Università Roma Tre
Master in "Diritto penitenziario e Costituzione"

Direttore
Marco Ruotolo

Condirettore
Massimo De Pascalis

7

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

Silvia Talini

LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE

Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative

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 © 2018 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-479-6

Indice

Prefazione di Mauro Palma xi
Introduzione 1

Capitolo I
Privazione della libertà, tutela della dignità e inviolabilità dei diritti. Un'inversa metamorfosi

1. Brevi riflessioni introduttive. L'inquadramento storico-normativo come parametro oggettivo dell'indagine 7
2. Punire cosa, punire perché, punire come 9
3. I volti della dignità-libertà nel '900: una metamorfosi inversa 19
   3.1. Cambiamenti nella "genetica" istituzionale 22
   3.2. La discussione intorno alla mutazione di senso e funzione dell'esecuzione penale in sede costituente 24
   3.3. Fondamenti della complessa architettura costituzionale a tutela delle persone ristrette 28
      3.3.1. Inviolabilità dei diritti e duplice fisionomia della dignità 28
      3.3.2. Un insostituibile baluardo a tutela dell'inviolabilità della libertà personale 37
4. Quando la metamorfosi sembrava irreversibile: uno sguardo d'insieme alla riforma penitenziaria del 1975 44
   4.1. Il cambio di fonte normativa quale prima novità negata. Decretazione d'urgenza e circolari amministrative 48
   4.2. Il reinserimento sociale come percorso trattamentale fondato sulla personalità di ciascun ristretto e sul mantenimento dei contatti con l'ambiente esterno 57
   4.3. Il riconoscimento della titolarità di diritti effettivi 64
5. Un'incursione soggettiva: la giurisprudenza costituzionale tra umanizzazione e funzione della pena 67
   5.1. La finalità rieducativa come principio generale dell'or-

dinamento e qualità essenziale di pene ragionevoli e proporzionate 73
5.2. Gli incerti confini dei trattamenti contrari al senso di umanità 79

Capitolo II
Quale individualizzazione in un carcere sovraffollato? Detenzione sociale, interventi emergenziali e custodia ante iudicatum

1. La carenza di individualizzazione quale fattore ostativo alla realizzazione del finalismo rieducativo 85
2. Il sovraffollamento carcerario: un endemico "metro" di valutazione delle politiche sociali, penali e penitenziarie 99
2.1. Riflessioni preliminari 99
2.2. Un fenomeno volutamente consolidato. Interventi emergenziali e carcerazione delle individualità marginalizzate 109
2.3. Un'illegittimità non più prorogabile. La linea "intransigente" espressa dalle Corti 127
2.4. Il diritto a uno spazio detentivo dignitoso come parte del più ampio diritto a un'esecuzione penale conforme a dignità. Considerazioni prodromiche 137
2.4.1. Quando calano le luci di Strasburgo: una promozione dai pericoli neo-retributivi 144
3. La tenacia della giurisprudenza costituzionale nella lunga vicenda del custodialismo obbligatorio *ante iudicatum* 159
3.1. Il legislatore cede all'"assedio giurisprudenziale". Il reticente ritorno (legislativo) al principio del minor sacrificio necessario della libertà 171

Capitolo III
Oltre i limiti del "non intervento" legislativo-applicativo: Il processo giurisprudenziale di emersione dei diritti

1. *Ius positum* e resistenze. La (tri)partizione della giurisprudenza costituzionale nell'affioramento dei diritti 177
2. Emersione giurisprudenziale e conformazione del diritto al lavoro: due sentenze manipolative a manifesto effetto monitorio 191

2.1. Le prestazioni lavorative tra Costituzione ed esecuzione penale. Cenni 191
2.2. Addizione e sostituzione nel lavoro ristretto come manifesto del bilanciamento in astratto (e in concreto) durante lo *status detentionis* 198
3. L'"emersione applicativa": il diritto di accesso alle tecniche di PMA per i detenuti in regime detentivo speciale nella giurisprudenza di legittimità 212
4. Il diritto a non subire tortura come posizione soggettiva legislativamente emersa ad efficacia applicativa semi-sommersa 221
4.1. L'obsoleta "copertura minima": un *revival* inaspettato 230
4.1.1. La copertura minima alla prova dei fatti: le condanne per Genova e Asti come conseguenze di una decennale sommersione 238
4.2. Un nuovo reato dalle antiche criticità 244
5. Intimità e sessualità negli istituti penitenziari: un diritto sommerso 253
5.1. Il tentativo di affioramento giurisprudenziale: inammissibilità ad efficacia monitoria 271
5.2. Tra sommersione ed emersione: ipotesi *pro futuro* 278

Capitolo IV
La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale: tutele ad effettività emersa

1. Magistratura di sorveglianza e giurisdizionalità. Un'emersione anomala 285
2. L'involuzione del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. 298
3. Vincolatività delle decisioni e obbligo di ottemperanza quali corollari della giurisdizionalità del procedimento di sorveglianza 310
3.1. L'affioramento normativo: tra effettività ed ineffettività delle forme di tutela 316
4. Brevi riflessioni di sistema 331

Opere citate 335

Ai miei genitori

A un odierno lettore improvviso che non conosca i percorsi attraversati dalla realtà sociale e relazionale del nostro Paese può sembrare strano sentirsi ricordare che c'è stato un tempo in cui l'aggettivo *complesso* non aveva un'intonazione semantica negativa. Tutt'altro: era indice della rilevanza di un tema e della necessità e volontà intellettuale di misurarsi con esso. Oggi, al contrario, la complessità è vista come un inutile ostacolo a un'ansia decisionale che poco riflette e molto annuncia.

Questa accezione positiva del non semplice, non immediato e non banale, che l'aggettivo *complesso* sintetizza, potrebbe apparire strana anche a un giovane frequentatore di dinamiche *social* dense di elementi informativi ma anche di risposte immediate, ridotte a un *tweet*, irriflesse quanto brevi e tendenti a non leggere le tonalità di grigio che ogni situazione e ogni tema richiedono per non restare schiacciati dalla logica binaria del bianco o nero.

Difficile allora far comprendere che non è così: la complessità è tutt'altro che un fardello che non permette di cogliere l'intrinseca semplicità delle questioni; al contrario è il "sale" delle questioni, il loro valore intimo e rifiutare di leggerla è indice dell'incapacità a misurarsi con le difficoltà che l'agire e il pensare pongono, nel tentativo di rinchiuderle in una sorta di impossibile ricettario di soluzioni pronte.

La linearità di pensiero a cui si tende oggi è forse frutto di una passata enfasi sull'interconnessione tra aspetti anche distanti o di una tendenza, opposta a quella attuale, volta a rendere difficili situazioni anche più banali: Ennio Flaiano, del resto, affermò che «in Italia la via più breve tra due punti è l'arabesco», proprio a indicare la tendenza a non vedere soluzioni lineari. Ma, questa condivisibile critica a quella costruzione surrettizia di difficoltà che origina e consolida il pensiero burocratico, non ha a che ve-

dere con il riconoscimento dello schema relazionale che ogni tema porta con sé, del suo riferire necessariamente come in un grafo, un aspetto ad altri, articolandosi in rete e non certo in una linearità, soprattutto quando il tema riguarda sistemi regolativi delle relazioni umane. Così complessità e complicazione svelano la propria differenza: una distanza sostanziale tra di esse perché la prima rappresenta un valore da riconoscere e considerare, la seconda un ostacolo da saper superare.

Si può partire da questa riflessione amara e apparentemente lontana per capire come la questione dell'esecuzione penale, delle sue modalità, anche quando ci si limiti alla sola pena detentiva, e della sua funzionalità al riequilibrio della lacerazione che ogni reato, in dosi più o meno rilevanti, comporta, sia questione complessa. E quanto inutili siano le affermazioni di chi propone di affrontarla con meri provvedimenti edilizi, con potenziamento degli strumenti di sicurezza, forse anche con maggiore garanzia di correttezza interna ma certamente con totale impermeabilità all'esterno. Sono le soluzioni di chi non riconosce la complessità, appunto, del tema. Questo disconoscimento è ciclicamente riproposto nel discutere del come e perché punire e di quali diritti tutelare in chi è privato della libertà in ragione di quanto commesso. Non è tema semplice e rispetto a esso forse si dovrebbe prendere atto della limitatezza delle soluzioni che le nostre società sono fino a oggi riuscite a mettere in campo, a partire dall'ossimoro del *segregare* per *socializzare*, reinterrogandosi su altre forme del rispondere alla commissione dei reati; ma tali interrogativi aprirebbero alla laboriosità della riflessione sul tema che invece richiama molta voglia di rassicurazione, grande desiderio di non misurarsi con ciò che di negativo abita le nostre società e, quindi, vuole soluzioni apparentemente semplici.

Questo aspetto è tanto più forte nella recentissima storia del nostro Paese, nel contesto di semplificazione a cui si tenta di ridurre qualunque problema, sempre alla ricerca di poter comunicare che esso non sia più tale, senza dare però conto delle implicazioni "laterali" che questo processo riduzionista inevitabilmente determina e che rendono effimera ogni decisione proposta come soluzione al problema stesso. Così da un lato si alimenta un consenso

immediato – per l'apparente soluzione – e dall'altro un rancore profondo – verso i presunti responsabili di ostacoli frapposti e comunque per l'inevitabile, forse tardiva, presa d'atto che nulla si è risolto. Così si costruisce una società del consenso immediato quanto effimero, del sondaggio sempre mutevole, della ricerca affannosa di un risolutore generale che possa ipoteticamente svelare quanto facili e lineari erano quei temi che taluni volevano tortuosi e complessi, e al contempo una società del rancore verso ipotetici nemici di tale percorso, individuati in coloro che tendono a non eludere le difficoltà. Soprattutto quando il problema riguarda come rispondere al disagio, alla marginalità e ad altri fattori che aumentano l'esposizione al rischio di commissione di reati e la difficoltà è nel trovare un punto di equilibrio tra la necessaria rassicurazione da far vivere alla collettività e l'altrettanto necessaria garanzia della tutela dei diritti di tutti.

Con le chiavi di lettura proprie del costituzionalista il libro di Silvia Talini ci parla dell'esecuzione penale proprio come di un sistema *complesso*. Rompe con la tendenza attuale semplificante e analizza le diverse sfaccettature di una riflessione tematica che non coinvolge soltanto i pochi "devianti" – come sembra proporre chi vuole artificiosamente banalizzarlo – ma la società nel suo insieme perché è in essa, nelle norme e regole che si è data, che vanno ricercate potenzialità e lacune che rendono contraddittorio, parziale, frantumato e spesso ineffettivo il recupero di chi ha sbagliato alla collettività. Questo, non per un desiderio assoluto di recupero dettato da istanze assertive non verificabili, bensì sulla base della duplice considerazione dell'interesse della società al reintegro positivo dell'autore di reato per ridurre le conseguenze e i costi sociali del suo permanere nella situazione di marginalità e stigmatizzazione e dell'interesse della struttura democratica della società stessa per il valore fondante che ha per essa la progressiva inclusione di ogni suo elemento.

La complessità del sistema di esecuzione penale in carcere si rivela nei diversi aspetti che il testo analizza e che si riferiscono all'ambito normativo, a quello giurisprudenziale e a quello amministrativo che regola di fatto la vita quotidiana. Il primo ambito, fluttuante nei diversi periodi storico-politici, incide fortemente sul

terzo, soprattutto perché ampia è la distanza tra ciò che la norma astratta prevede e quanto la regola concreta, implementata, riflette e propone; in mezzo si colloca il secondo ambito – quello della giurisprudenza – che per quanto spesso totalmente dissonante nei diversi distretti dove si esercita il controllo giurisdizionale, trova una positiva unità negli indirizzi che la Corte costituzionale ha saputo dare nel corso di tanta fluttuazione e tanta rincorsa al consenso esterno.

Gli assi che l'autrice tiene ben fermi sin dall'inizio riguardano l'affermazione – questa sì giustamente assiomatica – che i diritti della persona non cessano di esigere riconoscimento e tutela quando si varca il muro del carcere, lo scrupoloso principio che la sostanza della pena è la privazione della libertà e null'altro artificiosamente e impropriamente aggiunto a essa e riguardano anche le due "lenti" attraverso cui il sistema deve essere analizzato: la dignità della persona ristretta e l'intangibilità della sua persona. In sintesi, ciò che gli articoli 2 e 13 della Costituzione segnano come direttrici "preparatorie" a quanto enunciato dal sempre citato e mai pienamente attuato articolo 27 della Costituzione.

Questa impostazione del testo che rilegge le tre linee di analisi – norme, giurisprudenza, amministrazione – secondo questi indicatori essenziali – dignità, diritti, quotidianità detentiva, significato della pena detentiva – dà la possibilità di ricostruire quelle connessioni che provvedimenti emergenziali, norme varate sul furore di richieste popolari e labilità dell'ottemperanza da parte dell'amministrazione alle ordinanze della magistratura di sorveglianza, rischiano di far perdere. È una ricostruzione della *complessità* e svela quanto siano di breve periodo e inefficaci le "soluzioni" apparentemente semplici. Per questo, il testo più volte ricorda la discussione sviluppata nell'ampia consultazione del 2016 denominata *Stati generali dell'esecuzione penale*, attraverso ben diciotto tavoli tematici e soprattutto attraverso una larga partecipazione di persone attente al carcere, non solo professionisti dell'esecuzione penale o giuristi o accademici di settore. Per questo, più volte il testo sottolinea come la parabola della semplificazione già aveva avviato il suo andamento discendente nei passaggi dai molti nodi di quest'ampia consultazione, alle ristrettezze della legge di delega

che, nel passaggio parlamentare, ne aveva esclusi alcuni e limitato altri, alla traduzione in più testi normativi di attuazione di (quasi) tutti i punti di delega che già iniziavano a sentire il mutamento del vento della discussione. Fino all'adozione recente, a governo e impostazione culturale mutati, di pochi decreti che anche negli aspetti apprezzabili hanno perso il senso di quella complessità che era all'origine dell'operazione.

Così il tema della privazione della libertà in carcere può essere riproposto oggi nella discussione pubblica come tema semplice: non richiede elaborazione, ma attuazione di pochi e saldi principi. Primo fra tutti quello di tentare di rimettere il tappo al *vaso di Pandora* che la discussione degli ultimi anni aveva rimosso, seppure ancora parzialmente. Così semplificato, diviene un tema irrilevante nel dibattito politico e tale irrilevanza è oggi avvertita all'interno degli Istituti sia dagli operatori che dalle persone ospitate: da luogo di contraddizione attorno a cui sviluppare anche accesi scontri polemici a luogo del disinteresse. Questo spiega il senso di rassegnazione depressa che registra oggi chi entra in contatto con il carcere.

Ma, l'altro versante su cui questo testo si cimenta nel ridelineare il tema nella sua *complessità* – questo è stato almeno il filo conduttore della mia lettura – riguarda anche il mondo del diritto studiato e trasmesso. Il mondo delle Università, dove la "materia" dell'esecuzione penale, e della detenzione in particolare, è stata fino a poco tempo fa vista come insieme di pratiche amministrative, non soltanto ignote in generale al giudice della cognizione, che pure a esse invia, ma anche a larga parte del mondo accademico. Il tema dei diritti nel corso dell'esecuzione penale è stato più volte riportato a settore specifico di ambito procedurale o comunque a parte di altri ambiti più riconosciuti come disciplinari.

