forme comunicative – 3. La normativa penitenziaria in materia di informazione – 4. L'informazione attiva e passiva in carcere – 5. L'informazione per i detenuti soggetti al c.d. regime detentivo speciale – 6. Il necessario ripensamento dell'informazione come diritto del soggetto ristretto e quale elemento trattamentale autonomo.

1. *Cenni introduttivi sulla rilevanza costituzionale del diritto all'informazione*

Sebbene si parli già da anni di società dell'informazione[1], i fondamenti costituzionali del connesso diritto non sono di facile individuazione[2]. Per tali ragioni, prima di trattare della libertà di

[1] In questi termini V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione*, in *Enciclopedia Italiana, XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, 2009, 301 il quale afferma «tutto è informazione». Per una lettura approfondita e multidisciplinare sull'argomento si v. Servizio studi del Senato della Repubblica, *Aspetti della società dell'informazione nell'era globale*, 2005, in partic. 9-15 dove si rintraccia la nascita della c.d. società dell'informazione nell'espressione "società post-industriale", coniata nel 1973 da Daniel Bell, Professore di sociologia della Università di Harvard. La società post-industriale, quale società dell'informazione è la «società moderna che, giunta al culmine del processo di industrializzazione, deve – per continuare a crescere – concentrare i propri sforzi verso la produzione non più di beni materiali bensì di servizi immateriali (…) una società in cui tutte le potenzialità dell'essere umano vengono valorizzate grazie all'accesso alle tecnologie e all'educazione che permette di imparare ad utilizzarle in modo efficace. La società dell'informazione impone dunque lo sviluppo di conoscenze incrementali e l'espansione della formazione continua. Senza quest'ultima e senza l'universalità dei servizi di comunicazione le nuove tecnologie rischiano di generare atomizzazione anziché integrazione» .

[2] Per un quadro completo, benché risalente, si v. A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 472 ss. dove si distingue tra la libertà d'informazione "in senso lato" e la libertà di informazione "in senso stretto". La prima «identifica comprensivamente il duplice ordine di situazioni soggettive connesso

informazione all'interno della realtà carceraria, occorre fare una breve premessa sulla rilevanza della stessa nel contesto ordinamentale generale.

Sul piano sovranazionale, per la verità, il quadro è ampio e le Carte europee e internazionali dei diritti offrono una base puntuale del diritto che ci occupa. L'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ha una estensione oggettiva omnicomprensiva che fa riferimento al diritto di informazione sia come libertà di opinione e di espressione, che come diritto di non essere molestato per la propria opinione nonché come diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo; la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU), poi, nell'enucleare all'art. 10 la libertà di espressione contempla tanto la libertà d'opinione quanto la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee; l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE), infine, già dalla rubrica accompagna alla libertà di espressione il riconoscimento esplicito della libertà d'informazione.

La lettura delle norme richiamate permette di cogliere uno dei tratti caratterizzanti l'informazione: la sua articolazione complessa. È infatti possibile racchiudere nel concetto di informazione due diverse posizioni soggettive: sotto il profilo attivo si può guardare all'informazione come diritto *di* informare ovvero come libertà di espressione «riferita a coloro che operano nel sistema dei media»[3]; oppure sotto il profilo passivo come diritto *all'*informazione, ovvero come diritto di ciascuno di ricevere e di cercare informazioni (e, quale presupposto indefettibile, come diritto di accedere alle informazioni)[4].

sia all'attività acquisitiva di conoscenze («l'informarsi») sia al comportamento attivo di espressione («l'informare»)»; la seconda, invece ricomprende solamente l'accezione attiva, ovvero il diritto all'informazione».

[3] Così E. Cheli, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, relazione all'Incontro di studio con la Corte costituzionale del Kosovo, Roma, Palazzo della Consulta, 7 giugno 2013, in *www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_20130606_CHELI.pdf*, 3.

[4] Tale, ulteriore, aspetto è stato oggetto di una giurisprudenza oscillante della Corte Edu che ha inizialmente stentato a ricomprendere nell'art. 10 Cedu anche il diritto di cercare (*to seek*) informazioni. Sul punto si v., da ult., Corte Edu caso *Magyar*

Ebbene, nel sistema costituzionale italiano non vi è un esplicito riferimento al diritto in parola. La posizione maggioritaria è solita rintracciare, quale fondamento costituzionale del diritto-libertà all'informazione, l'art. 21 della Costituzione[5]. Tale articolo enuncia al primo comma la libertà di manifestazione del pensiero e tratta, nei commi successivi, della libertà di stampa[6] con l'esplicitazione, al comma 6, dell'unico limite espresso per tutte le forme di manifestazione del pensiero: il buon costume[7].

La Carta costituzionale italiana manca, quindi, di una disciplina espressa del diritto *all'*informazione, ovvero del diritto dei singoli di informarsi, di accedere alle fonti e di ricevere informazioni (profilo passivo)[8]. Nell'art. 21 Cost., infatti, vi è il solo riconoscimento del diritto di informazione (profilo attivo) quale estrinsecazione della libera manifestazione del pensiero.

La giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni '70, ha dato una lettura estensiva dell'art. 21 Cost. individuando nel

Helsinki c. Ungheria, 8.11.2016 e – con particolare riferimento alla ricerca di informazioni da parte dei detenuti – caso *Kalda c. Estonia*, 19.10.2016. Per un quadro completo della giurisprudenza convenzionale sulla questione v. F. LEHNE, P. WEISMANN, *The ECHR and access to information*, in *International Human Rights Law Review*, 3, 2014, 303-315.

[5] Così, ad esempio, F. MODUGNO, *Perché è corretto desumere da (o proporre per) l'art. 21 della Costituzione l'esistenza di un diritto all'informazione*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. I, 2013, 833-834 il quale afferma: «È difficile dubitare che il diritto all'informazione germogli dal ramo della libertà di manifestazione del pensiero (di dare e divulgare notizie opinioni commenti e così via) ma va certamente oltre. (…) Non vi è dubbio, peraltro, che l'articolo 21 Cost. sia insufficiente a fondare una tutela sia pur minima riflessa del diritto all'informazione. Di qui la ricerca (…) di un autonomo fondamento costituzionale del diritto».

[6] Il riferimento specifico alla stampa quale mezzo di informazione ha aperto un dibattito interpretativo sulla estendibilità della copertura costituzionale agli altri mezzi di informazione sul quale v. *infra* in questo stesso paragrafo.

[7] Non soggiacciono a questo limite le manifestazioni del pensiero di carattere artistico e scientifico che godono, *ex* art. 33 Cost., di una tutela particolare.

[8] Rilevano tale mancanza, tra gli altri, A. LOIODICE, *Libertà e società dell'informazione*, in AA.VV., *Problemi Attuali di Diritto Pubblico*, Bari, 1990, 139 ss. e C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, *passim*, dove viene ricordato che «se la democrazia poggia sul concorso dei singoli alla formazione della volontà collettiva, e se pertanto ciascuno deve recare l'apporto di un massimo di informazione e di consapevolezza intorno ai problemi affidati alla sua decisione, è necessario non solo non porre ostacolo all'uso di ogni mezzo d'informazione (…), ma anzi promuoverne e facilitarne la diffusione».

diritto all'informazione – nella sua accezione passiva – il profilo implicito della libertà di manifestazione del pensiero[9]. Il diritto *all'*informazione sarebbe un riflesso del diritto *di* informazione stante la correlazione funzionale tra l'informare e l'informarsi: si tratta di un «interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee»[10].

Chiaro, dunque, lo stretto legame che unisce l'accesso alle informazioni e la libertà di informazione con il concetto stesso di democrazia e con i «principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»[11].

Il diritto all'informazione in senso passivo non richiederebbe,

[9] Tra le prime pronunce si v. Corte cost. sent. 9.06.1972, n. 105, poi la sent. 6.05.1987, n. 153 e la sent. 24.03.1993, n. 112.

[10] Cfr. Corte cost. sent. 9.06.1972, n.105, p. 4 cons. in dir. dove, in riferimento alla normativa oggetto del giudizio (artt. 13, 14, primo comma, 22, 23, 24, 25, 26 e 28 della legge 22 febbraio 1934, n. 370) che disponeva il riposo necessariamente domenicale anche per i dipendenti della agenzie giornalistiche e simili, di fatto sospendendo l'attività informativa per quella giornata, afferma: «ne risulta perciò, dal lato attivo, indebitamente compressa la libertà di manifestazione (libertà di dare e divulgare notizie, opinioni, commenti); e ne risulta altresì menomato – dal punto di vista, invece, dei destinatari della manifestazione – l'interesse generale, (…), alla informazione».

[11] Cfr. Corte cost. sent. 24.03.1993, n. 112, p. 7 cons. dir. dove si enucleano, poi, i requisiti del diritto stesso, che si deve caratterizzare per: «a) (…) pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse – in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti; b) (…) obiettività e (…) imparzialità dei dati forniti; c) (…) completezza, (…) correttezza e (…) continuità dell'attività di informazione erogata; d) (…) rispetto della dignità umana, dell'ordine pubblico, del buon costume e del libero sviluppo psichico e morale dei minori». Cfr. anche sentt. 24.06.1970, n. 122; 9.06.1972, n.105; 22.01.1981, n. 1; 21.05.1987, n. 194. Sul punto v. C. Mortati, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 5, dove l'A. sostiene che «se la democrazia poggia sul concorso dei singoli alla formazione della volontà collettiva, e se pertanto ciascuno deve recare l'apporto di un massimo di informazione e di consapevolezza intorno ai problemi affidati alla sua de-

quindi, un'apposita consacrazione nei testi costituzionali in quanto sarebbe implicitamente previsto nella libertà di manifestazione del pensiero contenuta nell'art. 21 Cost.[12]. L'articolo, in altre parole, costituirebbe una vera e propria cerniera tra il diritto individuale e l'interesse generale della collettività all'informazione, così come desumibile dalla consolidata giurisprudenza costituzionale per la quale la libertà di espressione ha carattere fondamentale in quanto «pietra angolare dell'ordine democratico»[13].

2. *Alcune difficoltà definitorie tra vecchie e nuove forme comunicative*

Altra questione preliminare di carattere generale, a cui è opportuno accennare prima di addentrarsi nella normativa penitenziaria, riguarda il rapporto in cui si pone l'art. 21 Cost. con le altre norme costituzionali che trattano diverse forme comunicative.

Nel nostro ordinamento costituzionale, come noto, esistono diverse discipline delle comunicazioni, siano esse private o pubbliche, con un diverso atteggiarsi delle limitazioni alle stesse e una distinta graduazione di tutele apprestate. I riferimenti corrono subito agli artt. 15 e 21 della Costituzione, due norme che trattano di due forme comunicative (la corrispondenza e la libera manifestazione del pensiero) che si è soliti distinguere per il diverso ambito di operatività.

L'art. 15 Cost. ha ad oggetto le comunicazioni caratterizzate da determinatezza del destinatario e attualità dell'attività comunicativa. In altre parole, la comunicazione ha rilievo costituzionale e rientra nell'ombrello di tutela dell'art. 15 Cost. quando è possibile individuare il soggetto o i soggetti destinatari della stessa e quando sia riferibile ad un tempo storico recente nel quale è ragionevole che la comunicazione conservi il suo carattere di segretezza. Come

cisione, è necessario non solo non porre ostacolo all'uso di ogni mezzo d'informazione (…), ma anzi promuoverne e facilitarne la diffusione».

[12] V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 285 ss.

[13] Cfr. sent. 2.04.1969, n. 84, p. 5 cons. dir.

si è visto, invece, l'art. 21 Cost. tutela la libertà di pensiero intesa quale comunicazione diffusa e, in via residuale, quale corrispondenza interpersonale per la quale venga meno l'esigenza di segretezza (si pensi al caso degli epistolari di personaggi storici che, venuto a mancare il carattere dell'attualità, sono pubblicati e diffusi ad un pubblico indeterminabile senza che questo possa importare la violazione dell'art. 15 Cost.)[14].

Al fine di delimitare l'area di competenza delle due norme si è, in un primo momento, posta l'attenzione al mezzo di comunicazione usato. Il discrimine del tipo di strumento comunicativo, però, deve considerarsi superato alla luce della evoluzione tecnologica che consente di servirsi di uno stesso mezzo (ad esempio la posta elettronica) per compiere tanto una comunicazione interpersonale (es. *mailing list* c.d. chiuse) quanto una informazione diffusa (es. *mailing list* c.d. aperte). Nel primo caso si dovrà avere riguardo alla disciplina delle comunicazioni *ex* art. 15 Cost., nel secondo invece rispettare i limiti e le garanzie apprestate dall'art. 21 Cost.

L'ambito oggettivo di operatività, dunque, sfuma se considerato alla luce dello strumento di comunicazione. Per questo sono oggi usati diversi criteri discretivi quali quelli dell'attualità della comunicazione e dell'entità dei destinatari. Le comunicazioni, in altre parole, possono essere considerate come rientranti nella tutela dell'art. 15 Cost. al sussistere di due requisiti: l'intersoggettività e l'attualità. Si tratta cioè di quelle «comunicazioni che, indirizzate ad uno o più destinatari ben individuati (e non dirette alla generalità del pubblico), costituiscono un modo di trasmissione del pensiero tra questi soggetti che presenta un carattere di attualità»[15]. Viceversa,

[14] Una questione lessicale riguarda il limine tra "pensiero" ed "espressione". I due termini, usati talvolta in maniera promiscua, non risultano del tutto sovrapponibili. L'espressione ha un'ampiezza definitoria tale da ricomprendere qualsiasi fatto umano, sia esso anche un mero comportamento. Il punto di incontro tra i due concetti si ha nei casi in cui l'espressione – quale mero comportamento – veicoli il pensiero di chi lo pone in essere così risolvendosi in una vera e propria manifestazione (non verbale) di un messaggio. Per una esemplificazione, con particolare riferimento ai discorsi razzisti, si v. G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, 2, 2008, 294.

[15] P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 376.

le attività di comunicazione rivolte ad un numero indeterminato di destinatari (le cc.dd. comunicazioni al pubblico) o per le quali venga meno l'elemento temporale della attualità ricadono sotto la disciplina dell'art. 21 Cost.

La diversa collocazione di una comunicazione, si noti, «ha riflessi concreti assai rilevanti, in conseguenza della diversa intensità dei limiti che all'una e all'altra forma di comunicazione possono essere legittimamente imposti»[16]. Come si vedrà, il riflesso del diverso precipitato costituzionale si ripercuote anche sulla disciplina penitenziaria che sarà presa ad esame in questo lavoro, con particolare riferimento alle situazioni riconducibili alle comunicazioni di cui all'art. 21 Cost.

3. *La normativa penitenziaria in materia di informazione*

Quanto appena visto da un punto di vista generale può trovare esatto riscontro anche nella realtà carceraria, con specifico riferimento al diritto all'informazione e di informazione dei soggetti detenuti. Le dinamiche che attengono all'esecuzione penale e alla situazione detentiva, però, si caratterizzano per le peculiarità proprie derivanti principalmente dal sempre difficile bilanciamento tra la garanzia dei diritti del singolo e le esigenze di sicurezza dell'istituto penitenziario che possono risolversi in misure limitative del diritto sempre che siano congrue e proporzionate rispetto all'obiettivo che perseguono.

La disciplina del diritto all'informazione delle persone detenute, posto in relazione alla «tutela dell'integrità culturale»[17], è contenuta in parte nell'ordinamento penitenziario (l. 26.07.1975, n. 354, d'ora in avanti o.p.) e in parte nel regolamento di esecuzione dello stesso (d.P.R. 30.06.2000, n. 230, d'ora in poi reg. esecuz.).

Nel primo testo si trova un espresso riferimento all'informazione nell'art. 18, comma 6, a norma del quale «i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i perio-

[16] *Ibidem*, 392.

[17] Così M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 156.

dici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione». La disposizione accorda ai detenuti la possibilità di avere accesso ai mezzi di informazione così da consentire il mantenimento dei contatti con il mondo esterno. L'informazione, infatti, è un'esigenza tanto più avvertita dal soggetto ristretto al punto che una sua preclusione generalizzata comporterebbe «un forte e immotivato isolamento rispetto alla società libera»[18], con una conseguente violazione dell'art. 21 Cost. Salvo i casi in cui sono proprio i legami con l'ambiente criminale di provenienza a dover essere recisi[19], infatti, la permanenza in carcere non dovrebbe risolversi in una esclusione del detenuto e l'amministrazione penitenziaria è chiamata a impegnarsi nel «profondere ogni sforzo per ridurre, sin dai primissimi momenti di permanenza in carcere, il distacco tra il detenuto ed il mondo esterno»[20].

Nella norma, poi, si fa riferimento, quale unico limite-requisito perché il mezzo di informazione possa circolare all'interno del carcere, al concetto di "libera vendita all'esterno". La scelta del legislatore penitenziario è stata quella di operare un parallelismo tra la circolazione della stampa interna ed esterna al carcere. Si è così consentito l'ingresso della stampa al sussistere «delle condizioni per cui lo stampato è idoneo a circolare nell'ambiente libero in quanto non viola prescrizioni di legge»[21]. La circostanza per la quale la norma richiama la liceità della circolazione delle pubblicazioni e non la loro commercializzazione comporta, infine, che possano avere ingresso in carcere anche le pubblicazioni a distribuzione gratuita[22].

Per quanto riguarda le limitazioni alla stampa, a differenza della normativa precedente[23], l'art. 18 dell'o.p. del 1975 si carat-

[18] S. Ardita, L. Degl'Innocenti, F. Faldi, *Diritto penitenziario,* Roma, 2014, 77. V. anche C. Santinelli, *Art. 18 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 230.

[19] Si tratta di particolari ipotesi che consentono la sospensione del trattamento penitenziario, ovvero il regime di detenzione speciale *ex* art. 41-*bis* o.p. sul quale v. *infra* § 5.

[20] V. lettera circolare D.a.p. n. 0177644 del 2010.

[21] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 157.

[22] V. J. Saccomani, *Restrizioni alla ricezione della stampa ex art. 18 ter ord. penit.: i legittimati alla richiesta,* in *Giustizia Penale*, II, giugno 2010, 352 ss.

[23] Cfr. il Regolamento carcerario del 1931 (R.D. 18 giugno 1931, n. 787, *Regola-*

terizza per aver eliminato qualsiasi forma di censura preventiva, peraltro già ridimensionata a partire dal 1970[24]. La norma, in ossequio all'art. 21 Cost., non prevede alcun tipo di limitazione *ex ante* all'accesso alla stampa "lecita" da parte dei detenuti e, pertanto, le limitazioni possono essere dettate solo da esigenze di ordine e di spazio[25] o di sicurezza[26]. La verifica della sussistenza di eventuali condizioni tali da giustificare compressioni del diritto all'informazione è rimessa alla disciplina dell'art. 18-*ter* o.p., dove si prevede che l'autorità giudiziaria possa, con decreto motivato, stabilire limitazioni nella ricezione della stampa del detenuto[27].

Il regolamento di esecuzione, poi, reca una serie di norme che riguardano l'accesso all'informazione. In particolare si prevede la possibilità per il detenuto di accedere alla biblioteca e, sulla base di intese, di accedere ad altre biblioteche; altre norme – come si vedrà a breve – riguardano l'utilizzo di *personal computer*, *compact disc* portatili e radio testimoniando «una discreta sensibilità per le nuove tecnologie, in coerenza, del resto, con la crescita di una più generale attenzione per la dimensione informativa dei detenuti»[28].

4. *L'informazione attiva e passiva in carcere*

Il dato normativo esaminato mette in luce come la quasi esclu-

mento per gli istituti di prevenzione e di pena) che prevedeva una censura preventiva generalizzata. In base a tale normativa, ad esempio, la lettura di giornali politici e di quotidiani era fortemente limitata attraverso il ritaglio di articoli ritenuti non idonei. I giornali che venivano acquistati o portati ai detenuti durante i colloqui venivano controllati e spesso stravolti dal taglio degli articoli, riguardanti soprattutto processi in corso, disordini all'interno di qualche penitenziario o episodi di cronaca nera.

[24] Cfr. Circolare Ministeriale 14.02.1970, n. 1862/3419.

[25] P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015, 137 ss.

[26] Si v. ad esempio Ord. Mag. Sorv. Vercelli, 26.05.2005, sulla quale si v. F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza: la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008, 33 s.

[27] Per la trattazione approfondita dell'articolo, approvato a seguito di diverse condanne all'Italia da parte della Corte di Strasburgo, si rinvia a A. TURTURRO, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, in questo stesso Volume.

[28] Così P. COSTANZO, *Internet e libertà di informazione dentro le mura carcerarie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informativa*, XXX, 6, 2015, 941 s.

siva attenzione del legislatore penitenziario sia rivolta all'informazione nella sua accezione passiva, ovvero come diritto del singolo ad essere informato e a ricevere una informazione pluralista e differenziata, piuttosto che in quella attiva, ovverosia alla libertà di informare e di diffondere il pensiero[29].

Questo diritto, invero, cardine della democrazia, assume ancora maggiore rilievo in una realtà ristretta dove la diffusione di notizie dall'interno potrebbe costituire uno strumento di contatto e di interazione con l'esterno, scongiurando l'isolamento del soggetto detenuto. Vero è che il contatto con il "fuori", sebbene riconosciuto dalla legge penitenziaria quale diritto fondamentale al mantenimento delle relazioni personali e con il mondo esterno[30], deve sempre soggiacere alla verifica del rispetto delle esigenze di sicurezza e di controllo che, come per la generalità dei diritti delle persone ristrette, deve costituire elemento di valutazione.

Pur nel silenzio della normativa penitenziaria l'informazione attiva, implicitamente garantita dall'art. 21 Cost., costituisce una importante attività che ben può inserirsi nel percorso di risocializzazione dei soggetti privati della libertà personale.

A questo proposito, rappresenta un dato positivo la sempre più ampia diffusione di redazioni giornalistiche all'interno degli istituti penitenziari dove si curano riviste online o a stampa[31]. La

[29] Dello stesso tenore anche le Regole penitenziarie europee che, all'art. 24.10, pur scendendo nel dettaglio della disciplina si limitano a considerare la forma passiva del diritto in parola: «Ai detenuti deve essere permesso di tenersi informati regolarmente degli avvenimenti pubblici abbonandosi e leggendo quotidiani, riviste ed altre pubblicazioni ed ascoltando la radio o vedendo trasmissioni televisive, a meno che non vi sia un divieto specifico imposto dall'autorità giudiziaria su un singolo caso per un periodo determinato».

[30] Così C. Santinelli, *Art. 18 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 201 e C. Brunetti, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2008, 107.

[31] Discorso più ampio andrebbe fatto per la prassi della "domandina", ovvero la procedura richiesta ai detenuti per la presentazione di qualsiasi istanza (anche la più elementare). Si tratta di un modulo prestampato che il detenuto deve compilare e sottoporre all'approvazione della Direzione. «La "domandina" è il genere letterario più diffuso dentro il carcere» afferma sarcasticamente L. Manconi, *Carcere tra "domandina" e bisogno di comunicazione*, intervento al Convegno "La scrittura in carcere – Esperienze a confronto" – 27 febbraio 2007 – Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, reperibile su *www.giustizia.it*.

storia del giornalismo dal carcere affonda le sue radici in una prima isolata esperienza risalente agli anni '50[32] quando nella casa di reclusione di Porto Azzurro, sull'Isola d'Elba, venne fondato il primo periodico intramurario[33]. L'approvazione dell'ordinamento penitenziario nel 1975, poi, pose per la prima volta l'accento sulla necessità di promuovere la cultura anche tra le mura carcerarie, dove peraltro il tasso di analfabetismo era allora piuttosto elevato[34], favorendo – seppur in maniera indiretta – la produzione editoriale dal carcere[35]. Oggi la diffusione di redazioni interne al carcere è ancor più capillare, tanto da aver portato nel 2004 alla costituzione della Federazione dei giornali dal carcere che attualmente conta numerose testate dal e sul carcere[36].

Diversi operatori, infatti, con l'approvazione e il sostegno della direzione degli istituti, hanno realizzato pagine web e riviste dal carcere che assumono un rilievo fondamentale nella dinamica carceraria non solo quali canali d'informazione tradizionali ma anche come strumento per «dare visibilità all'esterno del mondo carcerario» nonché per «restituire alla società civile un'immagine dello stesso e delle persone che vi sono recluse assai diversa da quella usualmente conosciuta»[37].

Anche lo spettacolo (cinematografico e teatrale) è uno dei modi di diffusione del pensiero che trova riconoscimento nell'art. 21 Cost., ultimo comma, e nell'art. 33 Cost. Sebbene anche di que-

[32] Per la letteratura sul carcere si è soliti prendere le mosse dagli scritti di Silvio Pellico "Le mie prigioni" e di Antonio Gramsci "Quaderni del carcere". Si possono, invece, far risalire le prime riviste italiane specializzate a partire dall'Unità di Italia con la fondazione, nel 1865, del periodico *Effemeride carceraria*. Per un excursus sull'evoluzione della letteratura dal e sul carcere si v. L. BACCARO, *Comunicazione e giornalismo dal carcere in Italia e all'estero*, in *Rivista di psicodinamica criminale*, VI, 2013, 11 s.

[33] La rivista a partire dal 1989 si chiama "La grande promessa" e prevede una pubblicazione a cadenza mensile sia su supporto cartaceo che informatico.

[34] Ha costituito un'eccezione al *trend* l'esperienza del Carcere di Santo Stefano, isola di confinati politici e simbolo dell'antifascismo.

[35] Si v., tra i primi, il periodico fiorentino "Noi e gli altri" o "Ora d'aria" del carcere romano di Rebibbia.

[36] *http://www.ristretti.it/areestudio/informazione/giornali/coordina/convegno/progetto.htm*.

[37] L. FRANZINI, *Comunicare dal carcere: giornali e Internet*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 3, 2002, 399 s.

ste pratiche non vi sia traccia nell'ordinamento penitenziario, le attività di spettacolo sono diffuse in molti penitenziari[38] e le compagnie teatrali composte da attori detenuti si sono andate affermando con una incidenza positiva sul percorso trattamentale e di reinserimento sociale[39].

Il tavolo 9 degli Stati generali dell'esecuzione penale, in particolare, è stato dedicato, oltre che all'istruzione e allo sport, proprio alla cultura, prefiggendosi obiettivi puntuali sia di carattere ricognitivo – come ad esempio la verifica della presenza di biblioteche, locali ricreativi, di progetti pilota che coinvolgono le persone detenute riguardo a teatro, ripresa video-documentaria e di finzione, espressività del corpo, espressione musicale in genere, scrittura creativa e giornalismo, arti figurative – sia di carattere innovativo – quali l'individuazione di linee guida nella formazione degli operatori nel campo della cultura e la valutazione circa opportunità di configurare il teatro come attività "istituzionalizzata" negli istituti di pena[40] –.

L'attività del tavolo ha permesso di mettere in luce l'incidenza – in termini percentuali – che lo sviluppo di attività culturali ha sul tasso di recidiva[41]. Anche sulla scorta di questo si è proposto l'inserimento nell'Ordinamento penitenziario di una regolazione delle attività culturali che, al pari del lavoro e dell'istruzione, possano costituire vere e proprie «attività strutturanti la vita detentiva»[42] e, nella Relazione finale degli Stati generali, si è fatto espresso ri-

[38] Per una ricognizione delle compagnie teatrali, presenti e passate, che operano in carcere v. *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Compagnie_teatrali.pdf*.

[39] Noto è il caso della rappresentazione "Cesare non deve morire" della compagnia Teatro Libero di Rebibbia dalla quale è stato tratto l'omonimo film nel 2012 diretto da Paolo e Vittorio Taviani, che ha ricevuto diversi premi cinematografici nazionali ed internazionali. L'interesse e lo sviluppo delle attività teatrali interne al carcere è testimoniato da ultimo dalla stipula, in data 24 marzo 2016, del Protocollo d'intesa tra Dipartimento amministrazione penitenziaria, Coordinamento nazionale teatro in carcere e Università Roma Tre. Sul rapporto tra carcere e teatro si v. il focus *Teatro in carcere*, in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_3_0_6.page*.

[40] Cfr. gli obiettivi indicati dal Comitato degli esperti per il coordinamento degli Stati Generali, Sgep, *Relazione finale Tavolo 9*, in *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo9_relazione.pdf*, 3 s.

[41] Sgep, *Relazione finale Tavolo 9*, cit., 79 s.

[42] Sgep, *Relazione finale Tavolo 9*, cit., 80.

ferimento all'importante ruolo del teatro quale «potente, anche se impegnativo, antidoto rispetto all'impoverimento emozionale derivante dalla routine carceraria»[43].

Come si anticipava, diverso rilievo è dato all'articolazione passiva del diritto all'informazione, con una disciplina espressa tanto del suo esercizio quanto delle modalità di limitazione dello stesso.

In primo luogo, l'acquisto e la detenzione di quotidiani, periodici e libri, concessa ai sensi dell'art. 18, comma 6, o. p., è garantita anche dall'illuminazione dei locali nei quali si svolge la vita dei detenuti così da permettere la lettura (art. 6 o.p.) e dalla presenza in ogni istituto di biblioteche (art. 12 o.p.) fornite di libri e periodici scelti in modo da realizzare una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società (art. 21, comma 2. reg. esecuz.).

I giornali quotidiani, sebbene la normativa appena richiamata faccia riferimento ai soli "periodici", non sono esclusi dalla fruizione per le persone detenute che però possono accedervi solo tramite acquisto personale in quanto non ne viene assicurata la disponibilità in consultazione gratuita presso le biblioteche degli istituti. La scelta per cui il legislatore sembra aver optato, ovvero di non rendere disponibile il «veicolo più aggiornato di notizie dall'esterno, e meglio in grado di mantenere vivo l'interesse per la realtà al di fuori delle mura carcerarie», sembra essere «il riflesso di una inspiegabile ritrosia, magari motivata anche da ragioni economiche, ad offrire, nei limiti del possibile, interventi diretti a sostenere gli interessi umani, culturali e professionali dei detenuti e degli internati (art. 1 reg. esec.)»[44].

L'art. 44, comma 4, reg. esecuz., inoltre, consente ai detenuti studenti universitari – ma pare estendibile a tutti i detenuti iscritti a corsi scolastici[45] – di essere autorizzati a tenere nella propria

[43] SGEP, *Documento finale*, in *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/documento_finale_SGEP.pdf*, 57.

[44] P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. GREVI, a cura di, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Roma, 1981, 191 s.

[45] Cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 301, il quale parla di estensione analogica «per evidenti ragioni di uniformità di trattamento di situazioni omogenee».

camera e negli altri locali di studio, i libri, le pubblicazioni e tutti gli strumenti didattici necessari al loro studio[46]. I libri e la stampa in generale possono essere acquistati dai detenuti, fruendo delle somme di cui dispongono nel peculio, nei limiti stabiliti con una circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ai sensi dell'art. 57, comma 6 reg. esecuz.[47].

Come si è già notato il possesso di libri o periodici, benché diritto espressamente riconosciuto alla persona detenuta, è sottoposto al potere autorizzativo dell'autorità amministrativa. La posizione assunta dal soggetto dinnanzi alla decisione discrezionale dell'amministrazione è stata da alcuni letta quale condizione inferiore rispetto ad un diritto soggettivo pieno, «una facoltà assimilabile all'interesse legittimo: […] una situazione soggettiva, cioè, nella quale il libero esplicarsi della facoltà della persona può essere conformato da regole, direttive o divieti promananti dall'amministrazione, sul cui legittimo esercizio insiste l'interesse giuridicamente tutelato del soggetto»[48]. Invero, il procedimento autorizzatorio cui è subordinata la possibilità per il soggetto di tenere libri e stampa nelle celle si risolve in un mero riscontro dell'assenza di divieti previsti dalla legge (liceità delle pubblicazioni, compatibilità del possesso della stampa con le esigenze di ordine e sicurezza dell'istituto). Pur non trattandosi di una posizione giuridica deteriore rispetto a quella del libero cittadino, l'esercizio del diritto da parte dei soggetti detenuti è sempre assoggettabile al bilanciamento con le contrapposte esigenze di sicurezza. Le limitazioni all'accesso alla stampa, infine, possono essere considerate legittime purché congrue e proporzionate alla finalità perseguita ed è, pertanto, inibito all'amministrazione penitenziaria di «precludere in senso assoluto – attraverso l'imposizione di divieti o limiti che vanifichino nella sostanza la facoltà riconosciuta ai ristretti – la disponibilità di libri in favore dei detenuti»[49].

[46] Sullo studio e, più in generale, sul diritto all'istruzione e la cultura in carcere si v. l'art. 19 o.p. e C. Tomba, *Il diritto all'istruzione e alla cultura*, in questo Volume.

[47] Attualmente i limiti di spesa del c.d. peculio sono regolati dalla Circolare DAP n. 3650/6100 – Prot. n. 0277389-2013 in base alla quale l'ammontare delle somme che possono essere spese dai detenuti ed internati per gli acquisti e la corrispondenza è pari ad un massimo mensile di € 500,00 e ad un massimo settimanale di € 150,00.

[48] F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 301.

[49] *Idem.*

Dibattito ulteriore riguarda il possesso di pubblicazioni a carattere pornografico da parte dei detenuti. In particolare ci si è chiesti se un tale tipo di pubblicazioni sia contrario limite del buon costume imposto dall'art. 21 Cost. Alcuni provvedimenti assunti della Magistratura di sorveglianza hanno negato la possibilità ai detenuti di possedere riviste pornografiche sostenendo che le stesse siano vietate ai minori, altri assumendo che la loro esposizione sia vietata dalla legge e che l'esonero da responsabilità per la loro divulgazione sia previsto dalla legge solo per gli edicolanti e i librai e non per l'Amministrazione penitenziaria. D'altro canto, come si è visto, l'art. 18, comma 6, o.p. prevede quale unico limite posto al diritto di possedere la stampa in cella la sola liceità della stessa: non può essere vietata in carcere la diffusione di stampa autorizzata all'esterno. È proprio sulla base di tale parallelismo tra liceità di diffusione della stampa esternamente e internamente al carcere che, secondo una diversa lettura della giurisprudenza di merito, si deve consentire la circolazione di tale tipologia di stampato. Questa seconda lettura sembrerebbe maggiormente aderire all'*intentio legislatoris* che, «prevedendo quale unico parametro per l'ingresso delle pubblicazioni negli istituti la libera circolazione delle stesse, (…) ha assunto una posizione chiara anche in relazione alla stampa pornografica»[50].

Si segnala che Corte costituzionale in una sola occasione, e del tutto incidentalmente, si è trovata a trattare di questioni connesse alla diffusione di stampa presunta oscena all'interno del carcere non essendo intervenuta in maniera espressa sulla legittimità del suo trattenimento da parte dell'Amministrazione penitenziaria ma avendo, piuttosto, specificato che lo stesso possa costituire una illegittima compressione del diritto riconosciuto dall'art. 21 Cost. per il quale al soggetto detenuto dovrebbe essere garantita una tutela giurisdizionale[51].

D'altra parte, infine, con riferimento a riviste vietate ai minori,

[50] C. SANTINELLI, *Art. 18 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 230.

[51] Cfr. sent. n. 26 del 1999 riguardante la legittimità del sistema dei reclami a quel tempo previsto dall'ordinamento penitenziario. Per la trattazione approfondita di questo aspetto e per la disamina del provvedimento richiamato si rinvia a S. TALINI, *Il*

prevedere la possibilità del loro accesso non comporta il conseguente obbligo per l'Amministrazione penitenziaria di inserire tali riviste nell'elenco dei beni e dei generi per i quali è intervenuta la convenzione tra la ditta appaltatrice dal momento che, non costituendo oggetto di indispensabile utilizzo, il mancato inserimento non comporta la violazione di un diritto del detenuto[52]. Sebbene il possesso e la ricezione di stampa pornografica da parte del detenuto non debbano ritenersi vietati, dunque, non vi è un obbligo in capo all'istituto penitenziario di fornitura e il diritto del soggetto detenuto non potrà dirsi leso visto che lo stesso potrà ottenere la stampa stessa sia con il mezzo della corrispondenza ordinaria che attraverso la spedizione in abbonamento, ferme restando le limitazioni dettate dalle esigenze di ordine e spazio.

Vi sono, poi, altri strumenti di informazione di cui, ai sensi dell'ordinamento penitenziario, i soggetti detenuti possono servirsi. Tra questi dispositivi vanno richiamati la radio e la televisione, il cui utilizzo era concesso in origine solo per la valenza didattica degli stessi finalizzata a contribuire al percorso rieducativo del detenuto. Con l'art. 40 reg. esecuz. si è invece inteso liberalizzare l'utilizzo di tali mezzi purché per dimensioni e caratteristiche si conformino alle prescrizioni ministeriali[53]. Inoltre, un regolamento interno a ciascun istituto disciplina l'utilizzo di radio e televisione in modo da non arrecare disturbo alle altre persone.

Il processo di liberalizzazione che ha coinvolto da tempo l'uso dei tradizionali strumenti di accesso alle informazioni, quali radio e televisione, è ancora lungi dal riconoscersi per i più moderni strumenti. Infatti, nonostante i *personal computer* e i cd portatili siano espressamente richiamati dal regolamento di esecuzione, l'uso degli stessi può essere autorizzato al detenuto solo per "motivi

"diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?, in questo Volume.

[52] Cfr. Cassazione penale, sez. I, 30.06.2011, n. 45410.

[53] Per la verità una timida apertura in questo senso già era presente nell'art. 38 reg. esecuz. 1976 (Decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431) in base al quale era consentito usare un apparecchio radio personale purché autoalimentato (l'autoalimentazione era letta quale forma di ostacolo ai consumi di elettricità non controllati e quale misura per prevenire propositi suicidi).

di lavoro e di studio" (art. 40 reg. esecuz.)[54]. La funzionalizzazione dell'uso del pc ai motivi lavorativi e scolastici e non al mero accesso informativo ha comportato che la giurisprudenza di legittimità si sia orientata nel senso di ritenere legittimi i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria di divieto dell'uso di pc nella stanza di detenzione "per approfondimento culturale", perché non rientranti tra le finalità riconosciute dalla norma[55].

Rimane ancora fermo, infine, il divieto nei confronti dei soggetti detenuti di accedere al web, avvalendosi dei computer per i quali è stato autorizzato il possesso. Un cambio di rotta, con un progressivo ampliamento dell'uso della rete in carcere, sembra rappresentato dalla circolare D.A.P. n. 0366755 del 2 novembre 2015 che ha dato nuovo impulso alla sentita esigenza di adeguamento nell'utilizzo di internet da parte dei detenuti, pur se ancora rimasta inattuata. La circolare, in particolare, individua in tutte le "categorie" di detenuti i possibili destinatari del beneficio in questione, non operando distinzioni per i detenuti ristretti in condizione di alta sicurezza e per quelli in condizione di elevato indice di vigilanza, ma esclude – per ragioni solo parzialmente condivisibili – chi si trovi nello stato di detenzione prevista dall'art. 41-*bis* o.p.[56]

La circolare, in particolare, consente l'uso di pc integrati di lettore di CD o DVD e di un'unità *floppy-disk*, ed esclude, invece,

[54] Sulle modalità di utilizzo del pc si vv. circolari D.A.P. 15.06.2001, n. 3556/6006, e 4.11.2002, n. 000826 e circolare D.A.P. 21.04.2000, n. 161940/5-3-compl.

[55] In questo senso cfr. Cass. penale, sez. VII, 15.10.2013, n. 20832 nella quale la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto avverso l'ordinanza con la quale il magistrato di sorveglianza respingeva il reclamo relativo al provvedimento di rigetto dell'amministrazione penitenziaria. La SC ritiene che il divieto dell'uso del pc nella stanza di detenzione per motivi di approfondimento culturale (nella specie, relativi a cultura biblica) sia legittimo dal momento che l'art. 40 reg. esecuz. prevede la concedibilità di autorizzare tale modalità di fruizione dello strumento informatico solo per motivi di lavoro o di studio curriculare. Con particolare riferimento al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., Cass. penale, sez. I, 28.04.2004, n. 2319.

[56] La legittimità di questa specifica preclusione, in quanto diretta ad impedire illecite comunicazioni intra ed extramurarie molto più agevoli e incontrollabili mediante l'uso di supporti elettronici trova riscontro nelle esigenze preventive poste a fondamento del regime di detenzione speciale su cui v. *amplius infra* § 5. Di dubbia legittimità, invece, è l'automatismo operato dal Ministero a fronte di una disciplina normativa che invita a valutare caso per caso le situazioni che possano costituire un pericolo per la comunicazione del soggetto in regime speciale con l'associazione criminale di provenienza.

l'uso di stampanti, scanner e masterizzatori collegati al pc, nonché di modem anche in modalità fax, in quanto abilitanti ad una comunicazione esterna. Tali ultimi potranno essere fruiti solo ove sia possibile disabilitare la capacità di connessione o, in caso contrario, utilizzabili solo fuori della camera di detenzione nelle sale comuni sotto il controllo diretto di un operatore penitenziario. Anche per le eventuali forme di accesso alla rete, prospettate dalla circolare e ancora in via di definizione, sussiste il requisito della subordinazione dell'autorizzazione alla funzione lavorativa o educativa. L'autorizzazione all'accesso al web dovrebbe in ogni caso essere consentito solo previo accertamento della coerenza dell'utilizzo con finalità di lavoro o di studio.

5. *L'informazione per i detenuti sottoposti al c.d. regime detentivo speciale*

Infine, il regime previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, o.p., occasionato da situazioni nelle quali vi siano elementi tali da ritenere la sussistenza di legami tra il detenuto e un'associazione criminale, terroristica o eversiva, può comportare la sospensione delle regole trattamentali risolvendosi talvolta nella parziale compressione del diritto all'informazione del detenuto stesso[57].

È chiaro che il regime detentivo speciale rappresenta la massima espressione della tensione sussistente tra la tutela dei diritti del soggetto detenuto e l'esigenza di sicurezza che consente la limitazione (congrua e proporzionata) dei diritti stessi. La *ratio* di tale regime è infatti quella di impedire il mantenimento di legami tra il detenuto e l'associazione criminale di provenienza e per questo per i detenuti in regime "differenziato", in maniera molto più pregnante rispetto ai detenuti "ordinari", qualsiasi forma di comunicazione con l'esterno è oggetto di particolare attenzione e può essere limitata.

Proprio la delicatezza della situazione prospettata, data dalla

[57] Sul punto si v. diffusamente, in questo stesso Volume, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*.

potenziale lesione di diritti fondamentali del detenuto, da un lato, e dalle gravi ragioni di ordine e sicurezza pubblica, dall'altro, ha comportato che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni a valutare, direttamente o indirettamente, la legittimità del trattamento differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p. In alcune delle questioni trattate, per quanto in questa sede interessa, a venire in rilievo è stato proprio il diritto all'informazione del detenuto.

Il diritto all'informazione inteso come accesso al mezzo televisivo, ad esempio, è stato oggetto "mediato" della sent. n. 135 del 2013 con la quale, in via "immediata", la Corte è stata chiamata ad esprimersi circa la vincolatività delle decisioni del Magistrato di sorveglianza[58]. La questione prendeva le mosse da un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto dal Magistrato di sorveglianza di Roma nei confronti del Ministero della giustizia. Il Magistrato di sorveglianza, in particolare, riteneva ingiustificato il provvedimento assunto dall'Amministrazione con il quale si vietava a due detenuti in regime speciale la visione dei canali "Rai Storia" e "Rai Sport". Secondo il giudice romano, infatti, il provvedimento inibitorio implicava una ingiustificata compressione del pieno esercizio del diritto all'informazione.

Al di là dell'interesse che la decisione desta sotto il profilo dell'effettività della tutela del soggetto detenuto, ciò che rileva sotto la diversa prospettiva del diritto all'informazione è l'affermazione, presente in maniera chiara nella parte motiva del provvedimento, dell'informazione televisiva quale diritto fondamentale del detenuto, così da ritenersi, nella specie in questione, non «una doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione penitenziaria, ma la lesione del diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost. che il giudice competente ha ritenuto ingiustificatamente compresso da un provvedimento limitativo dell'Amministrazione penitenziaria»[59].

[58] Per una trattazione approfondita di questo profilo si rinvia al capitolo dedicato S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

[59] Corte cost. sent. 12.06.2013, n. 135, p. 6 cons. dir. In questa stessa ottica, può guardarsi anche al noto caso *Öcalan c. Turchia* (n. 2) 18.3.2014, in cui la Corte Edu ha affermato «che l'accesso ai mezzi audiovisuali (televisione) costituisce un modo per

Altro e diverso caso è quello che ha riguardato la ricezione di libri e riviste a stampa tramite corrispondenza o pacco postale, ovvero mediante consegna in occasione dei colloqui nell'istituto penitenziario[60]. Tale possibilità è stata negata da una circolare del 2011[61], di fatto ripristinata da una nuova circolare nel 2014[62], che ha sostanzialmente disposto il divieto di ricevere ed inviare libri e riviste provenienti dai e dirette ai familiari, anche tramite pacco consegnato in sede di colloquio o spedito per posta. Ai detenuti in regime detentivo speciale l'accesso alla stampa sarebbe consentito così solo attraverso l'acquisto personale per il tramite dell'istituto penitenziario.

Le ragioni che hanno spinto all'adozione di tali direttive restrittive sono da rintracciarsi in episodi nei quali, tramite la consegna al detenuto in sede di colloquio o tramite invio postale di pacchi contenenti libri, si erano elusi i controlli sulle comunicazioni con l'esterno, particolarmente stringenti nel regime detentivo speciale.

Larga parte della magistratura di sorveglianza si è orientata nel senso di disapplicare le suddette circolari, accogliendo i reclami dei detenuti che ritenevano leso il proprio diritto costituzionale alla libertà di corrispondenza. Il provvedimento amministrativo restrittivo, in particolare, si sarebbe posto in contrasto con la riserva di legge e la riserva di giurisdizione imposta dall'art. 15 Cost.[63].

ridurre l'isolamento sociale», e ha distinto, nell'esaminare la liceità del trattamento carcerario praticato al ricorrente, una prima fase in cui la mancata autorizzazione ad avere la tv in cella era giustificata a causa della sua supposta pericolosità. In un periodo successivo, a seguito dell'intervento del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti la limitazione all'accesso al mezzo informativo imposto in precedenza era venuto meno senza alcuna giustificazione convincente, così comportando una condanna della Turchia per il periodo detentivo in cui il soggetto non aveva potuto avere disponibilità del mezzo.

[60] M. Ruotolo, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41*-bis*. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen*., 2, 2015, 842 ss.

[61] Cfr. Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 8845/2011 del 16 novembre 2011.

[62] Cfr. Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia n. 3701/2014 dell'11 febbraio 2014.

[63] Si v., ad es., Mag. sorv. Spoleto, ord. 18.12.2012; Mag. sorv. Roma, ord. 18.02.2013; Mag. sorv. Reggio Emilia, ord. 13.05.2013; Mag. sorv. Marcerata, ord. 20.05.2013; Mag. sorv. L'Aquila, ord.10.10.2013.

A venire in rilievo, però, non è solo la libertà di corrispondenza (art. 15 Cost.) ma anche la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.). Come si è visto il margine distintivo tra le due norme costituzionali è labile ma ha ripercussioni di non poco conto anche sulla normativa penitenziaria applicabile. Diverse conseguenze derivano a seconda che voglia considerarsi il pacco quale "altra forma di comunicazione" *ex* art. 15 Cost. o quale comunicazione *ex* art. 21 Cost. L'equiparazione del pacco alla missiva potrebbe derivare dalla presenza, nel caso prospettato, di un destinatario determinato e dalla veicolazione (pur se tramite la consegna di un libro scritto da terzi) di un messaggio tra il mittente e il destinatario. Di qui ne deriverebbe una disciplina penitenziaria molto garantista nei confronti del detenuto e meno nei confronti delle esigenze di sicurezza. Il diritto dei detenuti alla corrispondenza epistolare, infatti, non conosce limitazioni quantitative né di categorie di persone con cui svolgere la comunicazione interpersonale. Al contrario i pacchi, quali forme comunicative non equiparabili alla corrispondenza, sono aperti e visionati dagli operatori del carcere e soggiacciono a limiti quantitativi, particolarmente stringenti per i detenuti in regime speciale[64].

Altra questione riguarda la legittimità dei provvedimenti ministeriali richiamati a fronte di una disciplina, contenuta nell'art. 18-*ter* o.p., che riserva all'autorità giudiziaria la prerogativa di limitare la ricezione della stampa ai detenuti per motivi tassativi.

Sul punto l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità è stato quello di escludere la sussistenza di restrizioni ingiustificate dal momento che le suddette circolari avrebbero la funzione di regolare le modalità con le quali possono essere ricevuti, consegnati o custoditi libri nella propria camera di detenzione in funzione degli scopi del regime di detenzione speciale, senza intaccare il diritto del detenuto ad informarsi o a studiare[65]. In alcuni

[64] Cfr. la normativa contenuta nell'art. 14, commi 1 e 6, Reg. esecuz.

[65] Cfr. Cassazione penale, sez. I, 11.11.2014, n. 11184. Conf. Cassazione penale, sez. I, 16.10.2014, n. 50156 nella quale si afferma la legittimità di tali restrizioni dal momento che si tratta di disposizioni finalizzate ad evitare ogni possibilità di contatto con l'organizzazione criminale di appartenenza, «senza incidere sui diritti del detenuto allo studio e all'informazione».

casi la Cassazione si è spinta ad affermare che non ci si troverebbe in presenza di una violazione di diritti soggettivi, dal momento che l'ordinamento penitenziario contempla espressamente la sola facoltà per il detenuto di acquistare e tenere presso di sé i libri[66].

A fronte di tale "diritto vivente", sorto sull'interpretazione dell'art. 41-*bis* o.p. alla luce delle circolari ministeriali in ordine al divieto di ricezione della stampa ai colloqui o via posta, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, dubitando della legittimità costituzionale di tale interpretazione, si è visto costretto a sollevare una questione davanti alla Corte costituzionale. Nell'ordinanza di rimessione, in particolare, il Magistrato esamina, quale uno dei motivi di censura, proprio la violazione dell'art. 21 Cost. dal momento che le limitazioni nella ricezione della stampa disposte dall'amministrazione determinerebbero «una compressione del diritto del detenuto ad essere informato alla quale non corrisponde – in contrasto con quanto richiesto dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della legittimità delle limitazioni ai diritti fondamentali (sono citate le sentenze n. 143 e n. 135 del 2013) – alcun apprezzabile incremento della tutela di interessi contrapposti di pari rango, legati, nella specie, ad esigenze di contrasto della criminalità organizzata»[67].

Secondo il giudice, infatti, la circolare ministeriale non si limiterebbe a regolare le modalità di accesso alla stampa, senza incidere sul diritto del detenuto ad informarsi, dal momento che, pur potendo quest'ultimo sempre acquistare libri, riviste e quotidiani tramite la direzione dell'istituto penitenziario, ha in via di fatto serie difficoltà nel reperire il materiale librario. Le difficoltà deriverebbero dalle lungaggini legate all'acquisto tramite l'istituto, ai costi più elevati da sostenere dal momento che non si potrebbero acquistare libri usati e dalle limitazioni di spesa mensili, ancora più rigide rispetto ai detenuti "ordinari".

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione riguardante la presunta violazione dell'art. 21 Cost. riaffermando quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità: pur ricono-

[66] V. Cassazione penale, sez. I, 03.10.2013, n. 9674.

[67] Corte cost., sent. 26.05.2017, 122, p. 1.4 riten. in fatto.

scendo il fondamento costituzionale del diritto di essere informati nell'art. 21 Cost. e pur richiamando le norme dell'ordinamento penitenziario che attuano la garanzia costituzionale (art. 18, comma 6, o.p., nell'art. 18-*ter*, comma 1, lettera a), o.p.), conferma che «la tutela – tanto costituzionale quanto legislativa – è (…) riferita alla facoltà del detenuto di scegliere con piena libertà i testi con i quali informarsi, mentre restano indifferenti i mezzi mediante i quali gli viene garantito il diritto di entrare in possesso delle pubblicazioni desiderate»[68].

Di qui l'infondatezza della questione in quanto nel caso di specie a venire in rilievo sono le modalità di ricezione e di invio della stampa e non l'accesso alla stessa. Non sussisterebbe alcuna violazione dell'art. 21 Cost. dal momento che l'accesso all'informazione sarebbe comunque garantito attraverso gli altri mezzi di reperimento della stampa. In altre parole le circolari ministeriali, in attuazione dell'art. 41-*bis* o.p., pur vietando la ricezione di stampa tramite consegna *brevi manu* o invio tramite pacco postale, non costituiscono una limitazione al diritto all'informazione, imponendo piuttosto che l'acquisto della stampa – in ossequio della libera scelta del detenuto – avvenga attraverso canali sicuri. Infine, la Corte riafferma il principio in base al quale la residuale possibilità per il detenuto di acquistare la stampa «non deve tradursi in una negazione surrettizia del diritto». In questo ultimo caso, infatti, il diritto all'informazione del detenuto verrebbe completamente frustrato comportando una lesione costituzionalmente vietata.

Per quanto riguarda, in ultimo, il rapporto intercorrente tra l'art. 15 e l'art. 21 Cost. e le difficoltà definitorie cui si è accennato in apertura, a differenza di quanto sostenuto dal giudice rimettente – il quale ha inteso la spedizione *de qua*, in quanto veicolo di un messaggio indirizzato in modo specifico al destinatario, come rientrante nel concetto di corrispondenza *ex* art. 15 Cost.[69] – la Corte nella sentenza in esame sostiene che «la postulata idoneità a fungere da veicolo di comunicazione di idee, sentimenti e notizie tra mittente e destinatario» a prescindere dal supporto comunicativo non

[68] Corte cost., sent. 26.05.2017, 122, p. 5 cons. dir.

[69] Cfr. Mag. sorv. Spoleto, ord. 26.04.2016.

può costituire elemento alla stregua del quale ricondurre la stampa entro la tutela predisposta dall'art. 15 Cost. Secondo la Corte, si tratterebbe di una caratteristica non esclusiva delle pubblicazioni a stampa dal momento che «qualsiasi oggetto si presta astrattamente ad assumere – per effetto di una precedente convenzione, per la sua valenza simbolica intrinseca o semplicemente per i rapporti interpersonali tra le parti – un determinato significato comunicativo, quando non pure a fungere da sostituto "anomalo" dell'ordinario supporto cartaceo per la redazione di messaggi, o da contenitore per celarli al suo interno»[70]. Se si prescindesse dalla valutazione del supporto materiale attraverso il quale si veicola la comunicazione, ne deriverebbe una indiscriminata libertà di circolazione dei beni tra il carcere e l'esterno incompatibile con le esigenze connesse al regime detentivo speciale.

In questo ultimo assunto, in altre parole, la Corte sembra cogliere una distinzione definitoria rilevante con esclusivo riferimento al contesto penitenziario. Come si è affermato, infatti, l'interpretazione dell'art. 15 Cost. si è andata estendendo al fine di ricondurre entro la tutela costituzionale tutte le forme di comunicazione interpersonale, indipendentemente dal supporto usato. L'indifferenza rispetto al mezzo materiale non opererebbe nei confronti delle comunicazioni con i detenuti, in particolare con quelli in regime di 41-*bis*, cosicché «la libertà di corrispondenza [è] riconosciuta ai detenuti in quanto esplicata attraverso gli ordinari strumenti di comunicazione, e non anche nella forma anomala dello scambio diretto o per posta di oggetti aventi un significato convenzionale, o estemporaneamente vicari dell'usuale supporto cartaceo»[71].

6. *Il necessario ripensamento dell'informazione come diritto del soggetto ristretto e quale elemento trattamentale autonomo*

Al termine della disamina della disciplina dell'informazione in carcere e delle questioni ad essa connesse, è possibile fornire

[70] Corte cost., sent. 26.05.2017, 122, p. 6 cons. dir.
[71] *Idem*.

qualche rilievo conclusivo circa i punti di arrivo e le prospettive auspicate nel contesto comunicativo odierno.

Partendo dagli approdi consolidati, sembra ormai superata la *querelle* circa la posizione giuridica da riconoscersi al singolo rispetto all'informazione quale diritto soggettivo o interesse legittimo. Come si è visto, non tutte le sfumature dell'informazione sono contemplate dalla normativa riguardante l'organizzazione penitenziaria e, per la parte disciplinata, si prevede sempre un procedimento autorizzatorio in capo all'Amministrazione. Questi fattori, insieme al lessico utilizzato dal legislatore penitenziario[72], hanno portato in passato a propendere per una soluzione che non riconoscesse nell'esigenza informativa del detenuto natura di diritto soggettivo, «con la conseguenza che la facoltà di accedere alla stampa periodica pot[esse] al limite essere negata qualora, in concreto, il suo esercizio non dimostrasse alcuna valenza trattamentale»[73].

D'altra parte, come si è già avuto modo di sottolineare, la condizione carceraria si caratterizza – in punto di riconoscimento dei diritti – per due componenti complementari. Da un lato, come da tempo sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale, la circostanza detentiva non può e non deve costituire giustificazione per un azzeramento dei diritti del singolo ma anzi «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo (…) opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta»[74]. Dall'altra, le esigenze di sicurezza e prevenzione connesse alla detenzione, possono essere motivo di restrizioni legittime dei diritti.

In altre parole, la situazione detentiva può costituire il presupposto per una restrizione del diritto del detenuto a fronte dell'esigenza di tutela di un contrapposto interesse parimenti costituzionalmente garantito. Il godimento dei diritti da parte del soggetto

[72] Cfr. "sono autorizzati" (art. 18, comma 6, o.p.).

[73] Così P. COSTANZO, *Internet e libertà d'informazione dentro le mura del carcere*, cit., 944.