Sappiamo bene – e non è solo Michel Focault a ricordarlo – che il potere disciplinare che si esercita in un contesto sociale ha il suo riflesso, non solo per affinità di termini usati, anche nell'organizzazione delle nostre Scuole e Università. Organizzazione articolata, appunto, secondo discipline, i cui statuti epistemologici riflettono sia il riconoscimento di potere assegnato a taluni ambiti rispetto ad altri, sia l'organizzazione interrelata dei singoli contenuti e il loro

attraversare gli apparenti confini disciplinari per riconnettersi ad altri apparentemente lontani. Una disciplina, concepita così come insieme aggrovigliato di contenuti e relazioni tra essi e da questi a quelli di altre discipline, ha quindi, intrinsecamente una struttura non lineare, *complessa*, diversamente da un semplice insieme di tecniche e di argomenti che possono invece essere organizzati senza particolari interconnessioni e legami con temi a essi esterni. Per questo il "*diritto penitenziario costituzionale*" o meglio il *diritto dell'esecuzione penale alla luce della Costituzione* ha ormai nel nostro Paese, lo statuto di disciplina e l'opera della Talini ce ne fa cogliere proprio questa dimensione: non tratta certamente tutti gli aspetti che in tale disciplina si pongono, ma tratta le sue fondamenta e ci fa comprendere come da queste sia costruibile l'edificio.

Da qui anche un valido contributo al nostro modo di pensare il diritto penale, non fermandoci alla soglia di quell'aula che si chiude dopo la sentenza e di riflettere, in prospettiva costituzionalistica, sulla relazione tra diritto penale e sistema sociale che proprio prima e dopo di quella porta dell'aula danno la ragione e il destino della funzione penale.

Mauro Palma

«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».

* * *

Alcuni anni fa aprivo un lavoro in materia di privazione della libertà personale con il richiamo a questo passaggio della storica sentenza n. 349: era il 1993 quando la Corte costituzionale, così pronunciandosi, tentò di far emergere il significato dell'umanità delle pene e del finalismo rieducativo[1], principi costituzionali che avrebbero dovuto tradursi in una rinnovata coscienza istituzionale, politica e sociale nel modo di concepire dignità umana, libertà personale e diritti dei ristretti.

Pur non volendo ridurre la portata innovativa della pronuncia, soprattutto in relazione alle "restrittive" e "custodialiste" scelte legislative dell'epoca[2], credo occorra superare – alla luce di una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria – la riconduzione dei diritti dei ristretti al termine di "residuo"[3], che secondo l'originaria accezione latina assume il

[1] Secondo quanto disposto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

[2] La sentenza è stata pronunciata nel periodo più significativo della c.d. legislazione antimafia (1991-1993) che, nel tentativo di contrastare la criminalità organizzata dopo le stragi mafiose compiute all'inizio degli anni '90, ha introdotto in via emergenziale una serie di modifiche alla normativa penitenziaria (sul regime detentivo speciale v. *infra* cap. 4, par. 2 nonché cap. 3, nota n. 29).

[3] Termine di nuovo impiegato dalla Corte costituzionale, tra le altre, nelle recenti sentt. nn. 20 e 122 del 2017, nonché n. 186 del 2018.

significato di "quello che rimane, ciò che avanza"[4]. Ebbene, come si avrà modo di chiarire nel corso della trattazione, ciò che emerge dalle sentenze della Corte costituzionale, nonché dalla giurisprudenza di legittimità e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), è una dignità ristretta non riconducibile ad un mero "avanzo di libertà", delineandosi un nucleo intangibile di posizioni soggettive in grado di espandersi progressivamente anche in relazione all'emersione di nuovi diritti nella società civile[5].

Si tratta di un processo evolutivo potenzialmente illimitato che, ponendo al centro l'individuo e la sua dignità innata[6], non sembra potersi declinare in termini di residualità, quanto piuttosto come forza propulsiva volta ad incidere sull'effettiva garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale in vista del reinserimento di ciascun condannato nel consesso sociale (art. 27, terzo comma, Cost.).

È questo l'aspetto dell'"umanità-risocializzante" – spesso marginalizzato – che colora le riflessioni intorno alla restrizione della libertà personale e alle persone ad essa sottoposte, un connubio identitario in cui diritti, democrazia e reinserimento rappresentano elementi necessari di uno stesso movimento storico-sociale: «senza diritti dell'uomo riconosciuti o protetti non c'è democrazia; la

[4] Dal latino "*residuus*", *Enc. it.*, Roma, 2017.

[5] In questo senso è stato autorevolmente messo in luce come la normativa penitenziaria dovrebbe costantemente essere letta alla luce della Costituzione, auspicando che le lancette dell'orologio del diritto penitenziario – più o meno ferme alla grande riforma del '75 dal punto di vista dello *ius positum* – siano finalmente riportate avanti (M. Ruotolo, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 3, 2013, 2091).

Perplessità in ordine all'uso del termine "residuo" sono espresse anche da recente e autorevole dottrina, G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. e soc.*, 2015, 7.

[6] La distinzione tra "dignità innata" e "dignità come conquista" si deve al pensiero cattolico ed è ripresa, con riferimento all'esecuzione della pena, da M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 12 ss.: «la dignità innata vale a evitare che la persona possa mai divenire cosa, che le azioni o le mancate azioni possano mai giustificare un trattamento inumano o degradante nei suoi confronti. Non solo la dignità innata vale a negare la possibilità stessa di una completa privazione dei diritti, potendo la mancata conquista della dignità "acquisita" giustificare solo puntuali limitazioni, proporzionate alla gravità del comportamento tenuto» (14).

democrazia è la società dei cittadini, e i sudditi diventano cittadini quando vengono loro riconosciuti alcuni diritti fondamentali»[7].

Traspare così la centralità del dibattito sulle implicazioni giuridiche, etiche e politiche connesse all'esercizio – e ai limiti – della potestà punitiva statale in relazione a ogni forma di privazione della libertà personale; tema tradizionalmente mal rappresentato dai mezzi d'informazione, soprattutto in risposta alla sempre crescente "richiesta di sicurezza" da parte della società civile e al colpevole contributo di una politica che ha spesso strumentalizzato le insicurezze dei cittadini a fini elettorali.

È un processo che ha gradualmente assunto una granitica resistenza: è noto come, soprattutto nell'ultimo decennio, l'aumento esponenziale dello spazio dedicato dai mezzi d'informazione alla cronaca nera e agli episodi di violenza contro le persone abbia contribuito a creare un generale stato di insicurezza e tensione. In questo clima si sente invocare, più che la sicurezza dei diritti, un oscuro "diritto alla sicurezza" dietro al quale si celano ombre antigarantiste e anticostituzionali[8]: come la domanda di pene detentive sempre più severe, del ricorso massiccio alla carcerazione preventiva o di ulteriori misure di marginalizzazione dei molti soggetti "deboli" o "diversi" percepiti come minaccia alla sicurezza di alcuni. Sono tendenze securitarie che si muovono nella direzione opposta alla strada costituzionalmente tracciata del "diritto penale minimo"[9] e alla diminuzione del ricorso al carcere, resa necessaria sia per evitare un'endemica situazione di sovraffollamento negli istituti italiani[10] sia dall'innegabile guadagno sociale rappresentato

[7] N. Bobbio, *L'età dei diritti* (1990), Torino, rist. 1997, Introduzione, XIII.

[8] Sul complesso rapporto tra bisogno di sicurezza e tutela dei diritti: A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia, M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Roma, 2001, 19 ss. e M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 18 ss. Si veda anche G. Gemma, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. e soc.*, 1986, 459 ss. che concretizza il "diritto alla protezione dei diritti" nella prevenzione dei reati contro i beni fondamentali del cittadino.

[9] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2009, 156.

[10] Gli ultimi dati disponibili, aggiornati al 30 settembre 2018, mostrano un numero di detenuti pari a 59.275 unità, a fronte di una capienza regolamentare di 50.622 (dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, di seguito DAP, pubblicati nella sezione "Statistiche" del sito del Ministero della Giustizia). I numeri sul sovraffol-

dal crollo dei tassi di recidiva nei casi di percorsi trattamentali individualizzati eseguiti attraverso misure *extra moenia*[11].

Alla luce di queste preliminari riflessioni, il presente lavoro propone un'analisi critica dei principi costituzionali e penitenziari in materia di privazione della libertà personale, ponendo l'accento sul compenetrarsi di un duplice profilo: sulla distanza che oggi intercorre tra l'architettura costituzionale e la situazione *de facto* del sistema di esecuzione penale; sull'analisi del controverso rapporto tra i principali attori del cambiamento: Legislatore, Corti e autorità amministrative. Si tratta di una riflessione mossa dall'intento di spostare il campo d'indagine dal solo oggetto – il dettato costituzionale e la normativa penitenziaria – al(i) soggetto(i), nel tentativo di far emergere le anomalie istituzionali intercorse, negli ultimi quarant'anni, tra scelte legislative in materia di politica criminale, applicazione amministrativa delle disposizioni e decisioni della giurisprudenza italiana e sovranazionale. Ciò che si propone è un metodo di analisi che ben potrebbe applicarsi in altri ambiti del diritto costituzionale trovando, tuttavia, nell'esecuzione penale il punto di maggiore interesse per l'"estrema tensione" che il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti esprime.

Se è vero – come si dirà a breve – che la riforma penitenziaria del '75 ha segnato un adeguamento della normativa ai principi posti dal dettato costituzionale, aprendo la strada a pene umane, rieducative e risocializzanti, è altrettanto vero che tale cammino

lamento carcerario risultavano ancor più preoccupanti negli anni precedenti alla sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte EDU: secondo i dati forniti al 31 dicembre 2009 erano detenute 64.910 persone, a fronte di una capienza regolamentare di 44.066 unità; al 31 dicembre 2010 il numero dei ristretti era aumentato a 67.961, a fronte di una capienza regolamentare di 45.022 unità.

Sul sovraffollamento carcerario come problema di rilevanza costituzionale in relazione all'esistenza di un diritto a uno spazio detentivo dignitoso v. ampiamente *infra*, cap. 2.

[11] In uno studio effettuato nel 2007 dall'Osservatorio delle misure alternative del Dipartimento della Amministrazione penitenziaria è emerso che la percentuale dei recidivi fra coloro che scontano una pena in carcere è del 68,45%, mentre nel caso di coloro che scontano una sanzione (o fruiscono di una misura) alternativa la percentuale diminuisce al 19%.

Sul punto G. GATTA, *Carcere e recidiva: avviata una ricerca dal Ministero della Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2012.

non è stato percorso in modo coerente. L'evoluzione del diritto penitenziario risulta segnata da quella che potrebbe definirsi una tendenziale e progressiva dispersione dei principi codificati dal legislatore del '75; una storia in cui le eterogenee maggioranze parlamentari si sono mosse (con isolate eccezioni) in direzioni non costituzionalmente orientate o nascondendosi dietro ponderati silenzi.

In questo complesso scenario, il delicato bilanciamento tra esigenze di sicurezza – connaturate allo stato detentivo – e garanzia dei diritti è stato spesso affidato all'opera della giurisprudenza, chiamata, a più riprese, a "rimodellare" la normativa penitenziaria secondo i principi costituzionali e sovranazionali in materia. Il quarantennale consolidamento di questo processo lascia oggi in eredità un sistema fortemente patologico e spesso incostituzionale, in cui le Corti assumono, sempre più frequentemente, la veste di attori principali nella promozione della tutela dei diritti inviolabili, a fronte di forze politiche (e autorità amministrative) che, a seconda delle contingenze, si attestano su posizioni securitarie o negligenti. È un ruolo, questo, ben lontano dalla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale che impone alla Repubblica la rimozione di quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, secondo comma, Cost.).

È in questa anomalia istituzionale – nonché nella graduale erosione dei principi costituzionali in materia di privazione della libertà personale – che si radica la necessità di un'analisi dell'esecuzione penale che sappia compenetrare il profilo oggettivo (piano normativo) e soggettivo (rapporto Legislatore/Corti/autorità amministrative). In altri termini, la sfida che si presenta al diritto costituzionale è comprendere se stiamo assistendo ad una grave propensione a ridurre la portata dei principi costituzionali in disposizioni programmatico-tendenziali o, addirittura, a un pericoloso percorso di ridefinizione *de facto* della pena e della relativa conformazione delle sue modalità di esecuzione, anche mediante la sedimentazione di un rapporto anomalo tra gli attori istituzionali.

Le pagine che seguono rappresentano un tentativo di fornire

una risposta a questa domanda. Lo scopo precipuo, dunque, non risiede nella descrizione delle ultime novità normative, di cui anche si darà conto – ora nel testo, ora nelle note – a seconda dell'incidenza sugli argomenti trattati[12], quanto nel ridefinire *ab origine* – ma in prospettiva futura – la legittimità di un sistema istituzionale in cui spetta alla Corte costituzionale valutare la conformità delle leggi – e degli atti aventi forza di legge – alla Costituzione e al Parlamento il dovere di agire sul quadro normativo adeguandolo – nel minor tempo possibile – alle decisioni del giudice costituzionale o alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

È una presa di coscienza che rappresenta un presupposto necessario affinché il legislatore abbandoni definitivamente le logiche emergenziali, spesso unicamente sospinte da gravi condanne sovranazionali, in favore di interventi strutturali, ponderati e sistematici, in grado di rimodellare l'esecuzione penale secondo il disegno costituzionale, così proseguendo lungo la strada aperta dalla riforma penitenziaria del '75.

[12] Il riferimento è, naturalmente, ai recenti decreti legislativi delegati di riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega 23 giugno 2017, n. 103, approvati in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 27 settembre 2018, mentre il presente lavoro era già in bozze.

Capitolo I

PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ, TUTELA DELLA DIGNITÀ E INVIOLABILITÀ DEI DIRITTI. UN'INVERSA METAMORFOSI

SOMMARIO: 1. Brevi riflessioni introduttive. L'inquadramento storico-normativo come parametro oggettivo dell'indagine – 2. Punire cosa, punire perché, punire come – 3. I volti della dignità-libertà nel '900: una metamorfosi inversa – 3.1. Cambiamenti nella "genetica" istituzionale – 3.2. La discussione intorno alla mutazione di senso e funzione dell'esecuzione penale in sede costituente – 3.3. Fondamenti della complessa architettura costituzionale a tutela delle persone ristrette – 3.3.1. Inviolabilità dei diritti e duplice fisionomia della dignità – 3.3.2. Un insostituibile baluardo a tutela dell'inviolabilità della libertà personale – 4. Quando la metamorfosi sembrava irreversibile: uno sguardo d'insieme alla riforma penitenziaria del 1975 – 4.1. Il cambio di fonte normativa quale prima novità negata. Decretazione d'urgenza e circolari amministrative – 4.2. Il reinserimento sociale come percorso trattamentale fondato sulla personalità di ciascun ristretto e sul mantenimento dei contatti con l'ambiente esterno – 4.3. Il riconoscimento della titolarità di diritti effettivi – 5. Un'incursione soggettiva: la giurisprudenza costituzionale tra umanizzazione e funzione della pena – 5.1. La finalità rieducativa come principio generale dell'ordinamento e qualità essenziale di pene ragionevoli e proporzionate – 5.2. Gli incerti confini dei trattamenti contrari al senso di umanità.

1. *Brevi riflessioni introduttive. L'inquadramento storico-normativo come parametro oggettivo dell'indagine*

È noto come il potere coercitivo sia storicamente ricompreso tra gli elementi costitutivi dell'apparato statale[1]: la capacità di im-

[1] Tra i primi a individuare nel potere coercitivo uno degli elementi costitutivi dello Stato guardando alla protezione della sicurezza dei consociati come questione di natura politica, T. HOBBES, *Leviatano*, pubblicato per la prima volta in Inghilterra nel 1651.

porre coattivamente il rispetto delle norme, attraverso l'applicazione di una sanzione, è infatti elemento che consente di differenziare l'apparato giuridico statale da altri "sistemi di regole" (etici, morali, religiosi etc.)[2]. In ragione della centralità che il potere punitivo assume in relazione alla "condizione di esistenza" dell'ordinamento giuridico, giungere a una corretta – quanto complessa – definizione di pena ricostruendone storia, evoluzione e funzione, rappresenta l'insostituibile punto di partenza per un'analisi che si pone l'obiettivo di mettere in luce le principali incoerenze dell'attuale sistema di esecuzione penale, mostrando carenze e ipotizzando possibili soluzioni costituzionalmente orientate.

Ne consegue la necessità di ripercorrere, seppur brevemente, le principali fasi evolutive della vicenda punitiva anche alla luce di una duplice considerazione: l'immutata validità di alcune teorie del passato e la loro influenza sull'attuale sistema sanzionatorio, a partire dal Codice Rocco e dalla Costituzione repubblicana, sino ai più recenti decreti delegati e agli interventi in risposta alla nota sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito Corte EDU) di cui si dirà ampiamente[3].

Non è tutto. Gli scopi che l'analisi si propone impongono di mettere in luce come le eterogenee considerazioni intorno alla funzione da attribuire alla pena si riflettano sui principi di umanizzazione e finalismo rieducativo e, a loro volta, come le due coordinate abbiano trovato una prima traduzione nella riforma penitenziaria del '75 che ha avuto il merito di concretizzare – almeno sul piano astratto-normativo – quella "rivoluzione costituzionalmente orientata" imposta dal terzo comma dell'art. 27 Cost.

L'esigenza di prendere le mosse dall'analisi delle teorie del passato si rinviene altresì nella necessità – tutt'altro che scontata – di

[2] I tentativi di definire ciò che connota lo Stato sotto il profilo giuridico sono numerosissimi ed estremamente eterogenei. Cfr., *ex plurimis*, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1, Padova, 1970, 50 e 63 ss.; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Leipzig-Wein, 1934, trad. it. di R. Treves, Torino, 1956 e, dello stesso Autore, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Cambridge, 1952, trad. it. di S. Cotta e R. Treves, Milano, 1952; C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 139 ss.; S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962.

[3] Adottata l'8 gennaio 2013, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10 (v. ampiamente *infra*, cap. 2, par. 2.3).

fornire ancora oggi compiuta risposta ai tre interrogativi cui ogni sistema penale (e di esecuzione) è chiamato a rispondere: cosa, perché e come punire. L'indagine sul complesso sistema normativo in materia di privazione della libertà si traduce, infine, nell'esigenza di inquadrare nella corretta prospettiva le disposizioni – costituzionali e penitenziarie – che fungono da "parametro oggettivo" dell'indagine al fine di valutare se, e come, la metamorfosi penitenziaria avvenuta nel corso del '900 sia stata compresa dagli attori del cambiamento intrecciando costantemente – lungo la linea retta offerta dall'evoluzione storica e sociale – volontà ordinamentale, volontà parlamentare e volontà giurisprudenziale.

2. *Punire cosa, punire perché, punire come*

– «La pena in senso stretto è la sanzione di un fatto-reato; l'applicazione della pena in senso stretto consegue all'accertamento giudiziale di un fatto di reato; la condanna ad una pena produce i cosiddetti effetti penali e, cioè, è premessa di determinate situazioni giuridiche qualificanti la persona dal punto di vista dell'applicazione della legge penale (…); la pena si traduce, generalmente, nella creazione di uno *status* di condannato (…)»[4].

– «La pena è la conseguenza giuridica di un reato, cioè la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale»[5].

– «Lo studio dell'essere della pena trova nella pena come sofferenza in sé il suo significato; quello sul dover essere trae direttamente il senso della pena dalla funzione che le si attribuisce. Il primo considera il dato essenziale, mentre il secondo si riferisce ad un orizzonte ipotetico, sorretto dalle teorie funzionaliste, ma si trova tuttavia a dover fare i conti con l'esperienza empirica, spesso traditrice»[6].

* * *

[4] P. Nuvolone, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 787.

[5] G. Bettiol, *Diritto penale*, Padova, 1976, 684.

[6] M. Pavarini, Silète poenologi in munere alieno*! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, 40.

Le riflessioni attorno ai diversi volti che la pena assume impongono di condurre un'indagine assai articolata che sappia rispondere in maniera progressiva alle molteplici domande che essa pone al sistema giuridico. Le dottrine sopra sinteticamente richiamate consentono di trovare risposta a una prima questione: cosa punire?

Un'indicazione in questo senso, evidentemente di carattere formale, si coglie nella seconda definizione che individua i presupposti logici della pena, quali la presenza di un ordinamento giuridico positivo, la sussistenza di norme qualificabili come "precetti penali" e la conseguente possibilità di riconoscere determinate condotte come illecite e, in quanto tali, meritevoli di specifica sanzione. Nulla è detto, invece, sui profili soggettivi derivanti dalla sua applicazione, per i quali viene in soccorso la prima definizione. Con la commissione di un illecito il rapporto tra lo Stato, che ha posto le norme violate, e l'autore della condotta subisce una duplice trasformazione: oggettiva, a seguito del mutamento in negativo della realtà fattuale derivante dal reato, i pubblici poteri sono legittimati ad irrogare una pena («è la sanzione di un fatto-reato»); soggettiva, l'illecito determina la creazione, in capo al reo, di un *status* di condannato, per effetto del quale egli risulterà destinatario di una serie di provvedimenti idonei a comprimere la sua sfera giuridica, limitandone in vario modo libertà e potere decisionale.

È dunque agevole trarre una prima conclusione: la sanzione si configura, per un verso, come ogni provvedimento (legittimo) irrogato da un potere pubblico nei confronti di chi abbia violato i precetti posti e diretto a privare il reo di un bene che altrimenti l'apparato statale sarebbe obbligato a rispettare[7]; dall'altro, come condizione necessaria affinché la compressione della sfera giuridica del trasgressore risulti lecita, legittimando una significativa ingerenza del potere pubblico in uno spazio che – in assenza della condotta criminosa – resta di inviolabile dominio individuale.

Identificata la doppia sfera di azione della pena, l'ultima delle definizioni citate crea un collante empirico tra la prima questione (cosa punire: un fatto qualificato dall'ordinamento giuridico come

[7] F. Cavalla, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della filosofia sociale*, Padova, 1979, 54.

reato) con gli altri quesiti: perché e come punire. Si tratta di un passaggio determinante verso la ricerca di forme di legittimazione all'uso del potere afflittivo ontologicamente connaturato alla nozione di pena[8]; legittimazione che, all'epoca delle codificazioni moderne, ha trovato ampia risposta nelle contrapposte teorie assolute (c.d. retributive, elaborate dalla Scuola Classica) e relative (c.d. utilitaristiche o preventive, riconducibili alla Scuola Positiva). Il prevalere di una prospettiva rispetto all'altra – e il loro reciproco combinarsi – «si manifestano in tempi e forme diverse che riflettono non soltanto una logica interna al sistema penale, ma anche tendenze di un più ampio contesto politico, sociale e culturale»[9], la cui portata ha inciso fortemente sull'attuale conformazione del sistema di esecuzione penale secondo il dettato costituzionale.

Come noto, nelle teorie retributive, la pena trova la sua ragione in sé stessa: si punisce, *sic et simpliciter*, perché è stato commesso un delitto[10]. Presupposto indefettibile della sanzione penale è l'esistenza di un insieme organico e sistematico di regole penali, conoscibile da parte della generalità dei consociati, rimanendo ciascuno libero di rispettarlo, o disattenderlo, in virtù del libero arbitrio. La legittimazione del potere sanzionatorio si fonda dunque sull'imputabilità della persona o, meglio, sulla «facoltà di autodeterminarsi

[8] L'afflittività insita nel concetto di pena è stata recentemente «posta in termini altamente problematici rispetto alle prerogative essenziali della persona, visto che ogni sofferenza intenzionalmente provocata a un essere umano è sempre a rischio di negarne l'inattingibile umanità» (G. Forti, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, 246).

[9] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 691.

[10] Il concetto di retribuzione trova compiuta espressione nella Scuola Classica della seconda metà del XIX secolo, i cui componenti si allontanano dalle dottrine di stampo preventivo dell'illuminismo penale. Così il fine della pena viene descritto nell'opera di uno dei principali esponenti della teoria retributiva: «lo scopo della sanzione non è quello né che la giustizia sia fatta, né che l'offesa sia vendicata; né che sia risarcito il danno (…); né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espii il suo reato; né che si ottenga la sua emenda. Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, 6).

Si tratta di una visione destinata ad assumere un peso decisivo sia nella redazione del Codice Zanardelli (1889) sia del "Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori giudiziari" (R.D. n. 260 del 1891) che, a sua volta, influenzerà i postulati del Regolamento penitenziario del 1931 (*infra*, cap. 1, par. 3).

secondo una libera scelta della propria volontà»[11]: quale castigo per il male commesso, la pena si giustifica solo laddove la persona scelga consapevolmente di violare la norma pur avendo la possibilità di osservarla. In tal senso, presupposto applicativo della sanzione risiede nella concreta capacità di intendere il (dis)valore etico, morale e sociale delle proprie azioni e di determinarsi liberamente in relazione alle medesime, sottraendosi all'influsso di fattori interni ed esterni[12].

La stessa retribuzione, oltre a una matrice giuridica (esterna), può trovare una giustificazione "interna" di natura morale derivante dall'assunto kantiano che vede nell'azionabilità del sistema punitivo un imperativo categorico di giustizia scaturente dall'interiore coscienza umana[13]. La pena trova il suo fondamento nell'esigenza di rispondere al male commesso con un altro male ad esso proporzionato; è dunque una retribuzione etica, giustificata dal valore morale intrinseco alla legge penale infranta[14]. Viceversa, in accordo con la prima dottrina (natura giuridica della retribuzione), il reato si pone quale negazione di un diritto giuridicamente tutelato: la sanzione è un legittimo strumento volto a riaffermare il

[11] Cfr. F. Cavalla, *La pena come riparazione: oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in F. Zanusi, S. Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Milano, 2004, 12. Nell'illustrare i postulati della Scuola Classica l'Autore mette in luce come essa muova «dal presupposto del libero arbitrio da cui derivano alcune conseguenze. In primo luogo si afferma che l'uomo è libero di autodeterminarsi in quanto è in grado di conoscere con certezza il bene e il male; presupposto soggettivo della pena è esclusivamente la colpevolezza, in quanto l'uomo è rimproverabile per le sue scelte; infine il comportamento degno di pena è soltanto la commissione di un reato che è determinato tassativamente e oggettivamente».

[12] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 560.

[13] Sulle possibili implicazioni quanto alla stessa titolarità dei diritti del pregiudizio kantiano che considera "libero" soltanto il cittadino che si conformi agli stereotipi normativi della legalità, v. A. Chiocchi, *La pena impietosa. Luoghi, tempi e culture del carcere*, in *Quaderni di società e conflitto*, 12, 1997, nonché M. Ruotolo, *I diritti dei detenuti*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 145.

[14] Sulla teoria della pena come retribuzione nell'epoca moderna, cfr. E. Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1988, 48 ss.; F. D'Agostino, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, 236 ss.; G. Bettiol, *Diritto penale*, op. cit., 67; B. Petrocelli, *La funzione della pena*, in *Riv. dir. penit*., 1935, 1315.

Criticamente sul neoretribuzionismo v. L. Eusebi, *La nuova retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, 925 ss.

precetto violato. In altri termini, se il crimine si risolve in un'azione lesiva del diritto, la sanzione si configura come «lesione della lesione» essendo perciò «retribuzione», che riflette sul reo la violenza commessa[15]. A prescindere dall'adesione all'una o all'altra visione, secondo recente e autorevole dottrina la pena, in difetto della sua finalità retributiva, cesserebbe di essere tale: al di là della giustificazione ad essa attribuita (morale o giuridica), «l'idea retributiva rimane di fatto il fulcro del diritto penale della libertà»[16].

Le teorie relative, viceversa, individuano nella sanzione uno strumento diretto a impedire la futura commissione di illeciti, tracciando una marcata dicotomia tra una funzione generale e speciale della prevenzione.

È noto come, nella dottrina general-preventiva, scopo precipuo della pena non risieda tanto nell'inflizione di una mera punizione rivolta al trasgressore, quanto nel portare a conoscenza della società tutta le conseguenze giuridiche derivanti dalla commissione del reato; è una finalità non intesa come semplice deterrenza, bensì quale «orientamento culturale che postula l'interiorizzazione e l'accettazione, da parte dei consociati, delle valutazioni di politica criminale espresse dal legislatore in un dato momento storico attraverso l'adozione della norma incriminatrice»[17]. La pena, nella sua funzione di prevenzione generale, conseguirebbe dunque un duplice scopo: negativo (che insiste sulla condotta) volto ad impedire – o a ridurre – la commissione dei reati da parte dei consociati tramite la deterrenza[18] «che assume una funzione di integrazione

[15] In questo senso G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), trad. it. di G. Marini, Roma-Bari, 1987. Seguendo la nota equazione retributiva «il delitto nega il diritto, la pena nega il delitto, la pena afferma il diritto», l'Autore attribuisce alla sanzione altri due effetti: da un lato, insistendo sul reo come lui ha agito, lo onora come essere razionale, capace di rispondere delle proprie azioni; dall'altro, costringendolo ad accettare anche per sé ciò che lui ha commesso, mostra come l'atto criminale sia "autocontraddittorio", cioè votato alla propria distruzione.

[16] F. Mantovani, *Diritto penale*, op. cit., 749 ss.

[17] In tal senso E. Dolcini, *Relazione introduttiva*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del Convegno di studio Casarano-Gallipoli 2000*, Milano, 2002, 38.

[18] A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2004, 434.

sociale e promozione del conformismo delle condotte»[19]; positivo (agendo sulla psiche) grazie al quale le sanzioni contribuiscono a formare nei consociati un giudizio di forte disapprovazione nei confronti dei comportamenti illeciti[20].