[74] Cfr. *ex multis* sent. n. 204 del 1974. Sul punto si v. M. RUOTOLO, *Dignità a carcere*, Napoli, 2014, 51 ss.

detenuto è pertanto connaturato al procedimento autorizzatorio; ciò, tuttavia, non implica la qualificazione della posizione giuridica in termini di interesse legittimo. Sarebbe, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, in ogni caso scorretto, invocare la qualificazione di interesse legittimo quale giustificazione per una tutela meno intensa del soggetto detenuto rispetto al libero cittadino.

Ulteriore conferma di tale quadro ricostruttivo – che non nega l'esistenza del diritto per il solo fatto che sia sottoposto ad un procedimento autorizzatorio e di bilanciamento costante – può scorgersi, ad opinione di chi scrive, proprio nella sentenza della Corte costituzionale da ultimo richiamata[75] dove il giudice costituzionale, pur addivenendo ad un dispositivo di infondatezza, ammette la possibilità di condizionamenti modali del diritto all'informazione presupponendo, così, l'esistenza del diritto stesso e della sua posizione costituzionalmente guarentigiata.

La seconda questione, strettamente connessa alla prima, riguarda la potenziale autonomia dell'uso del mezzo informativo, ovvero la possibilità di intendere l'accesso alle informazioni (nelle varie forme evocate) quale diritto autonomo finalizzato al "mero" arricchimento culturale e non funzionalizzato alla salvaguardia di altri diritti (quali, ad esempio, lo studio e l'istruzione).

Nel preambolo della richiamata circolare del 2015 in materia di accesso alla rete[76], vi è un primo accenno alla valorizzazione dell'utilizzo di strumenti informatici quale fattore di crescita personale del soggetto ristretto e come efficace strumento di sviluppo di percorsi trattamentali complessi. Nella stessa circolare, inoltre, si prende in considerazione l'alfabetizzazione informatica quale strumento di integrazione del ristretto. L'analfabetismo tecnologico, infatti, può costituire un elemento ulteriore di emarginazione e per questo è stato individuato quale punto di criticità del sistema penitenziario anche dal Garante nazionale per le persone private della libertà personale che, nella Relazione annuale al Parlamento, ha sottolineato una certa diffidenza dell'Amministrazione peniten-

[75] Corte cost. sent. n. 122 del 2017.

[76] Circolare D.A.P. n. 0366755 del 2 novembre 2015.

ziaria verso la tecnologia, auspicando una valorizzazione della formazione in campo tecnologico quale «valore irrinunciabile nell'esecuzione penale ai fini del reinserimento sociale»[77].

L'autonoma considerazione del diritto all'informazione quale elemento trattamentale, però, sembra non essere stata del tutto assorbita quale priorità per il legislatore penitenziario che, da ultimo, nella recentissima delega penitenziaria approvata con voto di fiducia il 14 giugno 2017[78], ha perso l'occasione di valorizzare l'aspetto autonomo dell'informazione. Nella delega, in particolare, non si fa alcun accenno alle forme di informazione attiva e l'unico riferimento ai collegamenti audiovisivi è riservato al mantenimento delle relazioni familiari o alle esigenze processuali[79].

Per concludere, è forse giunto il momento di ripensare l'informazione in carcere sotto una diversa prospettiva. Fino ad oggi l'ordinamento penitenziario si è caratterizzato per trascurare completamente le forme attive di informazione, che pure rivestono nella prassi un ruolo cruciale non riducibile alle sole attività ricreative e ludiche. Nell'accezione passiva di esercizio del diritto, invece, persistono nella normativa penitenziaria forme di funzionalizzazione dell'accesso alle informazioni a comprovate esigenze di istruzione e di lavoro.

Come si è cercato di mettere in luce, invece, l'attività informativa può e deve costituire un elemento trattamentale autonomo, capace di accrescere la consapevolezza e la risocializzazione del soggetto detenuto scongiurando le derive dell'isolamento sociale. Tale diversa prospettiva si tradurrebbe, peraltro, in benefici diretti sulla resa dell'esecuzione penale in carcere, come dimostrato – ad

[77] GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento* 2017, in *http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/bc9d71fe50adf78f32b68253d1891aae.pdf*, 75 dove si attesa che al momento, tra coloro che hanno il potere di stabilire l'offerta trattamentale «prevale un paradossale timore di un possibile uso improprio della tecnologia e, quindi, del venir meno di norme di sicurezza».

[78] Cfr. L. 23.06.2017, n. 103.

[79] Cfr. art. 1, comma 85, lett. i) dove si dispone che, quali principi e criteri direttivi della delega la disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari.

esempio – dall'incidenza positiva delle attività teatrali sul fenomeno della recidiva.

L'avanzamento tecnologico, infine, ben potrebbe assicurare la predisposizione di accorgimenti tecnici in grado di garantire le sempre rilevanti esigenze di sicurezza e prevenzione.

Andrea Turturro

Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. Riservatezza e *privacy*: una definizione minima – 3. La libertà e la segretezza della corrispondenza (e di ogni altra forma di comunicazione) dei detenuti – 3.1. L'art. 15 della Costituzione (cenni) – 3.2. Il diritto alla corrispondenza e alle comunicazioni dei detenuti – 3.2.1. Un inquadramento generale – 3.2.2. Comunicazioni *inter praesentes*: i colloqui – 3.2.3. Comunicazioni *inter absentes*: la corrispondenza epistolare, telegrafica e via fax – 3.2.4. (segue) Comunicazioni *inter absentes*: la corrispondenza telefonica – 3.2.5. Limitazioni e controlli delle comunicazioni – 3.2.5.1. Il confine tra diritto alla corrispondenza e libertà di essere informati in una recente sentenza della Corte costituzionale – 3.3. La delega penitenziaria – 4. La protezione dei dati personali – 4.1 Il Codice *privacy*: una visione d'insieme – 4.2. La protezione dei dati personali dei detenuti in un provvedimento del Garante per la *privacy* – 4.3. Il c.d. diritto all'oblio a seguito della sentenza *Google Spain.*

1. *Cenni introduttivi*

Discorrere di un diritto alla riservatezza dei detenuti[1] potrebbe apparire paradossale o quantomeno controintuitivo, trattandosi probabilmente della situazione giuridica soggettiva che, dopo la libertà personale, viene ad essere maggiormente incisa dall'assoggettamento a pena detentiva. Al riguardo non è neanche necessario

[1] Sembra opportuno rammentare la distinzione tra "detenuti" (condannati in via definitiva), "internati" (assoggettati a misura di sicurezza detentiva) e "imputati" sottoposti alla custodia cautelare in carcere. Lo *status* è naturalmente diverso e ciò giustifica la previsione di regole parzialmente diverse. Nel testo si farà riferimento, in linea di massima, ai detenuti, salvo evidenziare, in taluni casi, la specificità della disciplina relativa a chi ancora è imputato e, dunque, non colpevole sino all'eventuale condanna definitiva (cfr., in tal senso, l'art. 1, comma 5, della l. n. 354/1975, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», di seguito denominata «o.p.»).

evocare il *Panopticon* delineato[2] da Jeremy Bentham sul finire del XVIII secolo[3], costruzione circolare nella quale i reclusi sono (potenzialmente) sempre sotto controllo visivo; possono cioè, senza vedere, essere visti in ogni momento dall'«ispettore», che si trova in un locale posto al centro della circonferenza. Anche nell'attuale sistema penitenziario, così diverso da quello distopico (almeno per un occhio contemporaneo) immaginato dal filosofo inglese, infatti, sembrerebbe arduo ipotizzare l'esistenza di uno spazio di riservatezza per i detenuti.

Tale paradosso, tuttavia, in una concezione costituzionalmente orientata dell'esecuzione penale è solo apparente; ciò è evidente sol che si consideri la prospettiva secondo la quale i detenuti sono titolari di tutte le posizioni giuridiche (specialmente se costituzionalmente fondate) riconosciute all'individuo e al cittadino, salvo quelle incompatibili con lo stato di detenzione[4]. Come è noto, superata la concezione del carcere come ordinamento separato[5], si è gradualmente arrivati a riconoscere anche per i detenuti – ferme, da un lato, le esigenze di ordine e sicurezza interne al carcere e, dall'altro, l'inevitabile limitazione della libertà personale che integra il contenuto afflittivo della sanzione penale – il principio della massima espansione delle libertà individuali[6].

Tale prospettiva, oggi abbracciata dalla dottrina in feconda dialettica con la giurisprudenza del Giudice delle leggi[7], può es-

[2] O, più correttamente, sviluppato e reso celebre.

[3] J. BENTHAM, *Panopticon or the Inspection House*, in *The Works of Jeremy Bentham,* Edimburgo, 1838-1843 (la stesura originale del testo risale al 1787, trad. it. *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Venezia, 2009). Come sottolinea M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, 219, l'effetto principale del *Panopticon* è «indurre nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicura il funzionamento automatico del potere».

[4] In senso non dissimile, ancorché meno preciso, v. anche l'art. 5 delle Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri ("Regole penitenziarie europee"): «La vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera».

[5] Sul tema e sulla connessa nozione di «supremazia speciale», v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 12 ss.

[6] Teorizzato, come è noto, da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

[7] Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'adeguamento dell'ordina-

sere efficacemente sintetizzata richiamando proprio due affermazioni della Corte costituzionale: la prima, assai celebre ancorché troppo timida, secondo la quale «*chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale*»[8]; la seconda, più netta e maggiormente condivisibile, secondo cui «*la dignità della persona* […] *è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale* […]»[9].

Si tratta, evidentemente, di una lettura complessiva della trama dei principi costituzionali, che dunque trascende la mera esegesi della disposizione che governa, al livello più alto della gerarchia delle fonti, l'esecuzione penale: l'art. 27, terzo comma, della Carta, secondo il quale «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*». In tale ottica sistematica, l'umanità dei trattamenti costituisce una condizione necessaria (anzi, minimale) ma non certo sufficiente per un'esecuzione penale costituzionalmente legittima, dovendosi invece riconoscere – anche nella prospettiva rieducativa, che difficilmente potrebbe essere percorsa altrimenti – il più ampio rispetto dei diritti dei soggetti sottoposti a pena detentiva.

È in tale ottica, dunque, che si svolgerà la presente indagine sulla riservatezza dei detenuti; coerentemente con le coordinate sinteticamente tracciate, sarà dunque necessario fare costante riferimento alle situazioni giuridiche soggettive riconosciute alle persone in stato di libertà, per poi analizzare la disciplina applicabile ai detenuti e valutarne la compatibilità con il dettato costituzionale.

mento penitenziario ai principi contenuti nella Legge fondamentale, v. la recente ricostruzione di M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2016. Riferimenti si trovano anche in C. Colapietro, *La condizione dei carcerati*, in *Diritto e società*, 2006, 333 ss. e G. M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 2012, 187 ss.

[8] Sent. n. 349 del 1993, n. 4.2. del *Cons. in diritto*.

[9] Sent. n. 26 del 1999, n. 3.1 del *Cons. in diritto*. In particolare, sul tema della dignità in relazione alla realtà penitenziaria, v. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014.

2. *Riservatezza e* privacy*: una definizione minima*

Nel delineare, seppur in termini sintetici, la nozione di «riservatezza» (o *privacy*) [10] è necessario evidenziare che essa può essere intesa in due significati essenziali, uno risalente ed uno più moderno. Nel primo significato – che viene comunemente fatto risalire ad un lavoro di Warren e Brandeis, pubblicato sulla *Harvard Law Review* nel 1890[11] – si intende la pretesa ad uno spazio di intimità immune da ingerenze esterne, tanto di matrice pubblicistica quanto privatistica (*right to be let alone*)[12]. Nel secondo significato, da circa un ventennio ad oggi, la *privacy* viene declinata come diritto alla protezione dei dati personali, e dunque come possibilità di controllo del soggetto («interessato») sull'utilizzo («trattamento») di informazioni che lo riguardano («dati personali»)[13].

Per ciò che concerne la prima accezione, può osservarsi che essa costituisce una caratteristica distintiva degli ordinamenti liberal-democratici rispetto alle esperienze precedenti. Essa è legata alla definitiva emersione di una dialettica tra individuo e collettività, nella quale il primo pretende di proteggere una propria sfera (riservata, appunto) nei confronti della seconda. Le esperienze politiche precedenti, invece, contemplavano ingerenze della comunità nella vita privata dei cittadini che sarebbero oggi assolutamente

[10] Nella copiosa dottrina, v. almeno L. Califano*, Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, 3 ss.; A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla). III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur*., Roma, 1995; G.M. Salerno, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, 617 ss.; M. Timiani, *Un contributo allo studio del diritto alla riservatezza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2012, 51 ss.; G. Busia, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Vol. I, Torino, 2000, 476 ss.

[11] S. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard L. R.* 193 (Dec. 15, 1890).

[12] «Riservatezza è, innanzi tutto, libertà da intrusioni della curiosità sociale. E, dunque, diritto *erga omnes* avente come oggetto un insieme di vicende della propria vita e come contenuto una pretesa di esclusione» (A. Cerri, *Riservatezza*, cit., 4).

[13] «Un diritto che comprende la possibilità di accedere alle informazioni che riguardano se stessi per controllarne l'esattezza, per correggerne gli eventuali errori, e, soprattutto, per sorvegliarne e dirigerne l'utilizzo nel corso del tempo»: così G. Busia*, Riservatezza*, cit., 479.

impensabili[14]. La riservatezza, si configura, in questa accezione, nei termini di una tipica libertà negativa (libertà da)[15].

La declinazione più moderna, come protezione dei dati personali, è frutto dell'evoluzione (soprattutto) tecnologica e della necessità di una tutela positiva e proattiva sul contenuto informativo riferibile ad una persona e non più semplicemente negativa e reattiva rispetto a eventuali ingerenze esterne nella sfera intima dell'individuo. In questo senso, il diritto alla protezione dei dati personali si configura come un diritto all'autodeterminazione informativa (*habeas data*, secondo un'icastica espressione)[16], ossia al controllo sui propri dati personali "trattati" da terzi.

Il diritto alla riservatezza (nella prima e, poi, nella seconda accezione) è emerso progressivamente, all'esito di un articolato processo che ha visto coinvolta la più sensibile dottrina (all'origine, specialmente civilistica)[17], la giurisprudenza (fondamentale la pronuncia della Cassazione nel caso *Soraya* del 1975)[18] e, sino a tempi recenti in misura minore, il legislatore.

Oggi è pacificamente riconosciuto – e ciò risulta confermato dalle decisioni del Giudice delle leggi[19] – il carattere costituzionale del diritto alla riservatezza, pur in difetto di un'espressa previsione nella nostra Legge fondamentale[20]. Con una certa dose di approssimazione[21], due sono i possibili percorsi interpretativi per raggiungere tale conclusione: mediante il riferimento a specifiche disposizioni (in particolare, gli artt. 13, 14 e 15 Cost.)[22] oppure

[14] Per questa considerazione, v. A. Cerri, *Riservatezza*, cit., 1.

[15] L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 11.

[16] C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, Torino, 2014, 48 s. ed ivi il rinvio a V. Frosini, *Informatica diritto e società*, Milano, 1988, 295.

[17] Come segnalato da A. Cerri, *Riservatezza*, cit., 2.

[18] Cass., sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129.

[19] Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di riservatezza, v. M. Timiani, *Un contributo allo studio*, cit., 64 ss.

[20] A differenza di quanto accade in altre esperienze ordinamentali: cfr., per puntuali riferimenti, G. M. Salerno, *La protezione della riservatezza*, cit., 627 ss.

[21] Una più completa analisi del dibattito dottrinale si trova in M. Timiani, *Un contributo allo studio*, cit., 60 ss.

[22] L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 13, individua ulteriori referenti costituzionali: libertà di manifestazione del pensiero (art. 21); diritto all'esercizio privato di un culto religioso (art. 19), diritto al nome (art. 22), diritto di difesa (art. 24), diritti

valorizzando l'art. 2 Cost. come «fattispecie aperta»[23]. In particolare, gli artt. 13, 14 e 15 Cost. sembrano effettivamente delineare una protezione della riservatezza rispetto a indebite interferenze all'interno della sfera personale, spaziale (domicilio) e relazionale (comunicazioni) del soggetto.

La *privacy* declinata come protezione dei dati personali – della quale si sottolinea lo stretto collegamento con la dignità umana e la funzione strumentale rispetto al godimento delle classiche libertà costituzionali[24] – ha ricevuto una compiuta disciplina, nel nostro ordinamento, solo in tempi relativamente recenti, sotto la spinta del diritto dell'Unione europea (*infra*, par. 4). Il relativo diritto trova riconoscimento anche nella Carta dei diritti fondamentali UE (c.d. Carta di Nizza), all'art. 8[25].

La possibilità di ricondurre diverse situazioni giuridiche ad una identica matrice (forse concettuale[26] ma sicuramente) terminologica – la riservatezza/*privacy*[27], appunto – spiega, con opzione non inedita nella manualistica sui diritti[28], la scelta dei temi che sa-

della famiglia (art. 29), il rispetto della dignità umana nel caso di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32).

[23] Secondo una tesi che, come è noto, ha il suo araldo in A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss. Peraltro – come esattamente rileva C. Colapietro, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, Napoli, 2016, 4 s. – al medesimo risultato interpretativo può giungersi aderendo alla tesi patrocinata, in relazione all'art. 2 Cost., da F. Modugno.

[24] L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 16.

[25] Rubricato *Protezione dei dati di carattere personale*: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

[26] Si condivide qui quanto affermato da G.M. Salerno, *La protezione della riservatezza*, cit., 618, secondo il quale il processo di maturazione della sfera (o delle sfere) di riservatezza costituzionalmente protetta (o protette) «non può dirsi dommaticamente concluso».

[27] La ricostruzione più comune, peraltro, è la seguente: la *privacy* può essere declinata in un duplice senso, come riservatezza (nel significato tradizionale) o come protezione dei dati personali.

[28] Il riferimento è a G.M. Salerno, *La protezione della riservatezza*, cit., 617 ss. Non mancano, peraltro, soluzioni diverse, quale, ad esempio, quella di P. Caretti, *I*

ranno trattati in questo capitolo. Nei paragrafi successivi – omesso, per evidenti ragioni "ambientali", il riferimento all'inviolabilità del domicilio[29] (che pure avrebbe trovato in un discorso generale sulla riservatezza una sede appropriata) – si analizzeranno la libertà e la segretezza delle comunicazioni dei detenuti nonché la protezione dei loro dati personali.

3. *La libertà e la segretezza della corrispondenza (e di ogni altra forma di comunicazione) dei detenuti*

3.1. L'art. 15 della Costituzione (cenni)

L'art. 15 Cost. proclama solennemente l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione[30], presidiandola con una riserva di legge (comunemente ritenuta assoluta)[31] ed una riserva di giurisdizione; ciò significa che le limitazioni dell'una o dell'altra (della libertà o della segretezza, che non necessariamente vanno di pari passo)[32] posso-

diritti fondamentali, III ed., Torino, 2011, 292 ss., che si occupa del diritto alla riservatezza nell'ambito della libertà personale (analogamente C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, cit., 48 ss.).

[29] Per uno spunto nel senso che una garanzia del domicilio sia ipotizzabile anche per i detenuti, v. M. Cavino, L. Conte, *Il diritto pubblico e la sua economia*, II ed., Santarcangelo di Romagna, 2014, 400, i quali si riferiscono alla possibilità di personalizzare la cella e di godere di uno spazio fisico adeguato. Pur non rientrando tali aspetti nel tradizionale contenuto della libertà di domicilio, essi possono comunque essere effettivamente ricondotti alla più ampia dimensione della riservatezza dei detenuti.

[30] Sul tema v. P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 343 ss.; C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, cit., 62 s.; F. Donati, *Art. 15*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, vol. I, 362 ss.; A. Pace, *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da G. Branca, *Rapporti civili, artt. 13-20*, Bologna-Roma, 1977; Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 241 ss.; C. Troisio, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, in *Enc. giur.*, *ad vocem*; più di recente, C. Caruso, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 ottobre 2013.

[31] C. Troisio, *Corrispondenza*, cit., 6. Lo ha confermato, recentemente, la Corte cost. con la sent. n. 20 del 2017 (n. 3.1 del *Cons. in diritto*).

[32] Al riguardo, sono sufficienti due esempi: si pensi, da un lato, al caso dell'intercettazione telefonica, che incide sulla segretezza ma non sulla libertà di comunicazione;

no avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge. A differenza di quanto previsto per la libertà personale e per la libertà di domicilio (la cui disciplina è mutuata dalla prima), non sono espressamente previste misure temporanee che possano essere adottate dall'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza, in difetto di un previo provvedimento giurisdizionale[33].

Da un punto di vista sistematico, nella progressione dei diritti fondamentali, il Costituente, dopo essersi occupato della libertà della persona e della sua proiezione spaziale più immediata (il domicilio)[34] e prima di ampliare ulteriormente il raggio di azione[35], si dedica a tutelare il collegamento tra l'individuo ed il mondo esterno, essendo la comunicazione la fisiologica modalità di interazione con altre persone[36].

Caratteristiche della comunicazione rilevante *ex* art. 15 sono, evidentemente, l'"intersoggettività"[37] – con l'ulteriore precisazione che deve trattarsi di soggetti determinati, criterio distintivo ri-

dall'altro lato, si consideri il fermo della corrispondenza, che invece limita la libertà e non la segretezza (in senso analogo, P. Caretti, *I diritti*, cit., 343 s.).

[33] Al riguardo, dopo l'iniziale prevalenza di una tesi dottrinale che qualificava la lacuna come mera svista del Costituente, con possibilità di applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 13, si è affermata l'opposta concezione secondo cui la mancata previsione equivale a negazione dei poteri d'urgenza sulla base di una triplice argomentazione: 1) maggiore garanzia di una situazione che coinvolge sempre anche un terzo; 2) minore esigenza di interventi di urgenza in riferimento alle comunicazioni; 3) maggiore facilità di abusi, rispetto a violazioni della libertà personale e domiciliare. Cfr., per tale ricostruzione, P. Caretti, *I diritti*, cit., 345 s.

[34] Il sostantivo, per comune e condivisibile opinione, non deve essere inteso nel senso di cui all'art. 43 c.c., bensì in un significato più ampio, identificato, a seconda delle prospettazioni, nella nozione penalistica ovvero in una distinta nozione costituzionalistica (ricostruisce il dibattito, tra gli altri P. Caretti, *I diritti*, cit., 308 ss.; sullo stesso tema, nell'ambito di un'ampia riflessione sull'ermeneutica giuridica, A. Longo, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, Napoli, 2016, 145 ss.).

[35] Con la libertà di circolazione (art. 16) e poi con le cc.dd. libertà collettive (riunione e associazione: artt. 17 e 18 Cost).

[36] Per un riferimento alla triplice dimensione evocata dalle citate disposizioni costituzionali (fisica, spaziale, spirituale), v. C. Troisio, *Corrispondenza*, cit., 2. Notevole è anche la circostanza che i tre diritti in questione siano tutti espressamente contrassegnati dall'attributo dell'inviolabilità.

[37] La pluralità di soggetti (almeno due) è coessenziale all'idea stessa di comunicazione, neppure astrattamente pensabile in forma monosoggettiva.

spetto all'ambito di applicazione del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.[38] – e l'"attualità"[39].

Sul versante soggettivo, il diritto in parola – stante la sua stretta inerenza alla persona umana ed il suo carattere di inviolabilità – è riconosciuto a tutti gli individui, a prescindere dal requisito della cittadinanza[40] o della capacità di agire. Nelle più diffuse trattazioni manualistiche ed enciclopediche, è frequente la sottolineatura che determinate condizioni personali (tra loro assai eterogenee) comportano l'applicazione di peculiari discipline (altrettanto eterogenee) in tema di corrispondenza e comunicazioni, talora di dubbia legittimità costituzionale: è il caso di falliti, infermi di mente, minori e detenuti[41].

Per ciò che attiene al profilo oggettivo, la tutela costituzionale concerne qualsiasi forma di comunicazione, *inter praesentes* e *inter absentes*, a prescindere dal mezzo utilizzato, dal contenuto e dalla forma[42]. È pacificamente riconosciuto che il diritto *de quo* riguarda tanto la posizione del mittente quanto quella del destinatario, e dunque comprende sia il diritto di trasmettere, sia di ricevere messaggi[43].

Non pare inopportuno ricordare, peraltro, che la libertà e la segretezza delle comunicazioni sono state annoverate dalla giurisprudenza costituzionale tra i diritti che costituiscono valori supremi, il cui contenuto essenziale è sottratto alla procedura di revisione *ex* art. 138 Cost. [44]. Si segnala, inoltre, che il diritto in questione è tutelato anche mediante apposite disposizioni penali[45].

La libertà e la segretezza della corrispondenza trovano protezione normativa – nell'ambito della più generale tutela della vita privata e familiare – anche a livello sopranazionale ed internazio-

[38] P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 344.

[39] Sul requisito in parola v. A. Pace, *Problematica*, cit., 246 s.

[40] Si ritiene comunemente che anche gli enti giuridici, personificati e no, godano del diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni.

[41] A. Pace, *Problematica*, cit., 260 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 356 s.; C. Troisio, *Corrispondenza*, cit., 7 ss.

[42] Così, condivisibilmente, P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 344.

[43] Per tutti A. Pace, *Problematica*, cit., 252.

[44] Sent. n. 366/1991, n. 3 del *Cons. in diritto*.

[45] Si v., in particolare, gli artt. 616 ss. del codice penale.

nale: l'art. 7 della Carta di Nizza e l'art. 8, par. 1, Cedu sanciscono, rispettivamente, il diritto al rispetto delle «comunicazioni» e della «corrispondenza»[46]. Come si avrà modo di notare *infra*, diverse pronunce della Corte di Strasburgo hanno riguardato la (in)compatibilità della normativa penitenziaria italiana con l'art. 8 Cedu.

3.2. Il diritto alla corrispondenza e alle comunicazioni dei detenuti

3.2.1. Un inquadramento generale

Alla luce del tratteggiato quadro costituzionale, si impone ora di prestare attenzione alla normativa contenuta nell'*Ordinamento penitenziario* e nel relativo regolamento di esecuzione (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà», di seguito «reg. es.»).

È necessaria, tuttavia, una notazione preliminare: se per la generalità degli individui, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni si configura nei termini classici della libertà negativa (pretesa di non ingerenza, da parte dei pubblici poteri o di privati), nel caso dei detenuti la questione si pone in termini parzialmente diversi. I ristretti, infatti, si trovano a vivere in un contesto che è di per sé limitativo della libertà e della segretezza delle comunicazioni[47]; ciò comporta la necessità, logicamente preliminare, di predisporre strumenti idonei a garantire la materiale possibilità di intrattenere contatti con il mondo esterno. La «libertà», dunque, richiede la predeterminazione, a livello legislativo e regolamentare, delle forme e delle modalità attraverso le quali i detenuti possono svolgere tali comunicazioni; previsioni che poi devono essere concretamente attuate in via amministrativa.

Solo in seconda battuta (ma non per questo ha minore rile-

[46] Non si dubita, peraltro, che il riferimento alla corrispondenza da parte dell'art. 8 Cedu vada inteso in senso estensivo, ossia comprensivo di ogni forma di comunicazione.

[47] Così, con spiccata sensibilità, Corte cost., sent. n. 20/2017, n. 4.1 del *Cons. in diritto* (su tale decisione, v. M. Caredda, *Ragionevoli disuguaglianze e riserva di legge*, in *Consulta Online*, 2017, fasc. 1, 89 ss.).

vanza), si pone il tema dei controlli e delle eventuali limitazioni, in particolare per quanto riguarda la compatibilità con le garanzie previste dall'art. 15 Cost. (riserva di legge e di giurisdizione).

È appena il caso di osservare il particolare valore che, per le persone detenute, assumono la corrispondenza e le altre forme di comunicazione con familiari e altri soggetti ai quali siano legate da vincoli di amicizia o affetto. Oltre a costituire condizioni minime per un'esecuzione non disumana della pena (quale sicuramente sarebbe, se venissero completamente recisi i legami con il mondo esterno)[48], si tratta di strumenti necessari al trattamento rieducativo, in una prospettiva risocializzante (e non, come sovente accade in concreto, desocializzante). Ciò è positivamente previsto dall'art. 15 o.p. che cita gli «opportuni contatti con il mondo esterno» e i «rapporti con la famiglia» tra gli elementi del trattamento. In senso analogo, con specifico riferimento ai rapporti familiari, si esprime anche il successivo art. 28, secondo il quale «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[49].

Stante questo peculiare significato, i contatti con il mondo esterno, salve le eccezioni che si diranno, non sono legati né alla gravità del reato commesso né alla fattiva collaborazione del detenuto al trattamento rieducativo[50]. Tali contatti comprendono, allo stato attuale, comunicazioni *inter praesentes* (i colloqui) e contatti *inter absentes*, o a distanza, quali la corrispondenza epistolare, telegrafica, via fax e telefonica.

Per quanto attiene alle fonti che vengono in rilievo, la disciplina della corrispondenza e dei colloqui è contenuta, in via generale, nell'art. 18 o.p.; per ciò che attiene alle limitazioni e ai controlli, essi sono previsti dall'art. 18-*ter*, nel testo risultante da una serie di modifiche, da ultimo introdotte per adeguare il nostro ordinamento alle pronunce di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo[51], che aveva rilevato l'illegittimità convenzionale della

[48] Lo rileva anche Corte cost., sent. n. 122/2017, n. 6 del *Cons. in diritto*.

[49] Sul diritto al mantenimento delle relazioni affettive come elemento positivo del trattamento si rinvia a S. Talini, *L'affettività ristretta*, in questo Volume.

[50] Come sottolinea M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 76.

[51] Sentt. 21 ottobre 1996, *Calogero Diana contro Italia*; 15 novembre 1996, *Dome-*

disciplina in parola[52]. L'art. 18-*bis*, dedicato ai colloqui investigativi[53], esula dal nostro campo di indagine.

La disciplina è completata, a livello secondario, dalle disposizioni dettate dagli artt. 37 ss. del regolamento di esecuzione, che si occupano rispettivamente, come segnalano le rubriche, di «Colloqui», «Corrispondenza epistolare e telegrafica», «Corrispondenza telefonica».

Seguendo la topografia della normativa regolamentare, sarà dunque riportata la disciplina dei colloqui, della corrispondenza e delle comunicazioni telefoniche. Dopo tale sintetica trattazione, si dedicherà un'analisi specifica al tema delle limitazioni e dei controlli.

In relazione a ciascun tipo di comunicazione si farà anche riferimento alle speciali restrizioni quantitative o qualitative previste dal legislatore per particolari categorie di detenuti: ci si riferisce, rispettivamente, ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., ai detenuti sottoposti alla sorveglianza speciale *ex* art. 14-*bis* o al regime di cui all'art. 41-*bis*[54]. Pur non potendo approfondire la questione in questa sede – ed evidenziando peraltro l'eterogeneità delle relative situazioni – merita di essere sottolineato che talune di queste limitazioni suscitano diffuse perplessità dottrinali, dal punto di vista dell'opportunità o addirittura della legittimità costituzionale[55].

nichini contro Italia; 6 aprile 2000, *Labita contro Italia*; 26 luglio 2001, *Di Giovine contro Italia*; 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas contro Italia*.

[52] V. la ricostruzione di M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 90 ss., che evidenzia come il punto dolente individuato dalla Corte Edu fosse l'eccessivo margine di discrezionalità lasciato alle autorità nazionali.

[53] Su cui vedi C. Santinelli, *Art. 18*-bis, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, 231 ss.

[54] Per un inquadramento v. il contributo di L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, in questo Volume.

[55] V. ad es. quanto osservato nel *Documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale* al n. 3.4.1 della Parte seconda (consultabile su *www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page*), in relazione alle limitazioni quantitative di colloqui e comunicazioni telefoniche previste per i detenuti condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* ai quali si applica il divieto di benefici.

3.2.2. Comunicazioni inter praesentes*: i colloqui*

L'art. 18 o.p. stabilisce che i detenuti «sono ammessi ad avere colloqui (…) con i congiunti e con altre persone, nonché con il garante dei diritti dei detenuti[56], anche al fine di compiere atti giuridici». Il secondo comma specifica che «particolare favore» è riconosciuto ai colloqui con i familiari. Il reg. es. precisa che per «familiari» devono intendersi tanto i congiunti quanto i conviventi[57].

L'autorizzazione al colloquio è rilasciata dal direttore dell'istituto, salvo che per gli imputati sino alla sentenza di primo grado (la relativa competenza è attribuita all'autorità giudiziaria procedente)[58]. Avverso il diniego opposto dal direttore dell'istituto può essere esperito il reclamo *ex* art. 35-*bis* o.p.[59].

Gli incontri devono avvenire sotto il controllo a vista e non auditivo del personale del corpo di Polizia penitenziaria (art. 18, comma 2, o.p. e art. 37, comma 5, reg. es.). La disposizione mira evidentemente a contemperare la segretezza del colloquio (assenza di controllo uditivo) con – a dire la verità, dubbie e indimostrate[60] – esigenze di sicurezza (presenza di controllo visivo). Se tale previsione può ritenersi rispettosa del diritto di cui all'art. 15 Cost. (nel senso che non incide sulla libertà o sulla segretezza), il problema che essa pone riguarda la sostanziale negazione del diverso diritto all'affettività[61].

I colloqui avvengono in locali interni senza mezzi divisori[62]

[56] Sui colloqui con il Garante da parte dei detenuti in regime di 41-*bis*, v. la recente ord. n. 2017/1030 del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto (consultabile su www.conams.it).

[57] Sul tema v. C. Santinelli, *Art. 18*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 203.

[58] Per i problemi che pone tale disposizione, v. C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 207 ss.

[59] Sul quale si v. il contributo di S. Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume. Più complessa è la questione, nel caso in cui il permesso sia negato dall'autorità giudiziaria (v. C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 210).

[60] Come nota C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 215, il bilanciamento operato dal legislatore «sembra caratterizzato da un'irragionevole assoluta rigidità».

[61] Sul quale si rinvia ancora al contributo di S. Talini, *L'affettività ristretta,* in questo Volume.

[62] Salva la sussistenza di ragioni sanitarie o di sicurezza.

(tranne che per i detenuti in regime di 41-*bis*) o in locali all'aperto appositamente destinati.

Gli incontri sono previsti, in via generale, nella misura di sei al mese (art. 37, comma 8, reg. es.), salva la derogabilità *in melius*[63], e hanno la durata massima di un'ora, prorogabile sino a due ore in particolari circostanze[64]. Ove si tratti di detenuti o internati per uno dei reati previsti dall'art. 4-*bis* ai quali si applichi il divieto di benefici, il limite mensile di colloqui è fissato in quattro (anche tale limite può essere derogato in senso ampliativo).

Vi sono poi ulteriori previsioni particolari, legate ai regimi differenziati. Per quanto concerne il regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*bis* o.p., il legislatore ha espressamente previsto che non possano essere limitati i colloqui con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli[65] (art. 14-*quater*, comma 4, o.p.). Da ciò si deduce, *a contrario*, che colloqui con soggetti diversi da quelli indicati possono essere sospesi. Per ciò che attiene ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis*, è consentito un solo colloquio al mese[66], con familiari e conviventi, salvo casi eccezionali, sottoposto in ogni caso a controllo auditivo[67] (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b).

Un'ulteriore disciplina integrativa per i colloqui, di carattere generale, è dettata dal regolamento interno di ogni istituto, al quale rinvia l'art. 36, comma 2, lett. f) reg. es., per «i tempi e le modalità particolari dei colloqui», nonché l'art. 37, comma 3, per quanto concerne l'identificazione e il controllo delle persone ammesse al colloquio con i detenuti.

Esulano dall'oggetto del presente studio i colloqui con il difensore i quali, più che dare corpo al diritto di cui all'art. 15 Cost., sono strumentali all'esercizio di altro diritto inviolabile, quello alla difesa *ex* art. 24 Cost.[68].

[63] Cfr. art. 37, comma 9, reg. es. V. inoltre quanto previsto dall'art. 61, comma 2, lett. a), del medesimo regolamento.

[64] Cfr. art. 37, comma 10, reg. es.

[65] Oltre a quelli con il difensore, sui quali v. *infra* nel testo.

[66] V. L. Cesaris, *Art. 41*-bis, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 459 s.

[67] Esprime perplessità su tale previsione L. Cesaris, *Art. 41*-bis, cit., 460 s.

[68] In tal senso anche M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 77 s.

3.2.3. Comunicazioni inter absentes*: la corrispondenza epistolare, telegrafica e via fax*

Le possibilità di corrispondenza epistolare si caratterizzano per un'ampiezza sconosciuta tanto ai colloqui quanto alle comunicazioni telefoniche (v. par. successivo); né l'Ordinamento penitenziario né il regolamento prevedono, infatti, limitazioni di carattere quantitativo o qualitativo: ciò significa che il detenuto può inviare o ricevere un numero non prefissato di lettere, senza che sussistano restrizioni rispetto ai soggetti con i quali può corrispondere[69].

Per rendere effettivo tale diritto, è previsto che, presso lo spaccio dell'istituto, devono essere sempre presenti materiali di cancelleria necessari per la corrispondenza (art. 38, comma 3, reg. es.). Con disposizione che si segnala come esempio di applicazione del principio di eguaglianza sostanziale, si prescrive all'amministrazione di fornire gratuitamente il materiale occorrente e l'affrancatura ordinaria ai detenuti che non possono provvedervi autonomamente (art. 38, comma 2, reg. es.).

Il regolamento esecutivo, pur in assenza di espressa indicazione da parte della fonte primaria, contempla la possibilità di corrispondenza telegrafica, alla quale estende la disciplina della corrispondenza epistolare. La direzione può inoltre consentire la ricezione (non l'invio)[70] di fax (così l'art. 38, comma 1, reg. es.).

Merita infine di essere segnalato che, nel silenzio della vigente normativa, alcuni istituti penitenziari hanno riconosciuto ai detenuti la possibilità di inviare e ricevere messaggi di posta elettronica[71]. Si tratta di un'innovazione che, in una prospettiva *de jure condendo*, meriterebbe di essere recepita a livello normativo, pur non potendosi tacere i problemi di carattere pratico-organizzativo che essa comporterebbe (i quali peraltro sono stati superati nelle realtà carcerarie "pioniere").

[69] C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 218.

[70] Almeno stando al tenore letterale della disposizione.

[71] Si tratta di una «buona prassi», citata nel *Documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale* al n. 3.4.1 della Parte seconda.

3.2.4. (segue) *Comunicazioni* inter absentes*: la corrispondenza telefonica*

La scarna disciplina contenuta nell'art. 18, comma 5, o.p. prevede che la corrispondenza telefonica può essere autorizzata nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi, rinviando per «modalità e cautele» al regolamento esecutivo.

La possibilità di corrispondenza telefonica, peraltro, stanti le difficoltà pratiche alle quali altrimenti si andrebbe incontro, è generalmente riconosciuta «in uscita», ma non anche «in entrata». Il comma conclusivo dell'art. 39 reg. es., infatti, prevede che in caso di chiamata dall'esterno, salvo che non ostino particolari motivi di cautela, al detenuto interessato sia comunicato il nominativo del chiamante, evidentemente per consentirgli, laddove lo ritenga opportuno, di richiamarlo, previa autorizzazione[72].

Il detenuto – mediante apposita istanza[73] – può chiedere l'autorizzazione per colloqui telefonici con congiunti e conviventi e, in caso di «ragionevoli» e «verificati motivi», con persone diverse (art. 39, comma 2, reg. es.). L'autorizzazione, sempre motivata (come l'eventuale diniego), è di competenza del direttore dell'istituto per condannati e internati, dell'autorità procedente per gli imputati sino alla sentenza di primo grado; del magistrato di sorveglianza dopo tale sentenza (art. 18, comma 7, o.p. e art. 39, comma 4, reg. es.).

L'art. 39, comma 2, reg. es. stabilisce che i detenuti possano intrattenere corrispondenza telefonica una volta alla settimana[74], sal-

[72] Opportunamente il regolamento fa salva l'ipotesi in cui la chiamata provenga da congiunto o convivente anch'esso detenuto, nel qual caso, laddove entrambi siano stati previamente autorizzati, si dà corso alla comunicazione. In difetto di tale previsione, infatti, si verificherebbe evidentemente un "cortocircuito" tale da impedire lo svolgimento della conversazione.

[73] «Il detenuto o l'internato che intende intrattenere corrispondenza telefonica deve rivolgere istanza scritta all'autorità competente, indicando il numero telefonico richiesto e le persone con cui deve corrispondere. L'autorizzazione concessa è efficace fino a che non ne intervenga la revoca. Nei casi di cui ai commi 2 e 3, il richiedente deve anche indicare i motivi che consentono l'autorizzazione, che resta efficace, se concessa, solo fino a che sussistono i motivi indicati. La decisione sulla richiesta, sia in caso di accoglimento che di rigetto, deve essere motivata».

[74] I detenuti possono inoltre essere autorizzati ad effettuare una comunicazione

vo i condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. ai quali si applichi il divieto di benefici, che si vedono riconosciuti solo due colloqui telefonici al mese. I detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis*, possono invece essere autorizzati ad un solo colloquio telefonico mensile, esclusivamente con familiari o conviventi[75], peraltro solo dopo sei mesi dall'applicazione del regime sospensivo.

Il limite settimanale generale, peraltro, può essere derogato, *in melius*, «in considerazione di motivi di urgenza o di particolare rilevanza», ove la comunicazione «si svolga con prole di età inferiore ai dieci anni, nonché in caso di trasferimento del detenuto» (art. 39, comma 3, reg. es.); tale formula ha suscitato una controversia interpretativa[76], discutendosi se i motivi di urgenza e di particolare rilevanza, da un lato, e la circostanza che il colloquio intercorra con prole di età inferiore ai dieci anni costituiscano requisiti alternativi o cumulativi.

Il regolamento prevede che la chiamata, che avviene a spese del detenuto (commi 8 e 9), possa avere una durata massima di dieci minuti (comma 6).

Come già visto in riferimento ai colloqui, spetta al regolamento interno di ciascun istituto – evidentemente nel rispetto della normativa primaria e secondaria – dettare la disciplina di dettaglio in merito a tempi e modalità della corrispondenza telefonica (art. 36, comma 2, lett. f), reg. es.).

3.2.5. Limitazioni e controlli delle comunicazioni

L'art. 18-*ter* o.p.[77] assolve (in modo non pienamente soddisfacente, come si dirà) alla riserva di legge prevista dall'art. 15 Cost. per le limitazioni alla libertà e alla segretezza della corrispondenza; esso inoltre detta le disposizioni necessarie a garantire il rispetto

telefonica con familiari o conviventi in occasione del loro rientro in istituto dopo un permesso o una licenza.

[75] A condizione che il detenuto non abbia effettuato alcun colloquio visivo nel mese precedente.

[76] Riportata da C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 220.

[77] Sul quale vedi C. Santinelli, *Art. 18*-ter, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 241 ss.

della riserva di giurisdizione: prevede, infatti, che tutti i provvedimenti incidenti in senso restrittivo sulla corrispondenza dei detenuti siano adottati dall'autorità giudiziaria, variamente individuata in relazione allo *status* del destinatario della misura[78].

Tale articolo individua i presupposti e la tipologia di misure che possono essere adottate, sancendone anche i limiti, nonché la procedura che deve essere seguita. In primo luogo, occorre evidenziare che, sulla base di un'espressa indicazione del legislatore, le misure limitative devono essere adottate nei confronti di singoli detenuti o internati e non per intere categorie[79].

Per quanto concerne i presupposti applicativi, le misure in questione possono essere disposte «per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto» (comma 1). Sebbene la riserva di legge sia formalmente rispettata, non può tacersi un certo grado di vaghezza dei citati presupposti, non pienamente idonei ad indirizzare l'attività dell'autorità giudiziaria nell'adozione delle misure in esame.

Dal punto di vista temporale, viene stabilita – con evidenti finalità di garanzia – la durata massima delle misure, che non può essere superiore ai sei mesi (prorogabile per un ulteriore periodo non eccedente i tre mesi).

Venendo alle tipologie di misure restrittive della libertà e/o della segretezza della corrispondenza, il legislatore ha previsto: a) «limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica (...)»; b) «la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo»; c) «il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima» (ciò dovrebbe essere garantito dalla presenza del detenuto al momento dell'apertura, secondo quanto previsto dal comma 7).

Si tratta, come è evidente, di misure dal contenuto profondamente diverso: mentre le limitazioni di cui alla lett. a) incidono sulla libertà di corrispondere, comportandone una contrazione in senso quantitativo o qualitativo, la misura di cui alla lett. b) incide

[78] Cfr. art. 18-*ter*, comma 3, o.p.

[79] Lo sottolineano anche L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, IV ed., Milano, 2016, 55.

necessariamente sulla segretezza e solo eventualmente sulla libertà (secondo quanto si dirà). Il controllo di cui alla lett. c), infine, non incide né sulla libertà né sulla segretezza della comunicazione, essendo finalizzata esclusivamente a verificare che la busta non contenga oggetti non consentiti[80].

Per quanto concerne, in particolare, il visto di controllo, esso consiste nella lettura del contenuto della missiva (da parte dell'autorità giudiziaria, che può però delegare il direttore[81]), all'esito della quale la corrispondenza può essere inoltrata al destinatario ovvero trattenuta per ordine dell'autorità giudiziaria, laddove si ritenga che le finalità di cui al primo comma dell'art. 18 possano essere frustrate dalla consegna[82].

Il comma 2 dell'art. 18-*ter* o.p. restringe il perimetro applicativo delle citate misure – attribuendo protezione privilegiata (si parla, al riguardo, di «corrispondenza protetta»[83]) e dunque sottraendo a controlli e limitazioni – le missive indirizzate ai soggetti di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p.[84], nonché all'autorità giudiziaria, alle autorità di cui all'art. 35 o.p.[85], ai membri del Parlamento, alle rappresentanze consolari e diplomatiche dello Stato di cui gli interessati sono cittadini, agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'uomo.

Per ciò che riguarda i detenuti in regime di 41-*bis* o.p., è prevista la possibilità di sottoporre la corrispondenza a visto di censura[86], salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia[87].

[80] Per il coordinamento di questa previsione con quella di cui all'art. 38, comma 5, reg. es., v. C. SANTINELLI, *Art. 18*-ter, cit., 246.

[81] O altro appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dal direttore (art. 18-*ter*, comma 4).

[82] C. SANTINELLI, *Art. 18*-ter, cit., 245, alla quale si rinvia anche per la ricostruzione del relativo procedimento (248 ss.).

[83] C. SANTINELLI, *Art. 18*-ter, cit., 246.

[84] Difensori, investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, consulenti tecnici e loro ausiliari.

[85] Si tratta delle autorità alle quali i detenuti possono rivolgere istanze o reclami.

[86] Nel senso della illegittimità costituzionale di tale previsione per violazione della riserva di giurisdizione, L. FILIPPI, G. SPANGHER, M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 60.

[87] Sul punto v. L. CESARIS, *Art. 41*-bis, cit., 462 s.

Per ciò che attiene alla corrispondenza telefonica, invece, l'art. 18-*ter* o.p. tace. Al riguardo l'art. 39, comma 7, reg. es. prevede che l'autorità giudiziaria competente a disporre il visto di controllo ai sensi dell'art. 18 (ora 18-*ter*) o.p. può stabilire che le conversazioni telefoniche del detenuto vengano ascoltate e registrate. La disposizione, poiché contenuta in una fonte di rango secondario, si pone in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 15 della Costituzione[88].

Lo stesso articolo prevede che sia sempre disposta la registrazione delle telefonate di detenuti o internati per i reati di cui all'art. 4-*bis*, con automatismo che, nell'eliminare ogni spazio valutativo in capo all'autorità giudiziaria, non può non destare perplessità.

Il lettore avveduto avrà notato che non si è fatto sin qui riferimento ai colloqui. Al riguardo, si rammenta la chiara previsione secondo la quale essi sono sottoposti ad un controllo non auditivo (salvo il caso di detenuti in regime *ex* art. 41-*bis*); non sono previste, in generale, forme di ascolto per le finalità di cui al citato art. 18-*ter*, primo comma, o.p. Ciò comporta che, per i colloqui dei detenuti, trova applicazione la comune disciplina prevista dal codice di procedura penale in materia di intercettazioni ambientali[89].

3.2.5.1. Il confine tra diritto alla corrispondenza e libertà di essere informati in una recente sentenza della Corte costituzionale

Conclusa l'analisi del diritto positivo, appare opportuno dare conto di una recente pronuncia del Giudice delle leggi relativa ai detenuti in regime di "carcere duro" (sent. n. 122/2017)[90].

Il giudice costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi sulla

[88] L'unica strada (invero tortuosa) per fare salva tale previsione è la seguente. Essa riproduce la disposizione che il d.l. n. 187/1993 aveva inserito nel previgente regolamento esecutivo, abrogato dal regolamento del 2000; si potrebbe, pertanto, sostenere che tale disposizione, siccome introdotta da fonte primaria (il decreto-legge) nel corpo della fonte secondaria (il regolamento), ha resistito alla successiva abrogazione e dunque costituisce fondamento del potere dell'a.g. di disporre l'ascolto e la registrazione delle conversazioni telefoniche dei detenuti.

[89] Cfr. la giurisprudenza citata da C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 216.

[90] Sulla problematica affrontata dalla Corte v. lo scritto, sebbene precedente, di M. Ruotolo, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41*-bis. *A proposito delle limitazioni nella modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali riviste*, in *Cassazione penale*, n. 2/2015, 842 ss.

legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* o.p., nella parte in cui – secondo l'interpretazione assurta a diritto vivente[91] – consente all'amministrazione di adottare il divieto di ricevere e di trasmettere (mediante corrispondenza o con consegna in occasione dei colloqui) libri e riviste a stampa[92]. Per quanto qui interessa, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto denunciava la violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost. [93], ritenendo che – poiché la trasmissione di pubblicazioni da parte o nei confronti di detenuti rientra nella nozione di «corrispondenza» – la relativa limitazione debba essere disposta esclusivamente dall'autorità giudiziaria (secondo quanto previsto dall'art. 18-*ter*). In particolare, il rimettente evidenziava che, sebbene libri e riviste in quanto tali esulino dall'ambito applicativo dell'art. 15 Cost., dovendo invece ricondursi sotto l'art. 21 (per i motivi che abbiamo sinteticamente tracciato *supra*, par. 3.1), essi possano rientrare nella più garantista previsione relativa alle comunicazioni nella misura in cui costituiscano veicolo di comunicazioni tra mittente e destinatario (in quanto tali, come segno di vicinanza e affetto, oppure mediante l'inserimento di messaggi palesi od occulti tra le pagine dello stampato).

La Corte costituzionale ha rigettato la questione, ritenendo non illegittima l'interpretazione patrocinata dalla Corte di Cassazione. Con argomentazione di carattere consequenzialista, si è evidenziato che dalla tesi del rimettente discenderebbe che lo scambio di qualsiasi oggetto (e non solo di pubblicazioni) potrebbe costituire una comunicazione rilevante *ex* art. 15 Cost., poiché foriero – sulla base di una convenzione o dei rapporti tra le parti o

[91] Si v., in particolare, la sent. della Corte di Cassazione 29 settembre 2014-15 gennaio 2015, n. 1774.

[92] Ci si riferisce, in particolare alle lett. a) e c) della citata disposizione, che prevedono rispettivamente l'adozione di misure di sicurezza volte a prevenire contatti con l'organizzazione criminale di riferimento e la limitazione di beni e oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno. Tali previsioni hanno costituito il fondamento della circolare del DAP 16 novembre 2011, n. 8845, disapplicata da taluni magistrati di sorveglianza e, al contrario, ritenuta legittima dalla Corte di Cassazione. Il DAP ha successivamente emanato una nuova circolare in data 11 febbraio 2014 (n. 3701).

[93] L'ordinanza di rimessione, peraltro, paventava ulteriori violazioni del dettato costituzionale e, segnatamente, degli artt. 21, 33, 34 nonché 117, primo comma, in relazione agli artt. 3 e 8 della Cedu.

della natura della *res* – di un'idea, di un sentimento, di una notizia. Ciò comporterebbe, in difetto di un apposito provvedimento giurisdizionale, un'inaccettabile, indiscriminata possibilità di circolazione di beni tra il carcere e l'esterno.

Si è inoltre aggiunto che – anche laddove si volessero ricomprendere le situazioni in esame sotto l'alveo dell'art. 15 Cost. – la particolare condizione della persona detenuta comporta delle limitazioni nelle modalità di esercizio dei diritti fondamentali (legate a esigenze logistiche e organizzative prima ancora che di ordine e sicurezza) e che pertanto, per quanto qui rileva, sia legittimo (anzi, «naturale») riconoscere il diritto alla corrispondenza nella misura in cui si esplichi tramite gli ordinari strumenti di comunicazione «e non anche nella forma anomala dello scambio diretto o per posta di oggetti aventi un significato convenzionale, o estemporaneamente vicari dell'ordinario supporto cartaceo».

3.3. La delega penitenziaria

La recente legge 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario», nell'ambito di un'ampia azione di riforma che interessa una pluralità di settori, ha delegato il Governo ad adottare decreti legislativi per la riforma della disciplina in materia di intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni nonché per la riforma dell'ordinamento penitenziario (comma 82 dell'articolo 1, *rectius*, art. unico)[94]. Sebbene la disciplina delle intercettazioni assuma particolare rilievo sotto l'angolo visuale del rispetto del diritto garantito *ex* art. 15 Cost., essa esula dall'oggetto della presente indagine, che è dedicata in particolare alla corrispondenza e alle comunicazioni dei detenuti.

Per ciò che attiene alla delega relativa alla riforma dell'ordi-

[94] Il testo finale costituisce il risultato della presentazione e della successiva approvazione di un maxiemendamento, sul quale il Governo ha posto la questione di fiducia, tanto al Senato, quanto alla Camera; le riserve su tale modo di legiferare sono state a più riprese espresse dalla dottrina, la quale ne ha evidenziato l'effetto sostanzialmente elusivo del dettato costituzionale (v., anche per ulteriori riferimenti, L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, II ed., Bologna, 2013, 219 s.).

namento penitenziario, merita di essere segnalato, nell'ambito dei principi e criteri direttivi, quanto previsto dal comma 85, lett. i), che impegna il Governo a disciplinare l'utilizzo dei collegamenti audiovisivi non solo per fini processuali ma anche, per quanto qui interessa, allo scopo di favorire le relazioni familiari. Non può non rilevarsi, peraltro, una certa genericità dell'indicazione in esame, che sembra lasciare un eccessivo margine in capo al delegato.

Il *favor* nei confronti dell'introduzione dei collegamenti audio-video è stato espresso anche nel *Documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale*[95].

Il termine per l'esercizio della delega è fissato in un anno[96]; la relativa procedura prevede il coinvolgimento, a scopo consultivo, delle Commissioni parlamentari competenti per materia[97]. È altresì consentito al Governo di adottare, nell'ulteriore termine di un anno, decreti integrativi e correttivi sulla base dei medesimi principi e criteri direttivi (comma 87)[98].

4. *La protezione dei dati personali*

4.1. Il Codice privacy*: una visione d'insieme*

Come accennato in precedenza, l'introduzione nel nostro ordinamento di un'organica disciplina in materia di protezione dei

[95] Si v., in particolare, la «raccomandazione per una collocazione del detenuto nella regione dove vivono i suoi familiari (o in una limitrofa, qualora non sia possibile allocarlo nella stessa regione) ovvero, quando ciò non sia realizzabile e in via compensativa, *la previsione di una priorità nell'utilizzo dei collegamenti audio-video con tecnologia digitale*» (n. 3.1 della Parte seconda, enfasi aggiunta). Nella sezione dedicata ai colloqui, si propone di integrare l'art. 18 o.p., prevedendo l'accesso a sistemi di conversazione visiva; si suggerisce, inoltre, di «equiparare alla corrispondenza telefonica l'accesso al collegamento audiovisivo con tecnologia digitale, con la prospettiva che nel prossimo futuro i due tipi di collegamento (telefonico e via rete internet) potranno essere indifferentemente utilizzati dai detenuti» (n. 3.4.1 della Parte seconda).

[96] A decorrere dall'entrata in vigore della legge di delega (art. 1, comma 83).

[97] Sul tema, v. E. Frontoni, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012, 45 ss.

[98] Sulle problematiche relative ai decreti integrativi e correttivi, v. ancora E. Frontoni, *Pareri e intese*, cit., 28 ss. e dottrina ivi citata.

dati personali[99] è avvenuta, in sede di recepimento della Direttiva 95/46/CE, con la legge n. 675/1996 che, tra l'altro, ha istituito un'apposita Autorità amministrativa indipendente, il Garante per la protezione dei dati personali, con un'ampia gamma di poteri in materia (consultivi, autorizzatori, sanzionatori, di tutela amministrativa, paragiurisdizionali). Nel settore della *privacy* è piuttosto evidente la ragione per la quale si è ritenuto necessario (o opportuno) istituire un'autorità, sottratta all'ordinario circuito rappresentativo (sulla base del tradizionale modello secondo il quale ogni branca della P.A. statale risponde ad un Ministro, responsabile, individualmente e come membro del Governo, dinanzi al Parlamento). Basti pensare, infatti, che la pubblica amministrazione è il più importante (per quantità e qualità) titolare del trattamento[100] di dati personali nel nostro Paese; ciò comporta che difficilmente l'azione di controllo potrebbe essere svolta in modo efficace da un organo interno allo stesso apparato.

Dopo una serie di interventi normativi successivi alla l. n. 675, nell'ambito di una stagione di «ricodificazione»[101], la disciplina è stata riordinata con l'approvazione del decreto legislativo n. 196/2003 («Codice in materia di protezione dei dati personali»), che oggi costituisce il *corpus* fondamentale in materia[102]. L'art. 1 del Codice proclama che «chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano»; il successivo art. 2 indica gli obiettivi

[99] Non erano mancate, in precedenza, talune disposizioni di carattere settoriale, richiamate da G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza*, cit., 621 s.

[100] Per titolare si intende il soggetto che prende le decisioni in merito alle finalità e alle modalità del trattamento (art. 4, comma 1, lett. f).

[101] Espressione utilizzata per indicare la tendenza da parte del legislatore a favorire la "riunificazione" normativa – seppur in ottica diversa rispetto a quella non più riproducibile dei codici ottocenteschi – che ha condotto all'adozione di numerosi "codici" nel primo decennio del XXI secolo. Il sostantivo «ricodificazione» richiama, rovesciandolo, quello utilizzato negli anni Settanta in un celebre studio di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, nel quale si svolgevano riflessioni sul rapporto tra il codice civile e le sempre più numerose leggi speciali.

[102] Che la Corte costituzionale ha ricondotto essenzialmente alla materia «ordinamento civile», salva la parte relativa al Garante, la quale ricade nell'alveo dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali»; si tratta, in entrambi i casi, di oggetti ascritti alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, Cost. (sent. n. 271/2005).

della normativa, ossia garantire che il trattamento dei dati personali si svolga «nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

Pur non potendosi dare conto, in questa sede, dell'articolata e complessa normativa dettata dal Codice, alcune coordinate essenziali meritano di essere fissate. Anzitutto, viene in rilievo l'ampia nozione di dato personale: si tratta di qualsiasi informazione relativa ad una persona fisica, identificata o identificabile (art. 4, comma 1, lett. b). All'interno di tale categoria, per il significativo collegamento con la sfera più intima della persona, ricevono una protezione rafforzata i dati sensibili[103] e giudiziari.

Assai ampia è altresì la nozione di trattamento dei dati personali, che comprende qualsiasi operazione ad essi relativa (raccolta, registrazione, conservazione, comunicazione, diffusione, cancellazione etc.)[104]. È evidente la portata garantista di tale definizione, che attrae sotto l'ambito di applicazione delle norme del Codice qualsiasi operazione che abbia ad oggetto i dati personali, salvo quelle che avvengono per ragioni di carattere esclusivamente personale (art. 5, comma 3).

Particolare rilievo assumono i principi enunciati dall'art. 11 del Codice, tra cui si segnalano, relativamente al trattamento, quelli di liceità, correttezza e finalità e, in riferimento ai dati, quelli di esattezza, completezza, pertinenza e non eccedenza.

Occorre poi sottolineare che la disciplina codicistica è costruita attorno agli istituti dell'informativa e del consenso, che «incarnano l'essenza stessa del potere di autodeterminazione informativa»[105].

L'informativa, di cui all'art. 13, deve contenere un insieme di puntuali indicazioni relative allo scopo e alle modalità del tratta-

[103] Definiti come «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

[104] Art. 4, comma 1, lett. a).

[105] Così, icasticamente, L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 63.

mento, la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati e le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere, i dati relativi al titolare del trattamento, l'indicazione dei soggetti ai quali i dati possono essere comunicati e i diritti dell'interessato, minuziosamente previsti dall'art. 7 del Codice.

Il consenso dell'interessato (espresso, libero, specifico ed informato) è richiesto, in via generale, per ogni trattamento di dati personali, salvo – per quanto qui interessa – per quello effettuato da soggetti pubblici nell'assolvimento delle proprie funzioni istituzionali, anche in difetto di una specifica previsione normativa (artt. 18 e 19 del Codice)[106]. Laddove si tratti di dati sensibili, invece, è necessaria l'autorizzazione da parte di un'espressa disposizione di legge, «nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite» (art. 20, comma 1)[107].

Al termine della normativa di carattere generale, nella Parte II sono poi dettate disposizioni relative a particolari settori[108].

Di recente, il quadro normativo ha registrato una significativa novità, con l'approvazione del Regolamento UE n. 2016/679[109], che sarà applicabile dal 25 maggio 2018. Tale Regolamento segna il passaggio dall'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di *privacy*, perseguita mediante lo strumento della Direttiva 95/46/CE (che è stata contestualmente abrogata), all'uniformazione, per effetto della diretta applicabilità dello strumento normativo in esame. Stante la prevalenza automatica del diritto UE sul diritto interno, a far data dal maggio 2018, le disposizioni di quest'ultimo saranno applicabili in luogo delle (eventualmente) confliggenti disposizioni interne.

[106] La disciplina del consenso è in realtà più articolata di quanto indicato nel testo; v., per un'efficace e sintetica ricostruzione, L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., spec. 94 ss.

[107] Per ciò che attiene ai dati giudiziari, cfr. art. 21 del Codice. L'art. 22 detta poi i principi applicabili al trattamento di dati sensibili e giudiziari.

[108] Ad esempio, per l'ambito giudiziario (Titolo I), per il trattamento da parte delle forze di polizia (Titolo II), per l'ambito sanitario (Titolo V).

[109] Sul quale v. ancora L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 69 ss.

4.2. La protezione dei dati personali dei detenuti in un provvedimento del Garante per la privacy

La legge sull'ordinamento penitenziario, che contiene un'analitica disciplina dei diritti dei detenuti, non detta alcuna disposizione dedicata al trattamento dei dati personali. Tale lacuna – comprensibile all'epoca dell'approvazione della legge (1975) – non è stata colmata da successivi interventi normativi; tuttavia, sulla base delle coordinate evidenziate in precedenza, ciò non comporta certo la negazione della titolarità della relativa situazione soggettiva, che, anzi, in linea di principio deve essere senz'altro riconosciuta ai detenuti. Tale conclusione, oltre a derivare dalle già espresse considerazioni di carattere generale, discende anche dall'art. 1 del d. lgs. n. 196/2003, a norma del quale, come già visto, chiunque ha diritto alla protezione dei dati che lo riguardano.

Per i detenuti trova pertanto applicazione la comune disciplina dettata dal Codice *privacy*. Per quanto concerne, in particolare, i dati che vengono gestiti dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP), vengono in rilievo le disposizioni relative al trattamento da parte di soggetti pubblici (artt. 18 ss.). Per ciò che riguarda i dati sensibili e giudiziari, si è già specificato che è necessaria un'espressa previsione legislativa (o anche un provvedimento del Garante, per i dati giudiziari), che individui la tipologia di dati, le finalità e le operazioni che possono essere svolte. Peraltro, «nei casi in cui una disposizione di legge specifica la finalità di rilevante interesse pubblico, ma non i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili, il trattamento è consentito solo in riferimento ai tipi di dati e di operazioni identificati e resi pubblici a cura dei soggetti che ne effettuano il trattamento, in relazione alle specifiche finalità perseguite nei singoli casi e nel rispetto dei principi di cui all'articolo 22, con atto di natura regolamentare adottato in conformità al parere espresso dal Garante (…)» (art. 20, comma 2, richiamato anche dall'art. 21, comma 2, per quanto riguarda i dati giudiziari). Con riferimento all'oggetto del nostro studio, tale atto di natura regolamentare è costituito dal decreto del Ministro della Giustizia 12 dicembre 2006, n. 306, sul quale avremo modo di tornare più avanti.

Particolarmente scarna risulta, ad oggi, l'attività del Garante per la protezione dei dati personali collegata alla realtà carceraria. A parte alcune decisioni relative al trattamento dei dati del personale del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria [110] – che quindi esulano dall'oggetto della presente indagine – è stato rinvenuto un solo provvedimento espressamente dedicato ai diritti dei soggetti privati della libertà personale: si tratta del provv. n. 507 del 1° ottobre 2015[111].

La vicenda, sulla quale l'Autorità è intervenuta su segnalazione del Garante dei detenuti, può essere riassunta come segue. A seguito della morte di una detenuta, a causa di un overdose di sostanze stupefacenti, la ASL locale, per finalità di polizia giudiziaria[112], svolgeva analisi cliniche su tutte le altre ristrette per verificare se avessero fatto uso di tali sostanze; sulla base delle risultanze positive, la Casa circondariale (che è resa anonima nel testo diffuso sul sito del Garante) comminava sanzioni disciplinari (sulla base degli artt. 39 ss. o. p. e 77 ss. reg. es.).

È opportuno sottolineare, preliminarmente, che a venire in rilievo erano dati sensibili, in quanto idonei a rivelare lo stato di salute delle interessate (si trattava di analisi su campioni biologici).

Occorreva, dunque, verificare la liceità del trattamento effettuato dal DAP, sotto il profilo dell'informativa resa alle interessate e della base legale (*rectius*, normativa) dell'utilizzo dei dati sensibili per finalità disciplinari. In entrambi i casi, la verifica ha dato esito negativo.

Per quanto riguarda il primo profilo, il Garante ha sottolineato che le interessate erano state informate delle finalità del prelievo attinenti ad attività di Polizia giudiziaria e non anche della possibilità di utilizzo delle risultanze per finalità disciplinari; sulla base di

[110] V. provv. n. 371 del 29 novembre 2012 [doc. web n. 2192643]; provv. n. 269 del 7 maggio 2015 [doc. web n. 4167648]; provv. n. 483 del 17 settembre 2015 [doc. web n. 4642360].

[111] «Trattamento per fini disciplinari dei dati sensibili delle detenute di una Casa circondariale» [doc. web n. 4429647]. Del provvedimento si dà conto anche nella *Relazione annuale 2015* del Garante per la protezione dei dati personali, che può essere consultata sul sito istituzionale [doc. web 5204513, 28 giugno 2016], 91 s.

[112] Che rinviene una sua specifica disciplina nel Titolo II della Parte II.

tale informativa incompleta esse avevano espresso il loro consenso al trattamento.

Per ciò che attiene al secondo aspetto, l'Autorità ha evidenziato il difetto di autorizzazione normativa al trattamento dei dati sensibili dei detenuti per finalità disciplinari. Il già citato Regolamento del Ministro della Giustizia n. 306/2006 prevede la possibilità di utilizzare dati sensibili per finalità disciplinari solo in relazione al personale del DAP e non anche ai detenuti (All. 8). Per quanto concerne il trattamento di dati sensibili dei detenuti, esso è previsto dall'All. 10 al regolamento, esclusivamente per finalità di assistenza sanitaria e non già in vista dell'irrogazione di sanzioni disciplinari.

Sulla base di tali considerazioni, con riferimento al caso di specie, il Garante ha pertanto dichiarato l'illiceità del trattamento dei dati sensibili per fini disciplinari, riservandosi peraltro di verificare la sussistenza di violazioni amministrative con distinto e autonomo procedimento (ad oggi non ancora concluso).

Sembra peraltro opportuno precisare che, al momento in cui si scrive, risulta pendente dinanzi al Tribunale ordinario di Roma l'impugnazione del provvedimento in esame da parte del Ministero della Giustizia[113].

4.3. Il c.d. diritto all'oblio a seguito della sentenza Google Spain

Sebbene sia più probabile che esso riguardi gli *ex* detenuti più che coloro i quali sono ancora sottoposti all'esecuzione penale, una menzione conclusiva merita il c.d. diritto all'oblio[114] (della cui derivazione dalla *privacy* non si dubita), negli ultimi anni assurto

[113] Ai sensi dell'art. 152 Codice *privacy* e dell'art. 10 d. lgs. n. 150/2011, infatti, contro i provvedimenti del Garante può essere proposta opposizione davanti al giudice ordinario, con ricorso depositato presso il tribunale del luogo dove ha la residenza il titolare del trattamento dei dati.

[114] Sul tema del diritto all'oblio, v., *ex multis*, M.R. Morelli, *Oblio (Diritto all')*, in *Enc. Dir.*, Agg., Vol. VI, Milano, 2002, 848 ss.; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 591 ss.; L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 121 ss.

all'onore delle cronache per effetto di una celebre decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del maggio 2014 (nota come sentenza *Google Spain*)[115].

Al riguardo, è necessaria una precisazione preliminare: l'espressione «diritto all'oblio» – di cui vi era traccia già, ma in un'accezione parzialmente diversa, nella giurisprudenza precedente alla rivoluzione digitale[116] – viene oggi comunemente utilizzata in tre differenti significati[117]: i) come diritto alla contestualizzazione e all'aggiornamento delle proprie informazioni non più attuali[118]; ii) come (improprio) sinonimo di diritto alla cancellazione dei dati personali; iii) per indicare il diritto riconosciuto dalla sentenza *Google Spain*, del quale ora ci occuperemo.

La Corte ha affrontato, in particolare, una problematica legata all'agevole reperibilità di informazioni personali mediante l'uso dei motori di ricerca; la caratteristica della Rete internet, infatti, è quella di essere una memoria senza confini, né spaziali, né temporali, nella quale i dati personali, facilmente rinvenibili, sono potenzialmente destinati a restare *sine die*.

Qui emerge la differenza rispetto al primigenio significato dell'espressione «diritto all'oblio», che consisteva nella pretesa di opporsi alla nuova pubblicazione (a mezzo stampa o televisione) di notizie risalenti nel tempo, laddove non vi fosse un interesse pubblico che la giustificasse. Oggi non si pone il problema di una

[115] Sentenza nella causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, sulla quale v. A. Palmieri-R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano*, n. 1, 27 maggio 2014, consultabile su *www.foroitaliano.it*; F. Pizzetti, *La decisione della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2014; R. Pastena, *Internet e privacy: una relazione complicata (A margine della sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2014)*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014; O. Prevosti, *Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea a difesa della riservatezza individuale*, in *Osservatorio costituzionale*, settembre 2014, spec. 17 ss.; nonché i contributi raccolti nel numero monografico della rivista *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2014.

[116] V. sul punto, la ricostruzione di M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio*, cit., 81 ss.

[117] Tale classificazione è mutuata da L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 121 s.

[118] Secondo una prospettiva scolpita da Cass., sez. III civile, sent. n. 5525/2012.

nuova pubblicazione, essendo i dati sempre potenzialmente disponibili, ma al contrario quello della rimozione di questi dati (dal sito-fonte o, quantomeno, dai risultati delle ricerche effettuate tramite gli appositi motori).

All'esito di un lungo e articolato percorso argomentativo – fondato sull'interpretazione della Direttiva 95/46/CE anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali UE – i giudici di Lussemburgo hanno affermato che il gestore di un motore di ricerca (quale titolare del trattamento), su richiesta dell'interessato, è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona. Ciò anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi, e anche quando la loro pubblicazione su tali pagine sia di per sé lecita[119].

In via generale, infatti, si è affermata la prevalenza del diritto alla *privacy* sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca e, addirittura, sull'interesse del pubblico alla facile reperibilità delle informazioni. Il diritto dell'interessato è, invece, recessivo laddove risulti, per ragioni particolari, che è giustificato l'interesse preponderante del pubblico ad avere agevole accesso all'informazione di cui trattasi. I giudici di Lussemburgo – che non utilizzano l'espressione «diritto all'oblio»[120] – hanno dunque riconosciuto il diritto a recidere il collegamento tra il proprio nome ed alcuni *link*, i quali rimangono non solo intatti nel sito sorgente ma sono anche rinvenibili mediante lo stesso motore di ricerca, utilizzando parole-chiave differenti. Si tratta, quindi, di un "quasi-oblio", o, come anche è stato detto, di un diritto a non essere trovati facilmente[121].

[119] Punti 62 ss. della motivazione.

[120] In realtà, l'espressione «diritto all'oblio» compare due volte nel testo della sentenza: in nessuno dei due casi, tuttavia, essa "appartiene" alla Corte. Al par. 20, infatti, è utilizzata nel riferire le richieste del giudice del rinvio; al par. 91 al fine di riportare la posizione del Sig. Costeja González (ricorrente nel giudizio principale) e dei governi spagnolo e italiano. Discorso simile vale per il solo sostantivo «oblio», che appare ai nn. 89 e 90 della motivazione.

[121] Di *right not to be found easily* discorrono A. Palmieri, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete,* cit., 14. M. Siano, *Il diritto all'oblio in Europa e il*

La richiesta deve essere indirizzata in prima battuta al gestore del motore di ricerca, che è chiamato a valutare la fondatezza della pretesa alla "deindicizzazione"[122]. Solo in caso di diniego, l'interessato può rivolgersi all'autorità giudiziaria o al Garante per la protezione dei dati personali[123].

Tale diritto, evidentemente riconosciuto alla generalità dei consociati e in relazione a qualsivoglia dato personale, può essere attivato in particolare – anzi qui sembra avere il suo campo elettivo – per notizie relative alla commissione di reati e all'eventuale assoggettamento a pene detentive, alla luce del pregiudizio che l'agevole reperibilità di tali informazioni può avere nella vita di relazione dell'interessato. Effettivamente ad oggi il Garante ha avuto modo di occuparsi di istanze avanzate da *ex* detenuti che lamentavano il rifiuto, da parte del gestore del motore di ricerca, di procedere alla deindicizzazione dei risultati che riportavano, tra l'altro, la notizia della loro permanenza in carcere, oltre che, ovviamente, dei reati commessi[124]. È ragionevole ipotizzare, peraltro, che vi siano stati numerosi altri casi di richieste di "deindicizzazione" da parte di *ex* detenuti, delle quali non si ha notizia perché accolte *de plano* dal gestore del motore di ricerca.

Con riferimento alle difficoltà applicative che comporta la sentenza *Google Spain* (in particolare, il bilanciamento tra diritto dell'interessato e interesse del pubblico), può essere utile evidenziare che il c.d. *Gruppo Articolo 29* (*Article 29 Working Party*-WP29) – organo consultivo formato da un rappresentante per ciascun Garante *privacy* degli Stati membri UE[125] – ha adottato

recente caso spagnolo, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 132, ha fatto invece riferimento – in relazione però all'art. 17 del più volte citato Regolamento UE (allora ancora allo stadio di proposta) – al «diritto a non essere visti».

[122] Si usa quest'espressione per sinteticità, per quanto sia foriera di possibile confusione (v. A. Turturro, *Il «quasi-oblio» in azione. I primi provvedimenti del Garante della privacy sulla «deindicizzazione» per effetto della sentenza* Google Spain*: brevi osservazioni*, in *Diritto e società*, 2015, 458).

[123] N. 77 della motivazione.

[124] V., ad esempio: provvedimento del 31 marzo 2016, n. 152 [doc. web n. 4988654]; provvedimento del 18 febbraio 2016 n. 64 [doc. web n. 4798357]; provvedimento 17 dicembre 2015, n. 671 [doc. web n. 4679325].

[125] *Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali*, istituito dall'art. 29 della direttiva CE n. 95/46 (da cui prende il nome con cui è

delle linee-guida per l'applicazione della decisione[126], indicando, tra l'altro, tredici criteri che le Autorità nazionali di protezione dei dati debbono tenere presenti al momento di valutare le richieste di deindicizzazione[127]. Rinviando ad altra sede per un'analisi del documento[128], per quanto qui interessa può essere sufficiente ricordare che, per i dati che si riferiscono alla commissione di un reato, il WP29 suggerisce di verificare la gravità e la prossimità temporale dei fatti in questione. La gravità e la maggiore prossimità sono, in via generale, argomenti che depongono nel senso del diniego alla richiesta di deindicizzazione.

comunemente conosciuto): si tratta di un organismo consultivo e indipendente (par. 1), composto, oltre che – come già evidenziato nel testo – da un rappresentante delle autorità di protezione dei dati personali designate da ciascuno Stato membro, anche da un rappresentante del GEPD (Garante europeo della protezione dei dati), nonché da un rappresentante della Commissione (par. 2). Il presidente è eletto dal Gruppo al suo interno ed ha un mandato (rinnovabile) di due anni (par. 4).

[126] *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on «Google Spain and Inc v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González» C-131/12.*

[127] *Part II: List of common criteria for the handling of complaints by European data protection authorities*.

[128] A. Turturro, *Il «quasi-oblio» in azione*, cit., 448 ss.

Giuliano Serges

Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura

SOMMARIO: 1. Premessa: tortura e carcere – 2. La tortura, il suo divieto, il diritto a non subirla – 2.1. Etimo e significato tecnico-giuridico – 2.2. La tortura giudiziaria – 2.3. La tortura, oggi – 2.4. Il divieto di tortura e il relativo diritto – 3. Lo statuto costituzionale del diritto di libertà dalla tortura – 3.1. Il quarto comma dell'art. 13 e il terzo comma dell'art. 27 Cost. – 3.2. Gli artt. 3 e 28 Cost. e gli obblighi internazionali ed europei – 3.3. Le "altre" disposizioni costituzionali – 4. La protezione legislativa del diritto di libertà dalla tortura – 4.1. I requisiti minimi di protezione – 4.2. La disciplina legislativa – 4.3. La legge sul nuovo reato di tortura: *inutiliter data*? – 4.4. Nuove prospettive di tutela.

1. *Premessa: tortura e carcere*

Tra i diritti costituzionali dei detenuti un posto di primo piano riveste il c.d. "diritto a non subire tortura" (o "diritto di libertà dalla tortura"[1]), e ciò per almeno due ragioni: una di tipo storico-fattuale, una di natura prettamente giuridica.

La prima è che tra il carcere e la tortura esiste un forte legame, un filo rosso che si dipana nel corso della storia sin dai secoli dell'Inquisizione (se non addirittura da prima[2]). La tortura è infatti uno dei

[1] Le espressioni «*right to be free from torture*» e «*freedom from torture*» si trovano assai frequentemente nella letteratura anglosassone, mentre sono rare nella dottrina italiana. Sul piano del significato, tuttavia, le due espressioni "diritto a non subire tortura" e "diritto di libertà dalla tortura" non sono del tutto equivalenti, come si avrà modo di meglio specificare nel prosieguo della trattazione (*infra* § 2.4).

[2] È tutt'ora dibattuto se, nel diritto romano, la tortura fosse o meno utilizzata sugli uomini liberi dagli organi preposti alla repressione criminale a Roma. L'opinione più diffusa è quella secondo cui almeno fino al II secolo d.C. a tali organi «fosse inibita la possibilità di servirsi nelle indagini istruttorie o di utilizzare a titolo di pena la tortura sugli uomini liberi» (che invece era senz'altro consentita sugli schiavi, considerati alla stregua di oggetti, *res*), «e che questa regola non avesse subito eccezioni per tutto il

metodi con cui si possono estorcere agli inquisiti le confessioni a causa delle quali essi saranno condannati al carcere. Si tratta di quella forma di tortura che viene normalmente definita come "giudiziaria" o "inquisizionale" (*infra* § 2.2), oggi da considerarsi assolutamente abusiva (almeno nelle cc.dd. democrazie occidentali) ma che, come noto, era legale e largamente utilizzata nel corso dell'età di diritto comune. Si consideri, poi, che forme di detenzione possono essere utilizzate quali parti integranti di procedimenti tormentatorî (com'è accaduto non solo al tempo dell'Inquisizione, ma anche in un recente passato[3]). È stato financo sostenuto che il carcere sia sempre, di per sé, una forma di tortura[4]. Deve rilevarsi, infine, come nel carcere (o comunque in luoghi di detenzione) si possa praticare la tortura, intesa quale forma di violenza esercitata dall'autorità di pubblica sicurezza sui corpi o sulla mente dei detenuti.

La seconda risiede nel fatto che, rispetto ad altri diritti costituzio-

periodo repubblicano (o, per alcuni, qualche rara eccezione in riguardo a stranieri o ad appartenenti alla plebe). Solo con l'avvento del Principato, in conseguenza dell'accentuarsi del dispotismo imperiale, da un lato, e – soprattutto – dell'affermarsi delle *cognitiones extra ordinem*, dall'altro, l'impiego della tortura sui liberi avrebbe cominciato a diffondersi nella pratica processuale, sia pure – all'inizio – come illegale eccezione, che poi, però, avrebbe finito per stabilizzarsi e diventare dunque consuetudine e, infine, legge» (C. Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano, 2002, 1-4). Secondo pregevole dottrina, tuttavia, tale opinione andrebbe riverificata, in quanto «il numero e, soprattutto, la estrema varietà delle fonti – peraltro costantemente distribuite nel tempo – che riferiscono su episodi di utilizzazione della tortura nel campo della repressione criminale già dal periodo regio e repubblicano e nella prima età imperiale rende […] difficilmente accettabile la loro globale spiegazione in termini di "invenzioni storiografiche" e di "abusi di potere"» (*Ibidem*).

[3] Come racconta N. Klein, *Shock economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, trad. I. Katerinova, Milano, 2007, 33 ss., ad esempio, la CIA, durante la Guerra fredda, ha posto in essere delle torture costituite da un complesso procedimento che prevedeva dapprima la detenzione del torturato in celle di deprivazione sensoriale e, in un secondo momento, il trattamento dello stesso con pesanti sedute di *elettroshock*. L'idea di fondo era quella di far perdere ai malcapitati la cognizione dei sensi (a traverso la detenzione) e ottenere una *tabula rasa* nelle menti dei torturati (a traverso l'uso dell'*elettroshock*), così da poter «disfare e cancellare le menti difettose, e poi ricostruire nuove personalità». L'esperimento fallì e l'unica sua conseguenza tangibile furono le numerose schizofrenie diagnosticate ai detenuti che ebbero la fortuna, per così dire, di uscirne vivi.

[4] Già l'inquisitore domenicano Bernardo Gui aveva apoditticamente affermato «*carcerare idest torquere*», come ricorda I. Mereu in *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, Pordenone, 1994, 57.

nali – l'istruzione, l'informazione, la sanità, la riservatezza, il lavoro, ecc. – che pure sono (o dovrebbero essere) garantiti ai detenuti, il diritto a non subire tortura si contraddistingue per il fatto che si tratta di uno dei non numerosissimi diritti che il Costituente italiano ha voluto riferire espressamente a «*persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*» (art. 13, comma 4). Esso si configura, in altri termini, non già come un diritto del cittadino *anche* detenuto[5], bensì quale *diritto proprio* delle persone private in tutto o in parte della propria libertà personale (detenuti *lato sensu*[6]), così come è sancito dal quarto comma dell'art. 13 della Costituzione della Repubblica italiana:

«È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Tale disposizione – il cui contenuto si avrà modo di approfondire (*infra* § 3) – non è, come si vedrà, l'unica rilevante ai fini della ricostruzione di uno "statuto costituzionale" del diritto a non subire tortura. La sua concreta attuazione, peraltro, è subordinata ad una disciplina legislativa che appare ancora oggi assai insufficiente affinché il diritto in esame venga adeguatamente tutelato. Prima di proseguire nella trattazione, tuttavia, è bene chiarire preliminarmente alcune nozioni la cui conoscenza e comprensione è indispensabile per poter cogliere il senso degli argomenti che saranno in seguito illustrati[7].

[5] Con il che, beninteso, non si vuol certo affermare che sia consentito usare violenza fisica o morale su persone non sottoposte a restrizioni di libertà. La Costituzione italiana riconosce e impone il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), del diritto alla salute (art. 32) e degli obblighi internazionali ed europei contratti dall'Italia in materia di diritti umani (artt. 11 e 117): tanto basta per affermare che nessuna violenza fisica o morale su altre persone può essere ritenuta costituzionalmente lecita (v. *infra* § 3.3).

[6] L'art. 13, comma 4, infatti, non ha ad oggetto esclusivamente i detenuti a seguito di condanna (o detenuti *stricto sensu*), bensì qualunque persona sottoposta a restrizioni totali o parziali della propria libertà personale: arrestati, fermati, custoditi a titolo cautelare, internati, *etc*. Come già aveva osservato all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione V. Crisafulli, *Manuale dei diritti del cittadino*, II edizione, Roma, 1950, 52, dunque, il principio sancito dal quarto comma dell'art. 13 «vale evidentemente per tutti i casi possibili, di detenzione e carcerazione preventiva, di espiazione di pena detentiva, di sottoposizione a misure di sicurezza ecc.».

[7] A tal riguardo è d'uopo precisare che il presente lavoro è frutto di un'attività di ricerca sul tema che si protrae da diversi anni e i cui risultati sono già stati parzialmente esposti in due precedenti lavori. Il primo, dal titolo *La tortura giudiziaria. Evoluzione*

2. *La tortura, il suo divieto, il diritto a non subirla*

2.1. Etimo e significato tecnico-giuridico

La prima nozione che bisogna approfondire è, ovviamente, quella di "tortura", parola di origine latina usata assai nel linguaggio quotidiano, con significati spesso molto distanti tanto dall'etimologia del termine quanto da quello proprio dell'istituto giuridico.

"Tortura" deriva da *torquĕo*[8] (torcere, piegare), così come altre parole appartenenti alla medesima «famiglia di lessemi correlati con l'area semantica della tortura»[9] quali, ad esempio, *tormèntum*, *tortum*, *extorquĕo*, ecc. Dal punto di vista etimologico "tortura", così come il suo sinonimo "tormento" (sincope di "torcimento", allo stesso modo

e fortuna di uno strumento d'imperio (in L. Pace, S. Santucci, Giu. Serges (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, 229 ss.), affronta le tematiche relative alla storia della tortura giudiziaria e alla compatibilità di quest'ultima con la democrazia, il garantismo giudiziario e i diritti umani, nonché le problematiche proposte avanzate in dottrina di reintrodurre la tortura a scopo antiterroristico. Il secondo, dal titolo *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»* (in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015), riguarda invece le norme costituzionali ed europee poste a presidio del divieto di tortura e le difficoltà relative all'introduzione dei reati di tortura nell'ordinamento statale, anche in un'ottica di diritto comparato. Allo scopo di contenere al minimo indispensabile l'apparato bibliografico del testo che si legge, si rimanda dunque ai due lavori da ultimo richiamati – ai quali non si faranno ulteriori riferimenti nel prosieguo della trattazione – per approfondimenti bibliografici relativi ai temi ivi trattati.

[8] La ricostruzione dell'etimo di "tortura" è stata effettuata a partire dai seguenti testi: G.B. Bolza, *Etimologie di vocaboli italiani*, in *Rivista viennese*, 1839, Tomo II, Fasc. IV, 85 ss.; L. Castiglioni, S. Mariotti, *IL. Vocabolario della lingua latina*, III ed., Milano, 2001, 1307, voce "*tormentum*"; F. Cordero, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 35, ora ad introduzione di A. Giannelli e M.P. Paternò (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 17; *Vocabolario degli Accademici della Crusca compendiato da un Accademico Animoso: secondo l'ultima impressione di Firenze del 1691*, Tomo II, Venezia, 1705, 64, voce "*cruciatus*"; G. Devoto e G. Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, Bergamo, 1982, voce "tortura"; O. Piangiani., *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Roma, 1907, voci "cruciare", "supplizio", "tormento", "tortura"; I. Putzu, *Etimologia e testualità: il sardo medievale (arborense)* iscodoglare*. Aspetti e problemi metodologici*, in G. Paulis, I. Pinto, *Etimologia fra tesi e culture*, Milano, 2013, 278 ss. Per non appesantire il testo, si eviterà di indicare, di volta in volta, l'origine della singola informazione quivi riportata, salvo quando si tratti di brani citati letteralmente.

[9] I. Putzu, *op. cit.*, 299.

in cui "tortura" lo è di "torcitura"), altro non è, dunque, se non una variante morfologica di "torsione". Il termine veniva in origine usato per indicare la torcitura dei filati, la torchiatura delle olive o dell'uva ovvero, in ambito terapeutico, la torsione delle ossa per rimediare alle slogature. Il lemma fu altresì adoprato per designare le violenze inflitte, tramite la torsione delle membra, a scopo punitivo o per piegare colla forza la volontà di un altro essere umano, assumendo quindi ben presto il significato estensivo di grave sofferenza fisica o morale. Analoga sorte toccò a "tormento" (dal latino *tormèntum*), nato originariamente per indicare un arnese (da cui la desinenza in *-mèntum*, indicante strumento) destinato a infliggere torsioni sul corpo umano, poi usato estensivamente per indicare qualunque forma di supplizio. L'atto di torturare, oltre che con il verbo *torquĕo*, fu indicato anche con un derivato di quest'ultimo, vale a dire *extorquĕo (ex + torquĕo*, da cui l'italiano "estorcere"): «*extorquēre*, muovendo da un originario significato separativo-intensivo, significava "torcere, lussare, slogare", poi "torturare" e quindi "strappare qualcosa con la forza, estorcere"»[10].

I termini sopra considerati concorrono, nel loro complesso, ad illustrare il significato di "tortura", da intendersi quindi come trattamento volto a torcere le membra o la mente di una persona, provocandole gravi sofferenze fisiche o morali, sino a piegarne la volontà, allo scopo di punirla o di costringerla a compiere un'azione che altrimenti non avrebbe compiuto (ad esempio rilasciare una confessione). La particolare capacità descrittiva della parola "tortura" – in grado di assumere tanto una connotazione ampia (ogni grave sofferenza inflitta da un uomo su di un altro) quanto una connotazione specifica (violenza effettuata allo scopo di estorcere un comportamento) – ha contribuito, in larga parte, alla sua fortuna, portandola a prevalere su tutte le concorrenti[11], specie nel contesto giuridico. Allo stesso tempo, però, proprio la necessità di conciliare l'ambivalenza semantica del termine con l'esigenza di precisione definitoria propria dell'ambito

[10] I. Putzu, *op. cit.*, 299.

[11] Quali, ad esempio, *carnificina, cruciatus*, *martyrium* e *supplicium*, per lungo tempo usate quali sinonimi di "tortura" ma che poi, pur essendo sopravvissute anche al passaggio alla lingua italiana, hanno perso la loro funzione sinonimica (carneficina, martirio), sono cadute in desuetudine (cruciato) ovvero sono rimaste relegate a un significato generico di tortura (supplizio).

giuridico ha condotto all'elaborazione della fondamentale distinzione tra il concetto di *tortura-fine* (o *tortura finale*) e quello di *tortura-mezzo* (o *tortura strumentale*):

a) Si ha tortura-fine quando l'atto di grave violenza fisica o morale è finalizzato a sé stesso. È il caso, ad esempio, della tortura finalizzata al mero compimento di un atto di violenza. Ma anche di quella finalizzata alla punizione di qualcuno (sulla base del sillogismo: P1. *Il fine della tortura è la punizione*; P2. *La punizione consiste in una tortura*; C. *Il fine della tortura è la tortura*);

b) Si ha tortura-mezzo quando l'atto di grave violenza fisica o morale è finalizzato al raggiungimento di un risultato diverso dalla tortura stessa, come ad esempio quello di costringere una persona, piegandone la volontà, a compiere un'azione che altrimenti non avrebbe compiuto.

Questa distinzione è fondamentale per comprendere i due significati con cui, in origine (e fino a tempi relativamente recenti), il termine "tortura" è stato usato in ambito giuridico: da un lato, vi è la *tortura-pena*, vale a dire una tortura-fine inflitta, a titolo di pena, sul corpo di un condannato; dall'altro, vi è la *tortura giudiziaria*, vale a dire una tortura-mezzo effettuata sui corpi degli inquisiti allo scopo di estorcere delle confessioni o delle informazioni utili ad incriminare i presunti complici. In uso già nel diritto romano (*v. nt. 2*), la tortura giudiziaria conobbe il periodo di maggior fortuna nell'età del diritto comune, grazie all'emersione del processo romano-canonico e alla creazione dell'Inquisizione. Torura-pena e tortura giudiziaria presentano alcune differenze ed alcune caratteristiche comuni:

a) Legalità. Entrambe sono previste come misure lecite da parte di una valida ed efficace norma giuridica;

b) Istituzionalità-autoritatività. Ambo le due sono praticate da un rappresentante delle istituzioni (inquisitori, autorità di pubblica sicurezza, *etc.* a seconda del regime politico);

c) Giudiziarietà. Solo la tortura giudiziaria è strumentale alla conclusione di un processo, mentre la tortura-pena attiene ad una fase successiva allo stesso, quella dell'esecuzione penale.

Di queste due diverse accezioni, però, solo una è stata considerata, per lungo tempo, quale tortura intesa in senso tecnico-giuridi-

co, vale a dire la tortura giudiziaria. Ciò si spiega col fatto che, fino all'avvento del c.d. "diritto internazionale dei diritti umani", la parola trovava applicazione pressoché esclusivamente nell'ambito del diritto criminale (*infra* § 2.3), rispetto al quale la tortura-pena, tecnicamente, non può essere qualificata come "tortura" bensì, piuttosto, come un tipo di pena. Da questo punto di vista sarebbe più corretto parlare di *pena-tortura* (o "pena della tortura"), allo stesso modo in cui si parla di "pena di morte" e non di "morte-pena", essendo evidente come la pena non possa essere considerata un tipo di morte.

Quando si parla di tortura intesa in senso tecnico-giuridico si fa dunque riferimento – almeno fino alla prima metà del XIX secolo – a quella particolare forma di tortura-mezzo, caratterizzata dalla *giudiziarietà*, dalla *legalità* e dalla *istutizionalità-autoritatività*, nota come "tortura giudiziaria" (o «tortura inquisizionale»[12]).

> «Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi d'estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio fondando la sentenza sulla verità così ottenuta, qualsiasi procedimento che abbia questo contenuto e questo fine rientrava, o diciamo rientra, nel concetto di tortura giudiziaria»[13].

In questo contesto risulta evidente la maggiore idoneità descrittiva della parola "tortura" rispetto alle altre concorrenti (*v. nt. 11*), poiché essa è la sola a contenere al suo interno i significati di "piegare" (la volontà) ed "estorcere" (una testimonianza o una confessione). Non è un caso, d'altronde, che gli illuministi, quando trattavano della tortura giudiziaria auspicandone l'abolizione, si riferissero ad essa chiamandola, semplicemente, "tortura", poiché era questo il significato attribuito al termine in ambito tecnico-giuridico, come spiega con chiarezza il Verri:

[12] Così la chiama, opportunamente, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2009 (I ed. del 1976), 125, evidenziando il legame inscindibile tra un sistema giudiziario di tipo inquisitoriale e la previsione della tortura giudiziaria quale pratica legale (*infra* § 2.2).

[13] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Varese, 1953, 5.

«col nome di tortura non intendo una pena data a un reo per sentenza, ma bensì la pretesa ricerca della verità co' tormenti. *Quaestio est veritatis indagatio per tormentum, seu per torturam; et potest tortura appellari quaestio a quaerendo, quod judex per tormenta inquirit veritatem*»[14].

Tanto il termine "tortura" era identificato col concetto di tortura giudiziaria che, nel latino giuridico, sorse accanto ad esso un sinonimo improprio, vale a dire *quaestio* (interrogatorio). In ambito giuridico si distingueva dunque tra *tormentum* o *cruciatus* (supplizio, tortura in senso generico) e *quaestio* (tortura giudiziaria), «con una precisione tecnica che la nostra lingua non ha e che permetteva di tener separate, all'occorrenza, le [due] nozioni»[15]. La sinonimia impropria continuò anche col passaggio al volgare, ove la tortura veniva identificata con i termini *rigoroso esame* o *rigorosa esamina* (in Italia), *question* (in Francia) e *cuestión* (in Spagna). L'affermarsi di tale uso testimonia, peraltro, la frequenza con la quale, a partire dell'emersione del processo romano-canonico, gli interrogatorî venivano svolti avvalendosi della tortura (*infra* 2.2), al punto che quest'ultima veniva sostanzialmente identificata con i primi. Ma vi era, al fondo, anche un'altra ragione per la quale gli inquisitori preferivano parlare di *quaestio* o "rigoroso esame" (cioè "interrogatorio particolarmente rigoroso") anziché di tortura, vale a dire la volontà di mascherare, di dissimulare la particolare crudeltà delle pratiche inquisitorie. Si tratta di una tecnica ben descritta dal Mereu sotto il nome di "dissimulazione onesta"[16], tipica

[14] P. Verri, *Osservazioni sulla tortura e sulla peste che devastò Milano nell'anno 1630*, Milano, 1804, cap. VIII.

[15] P. Fiorelli, *op. cit.*, Vol. I, 17. L'A. specifica, peraltro, che se questa distinzione era assai netta in ambito giuridico, «nel linguaggio di tutti i giorni» era facile rinvenire una qualche confusione tra i due istituti.

[16] L'espressione "dissimulare onesto" si deve a Torquato Accetto, moralista napoletano in attività circa quattro secoli or sono, ed è stata riportata alla luce da Italo Mereu per definire una assai peculiare manifestazione di quel concetto che, nel linguaggio odierno, è noto con il sintagma "tartufismo giuridico" (dal francese *tartufe*, "ipocrita"). Spiega l'Accetto che: «la dissimulazione non è altro […] che un velo composto di tenebre oneste e di rispetti violenti da che non si forma il falso ma si dà qualche riposo al vero, per dimostrarlo a tempo» (T. Accetto, *Della dissimulazione onesta*, 1641). Dunque, in ambito giuridico, potremmo riassumere dicendo che con dissimulare onesto s'intende il nascondere, dietro parole fuorvianti, concetti diversi da quelli che, date le circostanze, si sarebbero dovuti esprimere, considerati sconvenienti o impresentabili, in

del linguaggio inquisitoriale, di cui l'equivalenza *"rigoroso esame = tortura"* costituisce uno degli esempi più rappresentativi:

«"Rigorosa esamina" è un sintagma dove il rapporto fra tortura e torturato, fra chi può chiedere e chi deve solo soffrire e rispondere, è sfumato in un'immagine scolastica che richiama alla memoria da un lato maestri severi, ma (è sottinteso) giusti; e dall'altro allievi impauriti, trepidanti ed ansiosi, che sperano solo di finire, e si augurano che le risposte date siano quelle soddisfacenti e placanti che il maestro attende e desidera. Ma c'è anche una sapienza psicologica non comune nell'uso di questa espressione che identifica la tortura con un esame e questo con la tortura. Alla base di entrambe c'è la violenza, che tutto altera e distorce; quella fisica e quella psicologica, la *territio* e il dolore sofferto, che vengono unite in una immagine in cui il rapporto non è più tra uomo e uomo, ma tra uno che può tutto e un altro che deve solo subire. Rigoroso esame, detto di questi stati di sopraffazione esistenziale, è la "dissimulazione" più "onesta" e, in fondo, più vera»[17].

Questa attitudine dissimulatoria esercitata dagli inquisitori e dai giuristi di *ius commune* – e sciaguratamente ripresa, in tempi recenti, dai giuristi statunitensi (*v. nt. 84*) – rappresenta un altro dei motivi della fortuna della parola "tortura". Durante la lotta per l'abolizione della tortura portata avanti dagli illuministi (*infra* § 2.2), infatti, questi ultimi s'impegnarono a squarciare il velo di tartufismo del linguaggio inquisitorio, chiamando l'istituto sempre e solo col suo nome proprio: tortura[18]. La qual cosa offrì al termine in questione un uso e una diffu-

vista di un evento futuro che determinerà l'avverarsi della situazione dissimulante (per ciò da considerarsi onesta) in luogo di quella dissimulata.

[17] I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, II ed., Milano, 1988, 211-213.

[18] L'unico altro termine usato era "tormento", il solo che, come già ricordato, ha la stessa radice etimologica di "tortura" e ne costituisce dunque un sinonimo quasi perfetto. La parola "tormento", peraltro, era solitamente adoprata solo per descrivere la tortura, non già per rappresentarla (se non, talvolta, allo scopo di evitare ripetizioni all'interno del medesimo periodo o di periodi vicini). Si poteva dire, insomma, che "la tortura consiste in un tormento", ma i due termini non erano ritenuti pienamente fungibili. Possiamo ricordare, a titolo di esempio, due passi del capitolo X delle *Osservazioni sulla tortura* di Pietro Verri (cit.), in cui entrambi i lemmi sono usati: «se i dottori considerassero la *tortura* come un mezzo per avere la verità, prescriverebbero di attenervisi e considerare per certo quello che un *tormentato* dice fra i *tormenti*»; «è poi una contraddizione veramente barbara quella di rinnovare la *tortura* all'uomo che revochi l'accusa fattasi nei *tormenti*» (corsivi nostri).

sione che ben pochi altri possono vantare in ambito giuridico. In questo modo la tortura sconfinò dal contesto giuridico, smise di essere una parola meramente descrittiva di un fatto e il solo pronunziarla divenne a tutti gli effetti un atto di denuncia politica, giuridica e sociale. Denuncia che, ai tempi, non era riferita solo alla tortura giudiziaria, bensì a tutto il sistema inquisitoriale poiché, come già aveva saggiamente rilevato Ulpiano, «*quaestionem sic accipimus non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem*»[19] (*infra* § 2.2). La tortura divenne, insomma, un pretesto per denunciare la «barbarie dei tempi» (così Verri, nel XIII cap. delle sue *Osservazioni sulla tortura*) e il termine divenne – ed è tuttora – quasi un sinonimo di "vergogna". Non a caso, d'altronde, alla famiglia di lessemi correlati con l'area semantica della tortura appartiene anche il termine *tortus* (torto), che dal significato originario di "torturato" è divenuto sinonimo di "ingiustizia". La parola, dunque, assunse un «potere evocativo» che ancora oggi è sfruttato per denunciare la violazione dei diritti[20] e che costituisce, come si vedrà, il cuore dell'odierno dibattito relativo alla definizione di "tortura" ai fini della sua repressione penale (*infra* § 4).

Tale "potere evocativo", peraltro, s'è rafforzato nel tempo, poiché si è inserito in un percorso evolutivo del concetto di tortura[21] che ha

Si noti come gli illuministi si fecero portatori di un'esigenza che, a distanza di secoli, è ancora avvertita. Con riferimento alla problematica introduzione di uno specifico reato di tortura nell'ordinamento italiano (*infra* § 4.1), infatti, M. Palma, *Chiamiamola tortura*, in P. Gonnella, *La tortura in Italia. Parola, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 133, ha sottolineato come tra i motivi per i quali vi è necessità di introdurre un reato che non solo sanzioni la tortura, ma si chiami proprio "reato di tortura", vi è quello dettato dalla necessità di compiere una «operazion[e] di igiene culturale», di «dare bene nome alle cose». Di chiamare, cioè, la tortura col suo nome.

[19] "La tortura giudiziaria, così considerata, [rappresenta] non tanto i tormenti, ma tutta l'inquisizione". Analogamente Azzone descriveva l'inquisizione come «*inquisitio veritatis per tormenta*» (la ricerca della verità a traverso la tortura).

[20] Parla di "potere evocativo" della parola tortura il Prosperi, il quale scrive: «Persone private della libertà senza alcun preavviso, scomparse dalla loro casa senza lasciar traccia, chiuse in isolamento per lunghi periodi, infine interrogate con la severa *quaestio* – la tortura. Tutto questo è oggetto di archeologia giuridica e gli storici della giustizia se ne sono occupati abbastanza. Ma la parola non ha perso il suo potere evocativo. Ancora oggi, chi vuol denunciare il vilipendio delle persone e dei loro elementari diritti può ricorrere al mito storico dell'Inquisizione» (A. Prosperi, *Le torture d'America nell'indifferenza del mondo*, in Id., *Cause Perse. Un diario civile*, Torino, 2010, 18).

[21] Parla di «carattere evolutivo […] del concetto di tortura» F. Bilancia, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. Giannelli, M. Paternò, *op. cit.*, 171.

portato quest'ultimo ad applicarsi anche a fatti ai quali, in passato, non sarebbe stato applicato, e che ha erto la tortura a simbolo negativo della democrazia, del garantismo giudiziario e dei diritti umani (*infra* § 2.3).

2.2. La tortura giudiziaria

Come già ricordato, in principio era la tortura giudiziaria. Per comprendere il processo evolutivo della definizione di tortura e, dunque, le problematiche attuali relative ad essa, è necessario soffermarsi, sia pur brevemente, sulla *quaestio*. L'istituto, già esistente nel diritto romano (*v. nt. 2*), venne abbandonato nell'alto medioevo con l'avvento dei regni romano-barbarici e l'adozione del principio della personalità del diritto, per poi "risorgere", nell'età del diritto comune, con la riscoperta delle fonti giustinianee e l'instaurazione del processo romano-canonico[22]. Si parla, nella letteratura storico-giuridica, di "rinascita della tortura dalle ordalie". Alla base di questa formula vi è però un equivoco durato a lungo, vale a dire quello secondo cui la tortura sia "risorta" nel basso medioevo – a seguito del divieto di partecipare alle ordalie sancito dal Concilio Laterano IV del 1215 – sol perché prevista dalle fonti di diritto romano. In realtà, come ha acutamente osservato il Cordero, «nella metamorfosi inquisitoria» la tortura giudiziaria sarebbe rinata comunque, «perché la nuova procedura richiede conclusioni storiche sicure»[23]. In altri termini, il processo romano-canonico

[22] Quando si parla di età del diritto comune s'intende un periodo di tempo lungo quasi sei secoli: dal XII sec. d.C. a buona parte del XVIII sec. L'età di diritto comune, dunque, inizia col "basso Medioevo" (o "età del diritto comune classico") e perdura per i primi due secoli e mezzo della "età moderna", per poi scomparire con la c.d. "età delle riforme". Per "diritto comune" s'intende quel diritto elaborato dalla scienza giuridica tardo medievale (*in primis* i Glossatori della Scuola dei giuristi bolognesi) sulla base del diritto romano e del diritto canonico, allo scopo di superare l'incertezza giuridica generata dal principio della personalità del diritto. Venne così forgiato un nuovo diritto universale fondato sui due diritti preesistenti (*utrumque ius*), che si diffuse progressivamente, anche se in diversa maniera, nella maggior parte degli Stati europei (esclusa l'Inghilterra). Dalla commistione tra i due diritti (romano e canonico) si generò altresì, per il tramite dell'elaborazione dei glossatori e dei canonisti, un nuovo tipo di processo, conosciuto con il nome di "processo romano-canonico", che si trasformò, progressivamente, nel "modello" di giustizia preponderante in tutti i territorî dove si era "insinuato", anche solo come *ratio scripta* (è il caso della Francia), il sistema di diritto comune.

[23] F. Cordero, *op. cit*.

possedeva una struttura tale da non poter consentire il suo efficace svolgimento senza il ricorso alla tortura giudiziaria. Per quanto concerne la nostra analisi, i tratti principali da mettere in rilievo sono i seguenti:

1) *Funzione purificatrice della giustizia*. La funzione sociale dell'Inquisizione, fosse essa di tipo ecclesiastico o di tipo secolare, era quella di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza, «estirpa[ndo] la mala pianta dell'eresia»[24] (tribunali ecclesiastici) o «purga[ndo] la provincia dagli scellerati»[25] (giurisdizioni secolari);

2) *L'Inquisizione come "*inquisitio veritatis*"*. Il fine ultimo del processo era la ricerca della *veritas*, intesa come vera e propria "verità storica", indistinta dalla "verità processuale";

3) *Parzialità del giudice*. In mancanza di separazione tra funzione giudicante e funzione inquirente, l'inquisitore, *iudex atque accusator*, era un giudice incaricato di scoprire i reati (anche procedendo *ex officio*), di indagare i fatti e di emanare la sentenza. La raccolta delle prove da parte del giudice era totalmente libera. La ricostruzione degli eventi contenuta nella decisione rappresentava la *veritas*;

4) *Presunzione di colpevolezza*. L'inchiesta, promossa *ex officio* dall'inquisitore, poteva attivarsi anche sulla base di semplici sospetti (c.d. processo per *suspicio*). Essendo l'accusatore anche giudice, è chiaro come non potesse applicarsi il principio della presunzione di innocenza (elaborato proprio come rimedio al processo inquisitorio). Inoltre, dal momento che l'Inquisitore era abilitato a dichiarare la *veritas*, era fatalmente riconosciuta in capo ad esso una sorta di presunzione di infallibilità. Stava dunque all'inquisito (che, non a caso, era chiamato "reo" già nella fase inquirente[26], dunque ben prima della condanna, ed era sempre passibile di carcerazione preventiva) dimostrare la sua innocenza (ad esempio resistendo alla tortura);

5) *Sistema delle prove legali*. Ogni elemento di prova – considerandosi come tale tutti gli indizî, compresi i semplici sospetti, rilevati dall'inquisi-

[24] A. Prosperi, *Introduzione* in Id., *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Roma, 2003, XIX.

[25] B. Melchiori, *Miscellanea di materie criminali volgari e latine, composta secondo le leggi civili e venete*, Venezia, 1741, 96.

[26] Il che costituisce, secondo il Mereu (*St. dell'int.*, cit., 212), un altro esempio di dissimulazione onesta: «perché designare con un appellativo così squalificante chi ancora non è altro che un imputato, e solo dopo la condanna potrà essere chiamato con l'appellativo di reo? Il presupposto (taciuto) è quello che qualunque persona sia sottoposta a tortura, per l'Inquisitore è già un reo che bisogna solo far confessare».

tore – era qualificato in modo diverso, a seconda della sua presunta e predeterminata efficacia probatoria. Vi erano le *probationes plenae* ("prove piene", come ad esempio la confessione, considerata *regina probationum*) e le *probationes semi-plenae* ("prove semi-piene", o "semi-prove"). Solo le prime erano ritenute idonee a poter determinare da sole la decisione e, dunque, la conclusione del processo, mentre le altre necessitavano di altri elementi (ad esempio un'altra prova semi-piena);

6) *Principî di segretezza e di scrittura della procedura*. Quanto al primo, si tratta di un principio giustificato dalla necessità di non ostacolare il lavoro dell'inquisitore (ad esempio con una fuga di notizie), anche se l'uso fu soprattutto quello di consentire all'inquisitore di avere le mani libere. Al contrario, l'esecuzione della pena era improntata al principio di pubblicità, in quanto essa aveva funzione esemplare. Quanto al principio di scrittura della procedura, si tratta di una naturale conseguenza del rigido formalismo che caratterizzava il processo romano-canonico. La "giustezza" del processo, infatti, non era valutata in virtù della correttezza della decisione (che era presunta) bensì dal rispetto documentato delle regole processuali sancite, oltre che dalla legislazione "ufficiale", da veri e propri "manuali per inquisitori" che circolavano pei tribunali e che avevano un'importanza tale da costituire un vero e proprio «diritto inquisitoriale […] dotato di una propria "tecnica", una tradizione autonoma, che si tramanda sempre nella prassi dei tribunali dell'Inquisizione ed è l'unico diritto che effettivamente sia applicato»[27].

È di grande importanza rilevare come, alla base dell'architettura processuale dell'Inquisizione, vi fosse una concezione assolutistica della sovranità[28] e, dunque, un regime che, oggi, definirem-

[27] Ivi, 25.

[28] Concezione che, naturalmente, varia al passaggio dal medioevo all'età moderna, dacché solo con riferimento alla seconda si può parlare, propriamente, di assolutismo monarchico, mentre nel corso della prima la *maiestas* del *princeps* era intesa solo astrattamente come *potestas absoluta*, poiché nel concreto si riteneva che il principe dovesse professarsi (cioè autolimitarsi) vincolato alle leggi in quanto «la sua autorità *pendet* ("deriva") dall'autorità del diritto, e sottomettere il potere alle leggi significa accrescere e non diminuire la sovranità» (D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, su *www1.unipa.it/dipstdir/portale*, Vol. LII, 2007-2008, 59). L'istituzione medievale, quindi, non si identificava con il soggetto "sovrano" – Imperatore, Re, Principe o Papa che fosse – bensì rappresentava «la condizione giuridica della struttura pubblica oggettiva entro e mediante la quale il soggetto si muoveva» (E. CORTESE, *Un personaggio in cerca di autore. La compilazione giustinianea nel medioevo*, in *Diritto @ Storia*, n. 3/2004, § 3). La differenza tra le due interpretazioni (quella medievale e quella moderna) date del

mo strutturalmente autoritario. Una voce di dissenso rispetto alla parola del sovrano, un elemento deviante rispetto alle leggi da lui stabilite – fosse esso l'Imperatore, il Papa o un Sovrano nazionale – costituiva un elemento di destabilizzazione del sistema, un'anomalia che andava eliminata. In questo senso può dirsi che la funzione sociale dell'Inquisizione fosse quella del mantenimento dell'ordine pubblico. Tanto con riferimento all'Inquisizione medievale, quanto a quella di età moderna, lo scopo della giustizia criminale era infatti quello di conservare l'ortodossia (dettata dal sovrano), combattendo il dissenso – sia religioso (eresia), sia politico, non essendoci distinzione tra reato e peccato – a traverso la repressione penale[29]. Assunta questa come premessa, tutto il resto viene da sé.

In un ordinamento in cui lo Stato si identifica col sovrano e in cui la confessione religiosa praticata da quest'ultimo e la legge da esso prodotta rappresentano un'ortodossia totalizzante e non contestabile, non può essere ammessa alcuna distinzione tra "verità storica" e "verità processuale". Gli inquisitori, garanti dell'ortodossia, sono rappresentanti del potere sovrano (e, nelle giurisdizioni ecclesiastiche, si descrivono come emissarî di Dio candidati al martirio) e, in quanto tali, non possono essere fallibili: la loro parola è *veritas*. Allo stesso modo, in un sistema che non tollera l'esistenza di voci eterodosse è chiaro come l'azione repressiva debba potersi attivare anche sulla base del semplice sospetto (nulla può essere tralasciato) e che gli inquisitori debbano avere le mani libere nella ricerca delle prove e nello svolgimento del processo (la posta in gioco è troppo alta per poter ingabbiare la loro azione con lacci e lacciuoli). La presunzione di colpevolezza diventa un'esigenza ineliminabile (meglio correre il rischio di condannare un innocen-

frammento ulpianeo secondo cui «*princeps legibus solutus est*» (*Digesto*, I, 3, 31), però, interessa poco ai nostri fini: ciò che ci preme sottolineare è come in entrambi i casi la concezione del potere fosse di tipo assolutistico, di come cioè tutto il potere fosse di fatto concentrato nelle mani di una sola persona.