Diversamente, la prevenzione speciale attribuisce alla pena una funzione strumentale rivolta ad impedire la commissione di futuri reati da parte di coloro che si siano già mostrati inclini a delinquere; la teoria fonda i suoi assunti su una particolare visione dell'essere umano: esso seguirebbe, spontaneamente, alcune regole fondamentali il cui rispetto garantisce la convivenza civile, sicché solo alcuni individui porrebbero in atto comportamenti devianti, in grado di minacciare la sicurezza di molti. Emerge una visione determinista dell'uomo in cui poco spazio è lasciato al libero arbitrio; il reo è parzialmente responsabile perché vittima delle diverse spinte biologiche, politiche e sociali che ne hanno indotto l'agire *contra legem*[21].

Si assiste al parziale svuotamento del concetto di imputabilità in base alla premessa determinista che nessun condannato sia colpevole in senso assoluto, essendo il delitto il «risultato di condizionamenti biologici e socioeconomici che ne hanno determinato la genesi»[22]. Qui il tratto peculiare della prevenzione speciale: l'accento della deterrenza non è posto sulla generalità dei consociati – come nella prevenzione generale – ma sul singolo autore del reato, cui dovrà applicarsi una misura volta a rimuovere le cause esterne del disadattamento. L'attenzione del diritto penale si sposta, dunque, dal fatto criminoso in astratto alla personalità del reo in concreto; dalla colpevolezza per la condotta illecita, alla pericolosità sociale dell'autore intesa come probabilità che sia spinto a commettere nuove condotte criminose[23].

A ben vedere, le contrapposte visioni tracciano una marcata

[19] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, op. cit., 270.

[20] A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto*, op. cit., 435.

[21] Tra i principali esponenti del movimento positivo: E. Ferri, *La sociologia criminale*, Torino, 1878; C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, Milano, 1876; R. Garofalo, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885.

[22] S. Ciappi, A. Colucci, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997, 61 ss.

[23] F. Mantovani, *Diritto penale*, op. cit., 575.

dicotomia nella ricerca della risposta al secondo degli interrogativi posti in apertura (perché punire): per infliggere un castigo al trasgressore (visione retributiva), al fine di conseguire uno scopo estrinseco, impedire la commissione di reati da parte dei consociati (funzione general-preventiva) o del reo (prevenzione speciale).

La risposta all'ultimo quesito (come punire) discende consequenzialmente dalle riflessioni sinora condotte, modellandosi a seconda della conformazione di volta in volta assunta dal "cosa" e "perché" punire.

Nascendo come reazione alla situazione politica, sociale e giuridica in cui versava il sistema penale italiano dell'Ottocento, in cui diffuso era l'uso delle pratiche di tortura e della pena di morte, la Scuola Classica – sulla scia dei moti rivoluzionari del XVIII secolo, nati dal malcontento verso assetti di potere centrali indifferenti alle esigenze delle classi più deboli[24] – immaginò un indirizzo politico e penale in accordo con le contemporanee rivendicazioni sui diritti umani. Pur valorizzando la pena detentiva quale «strumento intrinsecamente emendativo e disciplinare»[25], stabilì regole e limiti dell'apparato punitivo, si oppose alla ferocia delle sanzioni e all'arbitrarietà connessa alla loro applicazione, rivendicando garanzie per l'individuo anche durante la fase esecutiva[26]. La pena, pur essendo retribuzione, non può assumere la fisionomia di una vendetta fondata sul vetusto principio dell'"occhio per occhio": nonostante si configuri come un «mezzo per raggiungere un bene

[24] In questo senso un illustre Autore dell'età moderna, vissuto a cavallo tra Illuminismo e Romanticismo, ha messo in luce come la punizione giuridica non potesse mai venire decretata «semplicemente come mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto perché egli ha commesso un crimine. E ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo (...) egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile» (I. KANT, *La Metafisica dei Costumi* (1785), trad. it. di G. Vidari, Bari, 2009, 227).

Un'analisi del dibattito sulla funzione da attribuire alla pena tra Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel è contenuta in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.

[25] Secondo l'idea retributiva «Le mura della cella diventano strumenti efficaci di punizione: mettono il detenuto di fronte a sé stesso: egli è costretto ad entrare nella sua coscienza» (D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977, 211).

[26] E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 143.

(…) [essa] deve sempre venire inflitta soltanto perché il reo ha commesso un crimine. Ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo (...), ed è garantito dalla sua personalità innata»[27].

Non può essere omesso, allora, un cenno alla figura di Cesare Beccaria, giurista (precursore) nella cui opera convergono alcune delle intuizioni più significative dell'illuminismo penale che troveranno fortuna anche al di fuori dei confini italiani, influenzando numerosi studiosi dell'epoca moderna[28]. L'aspetto che, ancora oggi, rende di grande attualità le riflessioni di Beccaria è la centralità attribuita all'individuo, alla salvaguardia dei diritti e alle garanzie penali in vista di una conciliazione tra utilitarismo e umanitarismo. Così, nella sua opera più famosa, l'Autore afferma che la pena «è legittima ed efficace soltanto nelle sue conseguenze utili all'uomo (…); non può esservi spazio per la libertà e la garanzia dei diritti ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa»[29].

La dignità è valore centrale ed assoluto, fulcro attorno a cui il sistema punitivo deve ruotare: le afflizioni penali, allora, «si configurano come prezzi necessari per impedire mali maggiori, e non come omaggi gratuiti all'etica, alla religione o al sentimento di vendetta»[30].

Assai diversa la connotazione del "come punire" che trae origine dagli assunti utilitaristici. La visione general-preventiva impone l'irrogazione di una sanzione afflittiva, determinata, inderogabile e proporzionata alla gravità del reato commesso; solo una conformazione "granitica" della pena può conseguire l'effetto deterrente – mediante la "minaccia della sanzione" – sul comportamento criminale futuro, orientando le condotte dei consociati.

Diversamente, muovendo dallo svuotamento dell'imputabilità, nella visione special-preventiva l'accento è posto sul singolo

[27] I. Kant, *La Metafisica dei Costumi*, op. cit., 227.

[28] Sui rapporti tra Cesare Beccaria e l'Illuminismo penale v. M. Maestro, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977.

[29] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), rist. in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1986, 47 ss.

[30] L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, op. cit., 247.

autore di reato, cui dovrà applicarsi una misura che tenda al suo recupero: anche nel "come punire", dunque, l'attenzione non è posta sulla condotta in astratto ma sulla personalità in concreto del reo come persona che, per cause esterne da individuare e rimuovere, è spinta a reiterare comportamenti penalmente illeciti[31]. Inizia ad emergere una natura "riabilitativa" della pena, come strumento volto ad eliminare la pericolosità sociale del condannato, non escludendosi tuttavia la sua neutralizzazione qualora la propensione al delitto risulti ineliminabile. Cardini del sistema sanzionatorio special-preventivo sono, quindi, l'indeterminatezza e la causalità della sanzione penale: la pena non è definita nel tempo e nella specie, protraendosi sino al momento in cui il trasgressore non risulterà privo di pericolosità per la collettività[32]. Si intravedono, in forma embrionale, le idee che nella seconda metà del '900 condurranno alla previsione di trattamenti rieducativi individualizzati e a misure diverse dalla mera custodia in carcere, calibrate sulle peculiarità del singolo condannato[33].

Scomposti e così ricostruiti i tre interrogativi proposti in apertura (cosa, perché e come punire), si impongono alcune prime riflessioni d'insieme. Pur riconoscendo che la teoria dell'emenda si fonda su un'idea nobile, respingendo ogni concezione che porta a giustificare una pena inumana e degradante (ponendosi come embrionale forma del principio di umanità delle pene), si concorda con quanti hanno individuato l'aspetto maggiormente critico della teoria – a causa della commistione tra diritto e morale – nell'attribuzione allo Stato di un pericoloso compito di valutazione del comportamento etico dell'individuo, che implica necessariamente un'interferenza nell'ambito della coscienza individuale[34].

[31] F. Mantovani, *Diritto penale*, op. cit., 575.

[32] La durata della pena-emenda può essere dunque potenzialmente illimitata in ragione dell'impossibilità di rieducare l'autore del reato. Sul punto v. M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, 93.

[33] Parla di "surrogati della pena detentiva" già G. Rispoli, *Funzione de' surrogati della pena detentiva*, in *Riv. pen*., 2, 1897, 425 ss.

[34] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, op. cit., 270 ss.

Secondo Francesco Cavalla le dottrine retributive avrebbero condotto alla nascita di un vero e proprio «diritto penale del comportamento» (F. Cavalla, *La pena come riparazione*, op. cit., 12).

Analogamente al netto delle legittime – e tuttora valide – critiche mosse ai postulati della Scuola Positiva e al suo pericoloso indirizzo determinista, alla teoria della prevenzione-speciale deve riconoscersi il merito di aver spostato l'attenzione dall'oggetto (il fatto di reato) al soggetto (l'autore), come persona inserita in un determinato contesto storico-sociale e dallo stesso influenzata e condizionata nelle scelte individuali.

In un sistema di esecuzione penale fondato sui principi di umanità delle pene e finalismo rieducativo, espressamente contenuti nel terzo comma dell'art. 27 della Costituzione – ma anche sulla valutazione della responsabilità penale *ex* art. 133 c.p.[35] – le riflessioni intorno alla natura umana della sanzione e la genesi di un primo *focus* sull'autore, rappresentano il punto di partenza per la realizzazione di un apparato esecutivo volto ad offrire un trattamento – penitenziario o extrapenitenziario – modulato sulle peculiarità del singolo condannato e sulle specificità di ogni percorso volto al reinserimento nel consesso sociale.

Al tempo stesso ricondurre la condotta criminosa non esclusivamente all'interno dell'alveo delle scelte individuali, ma anche a condizionamenti di natura storica, sociale ed economica, significa riconoscere una prima forma di responsabilità in capo ai pubblici poteri in ordine ai fattori di disadattamento sociale che inducono (in parte) alla commissione del crimine; presa di coscienza questa, che si rifletterà anche nella scelta dei Costituenti di affiancare al principio di eguaglianza formale (art. 3, primo comma, Cost.) il ben più incisivo ruolo propulsivo della Repubblica nella rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)[36].

[35] Come noto, l'articolo 133 c.p. ("Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena") enuncia criteri e canoni ai quali il giudice deve attenersi nella quantificazione della pena tra i quali: i motivi a delinquere, il carattere del reo, la condotta e la vita antecedenti al reato; la condotta contemporanea o susseguente al reato e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

[36] *Infra*, cap. 1, par. 3.3.1.

3. *I volti della dignità-libertà nel '900: una metamorfosi inversa*

«Un mattino, al risveglio da sogni inquieti, Gregor Samsa si trovò trasformato in un enorme insetto»[37], con queste parole Franz Kafka descrive ne "Le metamorfosi" (1915) la sorprendente mutazione genetica, da uomo a scarafaggio, subita al risveglio dal suo protagonista. Un mutamento fisico che modifica progressivamente il rapporto di Gregor con se stesso e la realtà circostante.

Assumendo i rischi che inevitabilmente si corrono quando si tenta di avvicinare due ambiti così distanti come letteratura e diritto, può dirsi che la privazione della libertà personale abbia subito, tra la prima e la seconda metà del '900, una metamorfosi kafkiana inversa: da insetto a uomo, per restare nella metafora.

È stato da più parti osservato come nel corso del ventennio fascista, la creazione di un apparato autoritario e repressivo fece venir meno ogni connotazione umana alle persone ristrette, in favore della protezione di interessi nazionali rimessi all'interpretazione «degli uomini ritenuti più degni e adatti»[38]; si diffuse una cultura giuridica che svuotò l'individuo di ogni valore intrinseco, rendendolo plasmabile e disponibile alla volontà dei pochi gruppi che detenevano il potere[39]. Ne risultò un apparato fortemente autoritario, con propri fini e interessi ai quali veniva subordinata la dignità innata: principi che ispirarono le riforme del sistema penale conducendo all'approvazione – oltreché del Codice Rocco (1930) – del Regolamento penitenziario (1931)[40], del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza e dell'Ordinamento giudiziario Gran-

[37] F. Kafka, *Le metamorfosi*, Lipsia, 1915, 1.

[38] M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007, 410.

[39] G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *Id.*, *Opere*, Milano, 1959, 177 ss.

[40] Per esteso "Nuovo Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena" approvato con il R.D. n. 787 e composto da 332 articoli che, in linea di continuità con il previgente Regolamento generale degli stabilimenti carcerari del 1891, contenevano le rigide prescrizioni che regolavano la vita all'interno degli istituti penitenziari.

Specificamente sul Regolamento penitenziario del 1931, cfr. A. Bonomi, *Trattamento penitenziario (Persona e)*, in *Enc. bioet. sc. giur.*, XII, Napoli, 2017, 421 ss.; A. Bernasconi, *La sicurezza penitenziaria. Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Milano, 1991, 74 ss.; T. Padovani, *Istituti penitenziari*, in *Novissmo dig. it.* (app.), Tori-

di (1941)[41]. Il nuovo assetto normativo attribuiva duplice valenza alla pena: una funzione di prevenzione generale quale scopo precipuo della sanzione e un fine retributivo in chiave "satisfattoria". Il rapporto gerarchico tra le due anime emerge chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori del nuovo codice penale: «delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente quella di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e quella satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie»[42].

Le caratteristiche repressive di un sistema penale così delineato portarono alla reintroduzione della pena di morte[43], all'enunciazione di un'amplissima serie di reati, alla previsione di pene meramente afflittive – soprattutto in relazione ai delitti contro la personalità dello Stato – e all'introduzione delle misure di sicurezza con una specifica funzione di prevenzione speciale (sistema del doppio binario)[44]. Gli scopi di politica criminale venivano dunque

no, 1983, 463 e, dello stesso Autore, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 29 e 230 ss.

[41] R.D. n. 12 del 30 gennaio 1941.

[42] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, op. cit., 686.

[43] Sull'utilizzo della pena capitale durante il regime fascista, v. G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000.

[44] Non è questa la sede opportuna per la trattazione delle complesse problematiche di natura pratica e teorica, connesse al sistema delle misure di sicurezza. Si rinvia, tra i molti, a M. Pellissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 79 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997; E. Musco, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir. (agg.)*, I, Milano, 1997, 762 ss.; L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1980, 6; B. Siclari, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza*, Milano, 1977.

In particolare sulle molte questioni che pone il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) cfr., *ex plurimis*, due contributi di A. Massaro, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2015, 1357 ss. e *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2, 2015; A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015; P. Bronzo, *Convertito il decreto sul "superamento" degli ospedali*

perseguiti mediante uno sdoppiamento di strumenti fortemente segreganti e "de-umanizzati": da un lato la pena (general-preventiva e afflittiva) applicata sul presupposto della colpevolezza, dall'altro la misura di sicurezza quale provvedimento eventuale di contenimento sociale fondato sulla pericolosità del reo e finalizzato alla sua neutralizzazione[45].