[29] Un esempio per tutti è quello costituito dall'Inquisizione spagnola, istituita nel 1478 allo scopo dichiarato di «eliminare sistematicamente gli "eretici"» (A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 231) ma che si rilevò ben presto un «crudele strumento di dominazione sempre ed in tutto asservito alla corona» (C. Reviglio della Veneria, voce *Inquisizione*, in A. Azara e E. Elia, *Novissimo Digesto Italiano*, III ed., Vol. 7, Torino, 1957, 723).

te che lasciare a piede libero un potenziale colpevole), così come la carcerazione preventiva. Quanto, infine, alla scrittura e alla formalità (e quindi anche al sistema delle prove legali, chiaro limite al libero convincimento del giudice), esse servono, da un lato, a sancire la non indipendenza dei giudici, ribadendo la subordinazione degli inquisitori al sovrano che detta loro le regole processuali da seguire e che ne verifica l'operato tramite i loro resoconti e, dall'altro, a fornire una sorta di "patente di legittimità" alle decisioni assunte, che sono ritenute "giuste" in quanto rispettose degli obblighi formali (poco importa se giungono a conclusioni abnormi, come nel caso della peste milanese raccontata dapprima dal Verri, con le *Osservazioni sulla tortura*, e poi dal Manzoni, con la *Storia della Colonna infame*).

In questo contesto, ben si capisce come la "rinascita" della tortura non fu un mero accidente dovuto al ritrovamento di quest'ultima nelle fonti di diritto romano, bensì una conseguenza logica, una fatalità indotta dal sistema inquisitoriale e dunque, indirettamente, dal regime politico ad esso sotteso:

> «se una colpa è denunciata, fu dunque commessa: se fu commessa, v'è un reo: se uno è imputato, devon esservi titoli a suo carico: se esso nega, defrauda la società del diritto che essa ha di conoscere il delinquente: potrò dunque astringerlo a confessare, come si astringe a consegnar un reo»[30].

I tormenti, in altri termini, sono una conseguenza inevitabile della pretesa di avere, quale premessa della decisione, «niente di meno che la verità». Una «ossessione del genere conduce alla tortura»[31]: «c'è una persona i cui interni mentali contengono la chiave del caso; colpevole o innocente, l'inquisito sa cose utili al processo; bisogna captargli le memorie, giungere a tutti i costi alla *veritas* e i tormenti favoriscono lo scandaglio introspettivo»[32]. Insomma, «ogni processo di *suspicio* […] prevede sempre la tortura», poiché questa consiste in una «violenza legale istituzionalizzata» nella

[30] C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, 35.
[31] F. Cordero, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 1983, 18 s.
[32] F. Cordero, *Quando viene profanato il corpo*, cit.

quale «l'uomo […] è trasformato in un *quid* che deve solo confessare quella verità che con pervicacia nega o vuol nascondere, e che l'inquisitore suppone di conoscere, e si sforza di far venire alla luce con questa nuova maieutica»[33]. Quando mancano le prove, dunque, «ma esiste e resiste invincibile solo il sospetto della autorità, per conoscere la verità non rimane altro che la tortura»[34], con la quale si ottiene una confessione – *regina probationum* – e si può così chiudere il processo condannando il reo sospetto.

Dal punto di vista processuale, peraltro, la tortura produceva una circostanza che, veduta con gli occhi del giurista contemporaneo, costituisce un'inaccettabile aberrazione, vale a dire quella della metamorfosi del processo da *actus trium personarum* (accusato – accusatore – giudice) ad «azione unitaria di una forza sola». Premessa infatti la identità tra giudice ed accusatore, e costretto l'inquisito a farsi accusatore di sé stesso, «quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una figura *ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore»[35]. Tale metamorfosi altro non è – come ha notato acutamente lo Sbriccoli – se non una «manifestazione di come possa diventare immensa la sproporzione di potere tra Stato e individuo. Quando l'autorità la mette in opera si impossessa interamente di un uomo: per piegarlo e annientarlo, vessandone il fisico e violandone la dignità»[36].

In questo senso si può dire che la tortura *è* l'inquisizione, ne è la sintesi, la *summa*, la rappresenta così come rappresenta il regime politico ad essa sotteso. Non a caso tra gli argomenti più usati dai sostenitori della tortura vi era quello secondo il quale essa era «necessaria alla salvezza dello stato»[37]. La lotta per l'abolizione della tortura giudiziaria – condotta da tutti i grandi Autori riconducibili, in qualche misura, all'illuminismo giuridico (dal "precursore" Christian Thomasius al "tardivo" Jeremy Bentham, passando

[33] I. Mereu, *Op. cit.*, 210.

[34] Ivi, 221.

[35] M. Sbriccoli, «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio ed interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.C. Vigueur e A. Paravicini Bagliani (a cura di), *La parola all'accusato*, 23.

[36] Ivi, 17.

[37] Lo ricorda Verri, *Osservazioni sulla tortura*, cit., cap. IX.

dai francesi Voltaire e Montesquieu agli italiani Cesare Beccaria, Pietro Verri, Gaetano Filangieri, Mario Pagano, *etc.*) – fu dunque una lotta solo in apparenza rivolta meramente all'abolizione di un istituto giudiziario, trattandosi in realtà di una battaglia menata contro un intero sistema giudiziario e politico.

Le correlazioni tra tortura, dispotismo e repressione del dissenso furono particolarmente esaltate nelle opere di Thomasius (che rilevava come la tortura fosse «un mezzo estremamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo dell'assolutizzazione del potere perché, grazie al pretesto apparentemente inoppugnabile fornito dall'esistenza di un reo confesso, conferiva una patente di legittimità […] alla repressione di ogni forma di opposizione»[38]) e di Montesquieu (che individuava un rapporto «perverso di contiguità tra l'esistenza della tortura e il principio della paura che caratterizza i regimi dispotici»[39]).

La critica al processo inquisitorio fu senz'altro quella prevalente nella letteratura sul tema, anche grazie all'efficacia delle argomentazioni verriane e alla loro diffusione per il tramite del *Dei delitti e delle pene*[40]. Nel criticare la pratica della tortura, di fatto, Verri e Beccaria anticiparono alcuni di quelli che oggi consideriamo i principî fondamentali del garantismo giudiziario[41], di cui il processo inquisitorio costituisce l'antitesi[42]: la critica all'inu-

[38] M. Paternò, *La critica alla tortura nell'illuminismo*, in A. Giannelli, M. Paternò, *Op. cit.*, 27.

[39] Ivi, 27.

[40] È noto, difatti, come il *Dei delitti e delle pene* (Livorno, 1764), redatto dalla raffinata penna di Cesare Beccaria, fosse un "lavoro di scuola", un compendio di tutte le idee emerse nell'ambito del vivace contesto culturale milanese sorto intorno al gruppo dei redattori del periodico illuminista *Il Caffè*. Celebre, a tal riguardo, una lettera che Pietro Verri scrisse al fratello nel 1776: «mi meraviglio come [Beccaria] abbia potuto cucire insieme un libro […] di cui le idee erano più quelle dei suoi amici che non le sue» (*Carteggio di Pietro Verri e di Alessandro Verri dal 1766 al 1797*, vol. VII, Milano, 1934, 186). Proprio a Pietro Verri, peraltro, si devono tutte le tesi contenute nel capitolo sulla tortura. L'A. le aveva esposte, qualche anno prima (1776), nel suo *Osservazioni sulla tortura*, che tuttavia fu pubblicato postumo (1804) a causa del timore di subire ripercussioni da parte del Senato milanese.

[41] Sui quali è d'obbligo il rimando a L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 5-6.

[42] Sul punto sia consentito il rimando, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a P. Alvazzi del Frate, Giu. Serges, *Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giu-*

tilità della tortura e al sistema delle prove legali[43] presuppone il riconoscimento del *principio della presunzione di innocenza fino a condanna definitiva* e il *principio della libertà del giudice nella formazione del proprio convincimento*; il rilievo dell'assurdità della metamorfosi dell'*actus trium personarum*[44] implica la *terzietà del giudice* e il principio *nemo tenetur se detegere*; la dimostrazione dell'inadeguatezza della tortura a scoprire la *veritas*[45] sottintende la distinzione tra verità storica e verità processuale; l'osservazione secondo cui la tortura altro non è se non una pena anticipata[46] comporta l'applicazione dei principî del *nulla poena sine iudicio* e dell'*habeas corpus*. Venne financo attaccata la stessa ragion d'essere del processo romano-canonico, presentato dai contemporanei come una grande evoluzione giuridica rispetto alla giustizia barbarica in quanto, con esso, non ci si affidava più alla fama del

stizia criminale in età moderna, in M. Cavina (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Bologna, 2012, 9 ss.

[43] Così Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti e delle pene*): «o il delitto è certo o incerto; se è certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, è non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati». Quanto al sistema delle prove legali, commenta Verri (cap. XI delle *Osservazioni sulla tortura*): «le parole di "sospetti, indizj, semi-prove, semi-plene, quasi-prove ecc.", e simili barbare distinzioni e sottigliezze, non possono giammai mutare la natura delle cose. Possono elleno bensì spargere delle tenebre ed offuscare le menti incaute».

[44] Così Verri (cap. XI delle *Osservazioni sulla tortura*): «la natura ha inserito nel cuore di ciascuno la legge primitiva della difesa di sé medesimo: e l'offendere se stesso, e l'accusare se stesso criminalmente egli è un eroismo, se è fatto spontaneamente in alcuni casi, ovvero una tirannia ingiustissima se per forza di spasimi si voglia costringervi un uomo». «È un voler confondere tutt'i rapporti» – ribadisce Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti e delle pene*) – «l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato».

[45] Così Verri (cap. IX delle *Osservazioni sulla tortura*): «Un assassino di strada avvezzo a una vita dura e selvaggia, robusto di corpo e incallito agli orrori resta sospeso alla tortura […]; dotato di vigorosi muscoli, tace e [la] delude […]. Un povero cittadino avvezzo a una vita più molle, che non si è addomesticato agli orrori, […] si accusa di un non commesso delitto. […] Pare con ciò concludentemente dimostrato, che la tortura è […] un mezzo per confondere la verità, non mai per iscoprirla».

[46] Così Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti o delle pene*): «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?».

singolo presso la comunità (*giuramento*), alla sua abilità combattiva (*duello*) o alla (presunta) volontà divina (*ordalia*[47]), bensì alla decisione di un giudice fondata sulla raccolta delle prove. Gli illuministi fecero infatti notare che tra ordalia e tortura (e, dunque, tra processo barbarico e processo romano-canonico) vi era una sostanziale identità: «la sola differenza che passa fralla tortura e le prove del fuoco e dell'acqua bollente, è che l'esito della prima sembra dipendere dalla volontà del reo, e delle seconde da un fatto puramente fisico ed estrinseco: ma questa differenza è solo apparente e non reale. È così poco libero il dire la verità fra gli spasimi e gli strazi, quanto lo era allora l'impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell'acqua bollente»[48]. Si tratta di una intuizione di non poco momento poiché, nel rilevare l'identità tra tortura ed ordalia, furono poste le basi per il superamento della tradizionale nozione di tortura fondata sulla strumentalità del tormento rispetto all'acquisizione di prove giudiziarie.

Non meno importante a tal riguardo, infine, il pensiero di chi – come Verri nelle sue *Osservazioni* (cap. VIII) – ha evidenziato il carattere disumano della tortura, non solo per l'atrocità dell'atto in sé, ma anche per l'indurimento dell'animo che essa provoca su chi la esegue.

2.3. La tortura, oggi

Nel corso del XVIII secolo iniziò un processo virtuoso, conclusosi agli inizî del XIX secolo, che portò all'abolizione della tortura giudiziaria in tutti gli Stati in cui si era affermato il processo romano-canonico[49]. Questo fatto ebbe delle conseguenze notevoli

[47] Le ordalie (o "giudizî di Dio") consistevano in una prova che l'accusato doveva compiere per dimostrare la sua innocenza: camminare sui carboni ardenti, uscire indenne da un groviglio di fiamme, *etc.* Il superamento della prova cui l'accusato era sottoposto veniva considerato come un segno divino della sua innocenza. In realtà, però, i rari casi in cui il malcapitato usciva incolume derivavano da una manipolazione dell'esperimento, come ricorda F. Cordero, *Quando viene profanato*, cit.

[48] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XVI.

[49] Fu una *prammatica* di Carlo III del 1738 ad abolire per prima, a Napoli, la tortura giudiziaria. Ma tale abolizione fu solo parziale. La tortura, infatti, rimase in vigore per le cause più gravi, finché non venne definitivamente vietata solo nel 1789.

sulla nozione tecnico-giuridica di tortura, fondata sui tre caratteri della *giudiziarietà,* della *legalità* e della *istituzionalità-autoritatività*. La scomparsa della *quaestio* quale strumento legale, infatti, rendeva tecnicamente impossibile l'esistenza di torture che integrassero tutti e tre i criterî, essendo divenute la *giudiziarietà* e la *legalità* l'una alternativa all'altra: se una tortura era legale (ad esempio una *tortura-pena*), essa non era giudiziaria; se era giudiziaria, non era legale (in quanto ormai vietata). L'unico dei tre criteri che ancora restava pienamente declinabile con ciascuno degli altri due era quello dell'*istituzionalità-autoritatività*. Ci si ritrovò così dinnanzi ad un bivio: da un lato, si poteva ritenere che la tortura fosse ormai oggetto di archeologia giuridica; dall'altro, si poteva far leva sul carattere della *istituzionalità-autoritatività* per estendere la nozione di tortura, sfruttandone la "potenza evocativa" (*supra* § 2.1) allo scopo di denunciare episodi di violenza perpetrati da rappresentanti dello Stato contro i cittadini.

La prima strada era pericolosa, e lo dimostrano i fatti recenti: dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 alcuni giuristi americani – tra i quali il più noto è Alan Dershowitz – hanno avanzato la proposta di legalizzare forme di tormenti *ad eruendam veritatem* da effettuarsi allo scopo di estorcere da presunti terroristi informazioni utili a sventare possibili attentati imminenti[50]. In sostanza, la legittimazione di questa proposta trarrebbe origine proprio dall'impossibilità di collocare questa forma di supplizio nell'alveo

La prima ad abolire del tutto la violenta *veritas per tormenta inquisitio* fu, invece, la Prussia, nel 1740, per mano di Federico II. Dopo la Prussia vi furono il Baden (nel 1767), il Mecklemburg (nel 1769), la Sassonia (nel 1770) e la Svezia (nel 1772). Poi fu la volta di Maria Teresa d'Asburgo, che abolì la tortura in tutti i suoi dominî, con un Decreto del 2 gennaio 1776 al quale si oppose però il rifiuto del Senato milanese. Tempo dopo, l'abolizione avvenne pure in Francia, per opera di Luigi XVI il quale, nel 1780, vietò la *question préparatoire* e, nel 1788, vietò la *question préalable*. Seguirono la Toscana (nel 1786, anche se la tortura, di fatto, non era più utilizzata già dal 1776), Venezia (nel 1787), la Lombardia (nel 1789), il Piemonte (nel 1798, anche se nel 1760 Carlo Emanuele III l'aveva già abolita per i soli Stati d'Aosta), la Sicilia (nel 1812) e la Sardegna (nel 1821). L'ultimo ad adeguarsi fu lo Stato Pontificio nel quale, dopo che la tortura giudiziaria era stata abolita una prima volta nel 1798 per opera dei francesi, i tormenti erano stati reintrodotti non appena caduta la Repubblica Romana e reinsediatosi il governo pontificio.

[50] A. M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, 2003, 125 ss., nonché Id., *The Torture Warrant*, in *New York Law School Review*, Vol. 48, 2004.

della definizione giuridica tradizionale di tortura: mancherebbe il requisito della *giudiziarietà*, in quanto le confessioni estorte non potrebbero essere usate in un processo; non sarebbero applicabili le tesi illuministiche sull'inutilità dei tormenti, perché in questo caso l'utilità sarebbe data dalla possibilità di salvare milioni di vite.

La seconda strada, dal canto suo, per essere percorribile doveva necessariamente passare da una adeguata ristrutturazione della nozione giuridica di tortura, facendo perno, come già detto, sul carattere della *istituzionalità-autoritatività*, vale a dire considerando la tortura non più per il fatto di essere strumentale ad un giudizio ma per quello di essere praticata da un agente, da un funzionario o da un incaricato dello Stato, non più in relazione al processo bensì in relazione al regime politico, facendo tesoro anche delle successive acquisizioni della scienza giuridica (garantismo giudiziario, costituzionalismo democratico, diritti umani). Se è infatti vero, come s'è già ricordato (*supra* § 2.2), che la tortura giudiziaria rappresentava l'Inquisizione tutta e il regime politico ad essa sotteso – oltre che una negazione della dignità umana – al punto che ne costituiva una ineliminabile conseguenza, è altrettanto vero che non può esserci tortura senza un sistema processuale inquisitorio e un regime politico, fondato sull'ortodossia e la repressione del dissenso, che neghi il riconoscimento dei diritti umani[51]. È in questa constatazione che si colloca la chiave per accedere ad una nuova definizione giuridica di tortura in base alla quale si consideri quest'ultima non già in quanto istituto processuale bensì in relazione al suo ruolo nel sistema, che si fondi dunque sulla sua natura fatalmente, possiamo dire *ontologicamente*, contraria a un sistema giudiziario garantista, ad un regime politico ispirato ai principî del costituzionalismo democratico e ai diritti umani. Natura che resta tale anche con riferimento a supplizî non legali o non giudiziarî praticati dalla forza pubblica. Non è democratico uno Stato che consenta la tortura – ad esempio – per motivi di spionaggio o come forma di pena, così come non lo è uno in cui l'autorità di pubblica sicurezza approfitti, sia pure illegalmente (ma senza una

[51] Sui rapporti tra tortura e tirannia si veda anche l'interessante lavoro di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013.

reale azione repressiva a contrasto), della sua posizione di forza per tormentare sistematicamente i cittadini. Sotto questo nuovo profilo, la tortura sembra potersi definire sulla base di tre caratteri fondamentali:

1) *Anti-democratica*. La tortura presuppone l'esistenza di verità inconfutabili, un pensiero unico e indiscutibile, tanto a livello statale (ortodossia) quanto a livello processuale (*veritas*): il cittadino è un suddito che, davanti alla pubblica autorità, non ha – non deve poter avere – scelta. La democrazia (costituzionale), invece, è il regime della «alternatività delle scelte»[52]: l'ortodossia di Stato è bandita e si ammette l'errore giudiziario. Inoltre la tortura, presupponendo un potere assoluto e la privazione di fondamentali diritti del cittadino, viola i due principî cardine del costituzionalismo democratico, contenuti nell'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, vale a dire la «*garanzia dei diritti*» e la «*separazione dei poteri*»[53];

2) *Anti-garantista*. Questo carattere è particolarmente evidente nella tortura giudiziaria che, come già ricordato, presuppone un modello processuale inquisitorio, negando quindi i principî del garantismo giudiziario (giudice terzo, presunzione di non colpevolezza, diritto a non autoaccusarsi, *habeas corpus*, *etc.*). Ma è presente anche con riferimento ad altri tipi di tortura come, ad esempio, quella, sopra richiamata, usata per scopi antiterroristici. Si tratterebbe, infatti, di una forma di afflizione esercitata su di un essere umano in quanto sospettato di essere un terrorista, in spregio al principio per il quale non si può essere ritenuti colpevoli e puniti in quanto tali senza una condanna emanata a seguito di giusto processo;

3) *Disumana*. Nella *Fondazione della metafisica dei costumi* (1797) Kant affermava che «l'umanità stessa è una dignità; infatti l'uomo non

[52] G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Bari, 2008, 16. Con specifico riguardo alla tortura v. anche P. Häberle, *Diritto e Verità*, ed. it. a cura di G. Zagrebelsky e J. Luther, Torino, 2000, 92-94 e, *praesertim*, nt. 33, secondo il quale, non potendo lo Stato costituzionale, per definizione, possedere un dominio monopolistico sul sapere, poiché ciò che esprime la verità è fornito, piuttosto, dalle libertà, il «divieto di tortura» rappresenta, assieme, un limite all'accertamento statale della verità e una garanzia di accertamento della verità in quanto, contestualmente, esclude il pericolo della imposizione coatta di una verità precostituita, evitando così il rischio della produzione di «non verità», e «protegge l'emotività privata di fronte all'accertamento statale della verità».

[53] Lo nota, con apprezzabile lucidità, M. Ruotolo, *Recensione al libro di Gonnella*, cit., 192, ricordando come «quella contro la tortura […] è una lotta da combattere in ossequio anche ai princìpi del costituzionalismo democratico, negati da tale pratica […]. Si tratta, infatti, di limitare il potere a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti ovvero di rispondere a quella che è, appunto, l'ambizione prima del costituzionalismo democratico».

può essere trattato da nessuno […] meramente come mezzo, ma deve sempre essere trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità» (pp. 333 s. nell'ed. curata da N. Merker, Roma-Bari, 1973). Chi subisce la tortura viene privato della propria dignità, in quanto non più considerato come persona ma come un oggetto, una *res* senza diritti o, nel caso specifico di tortura *ad eruendam veritatem*, una «spugna dalla quale si deve far sgorgare la confessione»[54].

Questa ridefinizione del concetto di tortura consente di rispondere agevolmente a proposte *à la* Dershowitz ribadendo che nulla importa se la tortura proposta non sia giudiziaria, perché si tratta comunque di un istituto anti-democratico, anti-garantista e disumano. E, dal momento che «le perversioni dei sistemi democratici cominciano sempre da lontano»[55], bisogna ad ogni costo evitare di introdurre strumenti che potrebbero ingenerarle. In altri termini, il conflitto tra sicurezza e libertà viene preventivamente risolto, nelle democrazie costituzionali, a favore della seconda[56].

L'allargamento della definizione giuridica di tortura ha consentito, da un lato, di non sprecare il "potere evocativo" del termine, estendendolo anche – ad esempio – alle barbarie compiute durante la seconda guerra mondiale e, dall'altro, di aumentare, nel tempo, quello stesso potere. Oggi, quando si parla di "tortura", non ci si riferisce più solo agli abominî dell'Inquisizione, ma si evocano tutte le più atroci esperienze della storia, dall'Inquisizione al nazismo, dagli interrogatorî effettuati durante la guerra fredda al carcere statunitense di Guantanamo, *etc.* In fondo, tutte queste forme di tortura, pur nelle loro differenze applicative, hanno in comune, da un lato, la qualità del soggetto attivo (il fatto, cioè, di essere praticate da agenti dell'autorità pubblica o comunque da soggetti da essa incaricati) e, dall'altro, la *ratio* con cui vengono giustificate, quella cioè di assicurare "la salvezza dello Stato" – mantenendo l'ordine pubblico e garantendone la sicurezza – purgandolo dagli "scellerati", siano essi eretici (Inquisizione),

[54] C. C. Fornili, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 168.

[55] S. Rodotà, *Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 36.

[56] Cfr. sul punto F. Rimoli, *Più sicuri o più liberi?*, in A. Giannelli, M. Paternò, *Op. cit.*, 115 ss.

"giudei" (nazi-fascismo), "comunisti" o "imperialisti" (guerra fredda), terroristi islamici (*war on terror*), *etc.*

Dei tre piani definitorî della tortura, quello della "disumanità" ha consentito più degli altri l'estensione della nozione giuridica, in quanto collegato alla tutela dei diritti umani rispetto alla quale poco importa se un trattamento degradante sia compiuto o meno all'interno di un processo, o rientri o meno nell'ambito della tortura-fine. La *summa* di questo percorso evolutivo è data dall'art. 1 della *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 1984, che fornisce per la prima volta una compiuta definizione della nozione di tortura nel diritto internazionale:

> «Il termine "tortura" designa ogni atto a traverso il quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, siano intenzionalmente inflitte ad un individuo, specialmente al fine di ottenere da esso o da un terzo delle informazioni o una confessione, di punirlo per un atto da lui o da un terzo commesso o della cui commissione è sospettato, d'intimidirlo o di fare pressioni su di esso ovvero d'intimidire o fare pressioni su di un terzo, o per qualunque altro motivo fondato su di una qualsivoglia forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitte da un agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale ovvero siano state commesse su sua istigazione o col suo consenso esplicito o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

La tortura *ad eruendam veritatem* rientra tra le ipotesi previste («*… al fine di ottenere da esso o da un terzo delle informazioni o una confessione…*»), ma non è più la sola ad essere considerata tortura. L'unico elemento che resta della "vecchia" definizione giuridica di tortura è quello della *istituzionalità-autoritatività*, nel senso che si considera tortura solo quella compiuta da un «*agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale*». E si tratta di un residuo assai prezioso, poiché, come già s'è osservato, è proprio l'essere compiuta da un rappresentante dello Stato (o comunque della forza pubblica) che fa della tortura uno strumento anti-democratico e anti-garantista e la distingue da altri, generici, trattamenti disumani o degradanti. La nozione tecnico-giuridica di tortura sembra, insomma, essersi ormai defi-

nitivamente distaccata da una dimensione processuale ed aver assunto i connotati di quella che è stata definita, assai efficacemente, «tortura di Stato»[57].

2.4. Il divieto di tortura e il relativo diritto

L'abolizione della tortura giudiziaria, l'affermazione della democrazia costituzionale e il riconoscimento del divieto di tortura a livello internazionale hanno ormai spostato il dibattito sul tema dalla questione del riconoscimento di tale divieto, ormai dato per pacifico, a quello del suo effettivo rispetto. Da un lato, si pone il problema di Stati che, pur avendo accettato, in linea generale, di fare a meno della tortura, hanno previsto delle "eccezioni alla regola" (*v. nt. 84*), peraltro in parte dovute proprio alla forse eccessiva ampiezza della definizione ONU (allargando troppo la regola generale si moltiplicano le possibili eccezioni). Dall'altro, invece, si pone il problema della violazione del divieto da parte di agenti della funzione pubblica e della sua adeguata ed efficace repressione, senza la quale il divieto è di fatto ineffettivo.

A queste due problematiche corrispondono due diverse concezioni del divieto di tortura:

1) *Concezione (meramente) interdittiva*. Di diretta derivazione illuministica – quando si trattava di vietare una pratica allora legale – la concezione interdittiva del divieto di tortura si esaurisce nel comando "è vietata la tortura";

2) *Concezione repressiva*. Evoluzione naturale della prima, si iscrive in un contesto in cui la tortura è già stata resa illegale e si pone il problema di far rispettare il divieto con efficaci misure repressive nei confronti dei trasgressori. Si passa dal "*è vietata* la tortura" al "la tortura è vietata *e punita*".

[57] È questo il titolo del libro, già più volte citato, a cura di A. Giannelli, M. Paternò. Uno degli Autori che aveva contribuito alla redazione di tale opera, inoltre, ha ripreso la medesima espressione, in un lavoro più recente, mettendo particolarmente in luce le implicazioni che intercorrono tra la pratica della "tortura di Stato" e la dignità umana (G.M. Salerno, *Contro la tortura di Stato. Un dibattito costituzionalmente orientato dalla dignità dell'uomo*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Vol. 1, Napoli, 2014, 719 ss.).

Il divieto contenuto nell'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948 («*nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura*») s'ispira chiaramente ad una logica interdittiva. In tal senso è da apprezzarsi la lungimiranza del Costituente italiano che, grossomodo nello stesso periodo e in beata solitudine, ha adottato, con il quarto comma dell'art. 13 Cost. («*è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*»), una concezione repressiva, anticipando di quasi quarant'anni il diritto internazionale. Solo con la già citata *Convenzione contro la tortura* del 1984 (CAT), infatti, l'ONU sancirà (art. 4) l'obbligo di punire penalmente qualsiasi atto di tortura.

Quanto al diritto convenzionale europeo, anche esso ha conosciuto una evoluzione in tal senso, avvenuta però per via giurisprudenziale. L'art. 3 CEDU, significativamente intitolato "proibizione della tortura", si limita a prevedere che «*nessuno può essere sottoposto a tortura*» (concezione interdittiva). È la Corte EDU che, nel tempo, è arrivata – pure in virtù del fatto che gli Stati membri sono anche parte della CAT – a mutare la natura del divieto, sancendo che ai fini del rispetto dell'art. 3 CEDU è necessario «sanzionare gli atti di tortura»[58].

La scelta dell'una o dell'altra concezione del divieto non è senza conseguenze, poiché determina, fatalmente, il contenuto del relativo diritto. A tal riguardo deve segnalarsi come quest'ultimo – lo si è già ricordato in apertura – venga espresso sotto due diverse formulazioni: «diritto a non subire tortura» e «diritto di libertà della tortura». Le due espressioni non sono equivalenti né sul piano giuridico, né sul piano semantico.

Dal punto di vista giuridico, esse sembrerebbero ricalcare la distinzione tra «*droits-créances*» e «*droits-libertés*», o tra diritti sociali e diritti di libertà[59]. Se così fosse, si potrebbe ritenere che la prima for-

[58] La frase è ripresa dal *Cons.* n. 225 della decisione del 7 aprile 2015 della IV sez., *Affaire* "Cestaro c. Italia", *requête* n. 6884/11, ma è del tutto in continuità con la più recente giurisprudenza della Corte, come nota nella sua attenta ricostruzione R. Lugarà, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Diritto e Società*, n. 3/2015, 565 ss.

[59] Sul tali distinzioni v., anche per ulteriori riferimenti, l'ottimo lavoro di L. Gray, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Paris, 2007 e la nota opera di P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017.

mulazione presupponga un intervento attivo dello Stato per creare le condizioni che consentano il godimento del diritto, mentre la seconda risponda alla logica del *laisser faire*. Allo stesso tempo deve rilevarsi, però, come soltanto con una forzatura le due formulazioni possono essere ricondotte alla classica distinzione tra «*droit de*» e «*droit à*».

Da un lato, il "diritto a non subire tortura" è senz'altro un diritto fondamentale, ma appare assai più discutibile la sua qualificazione in termini di diritto sociale in quanto non sembra avere come finalità precipua, come ragion d'essere, quella di «eliminare le diseguaglianze esistenti all'interno della società»[60]. Potrebbe invero trattarsi di uno dei c.d. "diritti sociali di libertà", ponendosi quindi come una estrinsecazione del diritto all'integrità psico-fisica[61]. Dall'altro lato, però, potrebbe essere altrettanto problematica l'ascrizione del "diritto di libertà dalla tortura" alla categoria dei diritti di libertà. Si potrebbe infatti obiettare che scopo di tale tipologia di diritti sia quello di consentire dei comportamenti (libertà di riunione, libertà di stampa, libertà di circolazione, *etc.*), mentre il diritto in questione ha il diverso obiettivo della garanzia del rispetto di un divieto. Quest'argomento, però, sarebbe nient'affatto insuperabile, poiché appartengono alla categoria dei diritti di libertà anche quelli che riguardano la libertà intesa come "libertà-situazione" e che promanano dal fondamentale diritto alla libertà personale[62] al quale, non a caso, il Costituente ha ricollegato il divieto di tortura (*infra* § 3.1). Il "diritto di libertà dalla tortura", dunque, potrebbe essere un diritto di libertà allo stesso modo in cui lo è il "diritto di libertà dagli arresti arbitrari".

Dal punto di vista semantico, "diritto a non subire tortura" sembra indicare un mero diritto soggettivo del torturato, *sans plus*. Si potrebbe allora ritenere che il "diritto a non subire tortura" possa essere posto a fondamento di una pretesa del singolo a non essere torturato e ad ottenere un risarcimento in caso di violazione di tale diritto, ma non comporti necessariamente l'obbligo, da parte

[60] F. Modugno, *Ordinamento, Stato, Diritto*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino 2015, 61. Più diffusamente sulla definizione di diritto sociale v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, ivi, 620 ss.

[61] Sul diritto all'integrità psicofisica come diritto sociale di libertà v. P. Caretti, *Op. cit.*, 504.

[62] G. Amato, *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977.

dello Stato, di reprimere la tortura. Sembrerebbe, insomma, esprimere un divieto di tipo meramente interdittivo. Al contrario, "diritto di libertà dalla tortura" può significare "diritto a che lo Stato garantisca al cittadino di essere libero dalla tortura", esprimendo cioè un obbligo nei confronti dello Stato – nonché dei soggetti che ne esprimono l'autorità (pubblici ufficiali e incaricati di pubblica sicurezza) – di adoprarsi affinché la libertà oggetto del diritto sia effettiva e garantita anche con azioni di tipo repressivo. In questo senso, il "diritto di libertà dalla tortura" potrebbe essere in qualche misura assimilabile alla categoria dei cc.dd. "diritti di libertà positiva", vale a dire quei diritti di libertà che non sono ispirati al *laisser faire* ma che richiedono l'impegno, da parte dello Stato, ad assicurare l'esercizio della libertà coinvolta.

Tutte queste difficoltà definitorie derivano probabilmente dal fatto che il diritto a non subire tortura sia un "diritto misto" e mal si presti a categorizzazioni rigide. Esso, infatti, rappresenta l'estrinsecazione combinata di diversi diritti e libertà – libertà personale, diritto all'integrità psico-fisica, diritto alla salute, diritto al giusto processo, diritto a una pena non disumana, *etc.* (*infra* § 3) – ciascuno avente natura diversa. Sotto tale profilo, in realtà, deve rilevarsi come, a fini pratici, la scelta dell'una o dell'altra formulazione sia pressoché ininfluente poiché, nel caso di specie, è il divieto a fare il diritto, non già il diritto a fare il divieto. In altri termini, il significato da dare alle due espressioni non dipende dalla loro formulazione o dalla loro capacità semantica, bensì dal tipo di divieto riconosciuto nell'ordinamento di riferimento. In presenza di una concezione repressiva, dunque, tanto l'espressione "diritto a non subire tortura" quanto quella "diritto di libertà della tortura" andranno interpretate come recanti un obbligo di repressione degli abusi da parte dello Stato. Una volta stabilito il tipo di divieto in vigore, insomma, le due espressioni acquisiranno un contenuto equivalente, per quanto, sul piano semantico, deve registrarsi una preferenza per l'abbinamento tra "divieto in senso repressivo" e "diritto di libertà dalla tortura" (peraltro coerente con la collocazione del divieto di tortura all'interno dell'art. 13 Cost.).

3. *Lo statuto costituzionale del diritto di libertà dalla tortura*

3.1. Il quarto comma dell'art. 13 e il terzo comma dell'art. 27 Cost.

Come già ricordato in apertura (*supra* § 1), il Costituente ha inteso riconoscere il divieto di tortura con il quarto comma dell'art. 13. Tale disposizione, a sua volta, si caratterizza per alcune assolute peculiarità degne di nota, alcune delle quali già parzialmente emerse nel corso della trattazione. In primo luogo, in un'ottica comparatistica, pur non essendo quella italiana l'unica Costituzione a sancire il divieto in parola[63], essa è la sola a formularlo in senso repressivo e non meramente interdittivo (*supra* § 2.4). In secondo luogo, com'è stato osservato, «in un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione», l'articolo 13, comma 4, Cost. è il solo «ad imporre una repressione penale»[64], venendo così a configurarsi la tortura quale «unico delitto costituzionalmente necessario»[65].

[63] Nel panorama dell'Europa latina possiamo richiamare, *exempli gratia*, l'art. 15 della Costituzione spagnola («*Tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza che, in nessun caso, possano essere sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*») o l'articolo 25 della Costituzione portoghese («*Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a trattamenti o a pene crudeli, degradanti o disumani*»). Si noti, peraltro, come in queste due Costituzioni, contrariamente a quella italiana, venga usato il termine "tortura". La scelta del Costituente italiano deriva, probabilmente, dal fatto che, al tempo, la parola "tortura" in ambito giuridico veniva ancora impiegata soprattutto con riferimento alla tortura giudiziaria (*infra* § 2.1), mentre si voleva che l'art. 13, pur pensato soprattutto in relazione alla tortura *ad eruendam veritatem*, avesse una portata più ampia. Come si nota in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 67, infatti, «la garanzia stabilita al quarto comma vale non soltanto per gli arrestati ma anche per i detenuti a seguito di condanna; e con la formulazione "violenza morale" si è voluto comprendere e vietare ogni forma di pressione morale (vessazione, intimidazione, ecc.), specialmente durante l'interrogatorio». Per altro verso, l'impiego della parola "tortura" in senso generico sarebbe stato superfluo, visto che il contenuto dell'art. 13 consiste, praticamente, nella definizione della stessa. Cos'altro è la tortura se non una violenza fisica o morale su persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà?

[64] A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è,* in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2014, 133.

[65] P. Gonnella, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, su *Il Manifesto*, 18 maggio 2012.

L'art. 13, comma 4, peraltro, costituisce un chiaro riconoscimento normativo di quel "filo rosso" tra carcere e tortura cui si è dapprima fatto cenno (*supra* § 1). Non solo perché, come già osservato, è di tutta evidenza come la tortura sia una forma di "violenza fisica e morale" e che quella di ospitare "persone sottoposte a restrizioni di libertà" sia, per definizione, la funzione storica principale del carcere. Ma anche perché il disposto in esame si trova all'interno dell'art. 13, i cui commi secondo e quinto fanno espressa menzione, rispettivamente, della «detenzione» e della «carcerazione preventiva». Non è certo un caso, in altri termini, che il Costituente abbia inserito il divieto di tortura all'interno dell'articolo che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, proprio "in mezzo" ai due commi dedicati alla detenzione.

«Una persona detenuta per qualsiasi titolo si trova naturalmente esposta alle possibilità di angherie e vessazioni di ogni genere: si trova, insomma, in condizioni di inferiorità rispetto ai suoi custodi, che possono con estrema facilità diventare i suoi aguzzini. Nessuno in particolare può chiudere gli occhi dinanzi alla realtà, che ci mostra con dolorosa frequenza il caso di maltrattamenti morali e materiali, talvolta di vere sevizie, praticate da questurini troppo zelanti e spesso faziosi ai danni di persone fermate o arrestate. Sono fatti inammissibili in un paese civile, che offendono la coscienza morale della collettività; e la Costituzione ha voluto giustamente sancire con la massima energia il principio secondo cui: "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà"»[66].

Il legame carcere-tortura, inoltre, trova un secondo riconoscimento costituzionale – meno esplicito ma non meno importante – all'art. 27, comma 3, il quale, come noto, prevede che le pene non possano consistere in «trattamenti contrari al senso di umanità» e debbano «tendere alla rieducazione del condannato»[67]. Si tratta, invero, di un duplice riconoscimento: da un lato, vi è quello

[66] V. Crisafulli, *Op. cit.*, 52 s.

[67] L'osservazione è ripresa da M. Ruotolo, *Art. 13*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 334, il quale nota come alla previsione del quarto comma dell'articolo 13 «si collega quella per cui "le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"».

costituito dal divieto di pene contrarie al senso di umanità, che riguarda il legame carcere-tortura nella misura in cui la reclusione in carcere è una pena e la tortura appartiene senza dubbio alla categoria dei trattamenti disumani (*supra* § 2.3); dall'altro, vi è quello costituito dal divieto di pene che non tendano alla rieducazione – o, come si suole correttamente dire, alla "risocializzazione"[68] – del condannato, che sott'intende un legame tra carcere e tortura in quanto un trattamento penitenziario che tenda a "risocializzare" il condannato comporta necessariamente l'esclusione *a priori* di qualunque forma di violenza fisica o morale sul detenuto[69]. L'articolo 27, comma 3, insomma, implica (tra le altre cose) che il carcere possa essere comminato quale pena solo a condizione che esso non si trasformi in una forma o in un luogo di tortura.

Alla luce di quanto detto, può dunque rilevarsi il rapporto di doppia strumentalità che intercorre tra l'art. 13, comma 4, e l'art. 27, comma 3, Cost. Per un verso, l'obbligo di repressione della tortura *ex* art. 13, comma 4, è strumentale alla realizzazione di una pena non disumana e rieducativa, ciò che peraltro risulta essere perfettamente coerente con la natura "servente" – rilevata a suo

[68] Il termine "risocializzazione" è stato espressamente usato dalla Corte Costituzionale in alcune sentenze (ad es. le nn. 282/1989, 296/2005, 257/2006). Va detto, tuttavia, che in altre decisioni il Giudice delle Leggi ha preferito usare espressioni diverse per esprimere il concetto di "rieducazione", facendo riferimento ora alla nozione di "reinserimento" («reinserimento nell'ordine sociale», sent. n. 168/1972; «reinserimento nel contesto economico e sociale», sent. n. 162/1983: «reinserimento nel corpo sociale», sent. n. 274/1983; «reinserimento nella società», sent. nn. 161/1997 e 450/1998; «reinserimento del condannato nel consorzio civile», sent. n. 257/2006), ora a quella di "riadattamento" («riadattamento alla vita sociale», sent. n. 204/1974), ora a quelle di "ravvedimento" e di "recupero sociale" (sent. n. 271/1998). In linea di massima si può comunque concordare con l'affermazione secondo la quale «a prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società» (S. MAGNANENSI, E. RISPOLI (a cura di), *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, su *Cortecostituzionale.it*, sez. Documentazione/Studi e ricerche, Roma, 2008). Per una rassegna delle varianti linguistiche utilizzate dalla Corte in riferimento alla "rieducazione" v. anche G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 190 ss.

[69] Come nota lucidamente G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 376, «una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità».

tempo da Leopoldo Elia – propria di tutto l'art. 13 Cost.[70]. In altri termini, l'art. 13, comma 4, impone (anche) la punizione di chiunque, commettendo atti di tortura, ponga in essere una violazione dell'art. 27, comma 3, contribuendo così a garantire la concreta attuazione di quest'ultimo. Per altro verso, l'art. 13, comma 4, concorre a sgombrare ogni dubbio sulla corretta interpretazione da dare alla parola "rieducazione" contenuta nell'art. 27, comma 3[71]. Com'è stato acutamente notato, infatti, l'adozione di una logica correzionale non potrebbe escludere l'uso della tortura per il conseguimento della "rieducazione": «pur di rieducare moralmente una persona, lo Stato, detentore monopolista dei valori etici e del potere di punire, potrebbe ritenersi legittimato ad usare una violenza finalizzata a cambiare quella persona in meglio»[72]. L'art. 13, comma 4, nel vietare a monte qualsivoglia violenza fisica o morale su persone limitate nella propria libertà personale (e quindi anche su detenuti a seguito di condanna), impone fatalmente una diversa interpretazione della rieducazione, da intendersi dunque quale rieducazione sociale: «solo una pena orientata alla reintegrazione sociale è anche necessariamente una pena senza tortura. Una per-

[70] Il riferimento è ai due noti saggi *Libertà personale e misure di prevenzione* (Milano, 1962) e *Le misure di prevenzione tra l'articolo 13 e l'art. 25 della Costituzione* (in *Giur. Cost.*, 1964, 938 ss.). In quest'ultimo, in particolare, l'Elia osservava come la «struttura dell'art. 13» risultasse «tutta di natura processuale, *servente* a norme sostanziali della Costituzione che stanno al di fuori da esso» (p. 949). In altri termini, Leopoldo Elia rilevava la «natura, per così dire ausiliaria» (p. 949), «strumentale» (p. 950), dell'art. 13, rispetto ad altri articoli della Costituzione, con precipuo riferimento agli articoli 25, 30 e 32, ai quali noi aggiungiamo il 27. Una diversa interpretazione dell'art. 13 che avesse ravvisato in quest'ultimo un «vuoto di fini», d'altronde, porterebbe – come notava acutamente l'A. – al risultato «inesatto e pericoloso» che *qualunque* limitazione della libertà personale, poco importa quale sia il fine perseguito, sarebbe legittima purché rispettosa delle riserva di legge contenuta nell'articolo in questione (p. 951), la quale è invece di natura «"dipendente" o processuale, subordinata alle riserve di legge sostanziali» contenute in altri articoli della Costituzione, rispetto ai quali si instaura un «rapporto di strumentalità necessaria» (p. 950).

[71] Interpretazione che, come ricorda in un recente saggio M. Ruotolo (*Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2016, 3 ss., cui si rimanda per maggiori riferimenti bibliografici), era, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tutt'altro che pacifica, ed è stata oggetto di un lungo percorso evolutivo tanto a livello politico e socio-culturale quanto all'interno della giurisprudenza costituzionale.

[72] P. Gonnella, *La tortura in Italia*, cit., 35-36.

sona torturata in carcere è una persona compromessa, dalle *chances* ridotte se non annullate di reintegrazione sociale»[73].

3.2. Gli artt. 3 e 28 Cost. e gli obblighi internazionali ed europei

L'art. 13, comma 4, però, è "servente" anche rispetto ad un'altra disposizione costituzionale, spesso relegata sullo sfondo, vale a dire l'art. 28 Cost., nella parte in cui essa prevede che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti». L'art. 13, comma 4, e l'art. 28, insomma, si completano a vicenda: il primo sancendo il diritto a non subire tortura e l'obbligo di punire i trasgressori (funzionari e dipendenti pubblici che commettano violenze fisiche o morali su persone sottoposte a restrizioni di libertà), il secondo statuendo la diretta responsabilità di questi ultimi. Il collegamento tra i due articoli, benché implicito[74], era del tutto evidente già in sede di Assemblea costituente[75], e costituisce peraltro un elemento di primaria importanza ai fini del dibattito sulla configurazione del reato di tortura quale reato proprio (*infra* § 4).

[73] *Ibidem*.

[74] È, in particolare, il riferimento alle «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» a sottintendere il collegamento con l'articolo 28 Cost., poiché allude chiaramente alle torture praticate dall'autorità di pubblica sicurezza su di un individuo posto sotto la sua custodia. Sul punto v. anche *nt. 75*, nonché la citazione di cui alla *nt. 66*.

[75] Come ricordano V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *op. cit.*, 67, fu lo stesso relatore on. Basso (A.C., 2676) ad avvertire che «la norma di cui al quarto comma [dell'art. 13 Cost.] va collegata […] con quella dell'art. 28, per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti». Di fatto è proprio tale collegamento a rappresentare la *ratio* del quarto comma dell'art. 13 Cost., voluto per evitare che l'autorità di pubblica sicurezza replicasse le azioni svolte durante il nazi-fascismo. Come ricorda M. Ruotolo, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, nonché su *Dirittopenitenziarioecostituzione.it* (da cui si cita), infatti, nella seduta del 10 aprile 1947 della Costituente, l'on. Tupini, intervenendo su quello che sarebbe poi divenuto l'art. 13, comma 4, Cost. (art. 8 del progetto di Costituzione), affermava di tenere in modo speciale all'approvazione della disposizione in esame «anche a titolo di condanna di un periodo nefasto della nostra storia politica, durante il quale la polizia, o giudiziaria o politica o carceraria, ha creduto di servire la tirannide con sistemi tutt'altro che rispettosi della dignità dell'uomo e del cittadino».

Un'ulteriore protezione costituzionale del diritto a non subire tortura viene fornita, poi, dal combinato disposto costituito dai già richiamati artt. 13, comma 4, e 27, comma 3, e dall'art. 3, comma 2, Cost. Quest'ultimo prevede, infatti, che sia compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, impediscano il «*pieno sviluppo della persona umana*». Ed è innegabile come tanto una concezione meramente retributiva del carcere, quanto la permanenza in un istituto penitenziario in cui il detenuto subisca tortura, rientrino tra i suddetti ostacoli. Spetta dunque allo Stato il compito di rimuovere gli impedimenti che si frappongono alla garanzia, a norma dell'art. 27, comma 3, di un "carcere senza tortura" e, per assurgere a tale compito, è necessario approntare degli strumenti punitivi adeguati nei confronti di chi pratica atti di violenza fisica e morale sui soggetti sottoposti a regime detentivo, come prevede l'articolo 13, comma 4.

Alla lista delle disposizioni poste a presidio del diritto in esame si devono poi aggiungere, da un lato, l'art. 10, comma 1, e, dall'altro gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Quanto al primo, esso prevede che l'ordinamento giuridico italiano si conformi alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», vale a dire le consuetudini internazionali, tra le quali dottrina assolutamente prevalente ritiene che rientri il divieto di tortura[76], considerato addirittura un «"principio costituzionale" della comunità internazionale»[77]. Quanto ai secondi, essi

[76] Per citare solo alcuni tra i contributi più recenti: A. Cassese, *International criminal law*, 2nd ed., Oxford, 2008, 151; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014, 249; E. de Wet, *The prohibition of torture as an International Norm of* Jus Cogens *and its implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004; A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, 979 ss.; F. Trione, *La tortura nel diritto internazionale*, in *www.centrodirittiumani.unina.it*, 2005. Secondo A. Marchesi, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio,* in L. Zagato, S. Pinton (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, 3 ss., inoltre, tanto sarebbe radicato il divieto di tortura nel diritto internazionale (e nei varî ordinamenti nazionali) che neppure la «prassi difforme» verificatasi dopo i fatti dell'11 settembre 2001 (*v. nt. 84*) ne avrebbe scalfito la natura di norma consuetudinaria.

[77] A. Cassese, *Osama, le tre violazioni americane*, in *la Repubblica*, 6 maggio 2011, 35.

impongono all'Italia di conformarsi ai numerosi impegni assunti in ambito internazionale, convenzionale europeo ed eurounitario[78] che prevedono il divieto di tortura (tra i quali spicca la CAT, cui si è già fatto riferimento *supra* § 2.3 e sulla quale ci si soffermerà *infra* § 4.1).

3.3. Le "altre" disposizioni costituzionali

Vi sono poi altre disposizioni costituzionali che, pur non essendo riferite espressamente alla tortura, ricomprendono al loro interno il divieto della stessa, intesa quale istituto inconciliabile con la democrazia, il garantismo giudiziario e i diritti umani (*supra* § 2.3). Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 1 Cost., che proclama l'Italia quale «*Repubblica democratica*». La tortura è ontologicamente incompatibile con la democrazia e con i principî del costituzionalismo democratico. La proclamazione di uno Stato quale democrazia costituzionale, dunque, implica – o dovrebbe implicare – necessariamente non solo il divieto, ma anche la repressione di qualsivoglia forma di tortura[79].

Deve poi ricordarsi l'art. 2 Cost. («*La Repubblica riconosce*

[78] Qui di seguito una breve rassegna dei principali testi che sanciscono il divieto di tortura. In ambito internazionale: l'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948* («nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti»); gli artt. 17 (co. 4), 87 (co. 3) e 130 della *Convenzione di Ginevra del 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra* (ratifica con l. n. 1739/1951); l'art. 7 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 1966, ratificato dall'Italia nel 1977 («nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti»); la *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone sottoposte a forme di tortura e altre pene o trattamenti inumani, crudeli o degradanti* del 1975; la c.d. CAT (*Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*), ratificata dall'Italia nel 1988; gli artt. 7 (co. 1, lett. *f)* e co. 2, lett. *e)*), 8, co. 2 (lett. *a)*, punto II e lett. *c)*, punto *I)*) e 55 (co. 1, lett. *b)*) dello *Statuto di Roma* istitutivo della *Corte penale internazionale* del 1998 (ratifica con l. n. 232 del 1999). In ambito convenzionale europeo: l'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950*, ratificata nel 1955 («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»); *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* del 1987 (ratificata con l. n. 7 del 2 gennaio 1989). In ambito europeo: artt. 4 e 19, co. 2, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000.

[79] Come osserva M. Ruotolo, *Recensione*, cit., 192, discorrendo proprio del divieto di tortura, «la democrazia è legata alla legalità e la pretesa della legalità in carcere,

e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo») che, imponendo il rispetto dei diritti umani, vieta anche la pratica di un trattamento certamente disumano come la tortura. In tal senso, merita una menzione anche l'art. 32 Cost. (diritto alla salute): che si tratti di sofferenze fisiche o morali la tortura, così come qualunque trattamento disumano o degradante, compromette fatalmente, in modo temporaneo o definitivo, il benessere psicofisico dell'individuo che la subisce[80]. Il collegamento con il diritto alla salute, peraltro, è di particolare importanza, poiché si tratta dell'unico diritto che la Costituzione definisce espressamente come "fondamentale"[81].

Per quanto riguarda, infine, il garantismo giudiziario, vengono in rilievo gli artt. 24, comma 2 («La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»), 27, comma 2 («L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»), e 111 Cost. (il c.d. "giusto processo"), i quali sono posti a presidio di alcuni principî (*nemo tenetur se detegere*, presunzione di innocenza, terzietà e imparzialità del giudice, *etc.*) rispetto ai quali la tortura, e in particolar modo (ma non solamente) quella giudiziaria, è senz'altro incompatibile.

Tanto oggi è pacifica la natura antidemocratica, antigarantista e disumana della tortura, che è plausibile che la presenza nel testo costituzionale degli articoli da ultimo considerati sarebbe stata sufficiente a garantirne il divieto. Non per questo è da sminuirsi la portata e l'utilità del quarto comma dell'art. 13 Cost. (e degli articoli ad esso collegati), che non rappresenta solo la specificazione di un diritto già implicito nell'ordinamento costituzionale, ma ha alcune funzioni proprie:

1) in primo luogo, come già s'è accennato, l'art. 13, comma 4, contiene in sé il segno di una rivoluzione culturale che l'Italia (o quantomeno il suo Costituente) ha compiuto ben prima di altri Paesi (anticipando peral-

come in qualsiasi altro luogo ove si trovino persone sottoposte a restrizioni di libertà, deve essere sempre ribadita con forza».

[80] Sulle reciproche implicazioni tra il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il diritto alla salute dei detenuti v., in questo volume, il saggio di M. Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, § 4.

[81] Cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 769 ss.

tro di quasi quarant'anni la *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984), vale a dire quella costituita dall'abbandono di una logica meramente interdittiva del divieto di tortura, tipica dell'illuminismo, a favore di una concezione repressiva (*supra* § 2.4);

2) in secondo luogo, serve a porre in rilievo la specificità di un delitto particolarmente odioso, sia perché commesso nei confronti di persone che lo Stato, privandole della libertà personale, ha assunto sotto la propria custodia e protezione e che, invece, vengono tormentate proprio da coloro che erano stati incaricati di custodirle e proteggerle, sia perché «un infelice chiuso in carcere, incerto della sua sorte […] dovrebbe essere il meno soggetto ad ultronee vessazioni»[82];

3) in terzo luogo, come pure già ricordato (*supra* § 3.1), concorre a fornire un'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost. che era – e ancora è – tutt'altro che scontata, come dimostrano proprio i lavori dell'Assemblea costituente[83];

4) da ultimo, ma non meno importante, sancisce l'obbligo di punire «ogni» violenza, impedendo così in radice la formulazione di qualsiasi eccezione alla regola, quand'anche motivata da (presunte) esigenze di "difesa della democrazia" (come è avvenuto, ad esempio, negli Stati Uniti d'America a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001[84]).

[82] F. Gambini, *Osservazioni sopra alcune massime di legislazione penale*, Italia, 1820, 95.

[83] Come ricorda M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 4 s., l'art. 27, terzo comma, fu il frutto «della precisa volontà di evitare di prendere parte nella polemica tra pena retributiva (idea propria della Scuola classica) e pena preventiva (idea propria della Scuola positiva). Tant'è vero che, nello spirito della non esclusiva adesione ai postulati di una delle due Scuole, il Comitato di redazione, nei lavori di coordinamento del testo finale, aderì alle indicazioni rivolte a posporre, rispetto all'originaria formulazione, l'ordine dei due concetti, per cui, nel testo vigente, il divieto dei trattamenti inumani precede l'esigenza rieducativa del condannato». Per questo motivo, ricorda l'A., «la "novità" implicata dalle affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene, inserite nel contesto di una trama costituzionale che si incentra sul primato della persona e dei suoi diritti, non fu subito colta nel nostro ordinamento» e, fino alla "svolta" costituita dalla sent. n. 313/1990, persino la Corte costituzionale riguardava la rieducazione «come momento del "trattamento penale vero e proprio" e non come principio generale del sistema».

[84] Già al momento della ratifica della *Convenzione ONU contro la tortura* (avvenuta nell'ottobre 1994) gli Stati Uniti d'America avevano apposto delle riserve che limitavano fortemente l'efficacia della convenzione stessa e del divieto di tortura (v. CAT/C/28/Add.5). A seguito degli attentati alle *Twin Towers*, poi, sono stati adottati alcuni atti fortemente restrittivi delle libertà democratiche, a cominciare dal celebre *U.S.A. Patriot Act* (firmato dal Presidente Bush il 26 Ottobre 2001). In seguito, con un artifizio interpretativo si è sostanzialmente aggirata la protezione dei diritti dei prigionieri di guerra e dei civili catturati in tempo di guerra «inventando una nuova categoria di nemico: quella di

Il considerevole numero di disposizioni costituzionali, internazionali, convenzionali europee ed eurounitarie che presidiano il divieto di tortura consentono non solo il riconoscimento, nell'ordinamento italiano, di un vero e proprio diritto costituzionale di libertà dalla tortura, ma anche la configurazione di tale diritto quale *diritto costituzionalmente iper-protetto*.

A livello legislativo sono numerose le disposizioni che, in diverso modo e a diverso titolo, concorrono a garantire il rispetto di tale diritto, alle quali si è aggiunta nel 2017 – dopo ben 29 anni di discussione parlamentare – una legge istitutiva di uno specifico "reato di tortura". Queste disposizioni, tuttavia, risultano – come si dirà in seguito (*infra* § 4.2-4.3) – in larga parte insufficienti a garantire tanto la punizione di «ogni» violenza fisica o morale compiuta su persone private della propria libertà personale, quanto il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Italia (con particolare riferimento alla CAT). Alla iper-protezione costituzionale corrisponde dunque una *ipo-protezione legislativa*.

Per questo motivo il diritto di libertà dalla tortura, pur forse non potendo più essere qualificato quale vero e proprio "diritto sommerso", rimane comunque un diritto solo parzialmente emerso, del quale – per così dire – non si vede altro se non la punta.

unlawful combatant, combattente illegale. Si tratta di una figura non assimilabile a quella del soldato nemico, perché le organizzazioni terroristiche non hanno firmato le convenzioni di Ginevra e dunque il "combattente illegale" non può essere protetto. Lo stesso vale per il combattente di uno "Stato canaglia" – anche, quindi, per i talebani dell'Afghanistan» (D. Di Cesare, *Tortura*, 2016, Torino, 43 s.). Conseguentemente sono stati aperti dei centri speciali di detenzione, tra i quali il più noto è senz'altro quello di Guantánamo, all'interno dei quali sono stati accolti gli *unlawful combatants*, regolarmente sottoposti a tortura (come pure l'amministrazione Obama ha ammesso). Infine è stato redatto, da John Yoo e Jay Bubee, il c.d. *Torture Memo* (presentato il 1° agosto 2002), che segna di fatto la legalizzazione della tortura negli Stati Uniti d'America. Con tale documento, infatti, viene precisata la nozione americana di "tortura", da intendersi come sofferenza «equivalente» a quella «che accompagna gravi ferite fisiche, come la lesione di un organo, il danneggiamento di una funzione corporea, o anche la morte» (*Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the Presidente, 1° agosto 2002*, riportato in M. Danner, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York, 2004, 115). Ne consegue, ad esempio, che il *waterboarding* non viene più considerato quale forma di tortura ma solo un "interrogatorio coercitivo", con una tecnica dissimulatrice che ricorda molto da vicino quella con cui, ai tempi dell'Inquisizione, si chiamava "rigorosa esamina" la tortura giudiziaria (*infra* § 2.1).

4. *La protezione legislativa del diritto di libertà della tortura*

4.1. I requisiti minimi di protezione

Per comprendere quali siano le carenze legislative, è preliminarmente necessario evidenziare quali siano gli obblighi di protezione minima del diritto di libertà dalla tortura che emergono dalla lettura delle norme costituzionali e internazionali poste a presidio del divieto di tortura e a cui il legislatore è tenuto a conformarsi.

Innanzitutto, si è già detto come tanto l'art. 13, comma 4, Cost. quanto l'art. 4 CAT, esprimendo una concezione repressiva del divieto di tortura (*supra* § 2.4), impongano che le violazioni di quest'ultimo siano punite penalmente. È dunque necessaria l'introduzione di uno o più specifici reati di tortura. Non vi sono indicazioni sul numero di reati di tortura necessario. Per prassi, in Italia si fa sovente riferimento, tanto nel dibattito politico quanto in quello scientifico, a un solo reato di tortura ma, in realtà, ci sono ottime ragioni, anche di carattere costituzionale, a sostegno dell'opportunità dell'introduzione di più reati di tortura, basandosi sulla fondamentale distinzione tra tortura-mezzo e tortura-fine.

A tal riguardo deve osservarsi, innanzitutto, come l'uso di tecniche tormentatorie *ad eruendam veritatem* comporti, dal punto di vista del diritto interno, la violazione di un ventaglio di norme parzialmente diverso e, forse, più ampio, sia al livello "primario" che al livello costituzionale. Da un lato, infatti, vengono violate le norme processuali sulla raccolta di prove. Dall'altro, oltre all'art. 13, comma 4, vengono violati il diritto al giusto processo (art. 111 Cost.) e quello di difesa (art. 24 Cost.), del quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la particolare valenza democratica ed il carattere di principio supremo dell'ordinamento e diritto fondamentale della persona umana[85]. Le violenze non finalizzate all'ottenimento di informazioni, testimonianze, confessioni o altri comportamenti da parte della persona privata della libertà personale, invece, comportano soprattutto la violazione degli articoli 13 e 27, ed attengono dunque ad una sfera parzialmente diversa di tutela costituzionale.

In secondo luogo, può sostenersi che il principio rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., nell'imporre «l'adeguamento delle risposte

[85] *Ex multis*: sentt. nn. 98/1984, 18/1992, 198/2000.

punitive ai casi concreti» (sent. n. 50/1980), comporti anche l'esigenza di differenziare le fattispecie di reato in funzione della misura punitiva applicabile a scopi rieducativi, sicché – ad esempio – il trattamento idoneo alla "rieducazione" di un carabiniere che ha torturato il sospetto complice di un rapimento potrebbe non essere altrettanto valido nei confronti del poliziotto penitenziario che ha praticato atti di sadismo sui corpi dei detenuti, anche in considerazione della possibile diversa pericolosità sociale.

Si consideri, da ultimo, che tortura-mezzo e tortura-fine sono, come già visto (*supra* § 2.1), due istituti strutturalmente diversi, e che la loro *reductio ad unum* contrasterebbe con l'esigenza di precisione definitoria tipica del diritto penale. Vero è che l'art. 1 CAT sembra non distinguere i due istituti, definendo "tortura" tanto le violenze compiute al fine di ottenere dal torturato «o da un terzo delle informazioni o una confessione» (tortura *ad eruendam veritatem*), quanto quelle poste in essere allo scopo «di punirlo per un atto da lui o da un terzo commesso o della cui commissione è sospettato» (tortura-fine) o «d'intimidirlo o di fare pressioni su di esso ovvero d'intimidire o fare pressioni su di un terzo, o per qualunque altro motivo fondato su di una qualsivoglia forma di discriminazione» (tortura-mezzo non *ad eruendam veritatem*). Come già osservato (*supra* § 2.3), però, la definizione "omnicomprensiva" ONU si spiega col fatto che, dal punto di vista dei diritti umani, una violenza è tale, poco importa quale sia lo scopo. Ma in ambito penale non vige necessariamente lo stesso principio, tanto che il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, istituito ai sensi dell'art. 19 della CAT ed incaricato di vegliare sull'attuazione della stessa, ha espressamente chiarito come sia non solo consentito, ma anzi apprezzato che gli Stati parte formulino definizioni migliori e più precise, che consentano una più efficace azione repressiva[86].

Si potrebbe allora pensare all'introduzione di una specifica sezione nel codice penale dedicata alla tortura e agli altri trattamenti

[86] A tal riguardo possiamo richiamare il caso spagnolo (*v. nt. 87*) che è stato oggetto di entusiasti apprezzamenti da parte del *Comitato ONU contro la tortura* nella *Osservazione generale n. 1* (A/53/44), par. 124 («*aspetti positivi*»): «la Spagna ha integrato nella sua legislazione interna il delitto di tortura e gli atti costitutivi di altri trattamenti disumani e degradanti, in termini che non solamente rispondono alla definizione del primo articolo della Convenzione, ma che addirittura sviluppano quest'ultima riguardo ad alcuni aspetti importanti, ciò che permette ai cittadini di beneficiare di una protezione più forte». Nella *Osservazione generale n. 2* (CAT/C/GC/224), inoltre, si ribadisce che gli Stati parte «devono basarsi *almeno* sulla definizione di tortura che figura al primo articolo della Convenzione» (corsivo nostro), specificando poi «che le definizioni di portata più vasta inscritte nelle leggi nazionali servono ugualmente l'oggetto e lo scopo della Convenzione».

disumani e degradanti (in modo simile a quanto avvenuto, *exempli gratia*, in Spagna ed in Belgio[87]), all'interno della quale prevedere diversi reati, ad esempio distinguendo il caso della tortura giudiziaria (come in Germania[88]) o, comunque, della tortura *ed eruendam veritatem*, da altre forme di tortura-mezzo o di tortura-fine. La previsione di un solo reato di tortura, invero, sembrerebbe essere costituzionalmente inopportuna, anche se difficilmente potrà tradursi in un vero e proprio vizio di incostituzionalità accertabile dal giudice costituzionale, in quanto la scelta del numero di fattispecie e la loro costruzione sotto forma di reati rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore.

Vi sono, però, degli elementi che appaiono sottratti a quest'ultima. Il primo, e forse più rilevante, elemento è senz'altro quello della configurazione del reato (o dei reati) di tortura quale reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Si è detto, infatti, come caratteristica *par excellence* della definizione tecnico-giuridica di "tortura" sia quella che si tratti di una "tortura di Stato", che presenti, insomma, il carattere della "istituzionalità-autoritatività" (*supra* § 2.3). Tale caratteristica viene recepita tanto, implicitamente, dall'art. 13, comma 4, Cost. – che, identificando i torturati come «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», sottintende che le violenze siano commesse dall'autorità di pubblica sicurezza, configurandosi in tal modo quale "servente" rispetto agli artt. 27, comma 3, e 28 (*supra* § 3.1-3.2) – quanto, esplicitamente, dall'art. 1 CAT (*supra* § 2.3). Si tratta di una caratteristica fondamentale in quanto, come già ri-

[87] In Spagna, all'interno del Libro II del *Código Penal*, è previsto uno specifico Titolo VII («*Delle torture e degli altri delitti contro l'integrità morale*») composto da ben tre diversi reati (artt. da 173 a 177). In Belgio, il legislatore, con l'art. 5 della legge n. 2002-06-14/42, ha introdotto nel proprio codice penale una apposita sezione dedicata alla tortura ed ai trattamenti inumani o degradanti (artt. 417-*bis* ss.).

[88] Art. 343 *StGB*: «chiunque, come pubblico ufficiale chiamato a collaborare ad un procedimento penale, ad un procedimento di sottoposizione a custodia da parte dell'autorità, ad un procedimento per l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria oppure ad un procedimento disciplinare o ad un procedimento dinanzi ad un giurì di onore o ad un giudice del lavoro, compie atti di maltrattamento fisico nei confronti di un'altra persona, le usa altrimenti violenza, minaccia l'uso della violenza o la affligge sul piano psichico per costringerla a fare deposizioni o dichiarazioni nel procedimento o ad ometterle, è punito con la pena detentiva da uno a dieci anni».

cordato, è quella su cui si fonda il carattere anti-democratico della tortura e che distingue quest'ultima, per la sua particolare gravità, da ogni altra forma di violenza. Allargare la definizione di tortura sino a considerare come tale anche le violenze praticate da privati cittadini comporterebbe una banalizzazione del termine, con la conseguente perdita, sul lungo periodo, del "potere evocativo" acquistato nel corso dei secoli (*supra* § 2.1). Ebbene, se la tortura è "di Stato" – e quindi un atto "di potere" – il relativo reato non potrà che essere un «reato del potere»[89]. È per questo motivo che il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, incaricato di vegliare sull'attuazione della CAT, ha sempre ritenuto inadempienti, rispetto agli obblighi convenzionali, i Paesi che, pur avendo introdotto nel loro ordinamento un reato di tortura, hanno previsto quest'ultimo come reato comune[90].

Un altro obbligo discendente dal diritto internazionale è quello dell'imprescrittibilità del reato di tortura. Lo "Statuto di Roma", istitutivo della Corte penale internazionale, annovera la tortura tra i *crimini contro l'umanità*, sancendone così il divieto di prescrizione (artt. 7 e 29). La *ratio* di tale previsione è di agevole comprensione:

«il complice contesto omertoso che caratterizza le vicende di tortura e la difficoltà a reperire altri testimoni diversi dalla stessa vittima sono ostacoli seri all'istruzione di un processo. Così come deve passare del

[89] La ben trovata definizione è stata usata, in un intervista rilasciata a F. Sansa per *Il Fatto Quotidiano* del 9 giugno 2015 (*Sulla tortura una legge inutile*, p. 9), dal magistrato Emilio Zucca, che ha rappresentato l'accusa in un processo relativo ai fatti della scuola Diaz avvenuti in occasione del G8 di Genova del 2001.

[90] In tal senso fa scuola il caso dell'ordinamento francese, ove sono previsti due diversi reati di tortura. Il primo, sancito dall'art. 212-1 c.p., che punisce la tortura quando «commessa in esecuzione di un piano concertato nei confronti di un gruppo di popolazione civile nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico». Il secondo, previsto dall'art. 222-1 c.p., che punisce «la sottomissione di una persona a delle torture od a degli atti di barbarie». Dal momento che nessuno dei due è un reato proprio, il *Comitato ONU contro la tortura* ha ritenuto la Francia inadempiente rispetto agli obblighi della CAT, invitandola a modificare il proprio codice penale al fine di far fronte alla «necessità, imposta dalla Convenzione, di distinguere gli atti di tortura commessi da un agente della funzione pubblica, o di tutte le altre persone che agiscano a titolo officiale o alla sua istigazione o con il suo consenso espresso o tacito dagli atti di violenza in senso ampio commessi da soggetti non statali» (CAT/C/FRA/CO/4-6, par. 5).

tempo prima che il torturato (magari detenuto per anni in carcere), uscito finalmente dalla disponibilità del torturatore, decida di sporgere denuncia. Il conto alla rovescia della prescrizione e la sua brevità finiscono così per non assicurare nel concreto l'effettività della risposta sanzionatoria»[91].

Si è ritenuto che l'obbligo d'imprescrittibilità si potesse altresì ricavare, implicitamente, tanto dall'art. 4, comma 2, CAT (nella parte in cui vengono richieste «pene adeguate che tengano conto della gravità» del reato) quanto dall'art. 3 CEDU[92]. Tali opzioni interpretative sono state accolte dal *Comitato ONU contro la Tortura*[93] e dalla Corte EDU[94], sicché l'imprescrittibilità deve ormai intendersi quale vero e proprio obbligo convenzionale il cui mancato rispetto dà luogo ad inadempienza. Peraltro il medesimo obbligo si può desumere in via ermeneutica anche dall'art. 13, comma 4, Cost., nella parte in cui si sancisce che «è punita *ogni* violenza» (corsivo nostro), laddove è evidente come l'intervento della prescrizione possa comportare la non punibilità di alcune torture[95].

La medesima disposizione, inoltre, sancisce l'ultimo degli obblighi minimi di protezione, anche in questo caso previsto pure dalla CAT, vale a dire l'impossibilità di prevedere qualsivoglia "zona grigia", eccezione o limite al divieto di tortura. «È punita

[91] A. Pugiotto, *Op. cit.*, 15 s.

[92] Si vedano, rispettivamente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: S. Senese, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in S. Anastasia (a cura di), *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2011, 101; A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. It. Dir., Proc. Pen.*, 2009, 1801 ss.

[93] Può richiamarsi, al riguardo, il già menzionato caso della Francia (*v. nt. 90*). L'ordinamento francese, infatti, prevede l'imprescrittibilità solo con riferimento al reato di cui all'art. 212-1 c.p. (in quanto ritenuto crimine contro l'umanità), mentre l'art. 222-1 c.p. è soggetto a prescrizione. Il *Comitato ONU contro la tortura* ha ritenuto che tale circostanza costituisse un inadempimento della CAT, invitando il legislatore francese ad intervenire «affinché la tortura sia resa un reato imprescrittibile» (CAT/C/FRA/CO/4-6).

[94] Ad es. nella sentenza *Cestaro c. Italia* (già menzionata in *nt. 58*, e sulla quale ci si soffermerà a breve) la Corte osserva come «in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione».

[95] Di analogo avviso sembra essere S. Senese, *Op. cit.*, che annovera l'art. 13, comma 4, Cost. tra gli articoli violati in caso di mancata previsione dell'imprescrittibilità.

ogni violenza» significa, innanzitutto, questo: che non è possibile lasciare impunite alcune violenze. Nessuna possibilità di subordinare la procedibilità alla querela di parte, nessuna possibilità di stabilire l'irrilevanza penale di torture perché non abbastanza "gravi", nessuna possibilità, come già ricordato, di prevedere eccezioni al divieto. Quest'ultimo aspetto, in particolare, è stato più volte sottolineato dal *Comitato ONU contro la Tortura* che lo ha risolutamente dichiarato quale condizione necessaria ai fini dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla CAT[96].

4.2. La disciplina legislativa

Sino all'approvazione della legge n. 110/2017 (*Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*), l'unico "reato di tortura" presente nell'ordinamento italiano era quello (tuttora) contenuto nell'art. 185-*bis* del *Codice penale militare di guerra*, così come modificato dal d.l. n. 421/2001 (convertito in l. n. 6/2002), a norma del quale:

> «salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da uno a cinque anni».

Per quanto riguarda il diritto penale "ordinario", invece, il legislatore risultava – e in parte ancora risulta (*infra* § 4.3) – gravemente inadempiente rispetto ai summenzionati obblighi costituzionali repressivi, rimanendo invece fortemente ancorato ad una visione soprattutto interdittiva del divieto di tortura. In assenza di uno specifico reato, molti degli atti, in qualche misura, riconducibili alla tortura venivano puniti sulla base di una (pur nutrita) serie

[96] Si veda, ad es., il paragrafo n. 5 della *Osservazione generale n. 2* (cit.), ove si afferma che «il divieto di tortura è assoluto ed inderogabile. Nessuna circostanza eccezionale, quale che sia, può essere invocata da uno stato per giustificare la tortura in tutto il territorio sotto la sua giurisdizione».

di reati generici, quali quelli di percosse (art. 581 c.p.), lesioni (art. 582 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), ingiurie (594 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art. 609 c.p.).

All'elenco devono poi aggiungersi le disposizioni volte a tutelare il divieto di tortura in ambito processuale, dove la confessione estorta sotto tormenti è vietata dagli articoli 188 c.p.p., per quanto riguarda il processo penale, e 2732 c.c., per quanto riguarda il processo civile. Le sanzioni previste per la violazione di tale divieto sono meramente processuali e consistono nell'inutilizzabilità assoluta (art. 191 c.p.p.) o nella possibilità di revoca delle dichiarazioni rese *sub torturam* (art. 2732 c.c.). Mancava (e manca), invece, uno uno specifico reato di "tortura *ad eruendam veritatem*".

Tra gli argomenti emersi in sede politica contro l'introduzione di uno specifico reato di tortura vi era quello secondo il quale le norme già esistenti sarebbero state, da sole, sufficienti a garantire un'adeguata tutela del diritto a non subire tortura. Tale argomento, sul piano giuridico, è del tutto privo di fondamento, come è stato efficacemente dimostrato[97] sulla base di elementi di fatto insuscettibili di smentita, tra i quali possiamo ricordare:

1) il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, incaricato di vegliare sull'attuazione della CAT, ha espressamente, e più volte, ritenuto che la mancanza di uno specifico reato di tortura nell'ordinamento italiano costituisse inadempienza degli obblighi convenzionali[98];

2) i summenzionati reati sono reati comuni, mentre tanto la nozione

[97] A. Pugiotto, *Repressione penale*, cit., § 6.

[98] Nel suo rapporto del 2007 (A/62/44, su *www.ohchr.org*) così si esprimeva (p. 59) il Comitato nei confronti della situazione italiana: «benché [l'Italia] affermi che tutti gli atti i quali potrebbero essere qualificati come "tortura" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione siano punibili in virtù del Codice penale italiano […] il Comitato resta preoccupato del fatto che [l'Italia] non abbia ancora adottato nel proprio diritto interno il reato di tortura, tal quale definito all'art. 1 della Convenzione (artt. 1 e 4). Il Comitato reitera la sua precedente raccomandazione (A/54/44, par. 145 a)) affinché [l'Italia] si adoperi per includere il reato di tortura nel proprio diritto interno e adotti una definizione di tortura adeguata a coprire tutti gli elementi contenuti nell'art. 1 della Convenzione».

internazionale di tortura, quanto l'art. 13 della Costituzione, richiedono un reato proprio dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio (*supra* § 4.1);

3) la batteria di norme repressive sopra richiamate prevede termini brevi di prescrizione, mentre un crimine contro l'umanità, secondo il diritto internazionale, deve essere imprescrittibile (*supra* § 4.1);

4) per alcuni dei citati reati comuni è richiesta la querela di parte, «decisione difficile per chi è vittima di tortura»[99], con la conseguenza che, ad esempio, non si sarebbe potuto perseguire d'ufficio il torturatore per lesioni personali di durata inferiore ai venti giorni, in quanto l'articolo 582 c.p. prevede che se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorrono circostanze aggravanti il delitto è punibile solo a querela della persona offesa;

5) non erano previste ipotesi incriminatrici per la c.d. "tortura psicologica", che invece è ritenuta componente indispensabile della fattispecie tanto ai sensi dell'art. 13 Cost. («violenze morali») quanto ai sensi della CAT («sofferenze mentali»). Non erano dunque «punibili quei fatti di tortura idonei a cagionare delle gravissime sofferenze psichiche, ove da tali fatti non derivino lesioni personali. Puntare una pistola alla tempia della persona sottoposta ad interrogatorio, inscenare una falsa fucilazione, sono fatti che possono provocare sofferenze psicologiche molto più devastanti delle sofferenze provocate da lesioni personali, e rientrano, pertanto, nel concetto di tortura. In ipotesi del genere si potrebbe fare ricorso, tutt'al più, alla norma incriminatrice della minaccia (articolo 612 del codice penale), la cui pena è assolutamente inadeguata»[100].

L'inadempienza italiana, peraltro, ha recentemente portato la Corte europea dei diritti dell'uomo a sanzionare l'Italia in ben due occasioni (IV sez., 7 aprile 2015, *Affaire* "Cestaro c. Italia", *requête* n. 6884/11; I sez., 22 giugno 2017, *Affaire* "Bartesaghi Gallo et altri c. Italia", *requêtes* nn. 12131/13 e 43390/13) in quanto, con riferimento alle violenze praticate dalla polizia in occasione del G8 di Genova, «la legislazione penale italiana applicata nel caso di specie si è rivelata, al contempo, inadeguata quanto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e priva dell'effetto dissuasivo necessario a prevenire altre violazioni simili dell'art. 3 CEDU» (Cestaro c. Italia, *Cons.* n. 225).

Benché meno rilevante ed assai meno nobile, invero, l'esigenza di

[99] A. Pugiotto, *Repressione penale*, cit., § 6.

[100] Relazione illustrativa al d.d.l. n. S. 2701/1997 (consultabile su *www.senato.it*).

non sprecare soldi pubblici per pagare sanzioni che si sarebbero potute evitare approvando una disciplina della quale si discute da molto, troppo tempo può essere aggiunta alla lunga lista delle ragioni a sostegno della necessità dell'introduzione di uno o più reati di tortura. Non è forse un caso, d'altronde, che proprio a seguito delle condanne della Corte EDU il Parlamento italiano abbia finalmente adottato – dopo ben 29 anni di dibattito seguiti alla ratifica della CAT[101] – una legge sul reato di tortura. La l. n. 110/2017 introduce, innanzitutto, un articolo 613-*bis* al codice penale, a norma del quale:

«chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

Il reato non sussiste qualora di tratti di «sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». Sono inoltre previste delle aggravanti se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio (reclusione da cinque a dodici anni), se dalla tortura deriva una lesione personale grave (aumento di un terzo della pena) o gravissima (aumento della metà), ovvero la morte quale conseguenza non voluta (trent'anni di reclusione) o voluta (ergastolo).

Viene inoltre aggiunto un art. 613-*ter* c.p., a norma del quale:

«il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

[101] Cfr. D. Carboni, *Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia*, in P. Gonnella, A. Marchesi (a cura di), *Onorare gli impegni*, Roma, 2006.

Si introduce altresì un comma 2-*bis* all'art. 191 c.p.p., sancendo che «le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Si modifica l'art. 19 del d.l. 286/1998 (T.U. immigrazione), prevedendo che «non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani». Viene previsto, infine, che non possa essere riconosciuta «alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale» e che, «nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, nei casi di cui al comma 1, lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale» (art. 4).

4.3. La legge sul reato di tortura: inutiliter data*?*

La l. n. 110/2017 è il prodotto di un compromesso fortemente al ribasso rispetto al progetto di legge originario, ostracizzato da forze politiche ideologicamente contrarie all'introduzione del reato in tortura in quanto ritenuto un reato "contro le forze dell'ordine"[102]. Si tratta, con tutta evidenza, di una posizione priva di

[102] Come nota esattamente M. Cavino, *Non sei un cavallo! L'Italia e la tortura*, in *laCostituzione.info*, 6 luglio 2017, cui si rimanda per un commento a prima lettura della legge in esame, «le ragioni per le quali il Parlamento non voglia dare attuazione alla convenzione del 1984, come potrebbe fare limitandosi a stabilire una sanzione penale per la condotta che essa descrive con sufficiente determinatezza, sono manifestate con chiarezza dal dibattito che ha accompagnato la recente approvazione della legge; e si riducono essenzialmente nella volontà di non urtare la suscettibilità politica degli appartenenti alle forze di polizia che purtroppo finisce per alimentare una cultura autoritaria ancora molto diffusa». Per una prima analisi della l. n. 110/2017 v. anche: S. Buzzelli, *Tortura: una legge tanto per fare*, su *Sicurezza CGS* (312 agosto 2017 - *www.sicurezzacgs.*

fondamento giuridico, in quanto scopo del reato è quello di punire adeguatamente condotte illecite (peraltro di particolare gravità) – e da ritenersi tali anche prima dell'entrata in vigore della legge in esame, in virtù delle disposizioni costituzionali e internazionali già richiamate (*supra* § 3) – e non quello di ostacolare o combattere l'autorità di pubblica sicurezza[103]. Solo le ripetute condanne subite dall'Italia da parte della Corte EDU per la mancanza di un'adeguata protezione al diritto di libertà dalla tortura sembrano essere risultate determinanti per vincere le resistenze politiche all'introduzione del reato, le quali hanno comunque influenzato pesantemente i lavori parlamentari.

Tanto gravi sono le lacune della legge sul reato di tortura che, pochi giorni prima dall'approvazione definitiva del disegno di legge, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha ritenuto di dover scrivere una lettera, indirizzata ai Presidenti di Assemblea e a quelli delle Commissioni giustizia della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, in cui si invitava il Parlamento italiano ad effettuare delle modifiche al progetto[104]. Vengono segnalate, in particolare, tre rilevanti discrepanze – che erano peraltro state evidenziate, con congruo anticipo, anche dalla dottrina italiana – tra la definizione di tortura sancita dall'Art. 1 della CAT e quella adottata dal legislatore italiano:

1) la prima riguarda il fatto che siano richieste, per integrare il reato di tortura, «violenze o minacce gravi» commesse «mediante più condotte» ovvero che comportino un «trattamento inumano *e* degradante per la dignità della persona» (corsivo aggiunto). La CAT, invece, definisce la tortura come «qualsiasi atto» – quindi anche un solo atto – con il quale siano inflitti dolore o sofferenze acute. La medesima convenzione, inoltre, usa il sintagma «trattamenti disumani *o* degradanti» (corsivo aggiunto). Ne consegue che, nell'applicare la legge italiana, il giudice potrebbe ri-

it) e *Ristretti news* (6 settembre 2017 - *www.ristretti.it*); I. Marchi, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 31 luglio 2017 (*www.penalecontemporaneo.it*).

[103] Il fatto che alcuni ritenessero che il reato di tortura avrebbe disturbato le attività abituali delle forze dell'ordine costituisce, anzi, un motivo di più a sostegno dell'opportunità e dell'urgenza dell'introduzione dello stesso.

[104] Il testo integrale della lettera è disponibile sul sito internet istituzionale del Consiglio d'Europa (*www.coe.int*).

tenere non rientranti nella definizione di tortura una singola violenza o minaccia o, comunque, violenze o minacce commesse mediante una sola condotta, ovvero un tormento che sia qualificabile solo come degradante e non anche come disumano (o viceversa)[105];

2) la seconda riguarda il fatto che la normativa italiana richieda un «verificabile trauma psichico», mentre la CAT si accontenta di «acute sofferenze mentali». Soggetti che hanno inflitto una tortura psicologica senza però lasciare al soggetto un "verificabile trauma psichico" non potrebbero dunque essere puniti in base alla legge italiana;

3) la terza riguarda il fatto che il reato di tortura non sia un reato proprio dei pubblici ufficiali, contrariamente a quanto previsto dalla CAT (*supra* § 4.1). Il Commissario, in particolare, esprime preoccupazione per il fatto che, considerandosi "tortura" anche un tormento inflitto da un privato cittadino, si rischi di mortificare l'importanza della protezione accordata dal diritto internazionale al diritto di libertà dalla tortura, fondata sulla definizione di quest'ultima quale tormento commesso da un rappresentante dell'autorità statale e comportante una violazione dei diritti umani particolarmente grave.

Quanto ai primi due punti, il Commissario osserva come essi possano determinare l'impunità di alcuni casi di tortura o trattamenti inumani o degradanti ovvero creare delle "scappatoie" («*potential loopholes*») che consentano di sfuggire all'applicazione della legge. In effetti, la legge italiana sul reato di tortura realizza una aberrazione storica poiché, in molti casi, non consentirebbe neppure di punire, per le torture praticate sul corpo degli inquisiti, un ipotetico inquisitore di *ius commune* che, per azzardo, si trovasse ad operare ai nostri tempi. Si prenda ad esempio la più comune tra le torture praticate dall'Inquisizione, quella della corda:

«il supplizio della colla o corda, di tutti il più comune, consisteva nel legare all'infelice le mani dietro la schiena con una fune che passava per

[105] Come nota M. Ruotolo, *Brevi riflessioni*, cit., la distinzione tra tortura, trattamenti inumani e trattamenti degradanti, contemplata da diverse norme di diritto internazionale, è stata oggetto, in ambito convenzionale europeo, di una precisa specificazione definitoria dei «tre tipi di condotte in relazione al grado delle sofferenze inflitte: tali da causare nella vittima paura, angoscia e umiliazione nel trattamento degradante; mentali e fisiche di particolare intensità nel trattamento inumano; molto gravi e crudeli nella tortura. Un trattamento inumano o degradante quando provoca sofferenze più intense (molto gravi e crudeli) può ben dunque essere qualificato in termini di tortura».

una carrucola infissa nel soffitto, e dall'altro capo era raccomandata ad un cilindro, intorno a cui annaspandola, si sospendeva in aria il torturato, che si lasciava cader giù precipitosamente, dandogli in questa maniera quelli che si dicevano tratti, scosse o saccate […]. Per rendere il tormento ancora più grave si attaccavano ai piedi dell'imputato pesanti ferri, ciò che ritenevasi il massimo dei supplizi, ovvero gli si gittavano giù pel dorso secchie d'acqua fredda»[106].

Ebbene, spesso il dolore inflitto era talmente atroce che bastava una sola saccata per far confessare qualunque cosa all'imputato. Con la legge italiana sul reato di tortura un redivivo Torquemada rischierebbe di "farla franca", in quanto una sola saccata corrisponde a un solo atto di violenza (che in ipotesi può essere commesso anche con una sola condotta).

La stessa cosa dicasi per la questione del "verificabile trauma psichico". Era uso dell'Inquisizione praticare, prima della tortura fisica, la c.d. "terrizione verbale" (da non confondersi con la "terrizione reale" che era, invece, la tortura fisica), cioè una violenza morale – considerata dagli stessi inquisitori quale parte integrante del procedimento tormentatorio e, dunque, quale forma di tortura[107] – che consisteva nel condurre l'accusato nella stanza delle torture e mostrargli gli arnesi di supplizio, minacciando di usarli se non avesse confessato. La paura incussa dalla *territio* era tale, che in molti casi essa era sufficiente, da sola, a piegare la volontà del reo sospetto. Quest'ultimo, tuttavia, solitamente non subiva alcun "trauma psichico verificabile" sicché, stando alla legislazione italiana attuale, la terrizione verbale non potrebbe essere punita ai sensi dell'art. 613-*bis* c.p.

Si noti, peraltro, che le discrepanze tra la l. n. 110/2017 e la CAT evidenziate dal Commissario per i diritti umani restano tali anche qualora confrontate con l'art. 13, comma 4, della Costituzione italiana, e non solo per quanto riguarda l'esigenza che il

[106] A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione. Seconda edizione riveduta e migliorata*, Torino, 1892, Vol. VI, parte I, 436-438.

[107] Si veda, ad es., il *Sacro Arsenale* di E. Masini – il manuale per inquisitori forse più usato all'epoca – che inseriva la fase della terrizione verbale nel capitolo sul «*modo d'interrogare i Rei nella Tortura*» (pp. 263 ss. nell'edizione curata da T. Meneghini, Roma, 1730).

reato di tortura sia un reato proprio (*supra* § 4.1). Nell'art. 13, infatti, si afferma che debba essere punita «ogni violenza». Il termine "ogni" non lascia dubbi: devono essere punite anche singole violenze e anche quelle che non provocano traumi psichici verificabili. Si noti, peraltro, come il Costituente abbia preferito usare il termine "morale" anziché quello "psichica". Non si tratta di una scelta casuale: la nozione di "violenza morale" è nota alla dottrina giuridica, specialmente a quella penalistica, almeno dall'inizio del XIX secolo ed è strettamente correlata con il concetto di tortura giudiziaria e di terrizione verbale.

> «La violenza morale è quella, che viene incussa all'animo per costringere la persona a fare, non fare, o a sopportar che altri faccia cosa contraria alla volontà di lei, la qual *cosa* formi il vero oggetto della violenza usata alla persona, siccome un mezzo ad un determinato fine. […] Egli è poi sempre un atto di violenza morale quello, con cui, anche senza minaccia espressa, vien ridotta una persona, contro sua volontà, ed a mal fine, all'altrui disposizione e discrezione»[108].

L'uso della formula "trauma psichico" in luogo di quella "sofferenza morale" (suggerita dalla Costituzione) o di quella "*mental suffering*" (usata nella CAT e spesso impropriamente tradotta con "sofferenze psichiche") costituisce dunque già, di per sé, uno scostamento dal testo costituzionale, enfatizzato dalla presenza del termine "verificabile". Il termine "psichico", infatti, potrebbe sottintendere un elemento patologico, una "malattia della psiche", e non una "semplice" sofferenza morale. Rientrerebbero certamente nella definizione di "sofferenza psichica" e di "trauma psichico verificabile" i casi di schizofrenia causati dalle tecniche di interrogatorio usate dalla CIA durante la Guerra Fredda (*v. nt. 3*). Ma nella maggioranza dei casi difficilmente si arriva a tanto, e il fatto che le violenze subite si trasformino in una vera e propria lesione della psiche, peraltro "verificabile", e non già in una mera – *non per questo meno grave!* – umiliazione temporanea (ad esempio: il taglio dei capelli), dipende molto dalla sensibilità e dalla resistenza di ciascuna persona. Il termine "psichiche" e l'espressione "verificabile trauma psichico", insomma,

[108] F. Gambini, *Op. cit.*, 30 s.

si prestano ad interpretazioni ambigue, e rischiano di trasformare il processo per tortura in una "guerra" tra perizie psichiatriche.

Alla lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha fatto seguito un'altra missiva, sempre indirizzata di Presidenti delle due assemblee parlamentari, redatta da magistrati che hanno preso parte, a vario titolo, a procedimenti legati ai fatti del G8 di Genova nel 2001[109], cioè quei fatti a causa dei quali l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU per non aver introdotto nel proprio ordinamento giuridico un reato di tortura (*supra* § 4.2). Scopo della comunicazione era quello di porre in evidenza come il disegno di legge in discussione «sarebbe in concreto inapplicabile a fatti analoghi a quelli verificatisi a Genova, che sono già stati qualificati come tortura dalla Corte Europea». Nel richiamare espressamente la lettera del Commissario per i diritti umani, con animo adesivo, i magistrati rilevano anche due aspetti che in quest'ultima non erano segnalati, vale a dire:

1) l'inquadramento, operato dal ddl, della «relazione tra l'autore e la vittima (quest'ultima deve essere privata della libertà personale; oppure affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza dell'autore del reato; ovvero trovarsi in condizioni di minorata difesa)» che, notano i magistrati, «esclude dall'ambito operativo della fattispecie molte delle situazioni in cui si sono trovate le vittime dell'irruzione nella scuola Diaz che non erano sottoposte a privazione della libertà personale da parte delle forze di Polizia e non si trovavano in una situazione necessariamente riconducibile al sintagma della "minorata difesa"»;

2) la mancata introduzione di una disposizione che prevedesse l'imprescrittibilità del reato di tortura.

Su questo secondo aspetto s'è già detto (*supra* § 4.1). Sul primo, invece, vale la pena soffermarsi per un attimo. L'art. 13, comma 4, Cost. – riconoscendo, come già ricordato (*supra* § 1), il diritto di libertà dalla tortura quale diritto proprio dei detenuti *lato sensu* – sembra, in effetti, riferire la tortura ai soli casi di limitazione della libertà personale. In realtà, però, a tale conclusione può arrivarsi solo fondandosi su di una lettura affrettata e poco approfondita

[109] Il testo integrale della lettera è riportato da alcuni siti internet di settore come, ad esempio, *www.osservatoriorepressione.info* o *altreconomia.it*.

del dettato costituzionale. Sono già state descritte (*supra* § 3.3) le ragioni su cui si fonda l'esistenza del quarto comma dell'art. 13. In estrema sintesi, possiamo ricordare che:

1) la disposizione fu redatta ben prima dell'avvento della CAT, che segnò un enorme salto in avanti nel processo evolutivo della nozione giuridica di tortura;

2) il Costituente aveva presenti, da un lato, la tortura giudiziaria e, dall'altro, le atrocità commesse dal regime nazi-fascista;

3) nello specificare «a persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» il Costituente ha voluto assicurarsi che il divieto di tortura, già insito nel sistema costituzionale, fosse applicato *anche* a persone private, in tutto o in parte, della propria libertà personale.

In nessun modo, dunque, potrebbe ricavarsi un obbligo costituzionale di limitazione della punibilità della tortura (o, comunque, di trattamenti inumani o degradanti) ai soli casi di detenuti *lato sensu*. Al contrario, con la ratifica della CAT – la quale non richiede, ai fini della definizione della tortura, che il tormentato sia ristretto nella propria libertà personale – deve ritenersi sussistente, in virtù degli artt. 11 e 117 Cost., un obbligo di non tenere in considerazione la relazione tra l'autore e la vittima al fine di poter punire qualunque atto rientri nella definizione ONU di tortura, sicché può giungersi persino ad ipotizzare che l'elemento evidenziato dai magistrati si traduca in un vizio d'incostituzionalità.

Una lettura dei lavori preparatorî alla l. n. 110/2017 rivela agevolmente come pressoché tutte le problematiche evidenziate nelle due lettere (e, ancor prima, dalla dottrina) siano state rappresentate nel dibattito parlamentare. Il legislatore, tuttavia, ha ritenuto di non dare seguito a tali istanze, approvando il ddl senza modifiche. Ne consegue che, per i motivi sopra esposti, la legislazione italiana risulta ancora inadempiente rispetto agli obblighi di natura costituzionale, internazionale ed europea in materia di tortura, così esponendosi, peraltro, a nuove ed ulteriori condanne da parte della Corte EDU. Dal momento che lo scopo dichiarato del progetto di legge era quello di "mettersi in regola" con i suddetti obblighi, si può dire che, sotto tale punto di vista, la l. n. 110/2017 sia, tecnicamente, *inutiliter data*.

4.4. Nuove prospettive di tutela

A conclusione di questa analisi deve però osservarsi come, dal punto di vista della giustizia costituzionale, l'entrata in vigore del reato di tortura sia tutt'altro che priva di utilità. Essa, infatti, apre la strada al giudizio di costituzionalità in via incidentale. Strada che, invero, era stata tentata anche prima dell'entrata in vigore della legge (v. Cass. pen., sez. V, 5 luglio - 2 ottobre 2012, n. 38085), eccependo l'incostituzionalità dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevede l'imprescrittibilità per le condotte rientranti nella definizione di tortura ai sensi dell'art. 1 CAT. L'esperimento, tuttavia, diede esito negativo: la Corte di Cassazione è stata ferma nel respingere l'eccezione, in quanto l'eventuale accoglimento della questione avrebbe violato il divieto di retroattività di norme sfavorevoli al reo, ritenuto applicabile anche alle sentenze costituzionali dallo stesso Giudice delle leggi (si richiamavano, al riguardo, le sentt. nn. 394/2006 e 234/2008 e l'ord. n. 65/2008). Pur riconoscendo che i fatti oggetto del giudizio (le violenze perpetrate dalla polizia nel corso dell'intervento presso la scuola "Diaz-Pertini" avvenuto a seguito del G8 di Genova del 2001) ben potevano rientrare nella definizione ONU di "tortura", dunque, la Suprema Corte ha concluso nel senso della manifesta infondatezza.

Occorre però spendere qualche parola sui rapporti tra il divieto di retroattività delle sentenze costituzionali sfavorevoli al reo e il reato di tortura. Il principio di irretroattività della legge penale, corollario del garantismo giudiziario, nasce allo scopo di tutelare il cittadino dagli abusi del potere, impedendo a quest'ultimo di condannare il primo per aver commesso un atto che, all'epoca, era del tutto lecito e che solo dopo è diventato illecito. La *ratio* del divieto è ben espressa dal secondo comma dell'art. 25 Cost.: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». La Corte costituzionale ha ritenuto tale principio «insuscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» e costituente un «limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost.» (sent. n. 394/2006). Nessuna delle numerose decisioni della Cor-

te in materia[110], tuttavia, aveva ad oggetto il reato di tortura che, come già s'è ricordato, possiede una caratteristica assolutamente unica, vale a dire quella di essere l'unico obbligo punitivo previsto espressamente dalla Costituzione. A fronte dell'art. 13, comma 4, Cost., cui *adde* ormai la CAT, può davvero dirsi che chi ha commesso tortura sul suolo italiano dal 1948 ad oggi abbia agito nella convinzione di commettere un atto lecito? Oppure deve piuttosto dirsi che egli ha commesso un atto pienamente illecito (peraltro di particolare gravità) – e sancito come tale dalla più importante delle fonti giuridiche del nostro ordinamento – nella convinzione di poter evitare ogni conseguenza in ragione dell'inerzia del legislatore?

Con queste domande non si vuol giungere alla conclusione che il principio di irretroattività in materia penale non costituisca un aspetto problematico ai fini della prospettazione di una questione di legittimità costituzionale – considerato pure che il divieto di retroattività vale non solo per la condotta ma anche per la pena, sicché sarebbe assai arduo sostenere, *exempli gratia*, che il reato introdotto dalla l. n. 110/2017 possa applicarsi a fatti avvenuti precedentemente all'entrata in vigore di quest'ultima – quanto piuttosto sottolineare come, costituendo il reato di tortura un *unicum* nel nostro ordinamento, l'applicabilità dei principî espressi dalla giurisprudenza costituzionale in relazione a diverse circostanze potrebbe rivelarsi non del tutto scontata, almeno rispetto ad alcuni profili (ad esempio quello della prescrizione).

Si consideri, inoltre, che, a partire dalla sent. n. 10/2015, la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di una modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni di accoglimento quale unica soluzione possibile a un altrimenti insanabile conflitto tra diritti e principî di natura costituzionale. Da questo punto di vista, l'eventuale conflitto tra il principio di irretroattività e il diritto di libertà dalla tortura sembrerebbe costituire un caso emblematico, in quanto ambo gli elementi in conflitto discendono dal garanti-

[110] Per una ricostruzione v., anche per più ampi riferimenti bibliografici, i recenti lavori di V. Manes (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale*, su *www.cortecostituzionale.it*, 2014, § 2.1 e G. Pistorio, *Retroattività delle sentenze costituzionali*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*, anche su *www.treccani.it*.

smo giudiziario, il quale non potrebbe mai pienamente realizzarsi se uno dei due venisse sacrificato a favore dell'altro.

Posto, quindi, che il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli non costituisce necessariamente un impedimento insuperabile, deve rilevarsi come, in realtà, l'unico vero ostacolo ad un intervento della Corte costituzionale in materia sia stato, fino ad oggi, quello dell'impossibilità, da parte di quest'ultima, di costruire *ex novo* la fattispecie di un reato del tutto inesistente sul piano legislativo. Spetta solo al legislatore, infatti, stabilire quali debbano essere le pene, quali le aggravanti, attenuanti e scriminanti specifiche, *etc.* Solo una volta che egli avrà effettuato queste scelte, il Giudice delle Leggi potrà intervenire per correggere gli eventuali vizî d'incostituzionalità. Per questo l'approvazione della l. n. 110/2017 conserva, nonostante le sue carenze, un nucleo di possibile utilità, poiché potrebbe consentire alla Corte costituzionale – qualora lo ritenesse opportuno – di dichiarare, anche con sentenze manipolative, l'incostituzionalità dell'art. 613-*bis* c.p. (ad esempio: nella parte in cui non prevede l'imprescrittibilità; nella parte in cui prevede che soggetto attivo del reato sia «chiunque», anziché «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio»; nella parte in cui prevede che la tortura si realizzi «con violenze o minacce gravi» che comportino «acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico» e che vengano commesse con «più condotte» ovvero che comportino un «trattamento inumano e degradante», anziché «con violenza o minaccia grave» che comporti «acute sofferenze fisiche o morali» e che venga commessa con «una o più condotte» ovvero che comporti un «trattamento inumano o degradante»).

Cela va de soi, naturalmente, che sarebbe comunque preferibile un intervento correttivo del legislatore, il quale peraltro consentirebbe di rimediare a qualche imprecisione contenuta nella normativa e non traducibile in termini di illegittimità costituzionale. Viste, tuttavia, le difficoltà politiche incontrate per approvare il disegno di legge, l'alternativa più probabile – almeno per il momento – alla *extrema ratio* della declaratoria d'incostituzionalità sembra essere quella di un (auspicabile) tentativo di interpretazione adeguatrice da parte dei giudici ordinarî.

Leonardo Pace

*Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-*bis *e 41-*bis *dell'ordinamento penitenziario*

SOMMARIO: 1. La gestione della sicurezza interna agli istituti dalla legge n. 354 del 1975 alla riforma Gozzini – 2. Il superamento della legge Gozzini nella gestione della sicurezza interna ed esterna al carcere – 3. L'art. 4-*bis* ord. penit. e la neutralizzazione della pericolosità sociale – 3.1. L'art. 4-*bis* fa la sua comparsa e subito cambia forma – 3. 2. Il ridimensionamento dell'art. 4-bis ad opera della Corte costituzionale – 3.3. L'art. 4-*bis* cambia volto e… si espande 3.4. – I reati c.d. di prima fascia e l'insostenibilità costituzionale della loro disciplina 3. 5. I reati di seconda fascia e la compressione dell'ideale rieducativo – 4. L'art. 41-*bis*, comma 2 ord. penit.: la gestione e la prevenzione delle situazioni di allarme sociale fuori dal carcere – 4.1. La nascita – 4.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e la legge n. 279 del 2002 – 4.3. La legge n. 94 del 2009 e il generale inasprimento del regime detentivo speciale – 4.4. L'esclusione della discrezionalità delle misure concretamente applicabili – 4.5. Le singole limitazioni – 5. Libertà personale, riserva di giurisdizione e art. 41-*bis* – 6. Dagli Stati generali alla legge di delega n. 103 del 2017.

1. *La gestione della sicurezza interna agli istituti dalla legge n. 354 del 1975 alla riforma Gozzini*

La riforma penitenziaria, attuata con la legge n. 354 del 1975, aveva assunto come principio ispiratore la funzione rieducativa della pena nell'ottica di una risocializzazione del condannato[1].

Essa, infatti, aveva quale obiettivo il superamento definitivo dell'impostazione di segno prevalentemente custodialistico e retributivo che aveva caratterizzato l'ordinamento penitenziario fin dal regolamento del 1931 e aveva inteso applicare tale impostazio-

[1] R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria,* in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 149.

ne anche al trattamento dei detenuti c.d. difficili[2], come si evince dall'assenza di specifiche statuizioni in merito a tali casi[3].

La volontà di segnare un netto stacco rispetto al passato si evince anche dall'unica norma volta a disciplinare situazioni di particolare allarme ed emergenza, l'art. 90 ord. penit[4].

Occorre mettere in evidenza che nelle intenzioni del Legislatore la norma avrebbe dovuto riguardare casi limite ed era in particolar modo tesa a reprimere le rivolte che potevano nascere all'interno degli istituti. Solo per questi casi, il Ministro di Giustizia assumeva la responsabilità politica per l'adozione di un provvedimento sospensivo delle ordinarie regole carcerarie.

La forte carica ideale e l'innovatività di cui la legge era portatrice sono state, però, costrette a fare i conti con le esigenze di ordine e sicurezza, sempre presenti nella gestione degli istituti penitenziari.

Non solo, infatti, il trattamento dei detenuti c.d. difficili mostrò tutti i suoi limiti e le sue ambiguità[5], ma lo stesso art. 90 ord. penit., dopo un primo periodo di sostanziale ineffettività, fu il perno della strategia di contrasto, in sede penitenziaria, ai fenomeni eversivi che colpivano l'Italia in quegli anni, divenendo il fondamento giuridico per le carceri speciali introdotte a partire dal 1977[6].

[2] Con tali detenuti ci si riferisce a quei detenuti i quali, non rispettando le regole penitenziarie, compromettono la sicurezza o turbano l'ordine degli istituti penitenziari.

[3] In questo modo, parimenti, si superava anche il modello basato sulla differenziazione degli istituti, a seconda del regime del trattamento e quindi degli indici di sicurezza.

[4] L'art. 90 ord. penit. così statuiva: «quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro di Grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti […] dalla legge che possono porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza».

[5] L'assenza di qualsiasi statuizione in merito al trattamento dei casi difficili in condizioni di normalità carceraria aveva determinato una lacuna cui era stato chiamato a farvi fronte il regolamento penitenziario del 1976. La disciplina prevista da tale regolamento, però, risultava confusa ed approssimativa sia nell'individuazione dei detenuti sia nelle caratteristiche e nelle modalità del trattamento stesso, tanto da rappresentare una vera e propria delega in bianco all'amministrazione. Sul punto si veda R. Del Coco, *op. cit*., 150.

[6] Queste sono state istituite con un decreto interministeriale del 21 luglio del 1977 ed erano istituti nei quali si derogava alle normali regole previste dall'ordinamento pe-

A questa situazione di violazione dei principi costituzionali e della stessa logica ispiratrice della riforma del 1975 ha posto rimedio la legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini, la quale, per ciò che interesse in questo scritto[7] ha abrogato l'art. 90 ord. penit., sostituito dall'art. 41-*bis* (oggi art. 41-*bis*, I co.), il quale, sempre rivolto al contrasto di fenomeni di rivolta all'interno degli istituti, prevede maggiori garanzie rispetto al suo precedente normativo[8].

2. *Il superamento della legge Gozzini nella gestione della sicurezza interna ed esterna al carcere*

I valori che avevano ispirato la legge Gozzini sono stati, però, nel giro di pochi anni messi fortemente in discussione[9] e l'occasione per il suo definitivo superamento, almeno per particolari tipo-

nitenziario del 1975. Erano previste, inoltre, condizioni di maggiore severità della vita carceraria rivolte alla neutralizzazione dei detenuti ritenuti pericolosi. Ai detenuti, poi, per il sol fatto di trovarsi in tali carceri, si applicava indistintamente lo stesso regime restrittivo. A ciò bisogna aggiungere tre aspetti tutt'altro che secondari: l'amministrazione penitenziaria godeva di un'assoluta discrezionalità di scelta rispetto ai detenuti da destinare a tali istituti; la carenze di strutture di massima sicurezza comportava l'estensione della disciplina *ex* art. 90 anche ad altre carceri in cui erano ristretti soggetti pericolosi, determinando una estensione della disciplina di maggior rigore. Da ultimo, il regime si poneva in inevitabile contrasto con i principi di legalità e giurisdizionalità. Sul punto si veda ancora R. Del Coco, *op. cit.*, 152 s. e A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 179 ss.

[7] Tale legge, fra le altre cose, ha anche introdotto il regime di sorveglianza particolare agli artt. 14-*bis* e 14-*quater* (andando così a disciplinare la condizione dei detenuti c.d. difficili di cui si è fatto cenno nel testo) e il procedimento per reclamo art. 14-*ter.*

[8] Essa, infatti, mira a disciplinare i «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza» e mantiene, quindi, il collegamento fra le situazioni emergenziali e l'ordine e la sicurezza. Parimenti a quanto previsto dall'abrogato articolo 90 ord. penit., la competenza ad adottare il provvedimento rimane del Ministro della giustizia e, sebbene venga specificato che la durata debba essere «strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto», continua ad essere indeterminata la durata della sospensione delle normali regole penitenziarie. Per tali ragioni si può ritenere che la norma così introdotta non abbia innovato gran che rispetto al precedente art. 90.

[9] Alla riforma si contestava, infatti, di aver perseguito solo obiettivi di decarcerizzazione, non ponendo in giusto rilievo il profilo del recupero sociale del condannato. Ciò era aggravato dall'impiego non sempre rigoroso ad opera della magistratura di sorveglianza dell'ampio potere ad esso riconosciuto nell'applicazione delle misure alternative al carcere.

logie di detenuti, fu offerta dallo stragismo mafioso dei primi anni novanta.

Quegli eventi non solo sconvolsero la società e le istituzioni nazionali, ma mostrarono anche l'inadeguatezza degli ordinari strumenti normativi nella lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Con particolare riguardo all'ordinamento penitenziario sono stati introdotti l'art. 4-*bis* e un secondo comma all'art. 41-*bis*, i quali, ancora oggi, sono l'emblema della lotta alla criminalità organizzata sul versante penitenziario. Essi, infatti, hanno inasprito il regime detentivo dei soggetti collegati a tali realtà, comprimendo oltremodo l'ideale rieducativo per esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa[10].

Tali norme, infatti, si fondano sull'assunto che i soggetti collegati alle associazioni criminali, soprattutto di stampo mafioso, esprimono un indice di pericolosità sociale maggiore di quello dei normali detenuti e, pertanto, ad essi non possono applicarsi le normali regole detentive.

Soprattutto l'art. 4-*bis*, poi, viene utilizzato – come meglio vedremo più avanti – anche come giustificazione per la compressione dei diritti dei ristretti al fine di perseguire azioni che esplicano la loro operatività in contesti extracarcerari e per finalità che poco o nulla hanno a che fare con il carcere[11].

[10] C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4*-bis, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., Padova, 2011, 53, sul punto scrivono che «l'ingresso nell'ord. pen. dell'art. 4-*bis* ha segnato l'inizio di una nuova stagione per la struttura, per la funzione, per le stesse ideologie ispiratrici della normativa penitenziaria». Si può affermare, infatti, che in tal modo si è instaurato, e consolidato nel corso degli anni, un vero e proprio "doppio binario" anche nell'ordinamento penitenziario, vale a dire un regime differenziato in rapporto alla natura del reato commesso. Per una definizione di doppio binario si veda G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione,* in *Digesto penale,* III, Torino*,* 1994*,* 15*;* B. Guazzaloca*, Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. Giostra, G. Insolera (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995, 141.

[11] Ciò viene confermato dalle modifiche normative più recenti, introdotte con la legge n. 94 del 2009, con la quale si è inasprito il rigore del regime differenziato, anche nell'ottica di azzerare le interpretazioni giurisprudenziali maggiormente garantiste; sul punto L. Cesaris, Sub *Art. 41*-bis, cit., 457.

Il maggior rigore delle regole del trattamento e l'interruzione dei contatti tra condannato e ambiente esterno di provenienza perseguono anche il fine di esercitare una forte pressione psicologica sul detenuto affinché assuma atteggiamenti di collaborazione con la giustizia[12].

Il regime differenziato così introdotto persegue, però, anche un altro obiettivo estraneo al carcere: tranquillizzare l'opinione pubblica rispetto alla risposta punitiva dello Stato contro certi fenomeni criminali[13].

Questo è un aspetto molto importante perché spiega – come vedremo più diffusamente in seguito – il processo di quasi incontrollabile espansione dell'art. 4-*bis*, il quale nel corso del tempo ha inglobato una lunga serie di reati che poco o nulla hanno a che vedere con la criminalità organizzata.

3. *L'art. 4*-bis *ord. penit. e la neutralizzazione della pericolosità sociale*

3.1. L'art. 4-bis *fa la sua comparsa e subito cambia forma*

L'art. 4-*bis* è stato introdotto dal d.l. n. 152 del 1992[14] ed è stata subito modificato dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, sull'onda delle emozioni e dell'allarme sociale suscitato dalla morte del magistrato Giovanni Falcone.

Più specificamente con tale decreto legge è stato previsto che

[12] R. Del Coco, *op. cit.*, 167.

[13] Sul punto sia consentito rinviare a L. Pace, *«Il buono, il brutto e il cattivo» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. riflessioni a partire dalla sentenza della corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 3/2016, § 4.

[14] Nella sua prima formulazione, l'art. 4-*bis* ord. penit. prevedeva una differenziazione del regime probatorio per accedere ai benefici penitenziari. Per i delitti di prima fascia, ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato, si poteva accedere alle misure alternative e ai benefici penitenziari soltanto se fossero stati «acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; per i delitti di seconda fascia, di elevata gravità ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità, l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari era condizionata alla verifica dell'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata.

tutti i detenuti per delitti di criminalità organizzata, quelli rientranti nella c.d. prima fascia (ora commi 1 e 1-*bis*), possono accedere alle misure rieducative solo se collaborano con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. o se, viceversa, la collaborazione non sia oggettivamente esigibile e vi sia prova della cessazione dei collegamenti con la criminalità organizzata.

I detenuti, invece, che abbiano commesso reati considerati gravi, ma non diretta espressione della criminalità organizzata (c.d. seconda fascia, ora al comma 1-*ter*), possono accedere alle misure rieducative purché non sussistano elementi dai quali si desuma l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata[15].

Come è evidente, la norma si basa, fin dalla sua originaria formulazione, su una scansione dei gradi di pericolosità dei vari detenuti. Al livello più elevato vi sono i detenuti provenienti dal "mondo" della criminalità organizzata ai quali si attribuisce presuntivamente un indice di pericolosità elevato e, congiuntamente, la presunzione che questi continuino ad avere legami con le associazioni criminali di provenienza. In base a tali presunzioni l'accesso alle misure rieducative può essere concesso solo in presenza di una «condotta qualificata (la collaborazione)»[16].