Il collegamento con la "vita animale" di Gregor Samsa, il protagonista kafkiano, non sembra allora così stridente in un sistema penale in cui la persona perde ogni connotazione legata alla natura umana: accanto alla pena capitale l'unica sanzione irrogabile è il carcere, un luogo isolato e inaccessibile dall'esterno[46] in cui si per-

psichiatrici giudiziari, in *Cass. pen.*, 6, 2014, 1989 ss.; M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, 901 ss.; F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 66 ss.

Un approfondimento di carattere storico è contenuto in G. Neppi Modona, *Gli archivi carcerari: storia dell'istituzione penitenziaria o storia dei detenuti*, in M. Galzigna (a cura di), *La follia, la norma, l'archivio. Prospettive storiografiche e orientamenti archivistici*, Venezia, 1984, 229-234.

Sulla centrale figura di Franco Basaglia nel superamento dei manicomi giudiziali, v. D. Piccione, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Roma, 2013.

In ordine alle attuali problematiche poste dall'applicazione delle misure di sicurezza v., tra gli ultimi lavori, A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere*, *REMS e CPR*, Roma, 2017.

[45] Un esame approfondito del primo secolo di storia penitenziaria in Italia è contenuto nelle due opere di G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, 5, Torino, 1973, 1903 ss. e *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Pol. dir.*, 1974, 183 ss. In entrambi gli scritti l'Autore individua le caratteristiche inumane assunte dal sistema carcerario durante l'epoca fascista tra cui: l'isolamento dalla società libera, il costante clima di violenza, l'uso della forza, l'organizzazione verticistica e centralizzata dell'Amministrazione penitenziaria, l'assenza di qualsiasi forma di svago e di opportunità trattamentale.

In altro contributo Guido Neppi Modona descrive il carcere come «luogo impermeabile e isolato dalla società libera, sì da porre i reclusi in un contesto di totale emarginazione e separazione, ben oltre le ovvie esigenze di sicurezza necessariamente destinate ad accompagnare la pena privativa della libertà» (G. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 4).

Un'ampia analisi storica sull'evoluzione del carcere in Italia è altresì contenuta in C.G. De Vito, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009 e A. Ricci, G. Salierno, *Il carcere in Italia*, Torino, 1971.

[46] Isolamento e impenetrabilità trovavano un risvolto anche nelle scelte architettoniche operate secondo il *Panopticon* elaborato da J. Bentham (J. Bentham, *Panopti-*

de l'identità e si diventa numero[47]. Il detenuto viene in rilievo non come persona titolare di diritti ma (unicamente) come destinatario di regole volte all'indottrinamento[48] o di natura tecnica dirette all'organizzazione dell'istituzione carceraria; lo stesso Ministro della Giustizia Dino Grandi, in un rapporto del 1941 sulle attività penitenziarie, utilizzò l'espressione "bonifica umana"[49]. Il disconoscimento della dignità dei ristretti diviene così parte integrante dell'esecuzione penale che, attraverso un sistema di punizioni e privilegi, mira ad «ottenere un'adesione coatta alle regole del trattamento volte a "spersonalizzare" e "atomizzare"»[50].

3.1. Cambiamenti nella "genetica" istituzionale

La metamorfosi inversa si realizza piuttosto rapidamente (come nel racconto dello scrittore ceco) nel corso del dopoguerra democratico. Il biennio 1946-1948 è contraddistinto da un cambiamento radicale della società e della visione dell'uomo rispetto ad essa e – nel campo dell'esecuzione penale – dall'ambizione di tramutare un repressivo "codice dei doveri" in un innovativo "co-

con, 1787) modello che assicura una sorveglianza costante sui detenuti senza che questi sappiano quando sono osservati. Attraverso l'uso di spazi così conformati i ristretti si trovano in uno «stato di cosciente visibilità» (M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), tr. it. di A. Tarchetti, Torino, 1993, 219).

[47] La de-umanizzazione ben traspare dall'espresso divieto vigente nel periodo fascista di chiamare i detenuti con il proprio nome, facendo obbligo di rivolgersi loro esclusivamente con il numero di matricola. Sul punto G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, op. cit., 1910.

[48] Le attività consentite negli stabilimenti penitenziari venivano ricondotte alle c.d. "tre medicine" obbligatorie (religione, lavoro e istruzione) usate in funzione afflittiva e di indottrinamento. Secondo attenta osservazione «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» (E. Fassone, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 133).

[49] D. Grandi, *Bonifica umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria. Relazione del Ministro*, II, Ministero di Grazia e Giustizia, Roma, 1941.

[50] G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, op. cit., 1903.

dice dei diritti"[51]. Al vertice della trasformazione la Costituzione repubblicana (1948), atto normativo supremo che muovendosi in direzione antitetica alla via percorsa durante il ventennio fascista, si ispira all'ideale della centralità e del primato della persona umana, considerata titolare di diritti inviolabili, preesistenti a ogni riconoscimento da parte dello Stato e non condizionati a finalità di alcun genere. Muta così la tradizionale visione che presupponeva la preesistenza e la preminenza assoluta dello Stato, affermandosi viceversa un'anteriorità logica – e ontologica – dei diritti rispetto a ogni potere esercitato dalla pubblica autorità (anche punitivo)[52].

La scelta di porre l'individuo – e la garanzia della sua dignità innata – come fulcro del nuovo apparato costituzionale segnò, per un verso, una netta rottura rispetto al sistema autoritario e repressivo dei decenni precedenti, per l'altro fu il risultato di una soluzione di compromesso intervenuta tra le principali culture politiche presenti all'interno dell'Assemblea costituente. Compromesso in cui l'ispirazione cristiana fece parlare di "dignità delle persone e formazioni sociali" e dei corrispondenti "doveri inderogabili di solidarietà" (artt. 2 e 3 Cost.); quella liberale, delle garanzie delle libertà individuali e della proprietà (art. 42 Cost.); infine, la matrice socialista condusse all'affermazione dei diritti sociali, del primato del lavoro e del dovere, per lo Stato, di rimuovere le disuguaglianze di fatto che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)[53].

[51] In questo senso N. Bobbio, *L'età dei diritti*, op. cit., 55, il quale prosegue: «Non è detto che la rivoluzione radicale debba avvenire necessariamente solo in modo rivoluzionario, può avvenire anche per gradi (…). Il rapporto politico per eccellenza è il rapporto tra governanti e governati, fra chi ha il potere di vincolare con le sue decisioni i membri del gruppo e coloro che sottostanno a queste decisioni. Nel corso del pensiero politico ha prevalso per secoli il primo punto di vista. (…) L'individuo singolo è essenzialmente l'oggetto del potere o tutt'al più un soggetto passivo. Più che dei suoi diritti si parla, dei suoi doveri, tra i quali il principale è il dovere di obbedire alle leggi. Al tema del potere di comandare corrisponde dall'altro capo del rapporto il tema dell'obbligo politico, che è per l'appunto l'obbligo, considerato primario per il cittadino, di osservare le leggi. Se un soggetto attivo si riconosce in questo rapporto, esso non è l'individuo singolo coi suoi diritti originari da far valere anche contro il potere di governo ma il popolo nella sua totalità, in cui l'individuo singolo scompare come soggetto di diritti».

[52] A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 2.

[53] Sulla centralità degli articoli 2 e 3 della Costituzionale anche in riferimento al sistema di garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale, *infra*, cap. 1, par. 3.3.1.

La Costituzione si pone, dunque, come atto avente forza propulsiva nel complesso processo di metamorfosi, cristallizzando – nella forma più alta – un radicale mutamento sia nella posizione assunta dagli individui all'interno della società (rapporti orizzontali sorretti dal principio di uguaglianza formale, espressione dello Stato di diritto), sia nel ruolo attribuito ai pubblici poteri rispetto allo sviluppo della personalità dei singoli (rapporti verticali sostenuti dall'uguaglianza sostanziale quale riflesso dello Stato sociale).

Non a caso Piero Calamandrei scrisse che i diritti di libertà, in quanto base intangibile di ogni democrazia, devono essere considerati «super-costituzionali» e, come tali, «rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche dagli attentati da esso provenienti»[54].

3.2. La discussione intorno alla mutazione di senso e funzione dell'esecuzione penale in sede costituente

In che modo dignità e diritti assumono nel testo costituzionale una rilevanza tale da porli al riparo dalle ingerenze autoritarie di cui parla Calamandrei? Come si atteggiano questi assunti in relazione a coloro che violano i precetti penali?

Una prima risposta può rinvenirsi nella lettura dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, svolti in un clima di intenso dibattito intorno alla funzione da attribuire al sistema di esecuzione penale, oscillando tra i contrapposti postulati della Scuola Classica e Positiva[55].

La preoccupazione manifestata dalla Commissione dei 75 era dovuta alla circostanza che un'esplicita presa di posizione in ordine allo scopo da attribuire alla pena avrebbe potuto tradursi nel riconoscimento del primato di una delle due teorie tradizionalmente in conflitto. Ne discende un complesso di opinioni piuttosto eterogeneo: secondo parte dei Costituenti alla sanzione doveva attribuirsi il fine della prevenzione, secondo altri di intimidazione, secondo altri ancora il solo scopo della rieducazione, estromettendo il prin-

[54] P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepulciano, 2004, 167.

[55] *Supra*, cap. 1, par. 2.

cipio di umanizzazione dal dettato costituzionale. La discussione era dunque tesa alla ricerca di una definizione quanto più capace di raccogliere i consensi[56].

La difficoltà in ordine all'assunzione di una posizione concorde sulla questione emerge con chiarezza dai lavori della seduta del 15 aprile 1947 intorno alla redazione dell'articolo 21 del Progetto di Costituzione, destinato a trasformarsi nell'attuale articolo 27.

La formula inizialmente proposta dalla Commissione anteponeva al principio di umanità il finalismo rieducativo: «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità». Interessante, soprattutto alla luce della futura formulazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. a coordinate invertite, l'emendamento proposto dagli onorevoli Bettiol e Leone in cui emerge, *in primis*, la volontà di non aderire alle dottrine del passato sulla funzione della pena: «la Commissione, è chiaro, non ha voluto prendere posizione su questo problema. Esso tormenta da secoli le menti dei pensatori e dei filosofi e agita le legislazioni di tutto il mondo; non sarebbe stata quindi questa la sede opportuna per tentare di risolverlo»[57]. Proseguendo nell'illustrazione dell'emendamento, l'on. Leone pone in luce come la Commissione volesse comunque esprimere qualcosa di diverso: «nell'esecuzione della pena, lo Stato si assuma l'impegno di facilitare il processo di rieducazione, di recupero morale del delinquente»[58].

Nello stesso emendamento si propose di invertire l'ordine delle due coordinate all'evidente scopo di attribuire centralità al senso di umanità del trattamento, evitando che la rieducazione fosse percepita come fine principale dell'esecuzione penale: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione morale del condannato»[59].

[56] G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 224.

[57] G. Leone in Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947*, Parte X, tipografia della Camera dei Deputati, 2879.

[58] *Ibidem*, 2879.

[59] *Ibidem*, 2878.

Nella medesima direzione muove l'emendamento presentato dall'on. Bastianetto: «nell'esecuzione delle pene si deve aver riguardo soprattutto al rispetto della persona umana»[60]; in sua assenza si rischierebbe «di votare una formula che non dà l'indirizzo a quelli che dovranno fare la riforma carceraria (…) molto più opportuno è inserire una formula semplice, generica, che possa offrire la base solida per questa riforma»[61]. Traspare nuovamente la preoccupazione che l'art. 21 potesse essere interpretato nel senso di assicurare esclusivamente la rieducazione del condannato, tralasciando il principio della personalità umana centrale per una futura riforma del sistema penitenziario[62].

In aperto contrasto con le richiamate posizioni, l'on. Tupini chiese il ritiro dell'emendamento Leone: «le preoccupazioni affacciate, non sono giustificate data la formulazione dell'articolo proposta dalla Commissione (…) sono convinto per un elementare senso umano, che bisogna fare ogni sforzo perché il reo possa essere rieducato (…) dirlo in questa forma mi sembra il modo più chiaro possibile»[63]. L'opposizione nasce dalla volontà di attribuire maggiore risalto costituzionale al principio di rieducazione, essendo l'umanizzazione già prevista nella proposta della Commissione: «quel senso di umanità è già contenuto ed espresso nella formulazione del nostro articolo, il trattamento del reo (…) deve ispirarsi a quelle ragioni di umanità che per il rispetto della persona umana devono essere il viatico per tutti coloro che applicano le leggi in un regime di libertà e democrazia»[64].

Nonostante il mancato accoglimento della richiesta dell'on. Tupini, venne proposta una modifica alla formula dell'art. 21 eliminando il termine "processo" e mantenendo inalterato l'ordine dei principi: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino la rieducazione morale del condannato». A favore dell'emendamento così modificato, l'on. Moro manifestò la volontà di una formulazione maggiormente neutra,

[60] C. Bastianetto, in Assemblea Costituente, op. cit., 2879.
[61] *Ibidem*, 2880.
[62] Assemblea Costituente, op. cit., 2869.
[63] U. Tupini, in Assemblea Costituente, op. cit., 2880.
[64] *Ibidem*, op. cit., 2881.

che lasciasse un sufficiente margine decisionale al legislatore in vista di una futura riorganizzazione del sistema penitenziario: «le pene non possono consistere in trattamenti disumani e debbono essere tali da permettere la rieducazione morale del condannato. Con ciò si da una precisa disposizione che vale come orientamento per la riorganizzazione del sistema penitenziario»[65].

Impostazione parzialmente diversa fu proposta nell'emendamento dell'on. Maffi; la funzione rieducativa non si risolve nell'applicazione di una pena in quanto tale, dovendo più ampiamente agire sul contesto dell'esecuzione: «L'ambiente carcerario deve essere organizzato conformemente al bisogno sociale del condannato. Nessun trattamento può essere contrario al senso di umanità»[66].

Gli emendamenti richiamati, pur suscitando un intenso dibattito, non furono approvati dell'Assemblea costituente. Tuttavia, nel tentativo di non aderire ai postulati di una delle due Scuole, si diede seguito alle indicazioni volte ad invertire l'originario ordine delle coordinate. Nel testo definitivo, su cui il diritto positivo in materia di esecuzione è oggi chiamato a confrontarsi, il principio di umanizzazione precede l'esigenza rieducativa[67]: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

[65] A. Moro, in Assemblea Costituente, op. cit., 2884.

[66] F. Maffi, in Assemblea Costituente, op. cit., 2883. In ordine agli emendamenti riguardanti la stretta vicinanza tra il principio rieducativo e le condizioni dell'ambiente carcerario è stato sostenuto che, con tutta probabilità, la loro mancata approvazione fece sì che «almeno nell'immediato periodo post-bellico, la dottrina penalistica trascurasse il problema del contenuto della detenzione legalmente inflitta e dei diritti spettanti alle persone private della libertà personale, rivolgendo in prevalenza la propria attenzione al tema della finalità della pena» (A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 11).

[67] Sulla centralità del dibattito in seno all'Assemblea Costituente riguardo alla redazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., cfr. M. Ripoli, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006, 46; M. Ruotolo, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 1, 2005, 57 ss.; G. Micali, *Il fondamento della pena e l'esegesi dell'art. 27 comma 3 della Costituzione*, in *Cass. pen*., 1991, 1166 ss.

Per un'analisi comparativa sul fine a cui tendono i diversi sistemi di esecuzione penale, v. F.C. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico sul tema)*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1, Milano, 1985, 570 ss.

La privazione della libertà personale subisce così un irretrattabile mutamento di fisionomia: il trattamento offerto nel corso dell'esecuzione penale, per espresso vincolo costituzionale, deve conformarsi al senso di umanità, assicurare il rispetto della dignità della persona e garantire l'attuazione di un percorso rieducativo che offra a ciascun condannato la concreta possibilità di reinserimento nella vita in società.

3.3. Fondamenti della complessa architettura costituzionale a tutela delle persone ristrette

3.3.1. Inviolabilità dei diritti e duplice fisionomia della dignità

Definita storia e incidenza dell'art. 27, terzo comma, Cost. – e rinviando alle pagine che seguono l'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia[68] – in dottrina è stato ampiamente rilevato come umanità e finalismo rieducativo, lungi dall'esaurire il quadro dei principi posti dai Costituenti a fondamento della tutela della persona detenuta, si inseriscono in una complessa architettura costituzionale che consente di porli al riparo dalle ingerenze repressive e autoritarie di cui parla Calamandrei.

Il riferimento è, *in primis*, al «principio supremo della libertà-dignità»[69] discendente dal combinato disposto degli articoli 2 e 3 della Costituzione, espressione dei valori metagiuridici legati ai doveri di solidarietà e al rispetto della dignità; principio che, pervadendo l'intera Costituzione repubblicana, impone la sua garanzia in riferimento a tutte le azioni in cui la personalità umana si manifesta (anche attraverso la commissione di condotte illecite). Gli artt. 2 e 3, in altri termini, pur non rivolgendosi direttamente all'esecuzione penale si configurano come "àncore normative" dei diritti inviolabili riconosciuti all'individuo in quanto tale, a prescindere da ogni connotazione soggettiva o, per quel che ai fini

[68] *Infra*, cap. 1, par. 5.

[69] L'espressione è contenuta in F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107. L'Autore definisce i diritti inviolabili anche come parte del «patrimonio irretrattabile» della persona umana (11).

dell'indagine maggiormente interessa, da valutazioni in ordine alle condotte poste in essere[70].

Come noto, l'articolo 2 della Costituzione, votato pressoché all'unanimità dall'Assemblea costituente, ha segnato una svolta decisiva nel modo di concepire l'individuo in relazione ai pubblici poteri. Utilizzando l'aggettivo "inviolabili" si è affermata la preesistenza e l'anteriorità logica dei diritti fondamentali rispetto a ogni istituzione politica e potere costituito, invertendo cioè il tradizionale rapporto Stato-singolo che aveva caratterizzato i secoli precedenti, spesso conducendo alla negazione della dignità umana durante il momento sanzionatorio[71]. Evidente come il solenne riconoscimento trovi la sua matrice storica negli eventi di immani proporzioni della seconda guerra mondiale, ancora vividi nella coscienza collettiva, che fecero avvertire l'urgenza di ancorare l'inviolabilità a una fonte normativa difficilmente soggetta alle oscillazioni delle forze politiche al potere[72].

Prendendo le mosse dalla formulazione dell'art. 2 Cost., dottrina e giurisprudenza hanno elevato la connotazione fortemente personalista della Costituzione a «fine ultimo dell'organizzazione sociale»[73], quale limite invalicabile all'esercizio del potere pubblico in ragione della primarietà riconosciuta alla persona. I diritti (in-

[70] Nel senso di riconoscere forza propulsiva ai due articoli anche A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 224 ss. Altra autorevole dottrina ha individuato negli articoli 2 e 3 «il moderno tentativo di introdurre la ragione nella storia» (A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994, 80).

[71] In riferimento all'uso del termine "inviolabili" è stato osservato come i diritti costituzionali non nascano "limitati", al contrario devono presumersi nella maggiore ampiezza possibile (P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56).

Sul dibattito intorno alla natura aperta o chiusa da attribuire all'art. 2 Cost. cfr., *ex multis*, F. Modugno, *I nuovi diritti*, op. cit., 7 ss.; A. Pace, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993; A. Barbera, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, 1975, 74.

Una ricostruzione della categoria dei diritti fondamentali in una dimensione non solo nazionale è contenuta in V. Sciarabba, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, 1, 2017.

[72] G. Dossetti, *Costituzione e resistenza*, Roma, 1995, 195.

[73] Corte cost., sent. n. 167 del 1999.

violabili) non sono nella disponibilità dei pubblici poteri; viceversa, le istituzioni della Repubblica hanno l'obbligo costituzionale di garantirli in ogni momento della vita sociale anche in seguito alla violazione delle proprie norme giuridiche[74]. Ne discende, come avrà ampiamente modo di chiarirsi, che un'eventuale compressione dei diritti delle persone ristrette risulterà costituzionalmente legittima – secondo la complessa logica del bilanciamento – solo a fronte di contrapposti interessi di rilevanza costituzionale concretamente individuati[75], come la garanzia di specifiche esigenze di sicurezza interne ed esterne.

Il sistema costituzionale si fonda peraltro sul principio della parità assiologica tra posizioni individuali e diritti sociali, confermata dalle parole dell'on. Moro, che – nell'illustrare la ragione sottesa alla codificazione dell'articolo 2 Cost. – mostra come «si sia voluto porre un coerente svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato»[76].

Riflesso del riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti è la

[74] Sul punto la dottrina è amplissima: cfr., fra i molti, A. Vedaschi, *Il principio personalista*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 210; A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 3, 2013; E. Rossi, sub *art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 42 ss.; A. Barbera, sub *art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Principi fondamentali – Art. 1-12*, op. cit., 102.

Così la Corte costituzionale nella citata pronuncia n. 167 del 1999: «il principio personalista ispira la Carta costituzionale e pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana».

[75] L'esigenza che il bilanciamento avvenga sempre tenendo conto delle peculiarità del caso concreto emerge chiaramente in R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 39 ss. Sul punto si tornerà in seguito, v. *infra* cap. 3, par. 1.

[76] A. Moro, in *Assemblea Costituente*, op. cit., 592. Prendendo le mosse da queste riflessioni parte della dottrina ha definito i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. come appartenenti alle c.d. "categorie a priori" della democrazia: l'individuo è un elemento fondamentale e trascendentale della democrazia, solo attraverso la sua tutela si realizza quell'intersoggettività senza la quale non si può parlare di ordinamento democratico e pluralista (A. Baldassarre, *Diritti della persona*, op. cit., 46).

richiesta di adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà – politica, economica e sociale – posti dalla giurisprudenza costituzionale tra i valori fondamentali della vita in comune, in posizione prioritaria (Corte cost., sent. n. 138 del 2001). Rispetto all'obbligo di adempimento nei confronti degli autori di un reato, i giudici costituzionali hanno rilevato che «un indice particolarmente significativo della acquisita consapevolezza (…) [è] rappresentato dall'atteggiamento assunto nei confronti della vittima del reato stesso»[77]. Dunque guardando ai doveri inderogabili come a "va-

[77] Alcuni hanno individuato nella sentenza n. 138 del 2001 un'apertura della giurisprudenza costituzionale alla c.d. giustizia riparativa o rigenerativa (*restorative justice*) quale visione rivolta a considerare il reato principalmente in termini di pregiudizio alle vittime (e non alla società): il danno provocato dalla condotta illecita non si ripara rebbe mediante l'applicazione delle tradizionali sanzioni penali, quanto attraverso azioni positive del reo tese a rimediare alle conseguenze lesive soprattutto nei confronti della vittima.

La necessità di delimitare il già ampio campo di indagine non consente un approfondimento sul tema. Occorre tuttavia rilevare come, soprattutto sulla spinta della legislazione sovranazionale, alcuni recenti interventi normativi abbiano mostrato una certa tendenza all'apertura verso ipotesi di giustizia riparativa. Si pensi all'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.) e al nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168-*bis* c.p.) che, al secondo comma, prevede «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato».

Sulla misura in relazione al profilo della riparazione, v. L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen*., 5, 2015, 1755 ss. Ampiamente sulla messa alla prova come istituto discendente dai provvedimenti seguiti alla sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte di Strasburgo *infra*, cap. 2, par. 2.4.1.

La giustizia riparativa è stata oggetto delle riflessioni del Tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale ("Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato") mentre non è giunto ad approvazione lo schema di decreto sul tema. La nuova formulazione dell'art. 13, terzo comma, o.p. contiene tuttavia un esplicito riferimento alla vittima e alle condotte riparatorie prevedendo che: «Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione» (modifica apportata dal d.lgs. n. 123 del 2018).

In generale sulla giustizia riparativa cfr., tra i molti: R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. ita. dir. proc. pen*., 1, 2016, 96 ss.; G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015; G. Mannozzi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; G. Rossi, *Esperienze di giustizia riparativa (2012-2013)*, in *Eco dell'Issp*, 11, 2012; G. Colombo, *Il perdono responsabile. Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Milano, 2011; F. Fiorentin, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione peniten-*

lori fondamentali della vita sociale" il loro adempimento non può che contribuire alla realizzazione della persona in diversi contesti (civile, politico, familiare e così via), «caratterizzando il processo di formazione dell'identità, incidendo, secondo una certa lettura, sulla stessa dignità, in quanto riguardata come risultato dell'azione umana»[78].

L'individuo a cui l'articolo 2 Cost. riferisce diritti (inviolabili) e doveri (inderogabili di solidarietà) dunque, lungi dal porsi come un soggetto isolato e astratto si configura quale centro di riferimento delle relazioni sociali e collettive: in altri termini ciò che l'ampia formulazione sembra generare è un moto costituzionale congiunto e parallelo tra la tutela del singolo in quanto tale e la

ziaria e delle misure alternative alla detenzione, in *Leg. pen*., 2004, 389 ss.; A. Ceretti, *Mediazione*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale dei minori. Quale riforma per la giustizia?*, Milano, 2005, 91 ss.; C. Mazzucato, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in G. Mannozzi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, op. cit., 119 ss.; L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002; A. Baldelli, M. Bouchard, *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino, 2003.

Per un'indagine comparata sulla giustizia riparativa, cfr. L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015; E. M. Catalano, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 Ue e nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4, 2014, 1789 ss.; G. Armone, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 4, 2011; F. C. Palazzo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano ed internazionale*, Firenze, 2011; I. Aertsen, *Restorative Justice in a European Perspective,* Leuven, 1999.

Un'analisi critica della giustizia riparativa sotto il profilo della sua compatibilità con il dettato costituzionale è contenuta in un recente lavoro di A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018. L'Autrice rileva come il nuovo paradigma, pur trovando uno spazio sempre crescente anche nel sistema interno, ponga non poche problematiche in riferimento al rispetto di numerosi principi costituzionali come la presunzione di innocenza, il diritto di difesa, il finalismo rieducativo delle pene e la tutela giurisdizionale.

Criticamente sul tema anche due opere di A. Pugiotto, *«Preferirei di no». Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013, 253 ss. e *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, 157 ss.

[78] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 21.

protezione della persona in riferimento con altri individui, con la società e con le formazioni sociali. Qui il rapporto inscindibile con il successivo articolo 3.

Nel delineare la duplice fisonomia costituzionale della dignità, con un volto formale (pari dignità sociale e uguaglianza davanti alla legge) e uno sostanziale (come obbligo di azione in capo ai pubblici poteri volto al pieno sviluppo della persona), la formulazione sembra attribuire – seppur non esplicitamente come nell'art. 2 – anche agli organi della Repubblica dei puntuali doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. La Repubblica non solo «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.), ma è gravata da un incisivo dovere propulsivo: rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona (art. 3, secondo comma, Cost.). Ecco dunque che i doveri travalicano i confini letterali dell'art. 2 Cost. rivolgendo l'inderogabile obbligo di adempimento sia nei confronti della vita dei singoli all'interno del consesso sociale, sia – e in modo ben più incisivo – in relazione alle scelte e alle azioni di tutte le pubbliche istituzioni.

Si coglie così anche la duplice funzione attribuita dai Costituenti alla dignità sociale: da un lato funzionalmente rivolta alla garanzia effettiva dei diritti inviolabili; dall'altro collante tra il primo e il secondo comma dell'articolo 3[79]. La forza retorica dell'inciso "pari dignità sociale", accanto all'affermazione dell'uguaglianza sostanziale e al ruolo propulsivo attribuito ai pubblici poteri, ha impresso a tutta la disposizione «una spinta dinamica verso il cambiamento»[80] imponendo alla Repubblica un preciso dovere di adempimento nel rendere effettiva la dignità sociale riconosciuta

[79] F. Pizzolato, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1998, 186.

[80] G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. Cartabia, T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del 6° Convegno della facoltà di giurisprudenza* (Milano, 15-16 maggio 2008), Milano, 2008, 15. Sulla dignità sociale come limite ai pubblici poteri, v. B. Caravita, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984 e, più di recente, F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, in *costituzionalismo.it*, 13 dicembre 2017, secondo il quale la nozione «non soltanto impedisce le distinzioni sociali, ma orienta tutta l'attività del legi-

a tutti i cittadini senza distinzioni (neanche tra persone libere e ristette).

Nonostante un iniziale scetticismo[81] sembra allora potersi affermare che – almeno da un punto di vista formale – grazie alle previsioni contenute nell'art. 3, lette in combinato disposto con quanto sancito nell'art. 2, il Costituente abbia imposto a tutte le pubbliche istituzioni l'osservanza di due precisi vincoli costituzionali: non solo il rispetto del parametro della dignità sociale (Stato di diritto), ma di porre tale principio come guida delle proprie azioni positive in vista dello sviluppo di ogni persona (Stato sociale) e della piena garanzia dei suoi diritti inviolabili (art. 2 Cost.)[82].

Quanto sinora detto non può che riflettersi su umanità e finalismo rieducativo delle pene di cui al terzo comma dell'art. 27.

Se il "principio supremo della libertà-dignità" ha portata assoluta, la sua forza propulsiva non può trovare un limite nella disciplina delle sanzioni; e anzi, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, «nel corso dell'esecuzione penale, in cui il dato distintivo è la precarietà degli individui derivante dalla mancanza di libertà»[83] – i pubblici poteri sono chiamati a rispettare con un

slatore ad assicurare e a garantire la dignità, non solo individuale, ma anche nei rapporti sociali, delle persone umane».

[81] Si veda P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituzione*, in P. Calamandrei, F. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, XXXV. A proposito del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione l'Autore parla di una vera e propria «rivoluzione promessa».

[82] Sulla lettura congiunta degli artt. 2 e 3 della Costituzione cfr., *ex plurimis*, P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2010; A. Moscarini, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, 1, Torino, 2006; F. Ghera, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur*., XI, Roma, 1989; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit.