Ciò, da un lato, si pone – come cercheremo di mostrare tra poco – palesemente in contrasto con la logica della risocializzazione, dall'altro, risponde pienamente alla logica della politica criminale di quegli anni, tesa a favorire il c.d. pentitismo[17]: solo la

[15] In questi casi deve essere la magistratura ad addurre elementi di prova dai quali si ricavi tale attualità dei collegamenti.

[16] Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

[17] B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 131, scrive, infatti, che la figura del collaboratore mafioso diviene «in un certo senso, la chiave di lettura e il terreno di applicazione privilegiato della riforma penitenziaria dettata dalle leggi di emergenza». Per una diffusa analisi critica di questo fenomeno si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997, 175 ss. Sul punto V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 10, scrive che l'articolo in esame diventa «norma di manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia […] gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma in esame».

condotta che favorisce l'attività della magistratura e della polizia nel contrasto alle associazioni criminali dà la possibilità di ottenere condizioni migliorative al detenuto[18].

In queste considerazioni generali sull'art. 4-*bis* occorre ricordare, poi, che in tal modo si è introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'ergastolo ostativo, il quale, nei fatti, impone un "fine pena mai" per tutti quei soggetti che, pur avendone la possibilità, decidono di non collaborare.

A ciò si aggiunga che i c.d. reati di prima fascia sono «l'anticamera dell'accesso al regime detentivo differenziato dell'art. 41-*bis* o.p.»[19]; ciò comporta che «gli ergastolani ostativi finiscono per subire un "fenomeno di triplo schiacciamento": perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza perché ostativi; stralciati delle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro»[20].

Tracciate le linee essenziali e messe in evidenza le criticità soprattutto del meccanismo dei reati c.d. di prima fascia, occorre rilevare che l'art. 4-*bis*, nel corso degli anni, è stato oggetto di una serie di manipolazioni, le quali lo hanno reso una sorta di "norma contenitore" volta alla repressione, in ambito penitenziario, delle più varie e disparate emergenze criminali percepite "fuori dal carcere".

Prima di parlare dell'espansione del raggio di applicazione dell'articolo e degli effetti che questa ha avuto sulla sua *ratio*, occorre mostrare come la Corte costituzionale abbia cercato, fin da subito, di mitigare il regime da essa previsto andando a colpire gli aspetti di maggiore irrazionalità della disciplina.

*3.2. Il ridimensionamento dell'art. 4-*bis *ad opera della Corte costituzionale*

Nelle non poche occasioni in cui è stata chiamata a pronun-

[18] R. Del Coco, *op. cit.*, 167.

[19] A Pugiotto, *Criticità costituzionale dell'ergastolo ostativo*, in C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 65.

[20] Ivi, 98.

ciarsi sul sistema introdotto dall'art. 4-*bis* ord. penit., la Corte costituzionale ha chiaramente denunciato l'eco del diritto penale d'autore che si scorgeva nella disciplina[21]. Il giudice delle leggi non ha tratto, però, le debite conseguenze da tale affermazione ed ha avallato il regime penitenziario differenziato, limitandosi ad eliminare le parti di maggiore asperità, costituite dagli automatismi applicativi.

La pronuncia capostipite della giurisprudenza costituzionale è la sentenza n. 306 del 1993, la quale pone le basi per tutta la successiva giurisprudenza in materia.

In questa decisione la Corte riconosce la concreta necessità di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa e, pertanto, giustifica la scelta del Legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale (attribuendo determinati vantaggi ai soli detenuti che collaborano con la giustizia)[22], ma, allo stesso tempo, rileva che la scelta di restringere fortemente l'accesso alle misure alternative comporta una compressione delle finalità rieducative della pena[23]. Nonostante ciò, il giudice delle leggi considera sostanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale dei soggetti che commettono determinati tipi di reato e, pertanto, conclude per la non incostituzionalità della collaborazione quale presupposto per accedere ai benefici e alle misure alternative.

[21] Scrive il giudice delle leggi: «appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita» (Corte cost., sent. n 306 del 1993, punto 11 *cons. dir.*). Vale a dire il soggetto subisce un determinato trattamento perché sostanzialmente rientrante in una particolare tipologia di autore. Queste normative, infatti, sebbene non si rivolgano direttamente contro determinate categorie di soggetti e apparentemente si basino su fatti di reato, si rivolgono contro quelle categorie soggettive che si pongono fuori o ai margini del consesso sociale. Sul punto cfr. M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a* tipo d'autore *nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust*. 2009, 119.

[22] M.R. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit*., in *Cass. pen*., 5/1997, 1225, scrive che «il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi».

[23] «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» (Corte cost., sent. n 306 del 1993, punto 11 *cons. dir.*).

L'assenza di pericolosità sociale, infatti, può desumersi solo dalla collaborazione, poiché questa viene considerata l'unico elemento dal quale dedurre con un certo grado di certezza l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata.

Sulla base di questo ragionamento, la Consulta ritiene irragionevole solo l'altra presunzione, risultante implicitamente dalla revoca automatica del beneficio[24]: la *mancata collaborazione* quale indice presuntivo della persistente pericolosità sociale[25].

Anche la giurisprudenza successiva, che pure ha avuto il merito di adeguare la disciplina in questione ai principi costituzionali, non ha mai posto in discussione il meccanismo della collaborazione quale chiave di accesso al percorso rieducativo. Nelle successive sentenze, la Corte ritiene, infatti, che la condizione sufficiente perché il sistema sia conforme a Costituzione sia solo quella di subordinare l'accesso alle misure rieducative ad una collaborazione *oggettivamente esigibile*. Su questo presupposto la normativa è stata dichiarata illegittima solo quando l'accesso ai benefici risulti precluso, perché un'utile collaborazione con la giustizia non è più oggettivamente possibile, sia per la limitata partecipazione al fatto

[24] Sul punto, però, A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen*., 1994, 494, scrive che non si comprende perché le argomentazioni addotte valgano solo per la revoca del beneficio e non anche per la concessione. I principi di colpevolezza, individualizzazione e di proporzionalità, la cui violazione, infatti, ha determinato l'incostituzionalità della revoca automatica, vengono violati anche negando l'accesso ai benefici penitenziari a quel detenuto che non ha collaborato con la giustizia.

[25] Sul punto il giudice delle leggi riconosce, infatti, che la mancata collaborazione può essere incolpevole, poiché può essere causata da altri fattori indipendenti dalla volontà dell'individuo, e pertanto non è idonea a costituire un valido indice di pericolosità specifica. La Consulta in un'altra occasione (sentenza n. 445 del 1997) afferma molto chiaramente che agli identici risultati (vale a dire la dimostrazione dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata) «non può non pervenirsi ove sia stata la stessa condotta penitenziaria a consentire di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire». Poiché, però, la regola presuntiva, collaborazione/assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, è ritenuta valida, in caso di mancata collaborazione sarà necessario un accertamento sull'esistenza o meno di collegamenti con la criminalità e quindi sulla sussistenza o meno della pericolosità del detenuto, che dovrà essere compiuto dal giudice. In altre decisioni (cfr. le sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995), la Corte chiaramente ha affermato la necessità del controllo del giudice, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti.

criminoso[26] sia perché i fatti erano stati completamente accertati con sentenza irrevocabile di condanna[27].

Altre pronunce hanno cercato di contenere al massimo gli effetti deteriori della disciplina, dichiarando l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 27. III co., Cost, delle preclusioni automatiche che impedivano l'accesso a determinati benefici penitenziari solo, però, per quei detenuti che *avevano già usufruito o avevano maturato i requisiti* per usufruirne prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*[28].

*3.3. L'art. 4-*bis *cambia volto e… si espande*

Dopo tali pronunce, le quali hanno cercato di mitigare il regime preclusivo per l'accesso alle misure rieducative, una serie di interventi legislativi[29], inizialmente episodicamente fondati, poi con una revisione organica ad opera della legge n. 279 del 2002[30], hanno ampliato la portata operativa della norma.

Successivamente con il il d.l. n. 11 del 2009 sono stati introdotti nel novero dei reati ostativi alcuni reati sessuali, al fine di placare l'onda emotiva suscitata nell'opinione pubblica da alcuni episodi

[26] Corte cost. sent. n. 357 del 1994.

[27] Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

[28] L'automatismo preclusivo è stato dichiarato incostituzionale perché impediva al magistrato di sorveglianza di effettuare un accertamento in concreto del grado di rieducazione raggiunto dal detenuto e comportava un'ingiustificata interruzione del percorso rieducativo; cfr. sentt. nn. 504 del 1995, 137 del 1999 e 445 del 1997.

[29] Ci riferiamo al d.l. n. 341 del 2000, alla legge n. 92 del 2001 e alla legge n. 189 del 2002; per un'analisi di questi interventi e per i relativi reati inseriti nella disposizione oggetto della nostra analisi si rinvia ancora a C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 54. Per una ricostruzione sull'evoluzione normativi dell'art. 4-*bis*, se si vuole, L. Pace, *L'art. 4-*bis *dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, § 3.

[30] Così ancora C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 54, ai quali si rimanda per una sintetica e precisa ricostruzione. Tale legge intervento ha operato in una duplice direzione: da un lato, ha cercato di ridisegnare la fisionomia dell'articolo, al fine di una sua razionalizzazione, anche per conformarlo alle pronunce della Corte costituzionale; dall'altro, ha introdotto una serie di reati ulteriori, inseriti tra i reati di prima fascia cui applicare il più rigido regime penitenziario: la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

di violenza sessuale[31]. In sede di conversione di tale decreto, inoltre, è stato introdotto il nuovo comma 1-*quater*, il quale prevede un diverso percorso per gli autori di quei reati immediatamente lesivi della libertà sessuale[32], introducendo l'osservazione scientifica della personalità[33].

Anche a seguito di ulteriori interventi[34], il catalogo si è ampliato fino al punto di modificare la struttura e la funzione stessa della disciplina. Nell'art. 4-*bis*, infatti, oramai le «fattispecie di reato di norma a carattere individuale e comunque non immediatamente collegate al crimine organizzato»[35] sono la maggioranza, tanto che la collaborazione, sulla quale – come abbiamo visto – l'intero impianto normativo era stato fondato dal d.l n. 306 del 1992, ha con il tempo perso la sua centralità. La disciplina in esame, ori-

[31] Pochi giorni prima dell'adozione del decreto legge, il 14 febbraio del 2011, infatti, destò l'attenzione dell'opinione pubblica un episodio di violenza sessuale ai danni di una ragazza minorenne, conosciuto come lo stupro della Caffarella, ultimo di una serie di eventi che scosse particolarmente l'opinione pubblica (qui si ricordano lo stupro e l'omicidio di Giovanna Reggiani, avvenuto alla stazione di Tor di Quinto a Roma, il 30 ottobre del 2007, e la violenza sessuale a Guidonia del 22 gennaio del 2008).

[32] Così C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 86. E questi reati sono la violenza sessuale semplice, salvo che sia stata applicata la circostanza attenuante (art. 609-*bis* c.p.) e aggravata (art. 609-*ter* c.p.), gli atti sessuali con i minorenni (609-*quater* c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (609-*octies*).

[33] È stato, infatti, statuito che gli autori di uno dei reati contemplati dalla norma possono accedere ai benefici penitenziari «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge», indipendentemente dal requisito della collaborazione. La l. n. 172 del 2012 ha successivamente aggiunto all'art. 4-*bis* il comma 1-*quinquies* che ha previsto per questi condannati la partecipazione ad un programma di riabilitazione scientifica di tipo psicologico con finalità di recupero ai sensi dell'art. 13-*bis* ord. penit. (introdotto dalla stessa legge), che deve essere valutata positivamente dal magistrato di sorveglianza. Per una critica di tali modifiche F. Giunchedi, *Esecuzione e modalità di espiazione*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 13 e Della Casa, voce *"Misure alternative alla detenzione"*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 2010, 827. Come fanno notare C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 86, questo nuovo e specifico percorso di fruizione dei benefici penitenziari si basa sul presupposto che «la condotta deviante affondi le proprie radici in un disagio psicologico e personologico, sicché l'elisione della pericolosità di cui sono portatori non potrebbe che passare attraverso un'idonea strategia trattamentale».

[34] Per uno specifico richiamo a questi ultimi sia consentito rinviare a L. Pace, *L'art. 4*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, cit., § 3.

[35] C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 59.

ginariamente pensata per fronteggiare la criminalità organizzata, ha assunto la prevalente funzione di creare «percorsi esecutivi di maggior rigore»[36], per tutta quelle serie di reati che, di volta in volta, ingenerano allarme sociale.

La Corte costituzionale, dal suo canto, anche successivamente all'espansione appena descritta, ha cercato di mitigare la portata dell'articolo in esame.

Fra gli interventi più recenti del giudice delle leggi merita di essere ricordata la sentenza n. 239 del 2014, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* e della detenzione domiciliare di cui dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge penitenziaria. Questo istituto, infatti, permette alla madre, se sussistono determinate condizioni, di espiare parte della pena nella sua abitazione. L'esclusione operata dall'articolo 4-*bis* è stata dichiarata incostituzionale in quanto comprimeva irragionevolmente il diritto del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre.

Sulla stessa linea si pone la sentenza n. 76 del 2017, la quale, seppur indirettamente, ha inciso sull'ambito di applicazione dell'art. 4-*bis*. La decisione, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. nella parte in cui escludeva che le madri condannate per un reato ostativo ricompreso nell'art. 4-*bis* potessero accedere alla detenzione domiciliare speciale.

La norma, infatti, impediva al minore di instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata, che pure rientra nelle finalità della detenzione domiciliare speciale[37].

[36] *Ibidem*.

[37] Sulle sentenze 239/2014 e 76/2017, in riferimento alla detenzione domiciliare speciale come misura volta al mantenimento del rapporto genitoriale, si veda S. Talini, *L'affettività ristretta*, in questo *Volume*.

3.4. I reati c.d. di prima fascia e l'insostenibilità costituzionale della loro disciplina

L'art. 4-*bis*, come emerso da quanto abbiamo scritto, si fonda su una serie di ipotesi presuntive ed è strutturato su una precisa scansione dei gradi di pericolosità dei reati, al cui apice è prevista «una presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»[38], per i delitti afferenti alla criminalità organizzata[39].

Per quanto riguarda i commi 1 e 1-*bis*, il sistema derogatorio in essi previsto si basa sull'assunto che la commissione dei reati di criminalità organizzata, essenzialmente quelli di stampo mafioso, porti con sé la presunzione di persistenza dei legami con l'organizzazione criminale, dalla quale deriva l'ulteriore presunzione di pericolosità specifica dei suoi autori.

Il sistema delineato dai primi due commi dell'articolo in esame non regge, però, da un punto di vista logico: quanto più, infatti, il legame con la criminalità organizzata è supportato da una inconfutabile evidenza empirica, tanto più sarà semplice per la magistratura individuare quei casi in cui i legami siano ancora esistenti e negare la concessione dei benefici e delle misure alternative.

In realtà questa illogicità nasconde una precisa scelta: lo scopo – del resto mai sottaciuto – è stato proprio quello di forzare il sistema premiale per perseguire un fine diverso dalla risocializzazione del condannato, ossia la collaborazione come strumento di lotta alla criminalità organizzata[40]. Negare alla magistratura di sorveglianza il potere di effettuare il controllo concreto sulla perico-

[38] B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 130.

[39] Sul contrasto tra le presunzioni di pericolosità e la Costituzione si vedano almeno: A. Pace, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost*., 1966, 191 ss.; G. Vassalli, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, ivi, 1967, 467 ss. e F. Falzone, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, ivi, 1972, 1205 ss.

[40] Al prezzo, come mette in luce F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. Grevi (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, cit., 117, di trasformare l'apparato carcerario in un «ingranaggio attivo dell'azione investigativa».

losità sociale dei detenuti era, infatti, l'unico modo per perseguire tale finalità.

Sulla scorta di tale consapevolezza non si può non concludere per l'incostituzionalità di tale sistema e specificamente per la sua assoluta incompatibilità con l'articolo 27, III co., Cost.[41]. Il sistema dei reati ostativi, infatti, non solo dà alla pena una funzione che non le appartiene, quella di strumento di lotta alla criminalità organizzata, ma, limitando così fortemente l'accesso ai benefici e alle misure alternative, nemmeno permette a quest'ultima, quando è irrogata a determinate categorie di autori, di assolvere alla funzione sua propria: tendere alla risocializzazione del condannato.

La funzione generalpreventiva, cui la presunzione di pericolosità dà attuazione, prevale su quella rieducativa, impedendo, tra l'altro, al magistrato di compiere un bilanciamento che permetta, a seconda delle circostanze del caso concreto, di dare la prevalenza all'una o all'altra funzione della pena[42].

Del resto, il sistema ordinario, che subordina la concessione delle misure di risocializzazione al controllo sull'attualità della pericolosità del condannato, consente che le diverse "anime" della pena risultino in equilibrio fra loro. Questo tipo di valutazione, infatti, non preclude in modo aprioristico la possibilità di accedere alle misure alternative e permette, allo stesso tempo, la tutela della sicurezza pubblica, poiché impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative in tutti quei casi nei quali, a causa dell'attualità della pericolosità del detenuto, si determinerebbero dei rischi per la collettività.

[41] Sull'art. 27, III co., Cost., la letteratura è sconfinata, ma si vedano, almeno, G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca, A Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 221 ss., M. D'Amico, *Sub art. 27*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, I, 565 ss.; G. Neppi Modona, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, 325 ss.; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 38 ss.

[42] Solo in questo modo si dà seguito all'insegnamento della stessa Corte costituzionale in base al quale la funzione generalpreventiva anche se in determinate circostanze può risultare prevalente su quella special-preventiva e rieducativa, non può spingersi fino al punto di annullare le possibilità di risocializzazione del condannato. Così Corte Cost. sent. n. 306 del 1993; sul punto si veda anche Corte cost. sent. n. 78 del 2007.

3.5. I reati di seconda fascia e la compressione dell'ideale rieducativo

Prima di affrontare l'analisi della compatibilità costituzionale dei reati di seconda fascia occorre chiarire che della disciplina dell'art. 4-*bis* se ne potrebbe benissimo fare a meno, in quanto un controllo sulla pericolosità sociale è già previsto per la concessione dei benefici e delle misure alternative.

La parte relativa ai reati di seconda fascia (comma 1-*ter*) duplica, pertanto, meccanismi che sono già presenti nell'ordinamento penitenziario, al prezzo, però, di una pericolosa compressione dell'ideale rieducativo.

Il sistema dei reati di seconda fascia ha, infatti, una forte connotazione retributiva, come è evidente se si guarda ad alcune disposizioni che disciplinano le misure rieducative, le quali espressamente rimandano all'art. 4-*bis* ed impongono agli autori di questi reati un maggior tempo di espiazione della pena in carcere. Il riferimento è alla disciplina del lavoro all'esterno[43], del permesso premio[44] e della semilibertà[45].

In forza di queste disposizioni non ci sembra azzardato sostenere che il senso della norma (e la previsione stessa dei reati di seconda fascia) non risieda tanto nella previsione di un meccanismo ostativo, ma nel carattere di maggior afflittività dato alla pena.

Se, infatti, vi è stata una condanna per uno dei reati da essa

[43] L'art. 21 ord. penit. al primo comma statuisce, infatti, che se «si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e *1-quater* dell'articolo 4-*bis*, l'assegnazione al lavoro all'esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni».

[44] L'art. 30-*ter* ord. penit. al comma 4 lett. c) stabilisce che la concessione dei permessi è ammessa «nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni», mentre per i condannati alla reclusione superiore a tre anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena.

[45] L' art. 50 ord. penit. al secondo comma statuisce che se per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, «*il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione* di almeno due terzi della *pena*» (corsivo nostro), mentre gli altri condannati possono essere ammessi dopo l'espiazione di almeno la metà della pena.

previsti, e sono assenti i legami con la criminalità organizzata (perché non vi sono mai stati o perché sono stati rescissi) il meccanismo ostativo non costituisce un serio impedimento all'accesso alle misure rieducative. In queste ipotesi, però, il condannato dovrà espiare comunque un *quantum* di pena in carcere superiore rispetto ai condannati comuni, a prescindere dal grado di risocializzazione ottenuto. In ciò risiede la compressione del principio rieducativo e l'incostituzionalità del sistema dei reati ostativi di seconda fascia: nello spostamento in avanti del momento di accesso alle misure rieducative.

Per questi soggetti, in definitiva, la pena avrà un *quantum* di afflittività maggiore, in forza di una presunzione di *difficile recuperabilità sociale* e ciò sicuramente non è compatibile con la posizione che occupa l'ideale rieducativo sancito dall'art. 27, III co., Cost., nel nostro sistema costituzionale[46].

4. *L'art. 41*-bis*, comma 2 ord. penit.: la gestione e la prevenzione delle situazioni di allarme sociale fuori dal carcere*

4.1. La nascita

L'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., è stato introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 1992 n. 356.

Nella sua prima formulazione[47], il Ministro della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno, aveva il potere di so-

[46] La centralità dell'ideale rieducativo è ora inequivocabilmente affermata con la legge di revisione cost. n. 1 del 2007, la quale, modificando il terzo comma dell'art. 27, «ha abolito – incondizionatamente – la pena di morte». Tale modifica, infatti, ha sancito, in modo definitivo, che per il nostro ordinamento costituzionale nessun soggetto è irrecuperabile (Cfr. D. CHINNICI, I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 3 ss.).

[47] Questo il testo originario dell'art. 41-*bis*, secondo comma: «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis*, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza».

spendere, in tutto o in parte e per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, le regole di trattamento e gli istituti dell'ordinamento penitenziario nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* primo comma.

Il regime detentivo speciale così introdotto si configurava come una misura di carattere eccezionale: doveva far fronte alla grave situazione che si era determinata a seguito alla guerra che Cosa Nostra aveva scatenato contro le istituzioni dello Stato. La sua efficacia era, infatti, limitata ad un periodo di tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione[48].

Requisito della temporaneità che è stato, però, disatteso: dapprima, la sua efficacia è stata prorogata, con una serie di interventi legislativi, fino al 31 dicembre del 2002[49], successivamente, con la legge n. 279 del 2002, si è definitivamente superata la sua natura di norma eccezionale e si è stabilizzato il regime carcerario differenziato[50].

Nella sua prima formulazione, la norma presentava diversi profili di criticità costituzionale che investivano: i presupposti applicativi[51], la durata[52] e il contenuto della misura[53].

[48] Così disponeva, infatti, l'art. 29 del d.l. n. 306 del 1992.

[49] Queste proroghe sono state stabilite con: legge n. 36 del 1995, legge n. 446 del 1999 e decreto legge n. 341 del 2001, convertito in legge n. 4 del 2001.

[50] Riguardo a tale modifica è stato sostenuto, non senza una certa ironia, che il Legislatore ha riconosciuto che «un'emergenza che dura da dieci anni non [possa] definirsi tale» (L. CESARIS, Sub *Art. 41*-bis, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., 457).

[51] La norma si limitava a selezionare i detenuti sulla base del solo titolo di reato, in quanto essa era indirizzata a tutti i detenuti per uno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis*, I co. Ciò era in contrasto con la Costituzione non solo per quanto rilevato in merito allo stesso art. 4-*bis*, ossia una preoccupante tendenza della normativa penitenziaria a colpire l'autore più che la condotta criminosa, ma anche perché conferiva all'amministrazione un'ampia discrezionalità, determinata dalla totale assenza di specificazione degli elementi legittimanti la sua applicazione. La misura, infatti, poteva applicarsi in presenza dell'unico e altrettanto indeterminato presupposto dei «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica».

[52] La disciplina non prevedeva un termine massimo di applicazione, pertanto, la misura, sebbene fosse fissato il termine di un anno nei singoli decreti, poteva, nei fatti, essere illimitatamente prorogabile.

[53] La norma, limitandosi a stabilire il potere di sospendere le regole del trattamento e degli istituti penitenziari, attribuiva al Ministro della giustizia una discrezionalità

Tutte le segnalate carenze erano riconducibili, da un lato, ad un difetto di legalità della misura derogatoria: la legge non dettava una disciplina puntuale, lasciando all'amministrazione il potere di determinare concretamente la misura; dall'altro, all'assenza di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale contro i provvedimenti amministrativi che applicavano e prorogavano tale regime.

Lo iato fra modello costituzionale e art. 41-*bis*, II co., nella sua prima formulazione, era tale e talmente evidente, anche e soprattutto nell'applicazione concreta che di essa fu fatta ad opera dell'amministrazione, che sulla misura è stato scritto: «il regime detentivo speciale [ha] affiancato alla sua funzione propria, di strumento finalizzato a prevenire i contatti con i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza, una funzione impropria di repressione», anzi, i fatti che hanno contrassegnato le sue prime applicazioni «lasciano quasi pensare ad una "ritorsione dello Stato", il quale, "attaccato brutalmente" aveva in quel momento la necessità di dimostrare la sua forza»[54].

Su tali criticità è intervenuta la Corte costituzionale, ma prima di analizzare le singole pronunce del giudice delle leggi è opportuno fare due precisazioni.

Occorre mettere in evidenza, infatti, che: da un lato, la Corte non ha avuto il coraggio di "colpire frontalmente" la disposizione in esame, intervenendo solo con sentenze interpretative di rigetto, alle quali deve, comunque sia, riconoscersi il merito di aver reso maggiormente conforme a Costituzione la disciplina[55]; dall'altro (e in maniera del tutto conseguente) la permanenza nell'ordinamento del meccanismo derogatorio così predisposto ha permesso al Legislatore, il quale pure in un primo momento si era dimostrato sensibile alle indicazioni delle giurisprudenza costituzionale e ave-

pressoché assoluta di individuare i contenuti afflittivi che avrebbero caratterizzato la concreta applicazione della misura.

[54] A. Della Bella, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 111-112.

[55] Anche se in dottrina non è mancato chi ha sottolineato la portata pratica non dirompente, se non assai ridotta delle decisioni; sul punto cfr. P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 94.

va ridimensionato gli elementi di maggiore afflittività della misura, di inasprire il rigore del regime detentivo speciale.

4.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e la legge n. 279 del 2002

La Corte costituzionale è intervenuta fin da subito con la sentenza n. 349 del 1993, con la quale, pur salvando dall'incostituzionalità la disposizione di cui si tratta, ha opportunamente chiarito l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina.

Nella decisione si legge che le restrizioni alle quali faceva generico riferimento l'art. 41-*bis* sono solo quelle attinenti il regime della detenzione in senso stretto e non anche quelle che impongono un sacrificio della libertà personale. Le limitazioni, in base ad essa applicabili, non potevano incidere sulla quantità e qualità della pena già determinata dalla sentenza penale di condanna.

Ciò – sempre secondo la Consulta – stava a significare che il Ministro della Giustizia non ha il potere di incidere anche sulle misure alternative alla detenzione, sull'assegnazione al lavoro esterno o sui permessi e le licenze, poiché i provvedimenti che incidono su tali istituti devono essere sempre adottati nel rispetto dei principi della riserva di legge e di giurisdizione.

Nella stessa decisione la Corte ha anche modo di chiarire che i provvedimenti dell'amministrazione, incidenti anche sulla qualità e quantità della pena, potevano essere sindacati dal giudice ordinario[56].

Quest'ultimo punto è stato ribadito e chiarito[57] nella sentenza n. 410 del 1993, nella quale la Corte costituzionale chiaramente afferma che «in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-*bis* deve riconoscersi a

[56] Il quale, così continua la Corte, «in caso di reclamo, eserciterà su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l'Ordinamento penitenziario gli attribuisce in via generale sull'operato dell'Amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l'esecuzione delle pene».

[57] Si era fatta strada, infatti, l'idea, sempre respinta dagli stessi Tribunali amministrativi regionali, che il giudice competente potesse essere il giudice amministrativo.

quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* dell'ordinamento penitenziario», ossia la magistratura di sorveglianza.

L'opera di conformazione del regime speciale ai principi costituzionali è proseguita nelle successive pronunce del giudice costituzionale.

Nella sentenza n. 351 del 1996 il giudice delle leggi chiarisce anche che il sindacato giurisdizionale, affinché possa consentire una piena tutela dei diritti dei detenuti, «debba estendersi non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo».

In questa decisione, infatti, la Corte afferma che le misure in concreto disposte devono essere necessariamente congrue «rispetto ai fini per i quali la legge consente all'amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario» e su tale congruità la magistratura di sorveglianza può compiere la propria valutazione.

Principio della congruità ancor meglio specificato nella successiva sentenza n. 376 del 1997, della quale merita di essere riportato per intero un passo, per la chiarezza delle parole utilizzate dalla Corte: «non vi è dunque una categoria di detenuti, individuati *a priori* in base al titolo di reato, sottoposti ad un regime differenziato: ma solo singoli detenuti, condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e sotto il controllo dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività, e che per questa ragione sottopone – sempre motivatamente e col controllo giurisdizionale – a quelle sole restrizioni che siano concretamente idonee a prevenire tale pericolo».

Anche grazie a questo incessante lavoro della Corte costituzionale, l'art. 41-*bis* è stato profondamente riformulato all'inizio del nuovo millennio.

Nel 2002, il Legislatore con la legge n. 279, da un lato, ha superato la natura eccezionale della norma, dall'altro, ha apportato

importanti modifiche all'articolo in esame, anche al fine di conformarsi alle pronunce della giurisprudenza costituzionale in materia[58].

Non essendo possibile analizzare in modo approfondito le varie e meritorie modifiche introdotte con tale legge, qui ci limitiamo a ricordare[59]: l'adozione di un elenco, contenente le singole restrizioni applicabili[60], l'introduzione per legge del limite temporale del provvedimento[61] e la reclamabilità del provvedimento applicativo[62].

4.3. La legge n. 94 del 2009 e il generale inasprimento del regime detentivo speciale

Nel 2009, il Legislatore è ritornato nuovamente a modificare l'art. 41-*bis* ampliandone l'ambito di operatività[63] e inasprendo il

[58] Secondo L. Cesaris, Sub *Art. 41*-bis, cit., 456, però, questa operazione era stata solo apparente.

[59] Le altre modifiche introdotte erano le seguenti: a) si è stabilito, in linea con la giurisprudenza costituzionale, che per applicare il regime detentivo speciale devono sussistere elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva; b) le relative restrizioni devono essere necessarie a soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza e impedire i collegamenti con l'associazione di provenienza; c) si è previsto, al fine di limitare il potere discrezionale del Ministro, il coinvolgimento di altri soggetti o organi (il PM, la Direzionale nazionale antimafia, gli organi di polizia) per l'adozione della misura; d) è stata prevista – e questo è un aspetto molto rilevante – anche la possibilità di revoca anticipata del provvedimento ad opera del Ministro della giustizia.

[60] Contenuto nel comma 2-*quater*. Qui si deve segnalare, però, che tale comma, aprendosi con la locuzione «può comportare le seguenti restrizioni», pur riconoscendo all'amministrazione un certo margine di discrezionalità nella scelta delle restrizioni, non imponeva l'adozione di tutte le restrizioni in esso elencate.

[61] Si era previsto, infatti, che questo non potesse essere inferiore ad un anno e non superiore a due; parimenti vennero stabilite anche le modalità per la proroga, la quale poteva essere disposta per periodi successivi ciascuno pari ad un anno, purché non risultasse che la capacità di mantenere i contatti con l'associazione di provenienza fosse venuta meno.

[62] Reclamo azionabile entro dieci giorni dalla comunicazione, presso il Tribunale di sorveglianza che aveva giurisdizione sull'istituto.

[63] L'ampliamento del novero dei destinatari è avvenuto sia in via diretta sia in via indiretta. Sotto il primo profilo, il regime detentivo speciale viene esteso anche «a coloro che abbiano commesso un delitto avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare

regime[64]. La riforma ha avuto fra i suoi obiettivi anche quello di «azzerare le interpretazioni giurisprudenziali più garantiste»[65] in merito all'applicazione della norma in esame.

Con riguardo a tale ultimo profilo il Legislatore ha previsto, infatti, che nell'ipotesi di un cumulo di pene per diversi reati, tra cui vi sia un delitto ricompreso nell'art. 4-*bis* è possibile continuare ad applicare il regime detentivo anche se la pena per quest'ultimo delitto sia stata espiata.

In tal modo si è superato un indirizzo di segno opposto dei Tribunali di sorveglianza[66], in base al quale si affermava la scindibilità del cumulo per la fruizione dei benefici.

Evidentemente la scelta operata dal Legislatore è in contrasto, da un lato, con la stessa logica dell'art. 41-*bis*, perché non fonda l'applicazione della misura sulla valutazione di pericolosità, ma sul delitto commesso; dall'altro, con il finalismo rieducativo che dovrebbe imporre, quantomeno, una valutazione in concreto della pericolosità del soggetto per continuare a sottoporlo al regime detentivo speciale una volta che abbia espiato la pena, peraltro per il reato rilevatore di una particolare pericolosità sociale.

Come già ricordato, diversi sono stati gli interventi volti ad inasprire il rigore del regime detentivo speciale: è stata aumentata la durata del provvedimento e della proroga[67]; è stata abrogata la

l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

Sotto il secondo profilo, invece, l'ampliamento in via indiretta avviene mediante il rinvio al primo comma dell'art. 4-*bis*, il quale, proprio ad opera della stessa legge, include delitti diversi dalla sola associazione mafiosa. Sul punto L. Cesaris, Sub *Art. 41*-bis, cit., 458 s.

[64] Come espressamente dichiarato dalla stessa Relazione delle Commissioni permanenti, l'intento era quello di «rendere ancora più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza». *Relazione delle Commissioni permanenti 1° e 2° riunite*, in Senato della Repubblica. Disegni di legge e relazioni, XVI legislatura, A.S. n. 733-A, 6.

[65] L. Cesaris, *op. cit.*, 457.

[66] I quali si rifacevano al principio espresso dalla Cass. Sez. Un. 30 giugno 1999, n. 14, Ronga, con il quale il giudice di legittimità aveva affermato la possibilità di sciogliere il cumulo per la concessione dei benefici in ordine ai reati che non ne impediscono la concessione e sempre qualora il condannato avesse espiato la pena per il reato ostativo.

[67] La durata della proroga è stata aumentata, non più un anno, bensì due e, inol-

norma che prevedeva la possibilità di revocare prima del termine il provvedimento; infine, è stata esclusa la possibilità di scegliere le misure concretamente applicabili, dovendosi simultaneamente applicare tutte le limitazioni previste dall'articolo in esame.

Quest'ultimo aspetto verrà affrontato nel prossimo paragrafo, ora vorremmo proporre una rapida considerazione sull'aumento della durata del provvedimento.

Il legislatore ha stabilito che il provvedimento ha durata di quattro anni, escludendo la possibilità di modulare la durata in considerazione delle esigenze del singolo caso concreto.

In questo modo, però, la norma è in evidente contrasto con il finalismo rieducativo il quale, viceversa, impone, affinché la pena non assuma un carattere meramente afflittivo, un'attenzione al caso concreto e agli eventuali progressi trattamentali[68].

A chiusura di questo sintetico resoconto sulle maggiori novità introdotte dalla riforma del 2009, è necessario ricordare che il Legislatore ha attribuito la competenza in materia di reclamo al Tribunale di sorveglianza di Roma, al fine espresso di «evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali» di sorveglianza.[69] Tale scelta comporta una deroga «radicale al criterio del *locus custodiae*» che non può ritenersi ragionevole perché, da un lato, priva «l'organo giudiziario di informazioni individualizzate importanti, le quali sono, invece, conosciute dai magistrati di sorveglianza

tre, il Legislatore ha previsto che questa possa essere disposta quando la "capacità di mantenere collegamenti" non sia venuta meno. Non deve provarsi quindi la fine dei collegamenti ma, il più complesso elemento della fine della capacità di tenere collegamenti con l'organizzazione criminale. Valutazione, peraltro, che è condotta dal Ministro della Giustizia sulla base di una serie di elementi eterogenei. In un ottica di generale inasprimento, è stato anche stabilito che il mero decorso del tempo non costituisce elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere collegamenti.

[68] La modifica, poi, suscita ancora maggiori perplessità se si pensa alla ragione per la quale è stata introdotta: far fronte al problema della irragionevole durata del procedimento per reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza, tale per cui il provvedimento giurisdizionale spesso arrivava dopo la completa espiazione della pena nel regime detentivo speciale. Per superare tale forma di ineffettività il Legislatore ha pensato bene di incidere sul tempo di espiazione (e quindi aggravando il contenuto del regime detentivo speciale) piuttosto che colpire le inefficienze della tutela giurisdizionale.

[69] Così Dossier del Servizio Studi del Senato, disegno di legge Disegno di legge A.S. n. 733-b, 205.

sul territorio» e, dall'altro, ha determinato un aggravio del carico di lavoro del Tribunale di sorveglianza di Roma con il conseguente allungamento dei tempi della decisione e la generale riduzione del «livello di effettività della tutela dei detenuti»[70].

4.4. L'esclusione della discrezionalità delle misure concretamente applicabili

La legge del 2009 ha mantenuto l'impostazione della legge n. 279 del 2002, prevedendo un elenco di singole restrizioni, al fine di eliminare la discrezionalità dell'amministrazione sulla scelta del contenuto delle singole misure.

Sul punto, però, tale legge ha introdotto un'importante innovazione rispetto alla precedente disciplina: è stato previsto, infatti, che la sospensione dell'ordinario regime di detenzione comporta l'applicazione di tutte le limitazioni espressamente contenute nell'elenco, non potendo l'amministrazione, diversamente da quanto previsto dalla legge n. 279 del 2002, scegliere le singole misure applicabili.

Ciò, a prima vista, può sembrare una modifica da salutare con favore, in quanto esclude la discrezionalità dell'amministrazione e si mostra maggiormente conforme al principio di legalità che deve valere in materia di tutela della libertà personale.

Ad un esame più attento, però, si è dovuto constatare che l'eliminazione di ogni discrezionalità sulla scelta delle misure e, di conseguenza, la simultanea ed automatica applicabilità di tutte le limitazioni previste dalla disciplina, da un lato, si pone in contrasto con la *ratio* dello stesso istituto, per il quale devono adottarsi solo le misure tese a salvaguardare le esigenze di ordine e sicurezza, con un'evidente contraddittorietà (intrinseca) fra la l'enunciazione dei fini e la disciplina delle restrizioni concretamente applicabili; dall'altro, contrasta anche con il finalismo rieducativo, perché non consente di adottare quelle limitazioni che rispondono alle concrete esigenze trattamentali[71].

[70] Così A. Della Bella, *op. cit.*, 289-291, della quale sono entrambe le frasi riportate fra virgolette.

[71] Su quest'ultimo profilo cfr. L. Cesaris, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, in Biblioteca delle Scienza online, Università degli Studi di Pavia,

4.5. Le singole limitazioni

In queste pagine non potranno essere analizzate tutte le specifiche limitazioni alle normali regole detentive previste dal comma 2-*quater*; ci limiteremo, pertanto, ad analizzare solo quelle che destano maggiori perplessità sul piano costituzionale e che sono state oggetto di sindacato di costituzionalità.

In via preliminare, occorre rilevare che l'elenco nel comma in esame si apre con una norma dai contenuti vaghi ed indeterminati che permette all'amministrazione di adottare misure diverse da quelle espressamente previste («misure di elevata sicurezza») quando queste ultime non si dimostrino idonee a recidere i contatti fra soggetto in regime speciale con la propria o altre associazioni criminali[72].

Se, da un lato, ciò è giustificabile perché consente una certa discrezionalità all'amministrazione nell'adottare ulteriori misure qualora quelle espressamente e rigidamente previste dovessero risultare inadeguate, dall'altro, il carattere indeterminato della formulazione rappresenta una sorta di delega in bianco all'amministrazione che rischia di aggirare le garanzie offerte dalla tipizzazione delle varie misure fatta propria dalla norma.

http://biblioteche.unipv.it/, 16. All'indomani di tale modifica si è sostenuto che questa incidesse anche sul potere di accertamento della magistratura di sorveglianza, la quale, in contrasto con quanto chiarito a più riprese dalla Corte costituzionale, non avrebbe più potuto svolgere il proprio controllo sulla congruenza del provvedimento adottato, ma sulla sola sussistenza delle condizioni legittimanti il provvedimento (L. Cesaris, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, cit., 16). In realtà questa interpretazione è stata smentita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 266 del 2009, mediante «un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, basata sulla constatazione della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. pen.», in forza della quale «la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto […] non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto».

[72] Specificamente la norma prevede che l'amministrazione possa adottare misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire: 1) contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, 2) contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, 3) interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate.

Le singole limitazioni contenute nel comma 2-*quater* possono essere suddivise in due gruppi: quelle che incidono sui rapporti del detenuto con il mondo esterno (lett. b, c, e)[73] e quelle che incidono sui rapporti fra questi e il resto della popolazione detenuta (lett. d, f).

Il primo gruppo di disposizioni è evidentemente inteso ad evitare che il detenuto, mediante i colloqui con i familiari o il difensore e la ricezione di beni o di corrispondenza, possa continuare a mantenere i rapporti con l'associazione criminale di provenienza e, se questi ricopriva posizioni di vertice, continuare a dirigere l'attività dell'associazione.

Sebbene tali norme diano risposta ad un effettivo problema verificatosi nella pratica (diversi sono stati i casi in cui i detenuti in regime di 41-*bis* sono arrivati addirittura a ordinare omicidi all'interno delle mura del carcere), il regime particolarmente afflittivo da esse previsto pone non pochi problemi di costituzionalità.

Rispetto ai colloqui con i familiari, la norma impone delle restrizione sia nel numero sia nelle forme in cui possono svolgersi; è previsto, infatti, che possa esserci solo un colloquio personale al mese[74] e questo deve avvenire con vetro divisorio a tutta altezza, controllo visivo, video registrazione e (previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria) controllo auditivo.

La disciplina sommariamente descritta appare ingiustamente restrittiva, soprattutto per ciò che attiene al numero dei colloqui[75], poiché si ostacola «in modo molto significativo il diritto del detenuto alle relazioni familiari ed affettive»[76].

Essa, inoltre, comprime l'interesse del detenuto al manteni-

[73] La lett. b disciplina il numero e le modalità dei colloqui con i familiari (in casi eccezionali con differenti soggetti) e i difensori; la lett. c prevede la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; la lett. e, infine, prevede «la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia».

[74] E alternativamente un colloquio telefonico al mese.

[75] Si ricordi che ai detenuti comuni sono permessi 6 colloqui al mese e un colloquio telefonico a settimana

[76] A. Della Bella, *op. cit.*, 236. Sul diritto all'affettività si veda S. Talini, *L'affettività ristretta*, in questo Volume.

mento delle relazioni familiari, il quale, nella complessiva logica dell'ordinamento penitenziario, riveste un ruolo fondamentale «nell'orientare l'esecuzione della pena detentiva all'obiettivo della risocializzazione»[77].

Il rigore di alcune specifiche ipotesi della disciplina sui colloqui è stato attenuato sia dall'amministrazione penitenziaria, riguardo alle modalità di colloquio con i figli minori[78], sia dalla Corte costituzionale, la quale è intervenuta sulla disciplina dei colloqui con i difensori.

La norma in questione, infatti, se, da un lato, prevedeva che non potessero applicarsi ai colloqui con i difensori le limitazioni proprie dei colloqui con i familiari (vetro divisorio, videoregistrazione e controllo audiovisivo), dall'altro – ed era questo profilo a suscitare dubbi di costituzionalità – stabiliva il limite di tre colloqui a settimana della stessa durata dei colloqui con i familiari (un'ora per i colloqui visivi e dieci minuti per quelli telefonici).

Tale limitazione, frutto di una certa sfiducia verso la classe forense[79], è stata dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost.[80]. La Corte ha chiarito, infatti, che il diritto di difesa, pur potendo subire delle limitazioni, non può essere reso ineffettivo.

[77] *Ibidem*.

[78] Alcune Circolari ministeriali (circ. DAP n. 0140006 del 18 aprile 2013 e n. 0183805 del 23 maggio 2013, in realtà introdotte per rendere omogenee le prassi invalse in vari istituti penitenziari) hanno stabilito la possibilità di effettuare il colloquio con il figlio o il minore *infra*-dodicenne senza vetro divisorio, in ambienti muniti di impianto di video registrazione e con esclusione del sonoro, con la precisazione che il colloquio senza vetro divisorio può durare solo un sesto dell'intero colloquio e non può svolgersi in presenza di altri familiari. Il divieto di compresenza dei familiari, inizialmente ritenuto legittimo dalla stessa Corte di cassazione (sent. 25 marzo 2015, n. 32463) è stato revocato da una successiva circolare dell'amministrazione penitenziaria . Per un'analisi, in alcuni casi anche critica, di tali circolari si vedano: G. Mostropascqua, *I colloqui con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato* ex *art. 41*-bis *legge 26 luglio 1975*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2014, I, 238 ss.; F. Picozzi, *I colloqui dei detenuti "41*-bis*" con i figli minori di anni dodici. La (non inderogabile) presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, 159 ss.; e, da ultimo, si veda A. Della Bella, *op. cit.*, 239 ss.

[79] Sotto la vigenza del precedente regime, si erano registrati casi, infatti, nei quali gli avvocati avevano fatto da tramite fra detenuti e le organizzazioni criminali.

[80] Corte cost. sent. n. 143 del 2013, sulla quale si veda il commento di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, in *Giur. cost.*, 2013, 2176 ss.

Anche perché – ricorda ancora il giudice di costituzionalità – la limitazione così introdotta è anche inidonea a contrastare il temuto passaggio di direttive ed informazioni dal carcere all'esterno: tre ore settimanali sono poche per le esigenze difensive, ma non per dare informazioni da portare all'esterno.

Qui merita un cenno anche la limitazione della corrispondenza disposta dalla lettera e) del comma 2-*quater*. Questa limitazione, nella formulazione originariamente introdotta dal Legislatore nel 2002, non aveva un'adeguata base legale, in quanto non disciplinava i motivi, le modalità e la durata delle limitazioni. Ciò era costato all'Italia numerose condanne da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 8 CEDU[81]. Proprio per rimediare a tale situazione di contrasto con il diritto convenzionale, il legislatore è intervenuto con la legge n. 95 del 2004, la quale, introducendo l'art. 18-*ter* ord. penit., è andata ad integrare la previsione dell'art. 41-*bis* che disciplinava la sottoposizione al visto di censura.

Rinviando ad altre parti del volume per gli opportuni approfondimenti sul punto[82], qui occorre mettere in evidenza che nelle limitazioni in esame è stato fatto rientrare anche la ricezione e l'invio di periodici, riviste e libri[83].

A tal fine, infatti, diverse circolari del DAP[84], individuando la base legale nelle lett. a e c comma 2-*quater*, obbligavano il detenuto ad acquistare tali beni solo mediante l'amministrazione penitenziaria, essendo in ogni caso escluso che questi potessero essere ricevuti dai familiari.

Queste limitazioni, avversate da una parte della magistratura di sorveglianza, la quale riteneva che esse avrebbero dovuto es-

[81] In generale sull'apporto della giurisprudenza della Corte EDU in materia di 41-*bis* si veda A. Della Bella, *op. cit.*, 309 ss.

[82] I. Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*; A. Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali,* entrambi in questo Volume.

[83] L'amministrazione penitenziaria è arrivata a tale determinazione a causa di alcuni episodi nei quali i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale erano riusciti a scambiare informazioni (in alcuni casi ad impartire dei veri e propri ordini) con le organizzazioni di provenienza.

[84] La prima è la circolare DAP 16 novembre 2011, n. 8845.

sere disposte con atto della stessa autorità giudiziaria e non con un provvedimento amministrativo, sono, invece, state ritenute legittime dalla Corte di cassazione. Quest'ultima, infatti, ritenendo che non potesse farsi rientrare l'invio e la ricezione della stampa e dei libri nel concetto di corrispondenza, ha escluso che, per esse, potesse invocarsi la riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 15 Cost.

Proprio sulla legittimità costituzionale di una tale interpretazione, vero e proprio diritto vivente, è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, la quale è intervenuta sulla questione, dichiarandola infondata, con la sentenza n. 122 del 2017.

Il giudice rimettente riteneva tali determinazione, e l'orientamento della Cassazione che le reputava legittime, in contrasto con differenti parametri costituzionali[85], fra i quali il diritto alla corrispondenza, o meglio la riserva di giurisdizione disposta dall'art. 15 Cost. per la limitazione di questa.

La Corte costituzionale, riguardo alla violazione dell'art. 15 e alla corrispondente violazione della riserva di giurisdizione da esso prevista, ha sostanzialmente avallato l'orientamento della Cassazione.

Il giudice delle leggi, infatti, ha affermato che i libri e le riviste, sebbene possano costituire, e costituiscano, una forma di comunicazione, non possono, per ciò solo, ritenersi tutelate dalle garanzie disposte dall'art. 15 Cost. Se si accedesse a tale tesi – continua la Corte – bisognerebbe ritenere che qualsiasi forma di comunicazione, anche reale (ossia mediante scambio di beni) possa rientrare nell'alveo delle garanzie costituzionali invocate. In base a ciò occorrerebbe riconoscere al detenuto la possibilità di scambiare con l'esterno "qualsiasi tipo di oggetto" e senza alcuna limitazione, finché non vi sia un intervento limitativo dell'autorità giudiziaria.

Tale soluzione – così ancora il giudice delle leggi – sarebbe, però, in contrasto con la particolare condizione in cui versa qualsiasi persona detenuta, in forza della quale, per esigenze organizzative e logistiche, prima ancora che di ordine e sicurezza, «necessa-

[85] Oltre all'art. 15 Cost., il quale sarà oggetto di riflessione nel testo, il giudice rimettente aveva invocato la violazione degli artt. 21, 33, 34 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 CEDU.

riamente» si deve escludere «una illimitata libertà del detenuto di ricevere e scambiare oggetti».

Le argomentazioni della Corte costituzionale possono considerarsi, in una certa misura, persuasive; nonostante ciò, la decisione ci lascia perplessi perché ha sostanzialmente aggirato il problema di fondo non solo della singola norma sottoposta al vaglio di costituzionalità, ma dell'intera struttura dell'art. 41-*bis*: la marginalizzazione dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

5. *Libertà personale, riserva di giurisdizione e art. 41*-bis

Prima di affrontare il tema del rapporto fra riserva di giurisdizione e art. 41-*bis* occorre premettere che il pur meritorio tentativo di rendere il sistema conforme al principio di legalità e ridurre (di conseguenza) la discrezionalità dell'amministrazione in fase di applicazione delle singole misure, perseguito mediante la tipizzazione delle limitazioni applicabili, non è idoneo a rendere il complesso normativo conforme a Costituzione.

Nel sistema delle garanzie delineato dall'art. 13 Cost., i provvedimenti limitativi della libertà personale devono, infatti, sempre essere disposti con atto motivato dell'autorità giudiziaria, potendo l'amministrazione solo darvi esecuzione. E questo principio dovrebbe trovare applicazione anche per il regime detentivo speciale.

Non vale obiettare, infatti, che la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria contro i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41-*bis* è sempre riconosciuta, perché non è sufficiente che una qualche garanzia giurisdizionale sia prevista, ma è condizione necessaria che il provvedimento applicativo del regime speciale sia contenuto in un atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Del resto, lo stesso Legislatore era consapevole che il regime non fosse compatibile con il sistema delle garanzie costituzionali. Come abbiamo visto, infatti, l'art. 41-*bis* è stato introdotto quale norma eccezionale (e pertanto temporalmente limitata) tesa a far fronte alla grave situazione di emergenza generata dalle diverse azioni della criminalità organizzata di stampo mafioso. La situazione emergenziale giustificava, da un lato, la deroga all'ordinario

regime detentivo e, dall'altro, la competenza riconosciuta al Ministro della Giustizia di disporre tale regime.

Che questa scelta fosse criticabile già allora non può essere dimostrato compiutamente in queste pagine, basti pertanto ricordare che affinché sia garantito lo stato di diritto la lotta ai fenomeni eversivi (siano essi di matrice terroristica o mafiosa) non va condotta al di fuori delle garanzie costituzionale, ma nel rispetto di esse[86].

Anche a voler prescindere da tale ultima considerazione e ritenere che il particolare momento storico legittimasse la deroga alle garanzie costituzionali, le ragioni della sua esistenza sono venute meno, però, quando nel 2002 è stata superata la sua natura eccezionale e la norma è definitivamente divenuta uno "strumento ordinario" di "gestione straordinaria" di determinate tipologie di detenuti.

Non è solo l'argomento della fine della natura eccezionale della norma, però, a deporre per l'insostenibilità costituzionale di tale regime nella parte in cui non affida all'autorità giudiziaria la decisione sulla sua applicabilità.

La necessarietà della decisione giurisdizionale sull'applicazione del regime (e di converso l'incostituzionalità della sua esclusione) dipende anche dal fatto che la norma, pur presentandosi come una particolare modalità esecutiva della pena inflitta nella sentenza di condanna, in realtà si configura come un autonomo modo di restrizione della libertà personale[87].

A nostro parere, infatti, il regime detentivo speciale può essere fatto rientrare nelle «altre forme di restrizione della libertà personale» considerate dall'art. 13 Cost.

Tutte le limitazioni previste dall'art. 41-*bis* non possono essere considerate semplici modalità esecutive della pena, poiché incidono direttamente sulla condizione del detenuto e comportano una degradazione giuridica del suo *status*[88].

[86] Sul punto per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici, si veda M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 74 ss. e spec. 79-82.

[87] In tal senso cfr. A. Pennisi, *op. cit.*, 64.

[88] A. Pennisi, *op. cit.*, 64.

Sul punto è utile spendere alcune, seppur sintetiche, considerazioni.

La figura della degradazione giuridica è stata adottata dalla giurisprudenza costituzionale per applicare le garanzie previste per le forme di restrizione della libertà personale ad alcune misure di prevenzione ed è stata utilizzata dalla dottrina per cercare di delineare una nozione comune di libertà personale.

Fra quanti si sono adoperati in questo sforzo, si è sostenuto, rifacendosi alle argomentazioni della Corte[89], che la degradazione giuridica deve leggersi quale situazione che va ad incidere sulla personalità morale dell'individuo e, in ultima analisi, sulla sua dignità. Su tali basi si riteneva che un provvedimento dovesse considerarsi contro la libertà personale «non in considerazione della qualità e gravosità dei limiti che impone, bensì […] in base alla possibilità che, attraverso la limitazione della libera disponibilità della propria persona, si venga ad incidere sulla personalità morale e sulla dignità sociale del singolo»[90].

Tale tesi ha però prestato il fianco ad una facile (e condivisibile) obiezione: basandosi sul concetto di dignità sociale si legittima la «gravissima conclusione che misure incidenti sulla libertà fisica ma non ritenute socialmente degradanti» potrebbero venir sottratte ai «meccanismi di tutela»[91].

Tale critica è particolarmente rilevante per questo scritto, perché – al di fuori delle intenzioni del suo Autore – offre una spiegazione particolarmente convincente sull'impermeabilità a qualsiasi tentativo di superamento dell'art. 41-*bis*: il giudizio di riprovazione sociale rivolto verso i soggetti ad esso sottoposti, prima ancora che ragioni – obiettive – di sicurezza pubblica, rendono difficile qualsiasi serio tentativo di superamento di questo regime, perché esso non è considerato quale misura socialmente degradante per i soggetti che ne sono sottoposti.

[89] Al concetto di degradazione giuridica la Corte ricorre per la prima volta nella sentenza n. 11 del 1956 e viene ribadito nella sentenza n. 30 del 1962.

[90] A. Barbera, *I Principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 119. Tesi questa espressa anche da C. Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost*., 1960, 689 ss.

[91] A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 179.

Secondo la tesi da ultimo esposta, pertanto, rientrano nel campo di applicazione dell'art. 13 Cost. soltanto quelle misure che incidono direttamente sulla libertà personale, la quale deve intendersi come tutte quelle facoltà materialmente consentite dalle proprie possibilità fisiche[92].

I limiti di tale approccio restrittivo al concetto di libertà personale emergono proprio nell'ambito penitenziario e in particolar modo nel regime speciale. Se il diritto coperto dalle garanzie costituzionali è solo quello riferibile alle proprie possibilità fisiche, tali garanzie come possono operare quando tali possibilità risultano già ristrette?

In buona sostanza, se la prima tesi, sulla degradazione sociale dell'individuo, allarga troppo l'ambito di operatività delle garanzie costituzionali e, del pari, rischia di giustificare limitazioni della libertà personale verso soggetti che, per senso comune, di quella dignità sociale non dovrebbero godere, la seconda tesi rischia di risultare poco utile in determinati contesti di preesistente restrizione della libertà personale.

Detto in altri termini, la seconda ricostruzione rischia di fungere da comodo cappello teorico per inquadrare le ulteriori restrizioni cui i detenuti sono sottoposti quali semplici modalità esecutive e non "altre forme" di restrizione della libertà personale.

Al netto di tali considerazioni, il vero problema delle due ricostruzioni è quello di essersi mosse nella linea di demarcazione fra misure coercitive vere e proprie e misure di prevenzione ovvero, detto in altri termini, se alle seconde potessero applicarsi le garanzie procedurali, ossia la riserva di giurisdizione, previste per le prime.

La condizione detentiva evidentemente si pone al di fuori di questo quadro teorico e pertanto necessita di un'ulteriore riflessione.

La soluzione al problema che si sta affrontando (ossia la necessità che il regime speciale sia disposto con atto dell'autorità giudiziaria) potrebbe essere quella di leggere l'art. 13, I co., in combinato con gli artt. 2 e 3 Cost., intendendo così il concetto

[92] Così ancora A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, cit., 180.

di inviolabilità non limitato alla sola libertà fisica ma alla libertà psicofisica[93].