[83] Il riferimento è alla nota pronuncia n. 26 del 1999 della Corte costituzionale: «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». In considerazione della rilevanza assunta dalla decisione sulle riflessioni intorno alla compatibilità della normativa penitenziaria con i principi costituzionali, la stessa verrà più volte richiamata nel corso della trattazione quale necessaria "lente costituzionale" dell'indagine (sul punto si vedano soprattutto le riflessioni contenute nel cap. 3, par. 1 e nel cap. 4, par. 1).

maggiore rigore il vincolo costituzionale discendente dagli artt. 2 e 3: assicurare il pieno rispetto della personalità e della dignità di ciascun ristretto, rendendo effettivo ogni percorso rieducativo teso al reinserimento sociale (art. 27, terzo comma, Cost.)[84]. In altri termini, i principi di umanizzazione e rieducazione, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., costituiscono un inderogabile valore di civiltà diretto alle maggioranze di Governo e all'intero apparato delle istituzioni penitenziarie definendo chiaramente «l'area di incidenza del vincolo costituzionale sulle scelte del legislatore penale in relazione al momento esecutivo»[85].

Si tratta di una finalità – qui un punto centrale – che non può identificarsi con l'obbligatorietà del pentimento o con pratiche di indottrinamento morale del condannato, assumendo la conformazione di un eterogeneo concetto di relazione, rapportabile al

Per un primo approfondimento della sentenza, cfr. in *Giur. cost.*, 1999, 176 ss., le note critiche di S. Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. Fazzioli, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. Santoriello, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*.

[84] Specificamente sul concetto di dignità in relazione allo stato di detenzione, cfr. G.M. Flick, *Per una nuova cultura della pena*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 22 settembre 2017; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 9 ss.; G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, op. cit., 177 ss.; G. Forti, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, op. cit.; L. Limoccia, *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli, 2012, 292 ss. Un'analisi empirica in argomento è contenuta in P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Milano, 2014.

Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di dignità della persona in stato di detenzione si tornerà ampiamente in seguito (*infra*, cap. 3, in particolare par. 1), in questa sede occorre tuttavia ricordare come la Corte di Cassazione abbia recentemente affermato che nel corso dell'esecuzione penale, non possa «mai scendersi al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria» (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 27766 del 5 giugno 2017, avente ad oggetto le condizioni di salute di un noto esponente della criminalità organizzata).

[85] V. Grevi, F. Della Casa, G. Giostra, sub *art. 1 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015, 6.

In argomento autorevole dottrina ha affermato che: «sul piano dei principi costituzionali è frequente il collegamento, in termini di logica consequenzialità, tra il superiore principio dello Stato sociale e quello, corollario del primo, del finalismo rieducativo della pena» (F.C. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *Influenza dei valori costituzionali*, op. cit., 567).

reingresso della persona nel consesso sociale «divenendo così sinonimo di "risocializzazione"»[86]. Il trattamento rieducativo, dunque, non consiste in una correzione politico-ideologica propria dei sistemi totalitari e ivi praticata attraverso tecniche impositive di manipolazione politica delle coscienze; «uno Stato di diritto non può imporre, ma solo "proporre" i valori del modello di società, che è anzitutto quello prefigurato dall'ordinamento costituzionale»[87].

Rafforza quanto sinora detto una prima riflessione sulla composizione della popolazione carceraria. Le persone attualmente recluse negli istituti penitenziari, si avrà modo di specificarne ampiamente le ragioni[88], appartengono per la maggior parte alle categorie sociali più deboli (tossicodipendenti, migranti, persone provenienti da aree del territorio nazionale estremamente svantaggiate): configurandosi come luogo delle disuguaglianze e del contenimento fisico delle tante soggettività marginalizzate, l'esecuzione penale offre alle istituzioni della Repubblica una delle sfide più significative – e complesse – nella garanzia della dignità sociale di ogni cittadino. È un impegno che, evidentemente, non può essere perseguito (e raggiunto) attraverso l'uso del diritto penale e la mera criminalizzazione di fenomeni sociali (migrazioni, dipen-

[86] F. Mantovani, *Diritto penale*, op. cit., 735.

[87] *Ibidem*, 735-736.

Nel senso che la rieducazione non possa tradursi in una manipolazione delle menti o essere guidata da logiche "correzioniste" tipiche del sistema autoritario previgente, cfr. E. Dolcini, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti*, op. cit., 1981, 57; G. Bettiol, *Il mito della rieducazione*, in Aa.Vv., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 11, 12 il quale si domanda: posto che la rieducazione è inserimento della coscienza del condannato nel quadro di certi valori culturali, «chi sceglie tali valori come determinanti per la formazione della coscienza dell'uomo? Forse l'esecutivo? In tale ipotesi tutto sarebbe sottoposto all'arbitrio dell'amministrazione che proprio in questo campo dovrebbe essere tenuta la più lontana possibile. Forse la legge? Ma anche in tale ipotesi tutto viene rimesso alle decisioni del Parlamento ove una maggioranza non può costringere nessuno a subire una data pressione per accettare un dato tipo di soluzione interna di valori. Forse la Costituzione stessa? Ma chi ci può dire quale sia l'orientamento etico-politico di una Costituzione che, nata in un periodo di aspri dissidi, reca con sé tutte le antinomie ed i contrasti (…)».

La stessa giurisprudenza costituzionale ha progressivamente utilizzato l'espressione "reinserimento sociale" in luogo del termine "rieducazione": *ex plurimis*, sentt. nn. 168 del 1972, 126 del 1983, 271 del 1998, 296 del 2005.

[88] *Infra*, cap. 2, par. 2.

denze, povertà), imponendo l'adozione di politiche economiche e sociali rivolte – nel breve e lungo periodo – a rimuovere quegli eterogenei ostacoli materiali che «limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, secondo comma, Cost.).

3.3.2. Un insostituibile baluardo a tutela dell'inviolabilità della libertà personale

Nella complessa metamorfosi della privazione della liberà nel corso del '900, dottrina e giurisprudenza hanno chiaramente individuato nell'articolo 13 della Costituzione un insostituibile baluardo a difesa dei diritti fondamentali che, ribadendo al primo comma l'inviolabilità della libertà personale[89], stabilisce rigidi confini

[89] Il concetto di "inviolabilità della libertà personale", intesa anche come diritto all'autodeterminazione o all'autorealizzazione del singolo, è stato progressivamente ampliato – anche grazie ai numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale – nel senso di ricomprendervi la garanzia non solo della libertà fisica ma, più ampiamente, della "libertà psicofisica" (F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, op. cit., 11 ss.). In questo senso è stato autorevolmente affermato che il concetto di libertà personale deve essere inteso come non del tutto comprimibile nemmeno nel corso dello stato di detenzione, in quanto «esprimente l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica» (M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 65).

Non è questa la sede per un'analisi esaustiva dei diritti emersi da un'interpretazione estensiva dell'art. 13 della Costituzione. Ai fini della trattazione è tuttavia necessario ricordare che, con specifico riferimento all'autodeterminazione dei singoli, è stato più volte osservato – e confermato del Giudice delle leggi – come non si tratti di un principio statico e unitario, permeando «trasversalmente le disposizioni costituzionali legittimando (o meno) scelte di volta in volta connesse alla libertà individuale della persona» (S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, Relazione tenuta al IV Laboratorio Sublacense su "La comunità familiare e le scelte di fine vita", in *Forum quad. cost.*, Subiaco, 3-5 luglio, 2009). È quanto accaduto, in via di esempio, in riferimento ai diritti di interiorità e integrità psichica emersi dall'interpretazione evolutiva dell'art. 13 Cost. per effetto di diverse sentenze della Corte costituzionale (*ex multis*, sentt. nn. 30/1962, 38/1973, 225/1974, 467/1991) o, ancora, in relazione all'art. 23 Cost. inteso come "libertà di autodeterminazione in ordine alle proprie azioni" (A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, 2003, 180 ss.). Sul dibattito concernente la qualificazione dell'autodeterminazione come valore costituzionale, v. anche R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989; F. Modugno, *I nuovi diritti*, op. cit., 22 ss.

In generale, sull'articolo 13 Cost., tra i molti, cfr. P. Ceretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 195 ss.; L. Elia, M. Chiavario (a cura di), *La libertà personale*, Torino, 1977; A. Pace, *Libertà personale (diritto costi-*

entro i quali essa può soffrire limitazioni in ragione di esigenze di pubblica sicurezza.

Come noto tali restrizioni, che trovano il loro elemento qualificante in una degradazione giuridica determinata «da una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona»[90], soggiacciono alla doppia riserva di legge e di giurisdizione, garanzie che pongono non pochi problemi in ambito penitenziario[91]: ogni prescrizione – sostanziale o procedurale – che importi restrizioni alla libertà personale deve necessariamente essere introdotta mediante fonte primaria, così garantendo il controllo democratico sulle misure idonee a incidere sui diritti fondamentali. Contemporaneamente la riserva di giurisdizione impone che ogni forma di «detenzione, ispezione o perquisizione personale», nonché «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» sia adottata mediante atto motivato dell'autorità giudiziaria competente, così garantendo l'effettività del controllo giudiziale – e del diritto alla difesa *ex* art. 24 Cost. – nella delicata fase esecutiva di qualsivoglia misura restrittiva della libertà (non solo nel corso dell'esecuzione delle pene)[92].

tuzionale), in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1974; G. Amato, *La libertà personale*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967; A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

In particolare sul rapporto tra libertà personale e autorità, v. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.

[90] Corte cost., sent. n. 419 del 1994.

[91] Come si avrà modo di approfondire, il rispetto della riserva di legge durante l'esecuzione penale mostra non poche criticità soprattutto in riferimento all'imposizione di numerose restrizioni all'interno di atti di natura amministrativa (*infra*, cap. 1, par. 4.1); la riserva di giurisdizione ha posto invece rilevanti problematiche in merito alla carenza di giurisdizionalità dei rimedi originariamente previsti nella riforma penitenziaria e, ancora oggi, nei confronti dei detenuti sottoposti a regime detentivo speciale (*infra*, cap. 4, in particolare parr. 1, 2 e 3).

[92] La riserva di giurisdizione (e di legge) in materia di privazione della libertà personale trova un punto di estrema tensione costituzionale nella c.d. "detenzione amministrativa" applicata in riferimento al fenomeno migratorio irregolare attraverso forme di segregazione, in ragione non di condotte criminose ma «come forma di controllo sull'accesso ai luoghi e ai territori» (M. Palma, *Prefazione* a M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna*, Napoli, 2016, XI). Secondo l'Autore la detenzione amministrativa «come forma di controllo sulle frontiere finisce così col

L'ampia formulazione («qualsiasi restrizione della libertà per-

mutare (…) il significato della stessa privazione della libertà personale, finalizzandola a un esito espulsivo e di fatto configurandola come quota di sofferenza da applicare a vite sofferenti». La segregazione nell'epoca della mobilità di massa diventa «così sintesi di una delle tensioni contraddittorie di cui si nutre la narrazione dei Centri di privazione degli stranieri irregolari, in tutti i paesi europei».

La bibliografia sul tema è amplissima. Per una definizione di "detenzione amministrativa" cfr. V. Grevi, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012, 41 e A. Caputo, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust*., 3, 1999, 431.

In ordine ai profili più strettamente attinenti alle questioni di natura costituzionale, *ex plurimis*, cfr. A. Pugiotto, *Di qua dalla Manica: la "galera amministrativa" degli stranieri in Italia*, Appendice a M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri*, op. cit., 363 ss.; A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei centri*, in *Dir. imm. citt*., 1, 2014, 17 ss.; lo stesso Autore in altra opera afferma che «apparirebbe inutile (…) discutere se il trattenimento nei CIE sia una forma di detenzione – in senso tecnico-penalistico, o più propriamente penitenziario – oppure una forma di ritenzione, o trattenimento, o detenzione amministrativa. Quand'anche si tratti di detenzione amministrativa o trattenimento od ospitalità (coatta), infatti, non verrebbe meno la sottoposizione di questa "altra" forma di restrizione della libertà personale alla regola dell'art. 13 comma 2 Cost.» (*La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Dir. pen. cont*., 11 maggio 2012); R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012; D. Perugia, *Centri di identificazione ed espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Dir. pen. cont*., 16 maggio 2012; L. Masera, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza 2009"*, Torino, 2009, 27 ss.; G. Savino, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt*., 1, 63 ss.; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001.

Questioni problematiche riguardo al rispetto della riserva di giurisdizione *ex* art. 13, secondo comma, Cost. si riscontrano anche in riferimento alle misure di prevenzione personali soprattutto se integralmente decise e applicate da soggetti diversi dall'autorità giudiziaria. Si pensi al "rimpatrio con foglio di via", tipica misura di polizia di competenza del Questore che, imponendo il rientro nel comune di residenza e impedendo il ritorno nel luogo di allontanamento, condiziona l'esercizio di numerosi diritti quali – fra i tanti – lavoro, istruzione, libertà di circolazione e relazioni affettive.

La recente legge n. 48 del 2017 di conversione del decreto-legge n. 14 dello stesso anno contenente le "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città" ha reso ulteriormente complesso il quadro normativo, introducendo un articolato pacchetto di misure volte a potenziare l'intervento di enti e forze di polizia locali nella c.d. lotta al "degrado delle aree urbane". Si pensi all'art. 9 che, in riferimento a «condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle aree interne delle infrastrutture, (…) ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze», consente al sindaco – dunque a un'autorità politico-amministrativa – di allontanare il trasgressore dal luogo di commissione dell'illecito e dalla stessa città.

Sul punto, cfr. C. Forte, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "daspo urbano"*, in

sonale») ha consentito al Giudice delle leggi di affermare che la sottoposizione ad ogni una misura restrittiva – sia in fase cautelare sia esecutiva – incidente sul grado di privazione della libertà sia lecita esclusivamente entro i confini delle limitazioni strettamente funzionali ad apprestare tutela alle esigenze cautelari o di custodia secondo il principio del minor sacrificio necessario della libertà[93]. Ogni limitazione al contenuto del diritto di libertà eccedente il rispetto dei richiamati scopi acquista, pertanto, un illegittimo valore afflittivo supplementare, «inammissibile in un ordinamento basato sulla centralità della persona, che trova nella privazione della libertà personale il limite massimo di punizione non oltrepassabile»[94].

Non è tutto. Al quarto comma la disposizione enuncia un principio per lungo tempo trascurato: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Qui, più che in ogni altra norma costituzionale – da leggersi in inscindibile rapporto osmotico con l'umanizzazione delle pene «nel senso di illegittimità di ogni trattamento che incida afflittivamente sopra l'integrità fisiopsichica del recluso»[95] – è stato individuato

Dir. pen. cont., 5, 2017, 175 ss.; C. Ruga Riva, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont*., 3, 2017, 272-278. In senso fortemente critico v. P. Gonnella, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana. Decoro* versus *dignità*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2017.