Se ad essere inviolabile non è la sola libertà fisica, ma la stessa libertà psicofisica, le garanzie previste dall'art. 13 Cost. (riserva di legge e riserva di giurisdizione) devono applicarsi anche quando ad essere incisa sia quest'ultima.

Non crediamo siano indispensabili complesse argomentazioni per dimostrare che le misure previste dalla norma in commento vadano ad incidere proprio sulla libertà psicofisica del detenuto, come altro possono considerarsi, altrimenti, le restrizioni che incidono sui legami familiari, sulla segretezza della corrispondenza, sulla libertà di ricevere libri, sui momenti di socialità interni al carcere?

Conferma di quanto si va scrivendo si può trovare nella stessa giurisprudenza costituzionale, la quale ha affermato che «chi si trova in uno stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[94].

Parimenti la Corte costituzionale ha aggiunto che «l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni […] o che comunque comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»[95].

[93] F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11 ss. Tale ricostruzione, legando il concetto di dignità a quello di libertà, conclude che i nuovi diritti possono trovare una garanzia costituzionale se riconducibili ad uno dei diritti espressamente enumerati in Costituzione. In base ad essa ai detenuti dovrebbero essere riconosciuti tutti quei diritti costituzionali che non sono incompatibili con lo stato di detenzione. È già ricorso alla tesi di Modugno con riferimento ai diritti del detenuto M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 2014, 47 ss. e spec. 51 ss.

[94] Corte cost. sentenza n. 349 del 1993. Che poi tali affermazioni siano state espresse proprio quando la Corte è stata chiamata a conoscere della legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* e non abbiano portato ad un suo superamento nel senso indicato nel testo è elemento che, forse, dimostra il poco coraggio (comprensibile ma non giustificabile) della giurisprudenza costituzionale nel colpire norme direttamente coinvolte nel contrasto della criminalità organizzata.

[95] Così ancora Corte cost. sentenza n. 349 del 1993.

Se la restrizione della libertà personale (pena detentiva) deve essere sempre disposta con un atto motivato dell'autorità giudiziaria, in un sistema in cui la libertà è già limitata, ma deve sempre sussisterne un residuo, tutte quelle volte che si va ad incidere su questo residuo, ossia si attua una degradazione giuridica dello *status* detentivo, questa può essere disposta soltanto mediante un intervento dell'autorità giudiziaria.

Su tali basi si può concludere che il regime *ex* art. 41-*bis* per essere disposto necessiti di un intervento giurisdizionale originario, nel senso che non è sufficiente che un tale intervento vi sia ed abbia ad oggetto la misura già adottata, ma è lo stesso regime detentivo speciale a dover essere disposto con un atto motivato dell'autorità giudiziaria e, del pari, anche le eventuali e ulteriori limitazioni applicabili allo stesso dovrebbero sempre fondarsi su un (ulteriore) provvedimento giurisdizionale.

6. *Dagli Stati generali alla legge di delega n. 103 del 2017*

Gli articoli 4-*bis* e 41-*bis* sono stati oggetto di attenta riflessione durante i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale e di essi si sono occupati, rispettivamente, il Tavolo 16 (*Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*) e il Tavolo 2 (*Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza*).

Per quanto riguarda l'art. 4-*bis*, nella prospettiva del superamento degli ostacoli normativi alla piena attuazione del trattamento rieducativo individualizzato, il Tavolo 16 ha proposto di «riorientare costituzionalmente l'attuale regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione»[96].

In tale ottica, però, non si è suggerito un superamento della logica premialistica e di attenzione ai profili preventivi e di sicurezza, ma si è ritenuto che le istanze di natura investigativa e i profili di natura preventiva, incorporati nella norma in commento, po-

[96] Relazione finale del Tavolo 16, 4.

tessero essere giustificati solo per i reati associativi di particolare gravità.

La proposta non è andata ad incidere, infatti, sul meccanismo della collaborazione per tali tipi di reati, ma ha cercato solo un recupero di coerenza costituzionale, affiancando ai casi di collaborazione proficua con la giustizia e a quelli di collaborazione impossibile o irrilevante una ulteriore ipotesi: la mancata collaborazione comunque motivata, caratterizzata da concrete condotte riparative.

Chi scrive ritiene che, sebbene la previsione della mancata collaborazione motivata e caratterizzata da concrete condotte riparative sia un indubbio passo in avanti verso la conformità a Costituzione del regime dei reati ostativi, forse la proposta avrebbe potuto essere più coraggiosa.

Si sarebbe potuto configurare, infatti, un superamento completo della logica premiale e prevedere come ipotesi per l'accesso alle misure risocializzanti la sola prova della mancanza di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Opportunamente, invece, il Tavolo 16 ha proposto l'abrogazione del comma 1-*ter*, ossia dei reati c.d. di seconda fascia, e la scelta è da apprezzare per quanto si è cercato di esporre nelle pagine precedenti[97].

Anche il Tavolo 2, il quale si è invece occupato di art. 41-*bis*, non ha proposto uno stravolgimento della disciplina, ma un'opera di bonifica costituzionale, suggerendo una modifica degli aspetti maggiormente critici introdotti dalla riforma del 2009.

A tal fine si è proposto: il ripristino della competenza dei Tribunali di sorveglianza che hanno giurisdizione sull'istituto di pena e, pertanto, il superamento della competenza in materia del solo Tribunale di sorveglianza di Roma; lo scioglimento del cumulo per la fruizione dei benefici; la diminuzione della durata del provvedimento e il riconoscimento di un margine di discrezionalità tra il

[97] Del pari condivisibile appare la scelta di mantenere il regime dell'osservazione scientifica della personalità per gli autori di reati sessuali previsti dai commi 1-*quater* e per gli autori di reati sessuali a danno di minori disciplinato dal comma1-*quinquies*, il quale prevede la valutazione compiuta dal magistrato di sorveglianza al programma di riabilitazione specifica.

minimo ed il massimo; l'eliminazione delle misure non necessarie previste dal comma 1-*quater* e un'attenuazione delle altre.

In questa prospettiva si è consigliato un aumento del numero di ore d'aria all'aperto e del numero dei colloqui con i familiari e una mitigazione del regime dei colloquio con i figli minori.

Al fine di sconfessare le circolari DAP sulle limitazione previste per la ricezione dei libri, il Tavolo ha, inoltre, precisato la necessità del controllo giurisdizionale su ogni limitazione in ordine alla corrispondenza, alla stampa e anche alla ricezione di libri dall'esterno.

Nell'ottica di dare maggiore coerenza alla norma si è, infine, suggerito di eliminare l'attuale lettera a (la quale – come abbiamo visto – consente all'amministrazione di adottare limitazioni ulteriori non espressamente tipizzate nello stesso comma), in quanto la formula troppo generica non predetermina i limiti e le condizioni di esercizio del potere.

Se il giudizio sulle proposte di modifiche presentate dal Tavolo 2 non può che essere positivo, si deve, tuttavia, constatare che forse si sarebbe potuto avere più coraggio e proporre anche una piena giurisdizionalizzazione del 41-*bis*, II co.

Una soluzione in tal senso è stata auspicata dal Tavolo 16, i cui esperti, pur consapevoli che il tema spettasse alla competenza di un altro gruppo di lavoro, hanno affermato che la competenza del Ministro della giustizia sull'applicazione del regime detentivo speciale «pare […] non in linea con l'idea di matrice costituzionale che le limitazioni alle facoltà soggettive – soprattutto se incidenti su diritti fondamentali costituzionalmente presidiati – possano essere disposte soltanto su ordine dell'autorità giudiziaria, con le garanzie processuali stabilite dalla legge»[98].

In questa prospettiva si è auspicata «una riforma della disciplina contenuta nell'art. 41-*bis*, ord. penit.» al fine di «affidare al solo giudice il potere di applicazione del regime ivi previsto, su richiesta della Procura della Repubblica, nel contraddittorio delle parti»[99].

La carica ideale espressa dagli Stati generali è stata tradita dalla legge di delega n. 103 del 2017.

[98] Relazione finale del Tavolo 16, 26.

[99] *Ibidem*.

Innanzitutto perché si è escluso espressamente che vi possa essere un intervento sulla disciplina dell'art. 41-*bis*, prevedendosi che le modifiche all'ordinamento penitenziario individuate dalla delega non possano riguardare il regime detentivo speciale.

Per quanto riguarda la disciplina *ex* 4-*bis*, la disposizione della delega ad esso riferibile è il comma 85, lettera e).

Dalla previsione contenuta nella prima parte della lettera e) si può configurare un suo possibile superamento, quando si afferma che «l'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano […] per gli autori di determinate categorie di reati l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato».

La prospettiva di un concreto superamento o almeno di un forte ridimensionamento della disciplina in esame è, tuttavia, smentita o, comunque sia, molto depotenziata poco dopo, nella stessa disposizione.

Nell'ultima parte della lettera e) si legge, infatti, che quanto previsto non si applica ai casi di particolare gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e di terrorismo anche internazionale.

È evidente come tale ultima previsione non salva solo (ed espressamente) il regime preclusivo previsto per reati di prima fascia, ma non vincola neppure il Governo, in sede di adozione dei decreti legislativi delegati, ad abrogare, o, comunque sia, fortemente ridimensionare, le ipotesi contenute nel comma 1-*ter*, i c.d. reati di seconda fascia.

L'art. 4-*bis* è, infatti, norma direttamente protesa a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di detenuti, pertanto, tutte le varie tipologie di reati in esso contenute possono considerarsi ipotesi di pericolosità specificamente individuate.

In conclusione, di questa rapida analisi dei contenuti della legge di delega sugli artt. 4-*bis* e 41-*bis*, si ha l'impressione che l'intervento del Legislatore rappresenti un'occasione mancata per operare quella bonifica costituzionale e quell'operazione di recupero di coerenza costituzionale auspicato durante gli Stati generali dell'esecuzione penale.

Silvia Talini

Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?

SOMMARIO: 1. Diritti dei ristretti e giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale. Riflessioni introduttive – 2. La natura giurisdizionale del procedimento instaurato dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza – 3. Vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza e obbligo di ottemperanza: il c.d. conflitto di attribuzioni "Rai Sport – Rai Storia" – 4. La sentenza Torreggiani e altri c. Italia della Corte EDU: sulla necessità di rimedi effettivi a garanzia dei diritti dei ristretti- 5. Il seguito agli *ultimata* di Strasburgo – 6. La tutela dei diritti delle persone private della libertà oggi: tra effettività ed ineffettività. Valutazioni conclusive e considerazioni *pro futuro.*

1. *Diritti dei ristretti e giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale. Riflessioni introduttive*

«È principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento nell'art. 27, comma terzo, Cost. […] ed è, allora, alla luce di questo precetto che […] va considerato il trattamento del condannato»[1]. Con questa solenne affermazione i giudici costituzionali, all'indomani della riforma penitenziaria del '75, diedero avvio a un lungo percorso giurisprudenziale teso alla valorizzazione dei diritti inviolabili dei ristretti, un *prius* intangibile anche in riferimento alle scelte politico-normative compiute dai pubblici poteri nella fase esecutiva delle sanzioni.

A questo proposito è noto come la legge n. 354 del 1975[2], nel

[1] Corte cost. sent. n. 114/1979.

[2] L. n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", il cui Regolamento di esecuzione è contenuto nel DPR n. 230 del 2000.

tentativo di dare attuazione ai principi costituzionali di umanità e finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 Cost. [3], abbia rappresentato un innegabile traguardo nel riconoscimento della dignità innata delle persone recluse, attraverso la previsione di un corpo organico e sistematico di norme che ne ha codificato diritti e prerogative.

Si tratta di disposizioni che, in forza del loro contenuto precettivo, non solo fissano limiti invalicabili ai poteri degli organi statali operanti in sede penitenziaria, ma impongono loro una serie di canoni di comportamento più o meno incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione delle persone private della libertà personale. In tal senso l'art. 4 dell'Ordinamento Penitenziario stabilisce che: "i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale". Si tratta di un'affermazione profondamente incisiva, che travolge la precedente visione del detenuto come mero (s)oggetto passivo dell'esecuzione, restituendogli un ruolo attivo nell'esercizio e nella difesa dei propri diritti[4].

[3] L'art. 27, co. 3, Cost. rappresenta il fulcro delle previsioni costituzionali poste a tutela dei diritti della persona nel corso dell'esecuzione penale: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Sulla funzione della pena, M. Ruotolo, *Dignità e Carcere*, Napoli, 2014, 35 ss. e, dello stesso Autore, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 1 ss.

La Corte costituzionale si è più volte confrontata con i principi di umanità e rieducazione secondo un andamento giurisprudenziale non sempre lineare, si vedano *ex plurimis,* le sentt. nn. 12/1966, 22/1971, 264/1974, 282/1989, 313/1990 e 129/2008.

[4] Durante il regime fascista vennero approvate numerose riforme del sistema penale, culminate nell'introduzione del Codice Rocco (1930), del Regolamento Carcerario (1931), del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (1931) e dell'Ordinamento giudiziario Grandi (1941). Tali interventi delinearono un apparato sanzionatorio fortemente autoritario e repressivo: la detenzione era l'unica risposta penale agli illeciti, il detenuto perdeva la qualifica di "persona" divenendo un mero destinatario di regole tecnico-organizzative dell'istituto penitenziario. Attraverso l'uso della tortura e la reintroduzione della pena di morte si diffuse una cultura giuridica che svuotò l'individuo di ogni valore intrinseco, rendendolo plasmabile e disponibile alla volontà dei gruppi che detenevano il potere.

Per un approfondimento sul sistema sanzionatorio vigente durante il regime fascista si rinvia a due opere di G. Neppi Modona: *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1973, vol. V e *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Politica del Diritto*, 1974, 183 ss. Per un'analisi sull'evoluzione della detenzione: E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1982.

Non sembra azzardato, dunque, cogliere nella riforma del 1975 i profili di una "carta dei diritti dei detenuti"[5], autentico *vademecum* connotato dall'ambizione di introdurre un innovativo "codice dei diritti"[6] attraverso la previsione di situazioni giuridiche soggettive inviolabili da parte del legislatore ed entro cui delimitare le azioni dell'Amministrazione penitenziaria.

Tale metamorfosi costituzionalmente orientata sarebbe tuttavia risultata priva di ogni significato – restando mera formulazione astratta – se al riconoscimento della titolarità dei diritti non fosse corrisposto un analitico quadro di strumenti e garanzie volto ad assicurarne l'effettività; dovere che ha condotto il legislatore del '75 a istituire la Magistratura di sorveglianza in ossequio ai principi costituzionali di libertà-dignità della persona (art. 2 e 3 Cost.)[7], del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.). Se nel sistema *ante* riforma il potere di vigilare sulla corretta esecuzione delle sanzioni veniva ricondotto a un'attività meramente amministrativa, indifferente al sistema normativo, la legge n. 354 capovolge tale impostazione prevedendo un doppio livello di giurisdizione – Magistrato di sorveglianza, Tribunale di Sorveglianza[8] – preposto alla garanzia dei diritti delle persone private della libertà.

[5] L'espressione è contenuta in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo,* Padova, 2006, 6.

[6] In questo senso N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 55.

[7] F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107.

[8] In estrema sintesi la Magistratura di sorveglianza, oltre alle questioni relative ai diritti dei detenuti, è organo preposto alla concessione, gestione e revoca delle misure alternative alla detenzione e dei benefici previsti dalla normativa penitenziaria. Il Tribunale di sorveglianza, organo collegiale composto da magistrati ordinari ed esperti non togati costituito con competenza territoriale estesa al distretto di Corte d'Appello, giudica in un collegio di quattro membri con decisioni impugnabili attraverso ricorso per Cassazione. Il Magistrato di Sorveglianza è organo monocratico la cui maggioranza delle decisioni è impugnabile o reclamabile davanti al Tribunale di Sorveglianza.

Per un approfondimento su funzioni e competenze della Magistratura di sorveglianza si rinvia a B. Ferraro, C. De Stefanis, *Procedimenti e Provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza*, Padova, 1995. Per un'analisi critica A. Margara, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare, in Il carcere dopo le riforme*, in *Atti del convegno di Magistratura Democratica. La realtà del carcere a due anni dalla riforma*, Milano, 1978.

Il formale riconoscimento ad opera della riforma non risolve, tuttavia, la questione relativa all'effettiva esplicazione dei principi costituzionali: in materia di tutela dei diritti delle persone ristrette è stata spesso manifestata la tendenza a ridurre la portata innovatrice della riforma, ora sotto il profilo amministrativo, ora sul piano legislativo. A fronte di tale propensione si deve alla giurisprudenza, costituzionale e sovranazionale, una centrale funzione integratrice e suppletiva, sia in riferimento all'operato delle autorità penitenziarie, sia in relazione al comportamento delle forze parlamentari troppo spesso inerti di fronte alle denunciate lacune del sistema di garanzie che minacciano l'effettività dei diritti: fino al punto, come si dirà, di ignorare gli stessi inviti a legiferare espressi dalla Corte costituzionale in numerose pronunce.

Adottando tale prospettiva può guardarsi ai diritti delle persone private della libertà come "diritti ad effettività emersa", cioè a statuizioni soggettive che hanno necessitato di un lungo *iter* giurisprudenziale per giungere al riconoscimento di una concreta giustiziabilità e, al contempo, per vedere riconosciuta la vincolatività in concreto delle decisioni adottate dalla Magistratura di sorveglianza nei confronti dell'amministrazione chiamata ad applicarle. Si coglie, allora, la centralità di un'analisi volta a ripercorrere le centrali tappe evolutive di tale percorso, soprattutto al fine di comprendere se i recenti interventi normativi in materia possano configurarsi, o meno, come un'adeguata risposta alla garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" nel corso dell'esecuzione penale.

2. *La natura giurisdizionale del procedimento instaurato dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza*

La giurisprudenza costituzionale si è mossa, *in primis*, assicurando che la tutela dei ristretti fosse garantita attraverso un procedimento avente natura giurisdizionale.

Sotto il profilo normativo, ordinamento penitenziario e codice di rito, prevedono diverse procedure attivabili nel corso dell'esecuzione penale. L'art. 35 o.p. ("Reclamo generico"), contempla un procedimento *de plano*, senza formalità, che consente al detenuto

di rivolgere, anche in forma orale, istanze o reclami a un eterogeneo elenco di soggetti tra cui il Magistrato di sorveglianza (punto 5)[9]; l'art. 14-*ter* o.p., ancora, disciplina il procedimento giurisdizionale per reclamo avverso il provvedimento che dispone la sorveglianza particolare: si svolge in camera di consiglio con la sola partecipazione del difensore e del Pubblico ministero e si conclude con un'ordinanza entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo[10].

A tali procedure il codice di rito affianca il procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.) in cui i principi costituzionali del giusto processo e del diritto di difesa trovano massima espressione: l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore, del Pubblico ministero e l'interessato, che ne fa richiesta, è sentito personalmente; il giudice decide con ordinanza comunicata o notificata senza ritardo alle parti ricorribile in Cassazione; la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, a meno che il giudice non disponga diversamente[11].

In ordine alla richiamata pluralità di procedure, una questione particolarmente annosa – oggi in parte risolta dall'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p. – riguarda la possibilità di decidere con un procedimento *de plano* sui reclami "generici", *ex* art. 35 o.p. rivolti

[9] A norma dell'art. 35 o.p.: "I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro per la grazia e la giustizia, al magistrato di sorveglianza, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto, al presidente della Giunta regionale e al Capo dello Stato".

[10] Sulla procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p., L. Cesaris, *Art. 14-ter della legge del 26 luglio 1975 n. 354, "Reclamo"*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *op. cit.*, 191 ss.

[11] L'art. 678 c.p.p., rinviando al procedimento di esecuzione stabilito dall'art. 666 c.p.p. dispone che: "il tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza e il magistrato di sorveglianza nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito, ai ricoveri previsti dall'art. 148 del codice penale, alle misure di sicurezza, alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata e alla dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato o di tendenza a delinquere, procedono, a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato e del difensore o di ufficio, a norma dell'art. 666", a meno che non vi sia motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona e in tal caso si procede a norma dell'art. 667 c.p.p.

Per un approfondimento sul procedimento di sorveglianza si rinvia a G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale,* Torino, 2011, 825 ss. e L. Marafioti, *Il procedimento per reclamo,* in *Manuale della Esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011.

al Magistrato di sorveglianza, qualora riguardino atti dell'Amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti dei detenuti. I profili di maggiore criticità sono emersi soprattutto in relazione al contenuto del reclamo: avendo ad oggetto un diritto della persona ristretta, difficilmente il rimedio *de plano* avrebbe potuto configurarsi come costituzionalmente legittimo se non sorretto da adeguate forme di tutela giurisdizionale.

In tal senso si è pronunciata la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 26 del 1999. Nel caso di specie, il Magistrato di sorveglianza di Padova, chiamato a decidere sui reclami proposti da due detenuti ai sensi dell'art. 35 o.p., ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 6, o.p.[12], nella parte in cui non prevedeva che la procedura descritta dall'art. 14-*ter* o.p. potesse applicarsi anche al reclamo generico avente ad oggetto la presunta lesione di diritti costituzionalmente garantiti, per contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e il diritto alla difesa (art. 24 Cost.). Più dettagliatamente, ad avviso del rimettente, la mancata previsione di un modello effettivo di natura giurisdizionale nelle ipotesi anzidette risultava irragionevole e discriminatorio, ponendosi in aperto contrasto con i richiamati parametri costituzionali.

L'11 febbraio del 1999 la Corte costituzionale dichiara la questione fondata, rilevando l'illegittimità degli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi di diritti dei detenuti. La motivazione trova il suo fondamento nelle considerazioni espresse in apertura dell'indagine: «*al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale […], l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113*

[12] A norma dell'art. 69, comma 6, o.p. il magistrato di sorveglianza "decide con ordinanza impugnabile solo per Cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p., sui reclami dei detenuti e internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti: l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali". Decide inoltre sulle "condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa".

della Costituzione e caratterizzanti lo stato democratico di diritto: un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per Cassazione».

La tutela delineata dall'art. 35 o.p. è, dunque, priva dei requisiti minimi della giurisdizionalità risolvendosi in un strumento che – ancorché rivolto al Magistrato di sorveglianza – non si distingue da un'ordinaria doglianza informale[13].

Dichiarata in questi termiti l'incostituzionalità, il Giudice delle Leggi ritiene tuttavia di non poter adottare una decisione "additiva", in grado cioè di estendere il rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 14-*ter* o.p. secondo la logica delle "rime obbligate"[14], a causa della varietà di modelli processuali a tutela dei diritti dei detenuti.

In altri termini, una scelta in ordine alla procedura giurisdizionale da applicare nelle ipotesi anzidette si sarebbe tradotta, secondo la Corte, in un'indebita lesione della discrezionalità politica in merito all'individuazione dei mezzi processuali idonei a porre rimedio alla censurata carenza. Non restava, dunque, che dichiarare l'incostituzionalità dell'omissione chiamando contestualmente il

[13] Nel dettaglio la Corte rileva come nel procedimento in esame la decisione del magistrato sia stata assunta al di fuori di ogni formalità processuale e contraddittorio; l'accoglimento del reclamo si risolve in una semplice segnalazione o sollecitazione all'Amministrazione penitenziaria, priva di forza cogente e, peraltro, non reclamabile dinnanzi al Tribunale di sorveglianza o alla Cassazione.

Sui profili maggiormente critici del contraddittorio in materia di sorveglianza, si vedano P. Corso, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 14 ss.; F. Caprioli, *in Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 12 ss.; S. Lorusso, *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 115 ss.

[14] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, 402 ss. Come noto secondo tale principio ciò che la Corte aggiunge non è da essa stessa creato: si tratta di un frammento già presente nell'ordinamento legislativo e/o costituzionale. La Corte, dunque, si limita a tradurre in regola espressa quel che è, allo stato latente, già previsto; l'addizione viene «trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale o, addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata».

legislatore «*all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione*»[15].

È evidente, tuttavia, come l'adozione di una sentenza non manipolativa abbia condotto a una situazione di profonda incertezza in ordine al procedimento da seguire in riferimento ai reclami generici; scelta difficilmente condivisibile in termini di tempestiva garanzia dei diritti dei ristretti. La Corte, prendendo le mosse dalla positiva previsione di un celere procedimento di natura giurisdizionale – contenuto nell'art. 14-*ter* o.p. –, avrebbe verosimilmente goduto di un margine costituzionalmente adeguato per una scelta ben più coraggiosa: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, comma 6, o.p. nella parte in cui non prevedeva che la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p. si applicasse anche nel caso di reclamo generico del detenuto avente ad oggetto la lesione immediata e diretta dei propri diritti[16]. Ciò anche a fronte di una prevedibile inerzia delle forze parlamentari, notoriamente poco inclini ad agire celermente per rimuovere le situazioni di accertata incostituzionalità rilevate dai moniti della Corte in materia di esecuzione penale.

In effetti, nelle more dell'intervento parlamentare la questione è stata parzialmente risolta – in linea con il *dictum* della Consulta – dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: la sentenza n. 25079 del 26 febbraio 2003, ha ritenuto applicabile il rito di cui all'art. 14-*ter* o.p in quanto: «*il ricorso all'art. 666 c.p.p. […] appare un modello esorbitante la necessaria semplificazione della procedura, da attuarsi attraverso il pronto intervento del magistrato di sorveglianza così da omettere, almeno in parte, gli indugi della seriazione generale*

[15] La Corte sottolinea la necessità del rispetto della discrezionalità del legislatore nella scelta dei mezzi processuali in numerosissime sentenze. Si veda, per tutte, la n. 295 del 1995: «*è da riconoscere al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degl'istituti processuali, col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati*».

[16] In questo senso M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 66. Lo stesso Autore, in opera diversa, rileva come ci si debba riferire alla lesione di tutti i diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione ad esso preposta, non essendo possibile distinguere, per ciò che riguarda la garanzia della tutela giurisdizionale, tra diritti aventi e non aventi fondamento costituzionale (Così M. Ruotolo, *La tutela dei diritti dei detenuti tra incostituzionalità per omissione,* in *Giur. cost*., 1999, 203).

prevista dal codice di procedura penale»[17]. Non volendo ridurre la centralità della richiamata pronuncia, adottata nel chiaro intento di porre rimedio all'inerzia legislativa, è tuttavia evidente come per anni si sia protratto nell'ordinamento un problema attinente alla certezza del diritto: come noto le decisioni della Cassazione non assumono – ancorché dotate di indiscutibile autorevolezza – efficacia vincolante nei confronti degli altri organi giurisdizionali. Solo un celere intervento delle forze parlamentari avrebbe potuto colmare la lacuna creatasi con la sentenza n. 26 del 1999, intervento che – seguendo le indicazioni dei giudici costituzionali – avrebbe potuto garantire, con efficacia immediata, la tutela effettiva dei diritti dei ristretti attraverso l'applicazione di un procedimento avente natura giurisdizionale.

Nonostante la centralità della questione, la prima riforma in materia è intervenuta a distanza di quindici anni con l'introduzione degli artt. 35 *bis* e *ter* o.p. ad opera dei decreti legge nn. 146/2013 e 92/2014. Rinviando alle pagine che seguono per un'analisi critica circa le novità introdotte, è il caso di anticipare come si tratti di interventi ben lontani dal potersi configurare come una puntuale – seppur tardiva – presa di coscienza da parte delle forze politiche a fronte di quasi quindici anni di silenzio; il ricorso alla decretazione d'urgenza appare, piuttosto, una sbrigativa risposta agli *ultimata* rivolti all'Italia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella nota sentenza Torreggiani del 2013[18] di cui si dirà tra poco.

[17] Fortunatamente la giurisprudenza di legittimità risulta essersi adeguata a tale indirizzo ermeneutico (Cass., sent. n. 7791 del 2008 e n. 46269 del 2007), peraltro conforme ai principi espressi dalla Corte EDU (sent. 11 gennaio 2005, n. 33965/96). Sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 25079 del 2003 si vedano V. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. Penit. Crimin*., 2004, 2, 149 ss.; R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, 2004, 1362 ss.; C. VETRANO, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004, 792 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia, anche in relazione all'annosa questione sulla risarcibilità del danno derivante dal trattamento penitenziario G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità da danno penitenziario: un brusco dietro front*, in *Riv. di Dir. e Proc. Pen.*, Milano, 3, 2012, 1195 ss.

[18] Pronuncia dell'8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

3. *Vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza e obbligo di ottemperanza: il c.d. conflitto di attribuzioni "Rai Sport – Rai Storia"*

Necessario corollario dell'effettiva garanzia giurisdizionale dei diritti riconosciuti alle persone ristrette, è il carattere vincolante che deve sorreggere le decisioni della Magistratura di sorveglianza. In altri termini, a un riconoscimento della natura giurisdizionale dei provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza, non potrebbe non conseguire una fisiologica vincolatività delle sue decisioni nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, ivi compreso – naturalmente – il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (di seguito DAP)[19].

L'uso del condizionale ("potrebbe") si legittima per un'evidente discrasia tra il piano dell'essere e del dover essere. Lo conferma la sentenza n. 135 del 2013 del Giudice delle Leggi: risolvendo un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, la giurisprudenza costituzionale torna sull'annosa questione relativa all'effettività dei diritti dei detenuti e, in particolare, sulla necessaria vincolatività delle decisioni adottate dalla Magistratura di sorveglianza.

La pronuncia trae origine da un reclamo presentato ai sensi degli artt. 35 e 69 o.p. da parte di un detenuto recluso presso la Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, avverso un provvedimento del Direttore generale del Ministero della Giustizia che inibiva ai soggetti sottoposti al regime detentivo speciale[20],

[19] È stato più volte messo in luce come la Corte costituzionale si sia costantemente espressa nel senso di riconoscere natura giurisdizionale al procedimento che si svolge ai sensi dell'art. 14-*ter* o.p. Cfr. sentt. Corte cost. n. 26 del 2009, sent. n. 190 del 2010, ord. nn. 220 del 2010 e n. 56 del 2011.

[20] Non è questa la sede per un'analisi esaustiva della disciplina di cui all'art. 41-*bis* o.p. e dei connessi profili critici relativi alla sua compatibilità con il dettato costituzionale. In estrema sintesi può dirsi che l'applicazione di tale regime, cui possono essere sottoposti in base a un provvedimento del Ministro di Giustizia i detenuti per reati connessi alla criminalità organizzata, al terrorismo e all'eversione dell'ordine sociale, è volto ad impedire i collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza. A questo fine, l'art. 41-*bis* o.p. indica le limitazioni applicabili, tra cui il rafforzamento delle misure di sicurezza, le restrizioni nel numero e nella modalità di svolgimento dei colloqui, la limitazione della permanenza all'aperto e la censura della corrispondenza.

In relazione al regime detentivo speciale e alla compressione dei diritti dei detenu-

la visione dei canali tematici "Rai Sport", "Rai Storia" e "MTV". Il reclamante, in seguito al distacco del segnale televisivo, lamentava l'intervenuta lesione del proprio diritto all'informazione, costituzionalmente garantito dall'art. 21 ed espressamente tutelato dagli artt. 18 e 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario[21].

Il Magistrato di sorveglianza di Roma, ritenendo integrata la lesione, aveva disposto l'annullamento del provvedimento, ordinando l'immediato ripristino dello *status quo ante*[22]; ordine tuttavia non eseguito dall'Amministrazione penitenziaria che, a conferma della volontà di non ottemperare, aveva ottenuto dal Ministero della Giustizia un'espressa nota di "non esecuzione" del provvedimento giudiziale.

Il detenuto, di fronte alla negazione *de facto* di un diritto

ti ad esso sottoposti si rinvia a A. Della Bella, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016; A, Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in *Volti e maschere della pena – Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, 2013; P. corvi, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, 2010; S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Roma, 2007; M. Ruotolo, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003, 420 ss. In relazione alla legislazione antimafia di inizio anni '90 si veda anche T. Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. Grevi, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 160 ss. Per una prospettiva sovranazionale M. Palma, *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo di prevenzione della tortura*, in *Volti e maschere della pena*, cit., 177 ss.

La giurisprudenza costituzionale in materia è amplissima, si vedano in particolare: Corte cost. sentt. nn. 349/1993, 351/1996, 212/1997, 376/1997, 26/1999, 417/2004, 341/2006, 38/2009, 190/2010, 56/2011 e 143/2013, 122/2017. Su quest'ultima decisione, che ha riaperto il dibattito sulle limitazioni poste dal DAP ai diritti dei detenuti in regime detentivo speciale, si vedano L. Pace, *La libertà personale e il governo dell'insicurezza sociale: il caso degli articoli 4*-bis, *14*-bis, *14*-ter, *14*-quater, *41*-bis *o.p.* e A. Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali personali* in questo Volume.

[21] Sul diritto all'informazione e alla riservatezza si vedano I. Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza;* A. Turturro*, Il diritto alla riservatezza,* cit*.,* in questo Volume.

[22] Nello specifico, il giudice del reclamo aveva ritenuto insussistenti le ragioni atte a giustificare una limitazione del diritto all'informazione, essendo difficilmente ipotizzabile che le due emittenti Rai potessero veicolare messaggi dall'esterno (era peraltro rimasto attivo il segnale di altre sette reti nazionali). Lo stesso giudice aveva invece negato la riattivazione del segnale per l'emittente televisiva MTV in quanto «*effettivamente adusa alla riproduzione in video di messaggi inviati dal pubblico*».

espressamente riconosciutogli da un provvedimento giurisdizionale, interpella nuovamente il Magistrato di sorveglianza che solleva il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato davanti alla Corte costituzionale. Ciò che al Giudice delle Leggi viene chiesto è affermare, in via definitiva, la natura vincolante dei provvedimenti adottati dalla Magistratura di sorveglianza e, conseguentemente, di annullare il decreto ministeriale di non attuazione.

La Corte costituzionale, dichiara ammissibile il conflitto[23] e lo risolve con la sentenza n. 135 del 7 giugno 2013: in nessuna circostanza il Ministero della Giustizia, o altro organo del Governo, può disporre che non venga data esecuzione a una decisione del magistrato di sorveglianza assunta a norma degli articoli 14-*ter*, 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario.

Era stata peraltro prospettata una cessazione della materia del contendere che avrebbe impedito alla Corte di pronunciarsi sulla questione. In seguito alla proposizione del conflitto l'Amministrazione – quasi presagisse l'esito della decisione – aveva disposto la revoca dell'ordine che imponeva l'oscuramento dei canali tematici, consentendo al reclamante di ricevere il segnale da parte di tutte le emittenti. Tale revoca, tuttavia, non poteva ritenersi sufficiente a "rimediare" al provvedimento di diniego dell'Amministrazione e, conseguentemente, a far cessare la materia del contendere: la nota del DAP, invero, non agisce retroattivamente e non equivale in sé al riconoscimento da parte dell'Amministrazione dell'efficacia vincolante dei provvedimenti giudiziali adottati dal magistrato di sorveglianza, non risolvendo la questione che il conflitto imponeva di risolvere.

Ciò premesso, sottolinea la Corte, l'Amministrazione avrebbe potuto impugnare l'ordinanza mediante ricorso per Cassazione. Viceversa preferendo la via della non applicazione, oltre ad aver determinato la definitività della pronuncia per decorso dei termini, ha «*vanificato un provvedimento di un giudice, adottato nei limiti e con le forme previsti dall'ordinamento a norma degli articoli 14-ter, 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario*», così menomando le attribuzioni di un organo appartenente al potere giudiziario, rendendo

[23] Corte cost. ordinanza n. 46 del 2012.

«*ineffettiva una tutela giurisdizionale esplicitamente prevista dalle leggi vigenti e costituzionalmente necessaria*». Dunque, prosegue la Corte, «*se il procedimento e la conseguente decisione del magistrato di sorveglianza si configurano come esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto destinati ad assicurare la tutela di diritti, si impone la conclusione che quest'ultima sia effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna autorità*», compresa l'eventuale inottemperanza da parte dell'Amministrazione penitenziaria[24].

Come si avrà modo di approfondire a breve, sul punto i giudici costituzionali richiamano la citata sentenza della Corte EDU Torreggiani e altri c. Italia, che ha espressamente censurato la prassi italiana di non rendere "effettivo nella pratica" il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35 e 69 o.p. Nella difesa presentata davanti ai giudici di Strasburgo il Governo italiano aveva affermato che il procedimento davanti a tale autorità «*costituisce un rimedio pienamente giudiziario, all'esito del quale l'autorità adita può prescrivere all'Amministrazione Penitenziaria misure obbligatorie volte a migliorare le condizioni detentive della persona interessata*» (punto 41). Ciò che non può essere tollerato, dunque, è che lo stesso Governo – peraltro nella medesima compagine – abbia assunto una posizione radicalmente diversa durante il conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale, legittimando condotte omissive dell'Amministrazione volte a non ottemperare a un provvedimento avente natura giurisdizionale.

In conclusione, nel dichiarare la non spettanza al Ministro della Giustizia del potere di non eseguire quanto previsto nell'ordinanza del magistrato di sorveglianza – e ribadendo in via definitiva la vincolatività delle sue decisioni – la Corte rileva come non sussistano esigenze attinenti all'organizzazione penitenziaria tali da giustificare la menomazione del diritto all'informazione costituzio-

[24] A questo proposito la Corte costituzionale aveva precedentemente chiarito che le "disposizioni" adottate dal magistrato di sorveglianza, aventi ad oggetto diritti dei detenuti e rese secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p., non si configurano come mere «*segnalazioni*» assumendo, viceversa, la natura di «*prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue*» (Corte cost. sent. n. 266 del 2009). Nella stessa direzione la sentenza n. 190 del 2010 e le ordinanze nn. 220 del 2010 e 56 del 2011.

nalmente garantito dall'art. 21. L'inottemperanza nei confronti dei provvedimenti giudiziali concernenti i diritti dei detenuti è, dunque, illegittima perché in contrasto con il sistema delle attribuzioni costituzionali e con la garanzia di una tutela effettiva dei diritti.

Si assiste, ancora una volta, a un allarmante "braccio di ferro" tra forze governative e giurisprudenza, tra azioni politiche che svuotano di contenuto i precetti costituzionali e pronunce che faticosamente tentano di riportare al centro del sistema esecutivo la tutela dell'individuo e la garanzia dei suoi diritti[25]. In questo complesso panorama, l'effettività della tutela giurisdizionale sembra potersi configurare come un "diritto a efficacia espansiva", un diritto cioè la cui valenza non può ristringersi entro rigidi confini essendo destinata ad ampliarsi in relazione all'evoluzione dei diritti dentro e fuori le mura penitenziarie.

4. *La sentenza Torreggiani e altri c. Italia della Corte EDU: sulla necessità di rimedi effettivi a garanzia dei diritti dei ristretti*

Mantenendo l'indagine in una prospettiva giurisprudenziale e spostando il baricentro su una dimensione sovranazionale, valo-

[25] Per un approfondimento sul conflitto di attribuzioni deciso con la sentenza n. 135 del 2013 e, più in generale, sulla necessità di un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti M. Ruotolo, The domestic remedies must be effective*: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti,* in *Giurisprudenza Costituzionale,* 3, 2013, 2084 ss. La pronuncia della Consulta viene esaminata dall'Autore articolando il percorso logico-giuridico secondo quattro fasi: rilevanza della decisione in riferimento al trattamento dei detenuti in regime di 41-*bis* o.p.; qualificazione della situazione giuridica soggettiva lesa dal provvedimento dell'Amministrazione come diritto all'informazione; carattere vincolante delle decisioni assunte dalla magistratura e illegittimità delle restrizioni operate nei confronti dei detenuti che non siano funzionali alle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere.

Si vedano altresì A. Della Bella, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2013; C. Fiorio, *Poteri dell'amministrazione penitenziarie e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2013, 2092 ss. Per una riflessione antecedente alla decisione della Consulta si rinvia a M. Gialuz, *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministro della giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 marzo 2012.

re centrale in relazione alla garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" assume la più volte richiamata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013.

La pronuncia, nota soprattutto per la condanna riguardante il carattere sistematico della violazione dell'art. 3 della Convenzione[26] quale diretta conseguenza dell'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario[27], assume primaria rilevanza anche in

[26] Secondo quanto disposto dall'art. 3 della CEDU, rubricato "Proibizione della tortura": "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". Nel caso di specie la Corte rileva che «anche se niente lascia presagire che lo Stato abbia avuto intenzione di umiliare o di degradare i ricorrenti, l'assenza di tale scopo non può escludere una constatazione di violazione dell'articolo 3»: la detenzione sofferta, tenuto anche conto della durata e delle condizioni della carcerazione, ha sottoposto i ricorrenti a una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla carcerazione.

A tal proposito occorre ricordare che non tutte le condotte incidenti sull'integrità psicofisica del soggetto integrano automaticamente una violazione dell'art. 3 della Convenzione: la giurisprudenza di Strasburgo richiede il superamento di una soglia minima di gravità, in relazione alle circostanze oggettive del fatto e alle condizioni soggettive della vittima. In altri termini deve trattarsi di condotte che comportino un livello di sofferenza che vada al di là di quella che inevitabilmente consegue allo stato di limitazione della libertà personale e all'applicazione di una pena legittima. La giurisprudenza di Strasburgo ha variamente interpretato il criterio della "soglia minima di gravità"; a questo proposito si vedano, con diversità di orientamenti e su diverse questioni: sent. 22 aprile 2010, *Sevastyanov c. Russia*, ric. n. 37024/02, sent. 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05, sent. 8 gennaio 2009, *Filiz Uyan c. Turchia*, ric. n. 7496/03; sent. 17 marzo 2009, *Salmanoğlu e Polattaş c. Turchia*, ric. n. 15828/03e sent. 6 aprile 2000.

Si affianca alla soglia minima di gravità il criterio della valutazione relativa: la presunta violazione dell'art. 3 CEDU deve essere valutata attraverso l'utilizzo di un metodo empirico, tenendo conto sia del comportamento materiale, sia delle condizioni soggettive della vittima. Cfr. M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 355 ss.

[27] Preme ricordare che le forti criticità connesse al fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia sono state oggetto di un messaggio inviato alle Camere dal Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, l'8 ottobre 2013. Nel messaggio si affermava la stringente necessità di una modifica profonda del sistema penitenziario, attraverso «una decisa inversione di tendenza sui modelli che caratterizzano la detenzione, modificando radicalmente le condizioni di vita dei ristretti, offrendo loro reali opportunità di recupero». Un imperativo giuridico, politico e morale che il Capo dello Stato ha rivolto a Parlamento e Governo al fine di mettere in campo politiche di cambiamento strutturali e profonde.

Sul messaggio del Presidente della Repubblica D. PULITANÒ, *Il messaggio del Pre-*

relazione all'accertamento dell'inefficacia delle forme di tutela dinanzi alla Magistratura di sorveglianza. È stato anticipato come, nell'eccepire il mancato esaurimento dei ricorsi interni in riferimento ad alcuni ricorrenti, lo Stato italiano avesse fermamente sostenuto che il reclamo di cui agli artt. 35 e 69 o.p. costituisse un mezzo effettivo per la tutela dei diritti dei ristretti.

Tuttavia, in relazione al caso concreto da cui la sentenza Torreggiani trae origine, un ricorrente, ritenendo lesa la propria dignità per l'assenza di uno spazio detentivo idoneo, aveva tempestivamente esperito il reclamo *ex* art. 35 o.p. ottenendo dal magistrato di sorveglianza un'ordinanza che, accertando la violazione dell'art. 3 della Convenzione, ordinava alla direzione del carcere – e al Ministero della Giustizia – di adottare tempestivi provvedimenti volti a far cessare la violazione in atto. A tale declaratoria non aveva tuttavia fatto seguito alcun provvedimento da parte dell'Amministrazione la quale, soltanto dopo la proposizione del ricorso davanti alla Corte EDU, aveva dato parziale esecuzione all'ordinanza disponendo il trasferimento del detenuto in una cella dotata di spazi più ampi.

Appurata l'inefficacia dei rimedi previsti dalla normativa italiana, i giudici di Strasburgo colgono l'occasione per affermare un principio cardine in materia di garanzia in concreto dei diritti: il previo esaurimento delle vie di giustizia interne[28] mira ad offrire agli Stati membri l'occasione per riparare o prevenire le denunciate violazioni; la Convenzione, tuttavia, prescrive l'esaurimento

sidente Napolitano e le politiche penali, in *Dir. Pen. Cont*., fasc. 1, 2014, 136 ss.; A. Pugiotto, *Il messaggio del Quirinale sulla questione carceraria e i suoi interlocutori*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 22 ottobre 2013 e M. Ruotolo, *La "scottante" questione carceraria nel messaggio del Presidente della Repubblica*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 10 ottobre 2013.

[28] A norma dall'art. 35, co. 1 della Convenzione "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva". Il ricorso alla Corte di Strasburgo rappresenta, dunque, un meccanismo di salvaguardia avente carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti come più volte ribadito dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU. Si vedano, tra le molte pronunce, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996, 65, r.1996-IV, *Remli c. Francia,* 23 aprile 1996*,* 33, r.1996-II e *Selmouni c. Francia,* r. n. 25803/94.

dei soli ricorsi che siano al contempo disponibili e adeguati, caratteristiche non riscontrabili nel sistema italiano «*non potendo pretendersi che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell'Amministrazione penitenziaria*».

A tal proposito, al fine di assicurare effettive forme di garanzia a sostegno dei diritti, non è sufficiente un'azione avente carattere meramente risarcitorio, rendendosi altresì necessaria la previsione di una serie di rimedi – di natura preventiva e compensativa – diretti sia ad impedire il verificarsi o il protrarsi della violazione, sia ad assicurare un ristoro effettivo in seguito all'accertamento di un'infrazione da parte di un'autorità giudiziaria (punto 53).

La Corte EDU dunque, adottando una sentenza pilota[29], impone al legislatore nazionale di introdurre, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, misure e azioni effettive in grado di porre rimedio alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Più nel dettaglio i giudici di Strasburgo hanno imposto allo Stato italiano di dotarsi, entro un anno a decorrere

[29] Si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale affermatosi per la prima volta nel caso *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96) e ora formalizzato nell'art. 46 CEDU, co. 1 e dall'art. 61 del Regolamento della Corte, introdotto il 21 febbraio 2011. I giudici di Strasburgo ricorrono alla sentenza pilota quando ritengono che la violazione della Convenzione derivi da cause strutturali, peraltro testimoniate dall'esorbitante numero di ricorsi pendenti davanti alla Corte aventi il medesimo oggetto: si adotta, allora, una pronuncia che suggerisce le misure individuali e generali che lo Stato dove adottare per adempiere all'obbligo di conformazione alle sentenze definitive della Corte. A tal fine è previsto un termine per l'adempimento e, contestualmente, è sospeso l'esame di tutti i ricorsi analoghi pendenti davanti ai giudici di Strasburgo.

Sulla sentenza Torreggiani, tra i molti, P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. Ita. Dir. proc. Pen*., fasc. 4, 2013, 1794 ss.; G. Della Morte, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2013, 147 ss.; F. Fiorentin, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., fasc.4, 2013, pp. 2037 ss.; A. Guazzarotti, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 4, 3662 ss.; F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013.

dalla data in cui la sentenza è divenuta definitiva (28 maggio 2013), di un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, idonei ad offrire adeguato ristoro nei casi di sovraffollamento, in conformità ai principi della Convenzione, come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Il caso *Torreggiani,* dunque*,* ben esprime una condivisibile linea intransigente della Corte Europea nei confronti dell'Italia in riferimento al problema del sovraffollamento carcerario e, più in generale, all'ineffettività del sistema di tutele nella normativa penitenziaria. Sulla decisione ha influito – con tutta evidenza – la mancata adozione da parte degli ultimi governi di misure strutturali, in grado di determinare un'effettiva metamorfosi del sistema penale e penitenziario, sia in riferimento alla concreta garanzia dei diritti, sia con riguardo ad effettive politiche di decarcerizzazione.

5. *Il seguito agli ultimata di Strasburgo*

Dalle riflessioni che precedono appare evidente come un'indagine riguardante la garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" non possa prescindere dall'analisi dei principali interventi di riforma adottati dal Governo a seguito della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[30], rinviando al paragrafo di chiusura per alcuni rilievi critici.

Mossa dal timore di una gravosa condanna da parte dei giudici di Strasburgo, la maggioranza parlamentare ha adottato il decreto legge n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 10 del 21 febbraio 2014. Il Governo si muove lungo due linee d'intervento: da un lato pone misure funzionali alla riduzione del numero delle presenze in carcere (attraverso la diminuzione del flusso in ingresso e l'ampliamento di quello in uscita)[31], dall'altro estende gli strumenti di

[30] L'eterogeneità delle misure introdotte non permette, almeno in questa sede, un'indagine esaustiva dell'intero novero degli interventi adottati a seguito della sentenza della Corte EDU: l'analisi sarà quindi incentrata sulle misure maggiormente incidenti sulla tutela dai diritti dei detenuti. Per un quadro esaustivo delle riforme poste in essere Cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 10 ss.

[31] A venire in considerazione sono anzitutto le disposizioni dirette ad ampliare

tutela azionabili dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza, distinguendo chiaramente tra reclamo generico (art. 35 o.p.) e reclamo avente natura giurisdizionale, oggi espressamente disciplinato nel nuovo articolo 35-*bis* o.p.

Quanto al reclamo generico il decreto ha apportato alcune modifiche, la più significativa delle quali è rappresentata dall'inserimento, tra i destinatari della procedura, del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale; Autorità indipendente istituita dallo stesso decreto 146, presso il Ministero della Giustizia e composta da un collegio di tre membri in carica cinque anni, non prorogabili, scelti tra persone che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani[32]. La nuova Autorità, la cui prima Relazione al Parlamento è stata presentata il 21 marzo 2017, vigila affinché ogni forma di privazione della libertà personale sia attuata in conformità al dettato costituzionale, alle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, alle leggi e ai regolamenti. A tal fine il Garante ha il potere di visitare – senza necessità di autorizzazione o preavviso – ogni struttura idonea a privare della libertà (istituti di pena, stazioni di polizia, Centri di identificazione ed espulsione, residenze di esecuzione delle misure di sicurezza psichiatriche, trattamenti sanitari obbligatori e così via), può chiedere informazioni e documenti alle amministrazioni e, in caso di

l'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari. La novità più significativa è senz'altro rappresentata dall'introduzione, ai sensi dell'art. 4 del decreto, della liberazione anticipata speciale, caratterizzata da una detrazione di settantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché di quarantacinque giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria (art. 54 o.p.). Effetti deflattivi sono poi perseguiti attraverso la stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il proprio domicilio per le pene detentive non superiori ai diciotto mesi e da una serie di interventi a carattere specifico rivolti ai detenuti tossicodipendenti e stranieri.

[32] Presente con varie attribuzioni e denominazioni nella maggior parte dei Paesi europei, in Italia il regolamento sulla struttura e la composizione dell'Ufficio del Garante Nazionale è contenuto nel D.M. n. 36 dell'11 marzo 2015. Oltre alle funzioni di vigilanza e controllo su ogni forma di privazione della libertà personale, sul piano nazionale l'Autorità coordina il lavoro dei Garanti regionali, mentre sul piano internazionale è organismo di monitoraggio indipendente richiesto come obbligo positivo agli Stati aderenti dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT), entrato in vigore il 22 giugno del 2006 (il 3 maggio 2013 per l'Italia).

accertata violazione delle norme ordinamentali o della fondatezza dei reclami generici, può formulare specifiche raccomandazioni.

L'istituzione di un organismo indipendente, preposto a un controllo di tipo non giudiziale volto ad intervenire ex ante sulle violazioni dei diritti, rappresenta un indubbio traguardo nel lungo percorso che conduce a un'effettiva garanzia dei diritti dei ristretti anche in via non giurisdizionale; percorso avviato già nel 1997 con l'istituzione dei primi Garanti territoriali. Non si tratta, tuttavia, di un'evoluzione conclusasi con il decreto 146 del 2013 soprattutto in ragione di un maggiore grado di autonomia e incisività che dovrebbe connotare la nuova Autorità. Si fa riferimento alla necessità che il Garante implementi il proprio organico con personale altamente qualificato anche non dipendente dal Ministero della Giustizia, sì da offrire maggiori garanzie di indipendenza rispetto al potere politico e, parallelamente, all'esigenza che venga attribuito al Collegio – al pari di altre Autorità indipendenti – un potere sanzionatorio effettivo nei confronti dell'Amministrazione, sì da assicurare un impatto ancor più decisivo, in termini di cogenza, dei propri risultati ispettivi[33].

Su un versante differente, relativo alla tutela giurisdizionale, il decreto 146 ha apportato modifiche di grande rilevo con l'introduzione del reclamo ex art. 35-bis o.p.

A seguito della novella, il detenuto può proporre reclamo giurisdizionale al Magistrato di sorveglianza in due ipotesi: avverso i provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'Amministrazione (art. 69, co. 6 lett. a); contro l'inosservanza da parte della stessa di disposizioni contenute all'interno della normativa penitenziaria, dalla quale derivi al recluso un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti (art. 69, co. 6 lett. b). In seguito all'accertamento giudiziale della violazione, l'Amministrazione è obbligata ad adempiere: in caso contrario lo stesso decreto prevede l'azionabilità di un giudizio di ottemperanza dinnanzi al magistrato procedente, il quale potrà ordinare alle autorità amministrative di eseguire l'ordine, dichiarare nulli gli atti eventualmente compiuti

[33] Storia, funzioni e attività svolta dall'Autorità Nazionale nel corso del primo anno di attività sono interamente pubblicati sul sito *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*.

in contrasto col provvedimento ineseguito, nominare un commissario *ad acta* determinare, infine, l'eventuale risarcimento del danno a titolo di riparazione per il detenuto.

Proseguendo lungo la strada della giustiziabilità dei diritti, il Governo è intervenuto con un secondo decreto-legge, n. 92 del 26 giugno 2014[34], introducendo l'art. 37-ter o.p. recante la disciplina in materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU. In risposta ai giudici di Strasburgo, la nuova disciplina prevede una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci del periodo nel quale il richiedente ha subito il pregiudizio[35]; quando la pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale, il magistrato di sorveglianza liquida altresì, in relazione al periodo residuo e a titolo di risarcimento

[34] Convertito con modificazioni dalla legge n. 117 del 2014.

[35] A norma dell'art. 35-*ter* o.p. "Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848 , come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio.

Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all' articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni.

Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2".

del danno, una somma pari a otto euro per ciascuna giornata nella quale la persona ha subito il pregiudizio, provvedendo allo stesso modo nel caso in cui il tempo della detenzione sia stato inferiore a quindici giorni. Infine, coloro che hanno subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare, ovvero coloro che hanno già espiato la pena detentiva, possono proporre analoga azione di risarcimento entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare.

Sono queste, in estrema sintesi, le misure a tutela della giustiziabilità dei diritti adottate del Governo italiano in risposta alla sentenza Torreggiani la quale, come ampiamente ricordato, ha espressamente condannato l'Italia per l'assenza di rimedi ordinamentali idonei a garantire l'immediata cessazione delle violazioni dei diritti dei detenuti, imponendo al legislatore nazionale di dotarsi di rimedi effettivi aventi duplice natura: preventiva e compensativa.

Si tratta, dunque, di valutare l'idoneità (o meno) dei richiamati interventi di riforma al raggiungimento dei complessi scopi imposti all'Italia dai giudici di Strasburgo.

6. *La tutela dei diritti delle persone private della libertà oggi: tra effettività ed ineffettività. Valutazioni conclusive e considerazioni pro futuro*

La decisione del 5 giugno 2014 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa[36] – organo competente, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione EDU, a controllare l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo – ha esaurito l'*iter* sovranazionale avviato dal caso Torreggiani. Il Comitato, esprimendo l'apprezzamento per le riforme intraprese dal Governo, ha invitato l'Italia a concludere in tempi contenuti il percorso avviato, così da adempiere in modo esaustivo agli obblighi derivanti dalla sentenza. In particolare, l'organo del Consiglio d'Europa ha espresso parere favorevole

[36] La decisione è interamente pubblicata sul sito *wcd.coe.int*.

in riferimento ai «*risultati significativi ottenuti*» grazie all'adozione di «*differenti misure strutturali*».

La decisione del Consiglio d'Europa non deve, tuttavia, condurre a reazioni eccessivamente ottimistiche: se è indubbio che attraverso i richiamati interventi l'ordinamento italiano ha compiuto notevoli passi avanti, sia in relazione al fenomeno del sovraffollamento carcerario, sia in riferimento al principio di effettività nella garanzia dei diritti, è altrettanto vero che il definitivo processo di emersione del diritto all'efficacia dei diritti richiede sforzi ulteriori e di lungo periodo. In altri termini, sarebbe giuridicamente e politicamente inesatto far discendere dalla promozione sovranazionale un'automatica emersione del diritto in esame. Lo scetticismo in relazione al binomio identitario "promozione-emersione", trova le sue fondamenta in una serie riflessioni critiche che sembrano potersi muovere sia al rimedio compensativo (art. 35-*ter* o.p.), sia allo strumento preventivo (art. 35-*bis* o.p.); misure che, come anticipato, dovrebbero garantire una riparazione effettiva delle violazioni discendenti dalla Convenzione e, più in generale, dalle norme ordinamentali poste a tutela dei diritti dei ristretti.

Con specifico riferimento all'articolo 35-*ter* o.p., al di là dai problemi relativi alla competenza attribuita al magistrato di sorveglianza in ordine al risarcimento del danno[37], la monetizzazione del pregiudizio è apparsa l'unica soluzione concretamente percor-

[37] Tale attribuzione al magistrato di sorveglianza ha riaperto la nota questione in ordine alla competenza inerente al risarcimento del danno nel settore penitenziario. Secondo quanto sancito dalla Prima sezione penale della Cassazione nella sentenza n. 4772 del 30 gennaio 2013, la competenza spetterebbe agli organi della giurisdizione civile (ciò era stato riconosciuto anche dal magistrato di sorveglianza di Vercelli con ord. del 18 aprile 2012). Dello stesso avviso il Coordinamento nazionale dei Magistrati di Sorveglianza (CoNaMS) che, all'indomani della riforma, ha messo in luce le preoccupanti ricadute della nuova previsione sulla funzionalità degli uffici di sorveglianza: «*a fronte dell'incommensurabilità del bene supremo della dignità umana* [...] *si percorre una via indennitaria diversa dalla strada maestra della garanzia giurisdizionale del risarcimento dei danni conseguenti a trattamenti disumani e degradanti, di competenza del giudice naturale che la Suprema Corte di Cassazione ha indicato nel giudice civile*» (nota del Comitato esecutivo del 12 giugno 2014). Per un'attenta disamina circa le problematiche connesse alla competenza del risarcimento del danno in questo settore, anche in riferimento alla giurisprudenza di legittimità e di merito: F. Della Casa, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen*., fasc. 6, 2013, 2264 ss.; F. Viganò, *Alla ricerca di una rimedio risarcitorio per*

ribile quando non fosse possibile applicare uno sconto di pena. La scelta, invero, pone non poche perplessità soprattutto per l'impossibilità del giudice di modulare la somma in relazione alla specifica violazione subita e in ordine al *quantum* del risarcimento. In riferimento a tale ultimo profilo, il Consiglio Superiore della Magistratura[38] ha ritenuto la cifra degli otto euro non proporzionata rispetto ai principi del dettato costituzionale e della Corte EDU. Analoga osservazione è mossa in relazione alla riduzione di un giorno ogni dieci di reclusione trascorsi in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione: sarebbe stato preferibile parametrare la detrazione sulle riduzioni di cui il condannato può beneficiare, a titolo di liberazione anticipata, quando partecipi positivamente all'opera trattamentale[39].

Nello stesso parere, il CSM ha ritenuto assai discutibile la scelta di non attribuire alla magistratura un potere di modulazione in ordine al risarcimento del danno, con conseguente impossibilità per il giudice di tener conto della gravità e intensità del pregiudizio subito nel caso di specie. La stessa Corte di Cassazione ha affermato che il risarcimento dev'essere integrale: spetta al giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio lamentato e pervenire alla maggiore approssimazione possibile, anche attraverso la c.d. personalizzazione del danno[40].

La quantificazione fissa e invariabile del pregiudizio – al con-

il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2013.

[38] Sesta Commissione, 30 luglio 2014.

[39] Si tratta di una proposta già avanzata nei punti programmatici di riforma contenuti nel documento conclusivo della Commissione mista del Consiglio Superiore della Magistratura (c.d. Commissione Giostra), istituita il 26 luglio 2010 per effettuare un'indagine sull'attuale condizione delle carceri italiane al fine di «proporre riforme strutturali affinché in carcere non entrino, né restino coloro per i quali la detenzione non è strettamente necessaria, anziché per coloro per i quali "non c'è posto"» (Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, 2013 , n. 160, XIII).

Sulle problematiche connesse all'introduzione dell'art. 35-*ter* o.p. G. Giostra, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit*., in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 gennaio 2015.

[40] Corte Cass. sent. n. 5243/2014. Nello stesso senso Corte Cass. SS.UU., sent. n. 26972/2008.

trario – priva l'organo giudicante di qualsiasi potere discrezionale, impedendogli una valutazione che tenga conto delle qualità soggettive del richiedente e delle concrete condizioni di espiazione, escludendo una quantificazione basata sulla specificità di ciascun periodo detentivo. Il legislatore, dunque, ha percorso una via indennitaria che attribuisce un prezzo fisso alla violazione dell'art. 3 della Convenzione; scelta, questa, che sembra contraddire alla radice la natura stessa del bene supremo della dignità umana. In altri termini, l'attuale previsione contenuta nell'art. 35-*ter* o.p. sembra far riferimento a una forma di indennizzo quantificato in via preventiva dal legislatore, più che a un reale strumento di tutela risarcitoria, patrimoniale e non, variabile da richiedente a richiedente[41].

Anche il rimedio preventivo di cui all'art. 35-*bis* o.p. non è esente da rilievi critici. In primo luogo la "preventività" del reclamo giurisdizionale risulta meramente apparente: non si tratta di uno strumento volto ad anticipare – impedendone l'adozione – eventuali atti o comportamenti lesivi di posizioni giuridiche dei ristretti. Il rimedio consente esclusivamente di evitare il protrarsi di una lesione già pienamente configurata; ciò, oltretutto, a condizione che il pregiudizio sia "attuale" e "grave". In questo senso, secondo la relazione illustrativa che accompagna l'intervento normativo «si è inteso circoscrivere la tutela giurisdizionale ai casi in cui il detenuto o internato intenda far valere una lesione attuale e grave, che consegua alla inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo

[41] La norma, inoltre, ha generato numerose perplessità anche in relazione alla mancata previsione del *dies a quo* al quale far risalire la risarcibilità del pregiudizio: l'omissione rende assai difficile l'accertamento del danno da parte del magistrato di sorveglianza quando il pregiudizio subito risale a periodi detentivi lontani nel tempo e si pone in un difficile rapporto di coerenza con la nuova disciplina della liberazione condizionale speciale per la quale è specificamente previsto un limite temporale.

All'analisi critica delle misure adottate da Governo a seguito della sentenza Torreggiani è stato dedicato il volume *Il senso della pena. Ad u anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, M. Ruotolo (a cura di), Napoli, 2014, che raccoglie gli atti del Seminario AIC di Roma svoltosi presso la Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso il 28 maggio 2014. Tra i contributi specificamente dedicati alle misure poste a tutela della garanzia dei diritti dei detenuti G. Giostra, *Il rimedio compensativo della riduzione della pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, 121 ss.; N. Mazzamuto, *Sentenza Torreggiani: cosa è possibile fare in "zona Cesarini"*, 161 ss.

regolamento. Ciò al fine di consentire l'accesso ad un meccanismo di tutela certamente costoso soltanto alle situazioni di pregiudizio realmente significative, consentendo alla Magistratura di Sorveglianza di utilizzare il filtro di inammissibilità in relazioni a questioni non meritevoli di considerazione ovvero a ipotesi di lesione ormai risalenti nel tempo».

Il problema si pone, soprattutto, in relazione alla richiesta del prodursi di un danno grave e alla difficoltà di determinare, con un sufficiente margine di certezza, il discrimine tra violazioni "semplici" e lesioni connotate da un adeguato grado di "gravità". Tale requisito, in altri termini, apre la strada a una pluralità di interpretazioni in sede applicativa, prestando il fianco a dubbi ermeneutici difficilmente compatibili con la certezza del diritto e la tutela giurisdizionale effettiva per ogni situazione in cui si concretizzi un trattamento inumano come diretta conseguenza dello stato detentivo. Lo spettro dell'inammissibilità è peraltro già emerso in un'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Alessandria all'indomani della novella. Il giudice, nel valutare una serie di doglianze contenute in un reclamo *ex* art. 35-*bis* o.p., stigmatizza la genericità e l'indeterminatezza dell'istanza, tali da impedire la verifica sotto il profilo della gravità e attualità del pregiudizio subito[42]; auspica, a questo proposito, un intervento legislativo idoneo a evitare situazioni di abuso del nuovo strumento processuale che rischia di appesantire, per la genericità dei presupposti, l'attività della magistratura.

Ben diverso, in termini di incisività, sarebbe stato lo strumento a disposizione dei ricorrenti se il legislatore avesse codificato un rimedio avente natura effettivamente preventiva, volto cioè a impedire *ab origine* l'inserimento della persona in un circuito penitenziario inumano o degradante. Ancora una volta, a muoversi in questa direzione era stata la giurisprudenza a seguito della proposizione di una questione di legittimità costituzionale sollevata dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano. I giudici *a quibus* avevano chiesto alla Corte costituzionale di censurare – mediante sentenza additiva – l'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevedeva

[42] Magistrato di sorveglianza di Alessandria, ord. n. 2014/788, 14 aprile 2014.

il rinvio facoltativo della pena ove questa dovesse essere eseguita in condizioni contrarie alla dignità e ai diritti inviolabili.

La Corte con la sentenza del 22 novembre 2013, n. 279, pur annoverando il differimento della pena tra i rimedi preventivi costituzionalmente possibili, ha ritenuto la questione inammissibile stante la pluralità di soluzioni normative e la necessità di una regolamentazione legislativa del meccanismo[43]. Ancora una volta, dunque, il Giudice della Leggi si rivolge al legislatore chiamandolo ad intervenire per assicurare un carattere realmente preventivo della tutela, non potendo la giurisprudenza costituzionale compiere scelte discrezionali spettanti alle forze politiche.

La questione non sembra tuttavia destinata a concludersi con tale pronuncia. Nel comunicato stampa diffuso dalla Consulta il giorno della decisione, i giudici costituzionali precisano che sarebbe intollerabile «*il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia*». Ove il legislatore non si attivi tempestivamente, dunque, il Giudice delle Leggi, se investito nuovamente di analoghe questioni, non potrà che «*adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità*». La Corte rivol-

[43] Sulla sentenza del Giudice delle Leggi n. 279 del 2013: R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in *Giur. Cost*., 2014; F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6, 4541; A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6, 2547; A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. Cost*., 2013.; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, dicembre, 2013.

Per una riflessione sulla sentenza anche in riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 30 aprile 2014; C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista AIC*, 1, 2014; G. DODARO, *Rinvio della pena per sovraffollamento carcerario, come rimedio* extra ordinem *contro le violazioni dell'art 3 CEDU*, in *Quad. cost*., n. 2, 2013, 428 ss.; E. MALFATTI, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 dicembre 2013.

ge così un significativo monito alle forze parlamentari, non escludendo che attraverso una futura declaratoria di incostituzionalità la stessa – anche sulla scia di soluzioni prospettate da altre Alte Corti[44] – possa giungere all'introduzione di un rimedio realmente preventivo, quando la pena si traduce in un trattamento contrario al divieto sancito dell'art. 3 della Convenzione EDU[45].

In riferimento all'effettiva garanzia dei principi del giusto processo e del diritto alla difesa dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza, occorre da ultimo richiamare l'assai preoccupante previsione contenuta nella recente delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario[46]. Al comma 85 dell'art. 1, contenente principi e criteri direttivi cui l'esecutivo dovrà attenersi in sede di riforma, si prescrive al delegato la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del

[44] Cfr. Corte suprema degli Stati Uniti, *Brown* v. *Plata,* 23 maggio 2011; Tribunale costituzionale tedesco, ord. 22 febbraio 2011, 1 BvR, 409/11. Nella citata sentenza la Corte suprema degli Stati Uniti ha affermato che «un istituto di detenzione che privi i detenuti del minimo supporto, tra cui un livello minimo di trattamento sanitario, è incompatibile con il concetto basilare di dignità umana e non può trovare accoglimento in una società civilizzata». Ne consegue la conferma dell'ordine emesso da un collegio federale che aveva imposto al Governo della California il rilascio di 43.000 detenuti come misura atta a far fronte al problema del sovraffollamento carcerario.

Analoga logica ha mosso il Tribunale costituzionale tedesco nella richiamata ordinanza, quando afferma la possibilità, in via di *extrema ratio*, di richiedere «l'interruzione oppure il rinvio della pena» quando lo Stato, a causa dell'endemico sovraffollamento, non è in grado di assicurare una detenzione conforme al senso di umanità

[45] Per un approfondimento esaustivo della questione si rinvia a due scritti di M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 74-75 e *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 6, 4553. L'Autore prospetta l'introduzione della c.d. lista di attesa – strutturata secondo l'ordine cronologico delle condanne – implicante, ove la reclusione sia destinata ad essere subita in condizioni di inumanità, la conversione dell'ordine di esecuzione della pena carceraria in obbligo di permanenza presso il domicilio (o altro luogo indicato dal condannato) con relative eventuali prescrizioni stabilite dal giudice responsabile dell'esecuzione. La lista costituirebbe una sorta di "norma di chiusura" a carattere eccezionale e residuale, trovando di fatto applicazione solo se e nei limiti in cui l'ampliamento del ricorso alla liberazione anticipata – accompagnato dalle altre misure previste dalla normativa – non fosse in grado di assicurare nel breve periodo l'indispensabile e significativa riduzione delle condizioni di sovraffollamento.

[46] La delega si inserisce all'interno della legge n. 103 del 2017 per le "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario".

tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione» (lett. a)). A fronte di una delega connotata da un'allarmante generalità e vaghezza, il legislatore sembra mosso dalla preoccupazione di inserire una puntale indicazione in riferimento alla necessità di contrarre le garanzie del contraddittorio prevedendone il differimento o, addirittura, l'eventualità.

Se, dunque, con l'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p. la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti ha definitivamente trovato espressione nella normativa penitenziaria, le recenti scelte del legislatore sembrano muoversi secondo una logica opposta mettendone a rischio l'effettività; il differimento e l'eventualità del contraddittorio, in un ambiente in cui i diritti appaiono come l'espressione dei bisogni più intimi della persona e delle sue scelte quotidiane, svuota la tutela di due connotati fisiologicamente connessi alla sua concretezza: la tempestività della risposta e la conoscenza della persona.

In altri termini le forme di contrazione del contraddittorio contenute, sembrano dirette a ridurre drasticamente la portata del principio di immediatezza della tutela, impedendo (o limitando) la possibilità del giudice di fondare il proprio convincimento su un confronto visivo e verbale con il detenuto; confronto indubbiamente significativo nell'assunzione di una decisione direttamente incidente sulla persona inascoltata, soprattutto nel corso l'esecuzione penale «*in cui il dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà*» (Corte cost. sent. n. 26/1999).

Non sembra dunque affrettato interrogarsi sulla compatibilità di una futura norma redatta secondo le indicazioni della delega, rispetto alla costituzionalizzazione del contraddittorio nella sua duplice veste di metodo di formazione della decisione e di garanzia individuale.

Verosimilmente, anche a fronte della forte crisi politico-istituzionale che le forze parlamentari italiane stanno attraversando e del nuovo aumento delle presenze in carcere, spetterà ancora alle pronunce giurisprudenziali superare in via suppletiva le criticità sin qui rapidamente esaminate, giungendo a soluzioni che progressivamente consentano di declinare in termini concreti il

principio costituzionale e sovranazionale di effettiva garanzia dei diritti. Concludendo, se la decisione del 5 giugno 2014 del Comitato dei Ministri ha chiuso la vicenda dell'effettività delle tutele sul versante degli obblighi interazionali, resta tutt'ora aperta la sfida di mantenere il sistema sotto controllo e, soprattutto, di immaginare un modello di esecuzione penale improntato alla sicurezza dei diritti piuttosto che a un pericoloso "diritto alla sicurezza"[47] dietro al quale si celano, troppo spesso, ombre antigarantiste e incostituzionali.

[47] Sul difficile rapporto tra bisogno di sicurezza e tutela dei diritti Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA, M. PALMA, 2001, Roma, 19 ss.; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, 18 ss.

Marco Ruotolo, *Introduzione*

Questo libro è un piccolo ma importante segno di un rinnovato interesse per un tema, quello dei diritti dei detenuti, a lungo sottovalutato dalla dottrina costituzionalistica e invece centrale nel contesto delle riflessioni sul rapporto tra autorità e libertà, sul riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili, sulle concrete dinamiche del sistema delle fonti, sul ruolo dell'amministrazione e della giurisprudenza nell'attuazione e nell'applicazione del dettato costituzionale e legislativo.

La finalità del volume è principalmente didattica, essendo non a caso lo stesso diviso in brevi capitoli ciascuno dei quali potrebbe idealmente corrispondere a una lezione di un corso universitario. Una sorta di "manuale" a più voci, nel quale, però, non ci si limita a descrivere acriticamente la realtà, ma, con metodo scientifico, si propone una lettura problematica della stessa, non sottovalutando mai l'incidenza della "prassi" sull'inveramento del dettato normativo.

Gli Autori, per lo più giovani studiosi di diritto costituzionale, si sono impegnati a descrivere per ciascun tema i principali nodi problematici emergenti dalla normativa vigente, individuando, ove possibile, le linee di un cambiamento orientato all'attuazione dei principi costituzionali, spesso peraltro perseguibile per la via amministrativa o dell'interpretazione giudiziale. Un cambiamento le cui linee portanti sono state anche indicate nei lavori degli "Stati generali sull'esecuzione penale" e che, sul piano normativo, potrebbe ora fare ulteriori passi in occasione dell'attuazione della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (art. 1, comma 85, della legge 23 giugno 2017, n. 103).

Patrizio Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*

La vita in carcere è standardizzata così contraddicendo il principio secondo cui il trattamento debba essere individualizzato. Una standardizzazione che ha origine nell'ordinamento penitenziario nel quale non si distingue a seconda dello *status* del detenuto, della sua

età, del sesso o dell'orientamento sessuale. Ha prevalso nelle norme del 1975, così come modificate nel 1986, una visione di tipo pseudo-scientifica. Il reato è considerato come indice di disadattamento e i bisogni vengono correlati alla personalità anziché alla persona. I diritti dei detenuti sono considerati elementi del trattamento così dequalificandoli e degradandoli a qualcosa da conquistare in cambio di un comportamento rispettoso delle regole di vita interne.

Il Consiglio d'Europa ha in più occasioni suggerito una tipizzazione anche a livello legislativo del trattamento penitenziario. Uno sguardo rivolto alle singole categorie di detenuti aiuterebbe a far emergere i loro bisogni da una condizione indifferenziata e penalizzante.

Gli stranieri costituiscono oggi più di un terzo della popolazione detenuta. Ad essi è dedicata la Raccomandazione n. 12 del 2012 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Sono pochi i riferimenti agli stranieri presenti nella legislazione oggi vigente. D'altronde ai tempi della discussione parlamentare che portò all'approvazione della legge n. 354 del 1975, ma anche della novella del 1986 con legge n. 663, la percentuale di stranieri presente nelle carceri italiane era inferiore al 15%. Il detenuto tipo era italiano e di fede cattolica. Oggi c'è invece una presenza negli istituti di pena di detenuti di cento nazionalità diverse e professanti tutte le religioni monoteiste.

A differenza di quanto accade nelle Regole Penitenziarie Europee del 2006 non vi è una norma esplicita nel nostro ordinamento penitenziario dedicata ai bisogni e ai diritti delle donne detenute. Vi è un'attenzione alle donne in quanto madri ma non in quanto donne. Di recente è stato approvato un regolamento per la vita interna agli istituti femminili.

L'ordinamento penitenziario del 1975 contiene una norma transitoria che prevede che esso si applichi ai minori fino a quando non vi saranno regole *ad hoc*. Nonostante le sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale pochi sono stati nel tempo gli adattamenti ai minorenni della legislazione pensata per le persone adulte. Eppure è evidente che i bisogni educativi dei ragazzi sono ben diversi rispetto a quelli degli adulti.

L'attuazione della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (art. 1, comma 85, della legge 23 giugno 2017, n. 103) potrebbe essere importante occasione per l'elaborazione di norme specifiche per stranieri, donne e minori.

Daniele Chinni, *Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale*

L'art. 1 della Costituzione italiana proclama solennemente che la Repubblica si fonda sul lavoro.

Si tratta di disposizione che, non riassuntiva degli altri principii in tema di lavoro, fa assumere al principio lavorista un ruolo centrale nella qualificazione della Repubblica democratica italiana.

Entro questa cornice costituzionale deve stare anche il lavoro penitenziario – a lungo considerato, invece, ulteriore sanzione afflittiva – dal momento che i principii costituzionali impongono che il detenuto goda di tutti i diritti riconosciuti alla persona umana, salve soltanto le limitazioni necessariamente derivanti dalla condizione detentiva. La legge sull'ordinamento penitenziario (o.p.), seguendo le linee tracciate dalla Costituzione, modifica profondamente la normativa in tema di lavoro, reso elemento del trattamento penitenziario: è remunerato, è obbligatorio (da intendersi quale diritto/dovere, secondo quanto previsto in generale dall'art. 4 Cost.), deve riflettere organizzazione e metodi della società libera, deve essere professionalizzante. Il lavoro penitenziario può essere svolto tanto all'interno dell'istituto penitenziario quanto all'esterno dello stesso: se è quest'ultimo quello più affine al lavoro libero, anche quello intramurario è *lavoro in senso stretto*, tutelato «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35, comma 1, Cost.).

L'equiparazione al lavoro libero posta dall'o.p. è, tuttavia, solo tendenziale, essendo stati mantenuti dal legislatore profili di peculiarità del lavoro penitenziario. Su alcuni di questi è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale che li ha o ritenuti illegittimi (diritto alle ferie: sent. n. 158/2001; tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto: sent. n. 341/2006) o parzialmente giustificabili (retribuzione per il lavoro intramurario riducibile di 1/3 rispetto a quella prevista dai contratti collettivi: sent. n. 1087/1988, che nel saggio si auspica possa essere rimeditata), avendo quale bussola la massima espansione possibile del principio lavorista in carcere, affinché al lavoratore-detenuto siano riconosciuti i medesimi diritti garantiti al lavoratore libero.

Alla prova dei fatti, tuttavia, l'impianto dell'o.p. e i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale faticano a inverarsi. Il sistema carcerario nel suo complesso non riesce a offrire ai detenuti lavori professionalizzanti, spendibili una volta espiata la pena; con il risul-

tato che, ancora oggi, il numero dei ristretti che lavorano è inferiore al 30% della popolazione detenuta, dei quali circa l'80% ha quale datore di lavoro l'Amministrazione penitenziaria.

È in questo desolante quadro della realtà che il legislatore ha introdotto il c.d. lavoro (a titolo volontario e gratuito) di pubblica utilità (art. 21, comma 4-*ter*, o.p.) o che si propone lo scambio lavoro/libertà in alternativa a quello lavoro/retribuzione. Nel saggio si rileva che si tratta di "furberie incostituzionali": seppure l'intento è quello di riuscire a offrire lavoro ai detenuti, esse appaiono elusive dei principi costituzionali. I lavoratori-detenuti debbono lavorare *come se liberi*, con tutte le protezioni e le garanzie che al lavoro in senso stretto la Costituzione riconosce. Se portare il lavoro *in* carcere è compito che si è rivelato sommamente complesso, la strada da percorrere è già tracciata nell'o.p.: incentivare il lavoro *fuori dal carcere*, ove massima può essere l'attuazione del principio lavorista.

Caterina Tomba, *Il diritto all'istruzione e alla cultura*

L'istruzione e la cultura in ambito penitenziario hanno trovato una specifica disciplina a partire dal Regolamento penitenziario del 1891. La disciplina post-unitaria ha trovato, poi, conferma nell'ordinamento penitenziario fascista, nel quale, però, ha assunto lo specifico ruolo di strumento di indottrinamento della popolazione carceraria. Rinviando alla lettura del contributo per l'analisi delle specifiche differenziazioni tra i due ordinamenti, ciò che rileva è che fin dalla fine del XIX secolo l'istruzione è stata concepita come elemento fondamentale del trattamento penitenziario ed è stata sempre accompagnata dalla predisposizione di biblioteche e da una specifica regolamentazione dell'acquisto e della fruizione di libri. Questo apicale ruolo della scuola e della cultura non è stato, poi, abbandonato con l'avvento della Costituzione, tanto che sia nei progetti di riforma non approvati sia nella definitiva legge del 1975 si trova testualmente affermato che il trattamento penitenziario si svolge principalmente avvalendosi dell'istruzione.

È chiaro, però, che la configurazione costituzionale della pena, del diritto allo studio quale diritto sociale, nonché l'affermazione di cui all'art. 9 Cost., hanno contribuito ad attribuire al ruolo della scuola e della cultura in ambito penitenziario una conformazione distante da quella precedente. Se fino alla metà degli anni '70 si era, infatti, ancorati all'idea per cui l'ignoranza e l'analfabetismo fossero alcune delle cause della criminalità, da ciò derivando l'obbligo dei detenuti

di frequentare i corsi scolastici, la nuova struttura del diritto allo studio unitamente alle nuove funzioni della pena hanno determinato, da una parte, l'insorgere dell'obbligo dello Stato di garantire tutti i corsi scolastici e, dall'altra, l'abbandono dell'obbligatorietà nei confronti dei ristretti – fatta salva la scuola dell'obbligo.

Come si è approfondito nel contributo, però, la normativa in materia non sembra del tutto conforme ai principi costituzionali. La principale disposizione relativa all'istruzione in carcere (art. 19 O.P.) utilizza, infatti, una terminologia che, anche volendola interpretare in senso conforme a Costituzione, non permette di individuare un reale obbligo in capo all'Amministrazione penitenziaria e al legislatore statale e regionale, prescrivendo solamente "cura", "favore", "agevolazione", e "possibilità di istituzione dei corsi". Alla poco chiara e generica terminologia utilizzata, poi, si affianca una realtà carceraria che, seppur con risultati sempre maggiori, non sembra possa attualmente farci ritenere che i principi costituzionali in materia di istruzione siano stati concretamente attuati.

Oltre a quanto appena esposto, l'ulteriore criticità dell'impianto normativo consiste nella perdurante configurazione dell'istruzione e della cultura come elementi del trattamento penitenziario. I dettami costituzionali e le risultanze sociologiche moderne inducono a ritenere se non necessario quantomeno auspicabile un superamento di questa impostazione, scindendo definitivamente il trattamento penitenziario e la finalità rieducativa della pena dall'utilità dell'istruzione e della cultura, che, invece, dovrebbero essere concepite come strumenti autonomi volti ad un consapevole e volontario sviluppo della personalità degli individui.

In nessuna di queste direzioni muove, però, la legge delega 23 giugno 2017, n. 103, che fa riferimento ad un rafforzamento dell'istruzione soltanto in riferimento ai detenuti minorenni, prevedendo solo la possibilità di estendere l'eventuale nuova disciplina "quantomeno" ai cc.dd. giovani-adulti. Inoltre, anche accogliendo con favore l'intento del legislatore delegante, non si è affatto abbandonata l'inclusione dell'istruzione tra gli elementi del trattamento penitenziario, definendola, anzi, elemento "centrale". Non sembra, dunque, che all'orizzonte si intravedano rilevanti sviluppi in merito.

Elisa Olivito, *La libertà religiosa*

Il contributo ricostruisce l'evoluzione dell'ordinamento penitenziario nella garanzia dei diritti di libertà religiosa delle persone

detenute ed evidenzia come, nonostante alcune riforme, persistano significative discrasie nelle condizioni per il loro effettivo esercizio e un certo grado di istituzionalizzazione dell'elemento religioso a fini trattamentali. Si sottolineano, in particolare, le disparità ancora sussistenti nel grado di tutela della libertà di culto e dell'assistenza spirituale, così come l'impossibilità di darne un giustificazione sulla base del criterio meramente numerico ovvero della sussistenza di un'intesa con lo Stato.

In conseguenza degli importanti cambiamenti sociali e culturali che la società italiana ha proiettato sugli istituti penitenziari, sono messe in luce le istanze che, in ragione di un più avvertito pluralismo religioso, attendono di essere riconsiderate: istruzione religiosa e locali adibiti al culto, precetti alimentari, simboli religiosi, religione e regimi penali differenziati.

Anche all'interno degli istituti penitenziari si dovrebbe, in definitiva, prestare attenzione alle esigenze delle persone detenute prima che a quelle delle confessioni religiose, nel pieno rispetto dei principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di laicità e in sintonia con la crescente pluralità religiosa. Una prima occasione per la modifica delle attuali previsioni penitenziarie in materia di tutela della libertà religiosa potrebbe venire dall'attuazione della delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, introdotta da ultimo nella legge n. 103 del 2017.

Ciò presuppone, nondimeno, una seria riflessione sullo spazio che si ritiene di dover riservare all'elemento religioso in carcere, purché ciò avvenga in condizioni autenticamente egualitarie.

Marta Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*

Attraverso l'analisi delle norme costituzionali che tutelano il diritto alla salute e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla protezione dell'integrità psico-fisica dei soggetti ristretti in carcere, il contributo invita a riflettere sulle ragioni per cui la salvaguardia dello "stato di benessere fisico, mentale e sociale" della persona umana si concepisce come un diritto universale, che non può modularsi a seconda della "condizione" in cui questa si trovi. Al di là della previsione di regole organizzative peculiari, occorre far sì, allora, che i detenuti possano esercitarlo pienamente, anche perché la sua tutela deve prescindere dal grado di avanzamento nel percorso trattamentale del reo.

Adeguamenti, e qualche innovazione, nella normativa in materia di assistenza sanitaria nelle carceri sarebbero invero auspicabili, ma forse le maggiori criticità derivano dall'incompleta attuazione di previsioni già vigenti. Nel tempo la legislazione si è, infatti, evoluta nel senso del riconoscimento della parità di trattamento tra liberi e reclusi: alle norme della legge n. 354 del 1975 e del Reg. esec., che garantiscono alcune prerogative in tema di prevenzione e trattamenti sanitari, si è successivamente affiancata l'estensione delle competenze del S.S.N. anche alla medicina penitenziaria (cfr. d.lgs. n. 230 del 1999, D.P.C.M. del 1° aprile 2008); si è cioè passati da un sistema "separato", in cui era l'Amministrazione penitenziaria a organizzare anche il servizio medico, a un sistema in cui, invece, il soggetto pubblico responsabile della salute della popolazione generale si occupa anche di quella dei reclusi. Le criticità nel funzionamento dell'assistenza sanitaria penitenziaria sono però ancora evidenti, nei diversi profili in cui il diritto alla salute si articola. Nel contributo si svolge una disamina di alcune di queste, tra cui quelle legate al sovraffollamento carcerario e all'inesistenza di un omogeneo monitoraggio del fabbisogno sanitario nelle diverse Regioni; quelle connesse con l'insufficiente implementazione di trattamenti diversi da quelli farmacologici per le patologie psichiatriche; le questioni intorno ai T.S.O. e alla legittimità dell'alimentazione forzata.

Il momento di realizzare gli intenti di miglioramento del servizio sanitario penitenziario può essere questo. Alcune proposte sono state formulate nell'ambito degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale e si sta lavorando alla riforma dell'ordinamento penitenziario, che dovrebbe interessare anche il servizio sanitario (cfr. art. 1, comma 85, lettera *l*, legge n. 103 del 2017). Non sarà semplice, però, riuscire a incidere in maniera realmente positiva proponendosi un intervento "a costo zero".

Silvia Talini, *L'affettività ristretta*

L'ordinamento penitenziario (artt. 1, 15, 28) e il regolamento di esecuzione (artt. 37, 61) attribuiscono una posizione di preminenza al mantenimento delle relazioni affettive: esse si ergono a elemento positivo del trattamento perché funzionalmente rivolte al raggiungimento del finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 della Costituzione.

Tuttavia esaminando la normativa penitenziaria emergono eterogenee criticità che incidono, in particolar modo, su un duplice aspetto della dimensione affettiva: la sfera sessuale e genitoriale.

Sotto il primo profilo si assiste a un preoccupante silenzio normativo: l'assenza di norme a tutela dell'espressione anche fisica dell'affettività, che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per i detenuti che non possono accedere ai permessi premio all'esterno. Si crea, dunque, un evidente paradosso normativo di rilevanza costituzionale: per un verso, il mantenimento della dimensione affettiva è elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi di umanità e reinserimento sociale; per l'altro, il silenzio della legge impedisce l'emersione del diritto alla sessualità intramuraria che assume – di fatto – la qualifica di conseguenza accessoria della pena. Si tratta di una negazione *tout court* del diritto difficilmente compatibile sia con il dettato costituzionale sia con la funzione attribuita dalla normativa penitenziaria al mantenimento dei rapporti familiari.

Il dibattito ha recentemente ripreso vigore con la proposizione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 18, comma 2 o.p. ("colloqui") nella parte in cui non prevede che in assenza di esigenze di ordine e sicurezza – e al ricorrere di determinate condizioni soggettive – i colloqui possano svolgersi senza il controllo visivo del personale di custodia. Nonostante la Corte costituzionale abbia dichiarato la questione inammissibile, stante l'impossibilità di operare interventi additivi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore, la sentenza assume una centrale valenza monitoria: il Giudice delle Leggi sottolinea come la questione della sessualità intramuraria meriti grande attenzione da parte delle forze parlamentari non solo perché esigenza fortemente avvertita dalla popolazione detenuta ma anche in considerazione degli orientamenti presenti in ambito europeo.

Criticità a rilevanza costituzionale si manifestano altresì in relazione alla sfera genitoriale: accanto alle norme dedicate alla tutela dei legami affettivi, la normativa penitenziaria consente alle madri detenute di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni istituendo, a tal fine, asili nido all'interno delle strutture carcerarie (art. 11, comma 9 o.p.). Si tratta del c.d. fenomeno dei "bambini detenuti" difficilmente conciliabile con la tutela accordata all'infanzia sia del dettato costituzionale sia dalle fonti sovranazionali.

La materia è stata oggetto di un recente intervento di riforma, attuato con la l. 62/2011, che ha innalzato l'età della prole da 3 a 6 in riferimento al divieto di custodia cautelare in carcere, salvo il ricorrere di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e previsto la creazione degli Istituti a custodia attenuata e delle case famiglia protette; strutture prive delle caratteristiche tipiche dell'edilizia carceraria intro-

dotte nel tentativo di evitare che i minori soffrano l'esperienza della carcerazione forzata tutelando il rapporto con il genitore detenuto.

Si tratta, tuttavia, di una disciplina non applicabile alle condannate per uno dei numerosi reati ostativi elencati dall'art. 4 *bis* o.p., con la conseguenza che in questo caso tornerà a essere applicabile l'esecuzione in istituto a norma dell'art. 11, comma 9 o.p. Il legislatore, dunque, non ha attribuito alla tutela del diritto all'infanzia una posizione di assoluta preminenza. Il bilanciamento sarà affidato all'opera del giudice che, attraverso l'utilizzo di un metodo casistico, dovrà valutare in che relazione si ponga la tutela della maternità e del minore con le esigenze di prevenzione sociale.

Nel senso di una metamorfosi della normativa vigente sembra muovere la recentissima delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario. La volontà di apprestare organicità ai molti provvedimenti varati negli ultimi anni, attraverso un riassetto sistematico della materia, tocca anche – al comma 85, lett. n), dell'articolo 1 – la garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio. Tuttavia, pur essendo certamente apprezzabile l'intento di un rinnovamento in tale direzione, la formulazione della delega, genericamente riferita al diritto all'affettività, lascia presagire il mantenimento del "cono d'ombra" rappresentato dal riconoscimento della sessualità intramuraria. Bisognerà dunque attendere la successiva formulazione del testo di riforma, per capire se l'Italia saprà effettivamente cogliere le sollecitazioni offerte in tal senso da Consulta, Corte EDU e Stati Generali sull'esecuzione penale, adeguando la propria normativa al quadro costituzionale e sovranazionale in materia.

Tatiana Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale*

Le libertà collettive all'interno del carcere sono state storicamente guardate con grande sospetto. Il regolamento Rocco, di matrice fascista, si preoccupava principalmente di garantire l'ordine e la sicurezza negli istituti e, a tal fine, utilizzava la strategia dell'atomizzazione degli individui e vietava ogni forma di attività collettiva.

La legge del 1975, in linea con le indicazioni costituzionali, ha invece mutato la *ratio* di fondo dell'ordinamento penitenziario, enunciando la priorità delle esigenze dei detenuti e della garanzia dei loro diritti e libertà, per garantire il rispetto della dignità umana e perseguire il fine di rieducazione, che richiede di guardare al reingresso nella società come "orizzonte del trattamento".

In tale ottica, la legge introduce la possibilità di esercitare alcune libertà collettive (in particolare, quella di riunione per svolgere attività culturali, ricreative, sportive o religiose) pur non riuscendo a smarcarsi a sufficienza dalle ritrosie precedenti: il timore che l'esercizio di queste libertà comporti rischi per la sicurezza all'interno degli istituti e possa costituire occasione per taluni detenuti per acquisire una posizione di preminenza sugli altri occupa ancora una posizione importante (cfr. artt. 32 o.p. e 71 reg. esec.) e, nella prassi, ha sovente inibito una loro concreta implementazione.

Si pone dunque una questione di bilanciamento, che si fa particolarmente delicata per via della persistenza – anche in dottrina – della tesi dell'incompatibilità delle libertà collettive con la detenzione. Nello scritto si analizzano dunque, caso per caso, le esigenze sottese agli interessi e diritti da bilanciare, dimostrando perché tale orientamento dottrinale debba ritenersi superato, alla luce delle indicazioni costituzionali riferite sia alla finalità delle pene, sia a ciascuno dei diritti contemplati, nonché della giurisprudenza costituzionale che ha chiaramente enunciato la necessità di intendere il carcere come limitazione della sola libertà personale e non degli altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti (i quali possono essere limitati e modellati solo in funzione della particolare condizione nella quale se ne svolge l'esercizio e nella misura strettamente necessaria).

Il problema si fa, però, particolarmente delicato e complesso con riferimento alle numerose fattispecie di libertà collettive in relazione alle quali la legge sull'ordinamento penitenziario tace (la libertà di riunione per fini di manifestazione del pensiero, il diritto di associazione per il perseguimento di fini comuni) o appare del tutto insoddisfacente (la partecipazione democratica alla vita carceraria, che si risolve nella presenza all'interno di poche commissioni di detenuti selezionati tramite sorteggio). È soprattutto in questi ambiti che emerge chiaramente l'incapacità della normativa attuale (e, di pari passo, di larga parte delle prassi esistenti) di emanciparsi compiutamente dalle enunciate ritrosie.

Proprio in questa sede sarebbe invece importante dare avvio ad un radicale cambiamento, poiché vi si gioca un'importante partita per la delineazione del concetto di rieducazione del condannato e della capacità del trattamento penitenziario di guardare al detenuto non più come *oggetto*, ma come *soggetto* della rieducazione. È solo tramite un'attuazione effettiva delle libertà collettive, inoltre, che può prospettarsi un'apertura del carcere verso l'esterno, verso la società che,

secondo le indicazioni costituzionali, dovrebbe costituire la prospettiva del trattamento penitenziario.

Patrizio Gonnella, *Il diritto di voto*

Il diritto di voto è un diritto politico fondamentale da cui dipende la partecipazione di ciascuna persona alla vita comunitaria. La storia delle democrazie è anche una storia di progressivo passaggio da norme restrittive al suffragio universale. Le Corti supreme del Sudafrica e del Canada hanno elevato il diritto di voto a simbolo della dignità umana, riconoscendolo anche a tutti coloro che si trovano in stato di detenzione.

Le democrazie si sono orientate in modo molto differente. C'è chi nega a tutti i detenuti la possibilità di votare, chi lo fa in modo parziale, chi lo riconosce a tutti. La Corte Europea dei diritti umani ha in questo ambito avuto una *case-law* non del tutto coerente, prima condannando il Regno Unito e poi assolvendo l'Italia.

La Costituzione italiana all'articolo 48 afferma che *«il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge».* I nostri Costituenti non hanno codificato una regola universalista. Conseguentemente la perdita del diritto di voto viene regolamentata nell'ambito delle pene accessorie e riguarda una parte dei detenuti, ossia quelli condannati per i reati più gravi. Le pene accessorie seguono la persona anche alla fine della pena fino a quando interviene la riabilitazione. Il diritto di voto viene, dunque, subordinato al comportamento e alla regolarità della condotta sociale e sottratto all'area dei diritti universali e mai comprimibili.

La legislazione italiana concede il diritto di voto soltanto a chi è condannato a pene particolarmente brevi o si trova in custodia cautelare in carcere. In questo caso ci pensa la doppia burocrazia comunale e penitenziaria a rendere il diritto scarsamente esercitato.

Ilaria Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*

Il diritto all'informazione si caratterizza per un'articolazione complessa che racchiude due diverse posizioni soggettive: sotto il profilo attivo si può guardare all'informazione come diritto di informare ovvero come libertà di espressione, sotto il profilo passivo come diritto all'informazione, ovvero come diritto di ciascuno di ricevere e di cercare informazioni. Nel sistema costituzionale italiano non vi è un esplicito riferimento al diritto in parola.

La posizione maggioritaria è solita rintracciare, quale fondamento costituzionale del diritto-libertà all'informazione, l'art. 21 della Costituzione. La normativa penitenziaria in materia di informazione prevede che sia accordata ai detenuti la possibilità di avere accesso ai mezzi di informazione così da consentire il mantenimento dei contatti con il mondo esterno. L'informazione, infatti, è un'esigenza particolarmente avvertita dal soggetto ristretto dal momento che una preclusione generalizzata all'informazione comporterebbe un forte e immotivato isolamento rispetto alla società libera, con una conseguente violazione dell'art. 21 Cost. Esclusi i casi in cui siano proprio i legami con l'ambiente criminale di provenienza a dover essere recisi, la permanenza in carcere non dovrebbe risolversi in una estromissione del detenuto dal mondo esterno.

La verifica della sussistenza di eventuali condizioni tali da giustificare compressioni del diritto all'informazione è rimessa alla disciplina dell'art. 18-*ter* o.p., dove si prevede che l'autorità giudiziaria possa, con decreto motivato, stabilire limitazioni nella ricezione della stampa del detenuto.

Né la normativa costituzionale né quella ordinaria, specificamente riferita al contesto carcerario, tengono però in debito conto la duplice natura dell'informazione. L'ordinamento penitenziario e il suo regolamento di esecuzione, infatti, rivolgono la quasi esclusiva attenzione all'accezione passiva del diritto all'informazione, non facendo menzione di una serie di ipotesi pur essenziali.

Per questo nella parte conclusiva del testo si sottolinea l'esigenza di un ripensamento del diritto all'informazione in carcere sul piano normativo, che non trova al momento un giusto ancoraggio nella delega penitenziaria. Fino ad oggi l'ordinamento penitenziario si è caratterizzato per trascurare completamente le forme attive di informazione, che pure rivestono nella prassi un ruolo cruciale non riducibile alle sole attività ricreative e ludiche.

Nell'accezione passiva di esercizio del diritto, invece, persistono nella normativa penitenziaria casi di funzionalizzazione dell'accesso alle informazioni a comprovate esigenze di istruzione e di lavoro. L'attività informativa può e deve costituire un elemento trattamentale autonomo in grado di accrescere la consapevolezza e la risocializzazione del soggetto detenuto scongiurando le derive dell'isolamento sociale. Tale diversa prospettiva si tradurrebbe, peraltro, in benefici diretti sulla resa dell'esecuzione penale in carcere, come dimostrato – ad esempio – dall'incidenza positiva delle attività teatrali sul fenomeno della recidiva.

Andrea Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*

Nella prospettiva costituzionalmente orientata dell'esecuzione penale, i detenuti sono titolari di tutte le situazioni giuridiche soggettive riconosciute all'uomo e al cittadino compatibili con le esigenze di ordine e sicurezza del carcere e, conseguentemente, anche del diritto alla riservatezza (nella duplice accezione del *right to be let alone* – che si esprime, tra l'altro, nella libertà e nella segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. – e di protezione dei dati personali).

Occorre osservare, peraltro, che per le persone detenute la possibilità di comunicare con soggetti esterni, ai quali siano legate da vincoli familiari o affettivi, costituisce condizione essenziale per un'esecuzione non disumana della pena ed elemento positivo del trattamento penitenziario.

L'ordinamento penitenziario (artt. 18 ss.) e il relativo regolamento di esecuzione (art. 37 ss.) disciplinano modalità (limiti quantitativi e qualitativi) e controlli per quanto riguarda i colloqui e la corrispondenza epistolare, telefonica, telegrafica e via fax dei detenuti.

Per quanto concerne la protezione dei dati personali, in difetto di specifiche previsioni da parte dell'*Ordinamento penitenziario*, trova applicazione per i detenuti la comune disciplina dettata dal d. lgs. n. 196/2003 (in particolare, quella relativa al trattamento di dati da parte di soggetti pubblici nell'ambito delle finalità istituzionali). Ad oggi, risulta un solo precedente specifico nella "giurisprudenza" del Garante per la protezione dei dati personali, relativo all'illecito trattamento di dati sensibili di alcune detenute per finalità disciplinari da parte del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

Merita di essere segnalata, inoltre, l'evoluzione conosciuta dal c.d. diritto all'oblio in seguito alla sentenza della CGUE c.d. *Google Spain*, trattandosi di situazione soggettiva che può essere invocata anche da detenuti (più probabilmente, ex detenuti, stante il rilievo centrale del fattore temporale nella pretesa alla "deindicizzazione").

Tra i principali problemi del vigente quadro normativo, si segnalano: 1) l'esiguo numero di colloqui telefonici riconosciuto ai detenuti; 2) il trattamento sfavorevole, relativamente a colloqui visivi e corrispondenza telefonica, riservato a detenuti e imputati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ai quali si applichi il divieto di benefici; 3) la dubbia legittimità costituzionale (per violazione della riserva di legge *ex* art. 15 Cost.) dell'art. 39, comma 7, reg. es. che autorizza l'a.g. a disporre

l'ascolto e la registrazione delle conversazioni dei detenuti; 4) la dubbia legittimità del visto di censura per i detenuti in regime di 41-*bis*, per violazione della riserva di giurisdizione.

La recente delega penitenziaria (legge n. 103/2017) sembra consentire un limitato margine di intervento al Governo nell'ambito che qui interessa, impegnandolo esclusivamente a disciplinare i collegamenti audiovisivi allo scopo di favorire le relazioni familiari. Non sono state pertanto recepite alcune delle indicazioni contenute nel *Documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale* (tra cui quelle citata *supra* ai nn. 1 e 2). È auspicabile che le stesse possano assumere rilievo in occasione di successivi interventi da parte del legislatore.

Giuliano Serges, *Il diritto a non subire tortura. Ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*

Sin dal diritto romano era previsto l'istituto della tortura giudiziaria, che conobbe il suo maggior sviluppo durante l'età del diritto comune. A seguito della lotta illuministica per l'abolizione del "rigoroso esame" e della scomparsa dello stesso in tutti gli Stati europei, il concetto di "tortura" in ambito giuridico ha subito una rapida evoluzione, che ha portato alla definizione "omnicomprensiva" fornita dall'ONU all'art. 1 della CAT. La tortura, ormai, non è più considerata in quanto istituto processuale, bensì quale trattamento disumano e degradante particolarmente grave, anti-democratico e contrario ai principî del garantismo giudiziario. Il divieto di tortura è stato recepito dal Costituente principalmente con il quarto comma dell'art. 13 Cost., che implica l'obbligo di punizione di qualunque violenza fisica e morale su persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. Analogo obbligo è imposto dalla CAT, ratificata dall'Italia. Il legislatore ha ritenuto di dare seguito – tardivamente e dopo alcune condanne da parte della Corte EDU – a tali obblighi con la l. n. 110/2017, che ha introdotto nell'ordinamento italiano uno specifico reato di tortura.

La legge, approvata col dichiarato scopo di mettere l'Italia in regola con gli obblighi internazionali, presenta numerosi problemi che rischiano di renderla inadeguata a raggiungere il fine cui sarebbe preposta. In primo luogo, il reato è di tipo comune, e non proprio dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio. In secondo luogo, esso non è imprescrittibile. In terzo luogo, viene richiesto che esso si realizzi mediante più «violenze o minacce» e «più condotte», e che si traduca in un «verificabile trauma psichico», lasciando così "scoperte" numerose ipotesi di vessazione rientranti nella definizione

internazionale di tortura. Come si tenta di dimostrare nel saggio, tali problematiche comportano non solo la permanenza della situazione di inadempienza dell'Italia rispetto agli obblighi internazionali, ma anche la perdurante inattuazione del quarto comma dell'art. 13 Cost.

Sulla base di quanto esposto, sarebbe auspicabile un intervento correttivo del legislatore per rimediare alle imperfezioni della normativa esaminata la quale, per altro verso, ha almeno l'utilità di rendere possibile un'eventuale pronuncia manipolativa da parte della Corte costituzionale. In conclusione si osserva come, in assenza di interventi da parte del Parlamento e del Giudice delle leggi, l'unica alternativa resti, nei limiti del possibile, quella di una interpretazione adeguatrice da parte del giudice ordinario.

Leonardo Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*

A seguito dello stragismo mafioso dei primi anni novanta sono stati introdotti nell'ordinamento penitenziario gli articoli 4-*bis* e 41-*bis*, secondo comma.

L'art. 4-*bis*, contenente un ampio catalogo di reati ostativi, è strutturato secondo una precisa scansione dei gradi di pericolosità dei reati. Su tali basi esso subordina l'accesso alle misure risocializzanti: per i reati c.d. di prima fascia, alla collaborazione con la giustizia; per i reati c.d. di seconda fascia, all'assenza di elementi dai quali desumere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Il sistema nel suo complesso risulta, però, in contrasto con l'ideale rieducativo di cui all'art. 27, 3 comma Cost. poiché l'accesso alle misure rieducative è completamente slegato dal progresso trattamentale del detenuto e, in ogni caso, impone a quest'ultimo un tempo di espiazione della pena, al fine dell'accesso alle misure risocializzanti, superiore a quello richiesto ai detenuti comuni.

Alla stessa logica di inasprimento del "carcere" per i soggetti legati alla criminalità organizzata risponde l'art. 41-*bis*, secondo comma. La norma, infatti, permette al Ministro della Giustizia di sospendere le normali regole di trattamento ed applicare un regime speciale di detenzione. È lo stesso articolo a stabilire le limitazioni alle regole trattamentali, prevedendo un catalogo di limitazioni, le quali devono essere tutte contemporaneamente applicate.

L'articolato normativo suscita, però, non pochi dubbi di costituzionalità; da un lato, poiché consente all'amministrazione e non alla giurisdizione di applicare ulteriori limitazione alla libertà personale;

dall'altro, perché il rigore delle speciali regole di trattamento contrasta non poco con l'ideale rieducativo. Si pensi, a titolo esemplificato, al rigore della disciplina dei colloqui con i familiari.

La legge n. 103 del 2017, contenente disposizioni di delega anche per la riforma dell'ordinamento penitenziario, non incide positivamente sulle criticità qui evidenziate.

Sulla base di quanto esposto, sarebbe auspicabile quanto segue. Riguardo all'art. 4-*bis*, da un lato, il completo superamento del meccanismo della collaborazione, prevedendo quale elemento per l'accesso alle misure risocializzanti la sola prova della mancanza di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata; dall'altro l'abrogazione completa della disciplina dei reati di seconda fascia o, in alternativa, un'opera di seria bonifica delle ipotesi dei reati ostativi.

In riferimento all'art. 41-*bis*, invece, oltre al superamento della rigidità di alcune specifiche limitazioni al normale regime trattamentale, sarebbe costituzionalmente necessario affidare alla magistratura la competenza ad adottare il provvedimento applicativo del regime detentivo speciale.

Silvia Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*

È noto come la riforma dell'ordinamento penitenziario abbia rappresentato un innegabile traguardo nel riconoscimento della dignità innata delle persone recluse, attraverso la previsione di un corpo organico e sistematico di norme che ne ha codificato diritti e prerogative.

Deve tuttavia rivelarsi come tale rinnovamento risulterebbe privo di ogni significato – risultando mera formulazione astratta – se al riconoscimento della titolarità di diritti non corrispondesse la previsione di adeguate forme di tutela. In questo ambito fondamentale è stata, a fronte di una costante inerzia legislativa, l'opera della giurisprudenza costituzionale che ha agito in una duplice direzione: assicurando che la tutela dei diritti sia garantita attraverso un procedimento avente natura giurisdizionale; garantendo la vincolatività delle decisioni della Magistratura di sorveglianza nei confronti degli atti compiuti dall'Amministrazione penitenziaria.

Sotto il primo profilo con la storica sentenza n. 26 del 1999 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non prevedono un'adeguata tutela giurisdizionale in riferimento ai reclami generici aventi ad oggetto i diritti dei detenuti, lasciando tuttavia al legislatore il compito di individuare la procedura adeguata

stante la varietà dei modelli processuali esistenti. Tuttavia, a seguito di una prevedibile inerzia parlamentare, sono state le Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 25079/2003) a compiere tale scelta ritenendo applicabile, anche per i reclami generici aventi ad oggetto i diritti dei detenuti, la procedura di cui all'art. 14 *ter* o.p. (procedimento avverso il provvedimento che dispone la sorveglianza particolare).

Sotto il secondo profilo – vincolatività delle decisioni della Magistratura di sorveglianza nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria – la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 135 del 2013 risolvendo un conflitto di attribuzioni tra il Ministero della Giustizia e il Tribunale di sorveglianza di Roma: nessun potere discrezionale è attribuito all'Amministrazione, l'inottemperanza dei provvedimenti giudiziali concernenti i diritti dei detenuti è illegittima, perché in contrasto con il sistema di attribuzioni costituzionali e con la tutela effettiva dei diritti dei detenuti.

La questione relativa alla garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" ha recentemente ripreso vigore a seguito della nota sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte EDU: i giudici di Strasburgo hanno imposto allo Stato italiano di dotarsi di effettivi rimedi preventivi e compensativi a tutela dei diritti dei ristretti. Mossa dal timore di una gravosa condanna, la maggioranza parlamentare ha adottato diverse misure volte ad aumentare gli strumenti di tutela azionabili dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza, distinguendo chiaramente tra reclamo generico e reclamo avente natura giurisdizionale, oggi espressamente disciplinato nel nuovo articolo 35-*bis* o.p., accanto al quale si pone l'art. 37-*ter* o.p. recante la disciplina in materia di rimedi risarcitori.

Quanto al reclamo generico il decreto ha apportato diverse modifiche, la più significativa delle quali è rappresentata dall'inserimento, tra i destinatari della procedura, del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale. L'istituzione di un organismo indipendente rappresenta un indubbio traguardo nel lungo percorso che conduce a un'effettiva garanzia dei diritti dei ristretti anche in via non giurisdizionale. Non si tratta, tuttavia, di un'evoluzione conclusasi soprattutto in ragione di un maggiore grado di autonomia e incisività che dovrebbe connotare la nuova Autorità. Si fa riferimento alla necessità che il Garante implementi progressivamente il proprio organico con personale altamente qualificato anche non dipendente dal Ministero della Giustizia e, parallelamente, all'esigenza che venga attribuito al Collegio un potere sanzionatorio effettivo nei

confronti dell'Amministrazione, sì da assicurare un impatto maggiormente incisivo, in termini di cogenza, dei propri risultati ispettivi.

Anche i rimedi di cui agli artt. 35-*bis* e *ter* o.p. non risultano esenti da rilievi critici. La "preventività" del reclamo si configura come meramente apparente: non si tratta di uno strumento volto ad anticipare – impedendone l'adozione – eventuali atti o comportamenti lesivi di posizioni giuridiche dei ristretti. Il rimedio consente esclusivamente di evitare il protrarsi di una lesione già pienamente configurata; ciò, oltretutto, a condizione che il pregiudizio sia "attuale" e "grave". Con riferimento all'articolo 35-*ter* o.p., la monetizzazione del pregiudizio è apparsa l'unica soluzione concretamente percorribile quando non fosse possibile applicare uno sconto di pena. Inoltre la quantificazione fissa e invariabile del pregiudizio priva l'organo giudicante di qualsiasi potere discrezionale, impedendo una valutazione che tenga conto delle qualità soggettive del richiedente e delle concrete condizioni di espiazione della pena. Il legislatore, dunque, ha percorso una via indennitaria che attribuisce un prezzo fisso alla violazione; scelta, questa, che sembra contraddire alla radice la natura stessa del bene supremo della dignità umana.

In riferimento all'effettiva garanzia dei principi del giusto processo e del diritto alla difesa, occorre da ultimo richiamare l'assai preoccupante previsione contenuta nella recente delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Al comma 85 dell'art. 1, lett. a), si prescrive al delegato la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza (…)». A fronte di una delega connotata da un'allarmante generalità e vaghezza, il legislatore sembra mosso dalla preoccupazione di inserire una puntale indicazione in riferimento alla necessità di contrarre le garanzie del contraddittorio prevedendone il differimento o, addirittura, l'eventualità. Se, dunque, con l'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p. la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti ha definitivamente trovato espressione nella normativa penitenziaria, le recenti scelte del legislatore sembrano muoversi secondo una logica opposta mettendone a rischio l'effettività; il differimento e l'eventualità del contraddittorio, in un ambiente in cui i diritti appaiono come l'espressione dei bisogni più intimi della persona e delle sue scelte quotidiane, svuota la tutela di un connotato fisiologicamente connesso alla sua concretezza: la conoscenza della persona prima dell'adozione di un provvedimento in grado di incidere fortemente sulla sua sfera giuridica.

Notizie sugli Autori

Marta Caredda, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Daniele Chinni, Ricercatore a tempo determinato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

Ilaria Del Vecchio, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Patrizio Gonnella, Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università degli Studi «Roma Tre», Presidente dell'Associazione «Antigone» e della «Coalizione italiana per i diritti e le libertà civili»

Tatiana Guarnier, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino

Elisa Olivito, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, «Sapienza» - Università di Roma

Leonardo Pace, Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

Marco Ruotolo, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Giuliano Serges, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche con co-tutela internazionale di tesi, Università di Pisa (curriculum in «giustizia costituzionale e diritti fondamentali») e Università di Toulon (E.D. 509 CDPC)

Silvia Talini, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Caterina Tomba, Dottoranda di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

Andrea Turturro, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Collana Diritto penitenziario e Costituzione

1. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, 2014, II ed.
2. M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, 2014
3. P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, 2014
4. C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2015
5. M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, 2016

Finito di stampare nel mese di settembre 2017 dalla *Grafica elettronica* - Napoli