Sulle problematiche di rilevanza costituzionale delle misure di prevenzione, tra i molti e su diverse posizioni, D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Napoli, 1996; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 190 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., 104 ss. secondo cui «si avverte una forzatura nell'estensione per via d'interpretazione dell'art. 13 a fattispecie non penali, e perciò del tutto estranee a quelle per cui è stato dettato» (115); A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, op. cit., in particolare 219 ss.; L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, op. cit., il quale afferma che «l'ostacolo più serio ad una netta definizione del diritto di libertà personale, così com'è preso in considerazione dall'art. 13, deriva proprio dalla necessità di ricomprendere tra le sue restrizioni le misure di prevenzione ed in particolare la sorveglianza speciale ed il soggiorno obbligatorio» (1); F. Bricola, *Forme di tutela "*ante delictum*" e profili costituzionali della prevenzione*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, 434-446.

[93] In materia cautelare si rinvia, *ex multis*, alle sentt. nn. sent. 265 del 2010, 331 del 2011 e 110 del 2012; nella fase esecutiva alle sentt. nn. 419 del 1994 e 135 del 2013.

[94] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, op. cit., 179.

[95] P. Nuvolone, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iu-*

il nucleo del divieto di tortura, che pone in capo al Legislatore l'obbligo costituzionale di prevedere una fattispecie penale *ad hoc* idonea alla repressione dei comportamenti ad essa corrispondenti[96]. Si dirà ampiamente come tale divieto, pur oggetto di espressa previsione inderogabile anche da parte della Convenzione EDU

stitia, 1956, 144.

[96] Nel senso che il quarto comma dell'art. 13 Cost. ponga un vero e proprio obbligo costituzionale di repressione penale delle condotte di violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà, v. recentemente M. Orofino, *Diritti e doveri della persona. Diritti di libertà personale*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018, 395; Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 363 e, dello stesso Autore, *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*, 2, 2015; A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2014, 132-152, in particolare 132, 133 in cui si legge: «In un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione (…) è la sola ad imporre una repressione penale (…)» (133); M. Ruotolo, *Per l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *costituzionalismo.it*, 25 luglio 2013; F. Bailo, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 83-84; P. Gonnella, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, in *Il manifesto*, 18 maggio 2012; secondo Gonnella l'imperativo legislativo di proibire la tortura e criminalizzarne il ricorso sorge nel 1948, la tortura sarebbe cioè «l'unico delitto costituzionalmente necessario» (6); dello stesso Autore più ampiamente sul fenomeno, v. *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

L'osmosi tra l'art. 13, quarto comma, Cost. e l'art. 27, terzo comma, Cost. è stata ampiamente messa in luce in dottrina: cfr., tra i molti, G.E. Vigevani, sub *art. 13*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 112 ss.; M. Ruotolo, sub *art. 13*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, op. cit., 334, nonché L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'articolo 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 938 ss. Recentemente è stato altresì affermato che spetta «allo Stato il compito di garantire, a norma dell'art. 27, comma 3, 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, Cost.» (Giu. Serges, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia*, op. cit., 4). Si vedano inoltre i lavori preparatori dell'Assemblea costituente ben illustrati in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 67.

Si ricorda, da ultimo, che dalla punizione della violenza morale autorevole dottrina fa discendere l'ampliamento della libertà personale, passando dalla nozione di "libertà degli arresti" alla ben più ampia "libertà morale" (P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., 111).

(art. 3) – e fulcro di numerose altre disposizioni sovranazionali[97], sia stato oggetto di attenzione legislativa solo nel 2017: il 14 luglio la legge n. 110, inserendo l'art. 613-*bis* c.p., ha codificato un'apposita fattispecie di tortura la quale tuttavia pone non poche perplessità in ordine all'effettiva capacità di reprimere le condotte ad essa corrispondenti[98].

Si avrà inoltre modo di interrogarsi, attraverso un'interpretazione estensiva della disposizione in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 27, terzo comma, Cost., se l'ampiezza della formulazione consenta di spingere l'opera ermeneutica sino al punto di poter qualificare la mancata garanzia di un diritto costituzionalmente tutelato – senza che vi siano contrapposti interessi di ordine e sicurezza a giustificarne la compressione – come rientrante nelle possibili forme di violenza "fisica o morale" sulle persone sottoposte a privazione della libertà[99].

Di là dalle numerose problematiche di natura applicativa, ciò che in questa sede preme mettere in luce è stata la lungimiranza dei Costituenti; scegliendo di ricomprendere nella tutela assoluta offerta dall'art. 13 non solo i detenuti, ma tutte le persone a qualunque titolo private della libertà personale, che si trovino anche solo temporaneamente a disposizione dell'autorità[100], si è offerta garanzia costituzionale anche alle situazioni rientranti nella "zona

[97] Opportuno anticipare come momento culminante del contrasto internazionale alla tortura si ebbe con l'adozione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1984, della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 26 giugno 1987. Innegabile merito dell'intervento è l'aver fornito, nell'articolo 1, una puntuale definizione di tortura allo scopo di arginare i numerosi problemi sorti in sede interpretativa ed applicativa di cui si dirà (*infra*, cap. 3, par. 4).

[98] *Infra*, cap. 3, par. 4.2.

[99] *Infra*, cap. 3, par. 5.2. Il recente d.lgs. n. 123 del 2018 ha inserito un riflesso ordinamentale della disposizione costituzionale, prevedendo nel nuovo terzo comma dell'art. 1 o.p. che a «ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno».

[100] In ordine all'ampiezza dell'ambito applicativo del quarto comma dell'art. 13 Cost. è stato osservato: «la garanzia stabilita (…) 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» (V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana*, op. cit., 1976, 67).

grigia" del diritto penale, quali arresti e fermi che, non essendo successivamente convalidati, sfuggono di fatto a ogni controllo circa il trattamento subito dalla persona sottoposta alla misura[101].

La complessità del quadro costituzionale impone, da ultimo, un rinvio alle altre disposizioni che nel proseguo della trattazione assumeranno un ruolo decisivo nella ricerca di soluzioni costituzionalmente orientate ai numerosi problemi che – ancora oggi – il sistema di esecuzione penale impone di risolvere. Il riferimento è, *in primis*, al principio di non colpevolezza sino a condanna definitiva (art. 27, secondo comma, Cost.) che verrà in rilievo in relazione al forte (ab)uso della custodia cautelare in carcere[102]; agli articoli 24, 111 e 113 Cost. (diritto alla difesa, giusto processo e tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a.) rilevanti ai fini dell'indagine sull'effettività delle forme di tutela dei diritti[103] e, da ultimo, al primo comma dell'articolo 117 Cost. quale collante costituzionale espresso tra l'ordinamento italiano e la normativa sovranazionale che assume rilievo preminente soprattutto in riferimento all'incidenza delle norme contenute nella Convenzione EDU, centrali nella trattazione delle articolate problematiche relative al sovraffollamento carcerario[104] e al diritto a non subire tortura[105].

La metamorfosi del corpo privo di libertà inizia così ad assumere forma definitiva: i richiamati principi costituzionali, ponendo l'individuo al centro di un complesso quadro di diritti e garanzie, impediscono di ricondurre la sua conformazione a una natura diversa da quella umana. Riflessione che, ricollegandosi alle considerazioni proposte in sede introduttiva, consente di comprendere perché ogni valutazione circa la costituzionalità, o meno, delle scelte di politica criminale operate dal legislatore – anche in tempi recenti – non potesse prescindere da una seppur sintetica riflessione sul dettato costituzionale quale primo parametro oggettivo dell'indagine.

[101] L'ampia formulazione consente inoltre di ricomprendere nell'alveo di applicazione dell'art. 13 Cost. la c.d. detenzione amministrativa su cui la precedente nota n. 92.

[102] *Infra*, cap. 2, par. 3.

[103] *Infra*, cap. 4.

[104] *Infra*, cap. 2.

[105] *Infra*, cap. 3, par. 4.

4. *Quando la metamorfosi sembrava irreversibile: uno sguardo d'insieme alla riforma penitenziaria del 1975*

– Art. 1, primo comma, o.p. ("Trattamento e rieducazione"): «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona».

– Art. 1, secondo comma, o.p.: «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati»[106].

– Art. 4 o.p. ("Esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati"): «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale»[107].

* * *

Gli sforzi compiuti dai Costituenti verso un definitivo mutamento di paradigma nel modo di concepire ristretti, luoghi di detenzione e – più in generale – esecuzione penale, hanno trovato formale attuazione a metà degli anni '70: nella riforma penitenziaria (l. n. 354 del 1975)[108], umanizzazione e finalismo rieducativo permeano l'intera materia modellandola secondo le indicazioni offerte dal disegno costituzionale. Il cambiamento radicale traspare non solo dal contenuto delle singole disposizioni quanto an-

[106] Così il secondo comma dell'art. 1 o.p. riformulato dal recente d.lgs. n. 123 del 2018.

La nuova formulazione riprende in larga misura il contenuto del precedente comma 5 dell'art. 1: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

[107] A seguito della modifica apportata dal d.lgs. n. 123 del 2018, la disposizione è oggi rafforzata dal nuovo terzo e quarto comma dell'art. 1 o.p. secondo cui: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno. Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà».

[108] Rubricata "Norme sull'Ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

che dal meno evidente posizionamento sistematico: le prescrizioni d'apertura (sopra richiamate) assumono la valenza di una sorta di manifesto politico-programmatico in grado di delineare caratteri e funzioni della nuova conformazione degli istituti chiamati ad agire nell'esecuzione delle pene. La legge n. 354 nei suoi primi articoli, quasi parafrasando il dettato costituzionale, espone sinteticamente le caratteristiche del nuovo sistema esecutivo, mostrando chiaramente – anche sotto il profilo sistematico – la posizione che le maggioranze al Governo avrebbero dovuto assumere nell'operare scelte di politica criminale verso un'effettiva promozione della personalità di ciascun ristretto[109].

Gli articoli che seguono ne sviluppano progressivamente il contenuto.

Si concorda, dunque, con chi ha sostenuto che nel nuovo sistema di esecuzione i principi di umanità e finalismo rieducativo esprimono la loro portata come «tendenza alla riduzione delle forme di coercizione e violenza (fisica e psichica) sui corpi»[110], modificando l'idea secondo cui la pena detentiva rappresenti l'unica risposta agli illeciti, eseguita mediante un trattamento afflittivo e in un luogo isolato. Il carcere diventa, per converso, un ambiente nel quale devono predisporsi interventi complessi – materiali e psicologici – capaci di offrire a ciascun detenuto nuovi strumenti e competenze per la vita futura[111].

[109] Sulla centralità dell'articolo 1 o.p. come trasposizione legislativa del dettato costituzionale in materia di umanità e finalismo rieducativo delle pene, v. G. Forti, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, op. cit., 246; V. Grevi, F. Della Casa, G. Giostra, sub *art. 1 o.p.*, op. cit., 10.

La previsione dell'art. 1, primo comma o.p., trova un suo riflesso regolamentare nell'articolo 1 del Regolamento di esecuzione del 2000 (d.P.R. n. 230), il trattamento rieducativo è «diretto a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale» (sul punto *infra*, cap. 2, par. 1).

[110] M. C. Castaldo, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, 7.

[111] G. Cecanese, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 2005, 1004. Sul mutamento della fisionomia del carcere dopo la riforma penitenziaria del '75, v. anche E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, secondo il quale si capovolge la visione degli istituti penitenziari da «luoghi di (almeno tendenziale) extraterritorialità giuridica a luoghi essi pure sottoposti alle regole dello Stato di diritto» (155).

Su un versante diverso – storico-sociale – e nonostante siano trascorsi oltre quarant'anni dalla sua approvazione, può ancora affermarsi che la riforma penitenziaria del '75 ben rifletta il più ampio processo di trasformazione della società nel rapporto tra autorità e cittadini «segnando una data storica per lo sviluppo del sistema di esecuzione penale italiano»[112]. Riflessioni che hanno consentito di valutare l'innovativo intervento come espressione di due profili che reciprocamente si compenetrano. Alla riforma, *in primis*, si è guardato come estrinsecazione di un più vasto movimento in difesa dei diritti civili, che ha condotto alla trasformazione della struttura sociale e del modo di concepire l'individuo in relazione ai poteri pubblici in diversi settori della vita civile[113]. Sul piano tecnico-politico, invece, la legge n. 354 del '75 ha assolto all'obbligo di adempimento indicato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione con il precetto relativo all'umanizzazione e alla finalità rieducativa cui le pene devono necessariamente tendere in vista del reinserimento del reo nel consesso sociale[114].

Concludendo, può dirsi che il sistema disegnato dalla riforma penitenziaria rappresenti il punto di arrivo di una lenta e progressiva evoluzione concettuale del c.d. "rapporto punitivo", il quale,

[112] F. Gioggi, *Elementi caratterizzanti del nuovo ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, 118 ss. L'Autore individua nel nuovo ordinamento penitenziario tre elementi che testimoniano l'intento del legislatore di adeguare la normativa carceraria al dettato costituzionale: la qualificazione del trattamento, la previsione di misure alternative alla detenzione e la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale.

[113] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 12. L'Autore ben pone in luce come la legge penitenziaria si inserisca nella c.d. stagione delle grandi riforme volte a modificare, nel senso garantista voluto dalla Costituzione, il volto del Paese. Tra le più significative: lo Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970), il divorzio (l. n. 898 del 1970), la disciplina dei *referendum* (l. n. 352 del 1970), l'obiezione di coscienza al servizio militare (n. 151 del 1975), la soppressione delle scuole speciali (l. n. 577 del 1977), la chiusura dei manicomi (l. n. 180 del 1978); l'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194 del 1978); l'istituzione del nuovo Servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978). Di grande interesse il collegamento con il sistema elettorale: «Si tratta di un elenco che, pur non essendo esaustivo, ben mette in luce come la vigenza di un sistema elettorale proporzionale non sia di ostacolo alle c.d. grandi riforme, che piuttosto richiedono una classe politica all'altezza del compito di attuazione e svolgimento della Costituzione».

[114] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca (a cura di), *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, op. cit., 2 ss.

tuttavia, presenta una costante storica condizionante: lo stato di soggezione-subordinazione della persona ristretta al potere pubblico mediante la segregazione fisica del corpo e la perdita della maggior parte del potere decisionale. A tal proposito è stato affermato che «una persona per qualsiasi titolo detenuta (…) si trova in condizioni di inferiorità rispetto ai suoi custodi, che possono con estrema facilità diventare i suoi aguzzini. (…) sono fatti inammissibili in un paese civile, che offendono la coscienza morale della collettività»[115] e che la Costituzione impone di reprimere «con la massima energia».

Ciò che nel rapporto punitivo si trasforma a partire dalla seconda metà del '900 è la previsione di un limite ordinamentale invalicabile, rappresentato del rispetto del dettato costituzionale (tradotto nella legge n. 354 del 1975) e del bilanciamento di valori che esso impone di rispettare.

Prima di analizzare contenuti e significati di questa autentica "rivoluzione penitenziaria" se ne colgono due aspetti sintomatici in negativo, quasi un presagio degli anni che sarebbero venuti. In primo luogo l'esorbitante ritardo con cui i Legislatori del periodo *post* bellico hanno dato forma al rinnovamento penitenziario. Per quasi trent'anni la legislazione ha tollerato un evidente "cortocircuito normativo a rilevanza costituzionale" – non sindacabile da parte del Giudice delle leggi – dovuto alla contemporanea vigenza dei principi costituzionali e delle disposizioni, ontologicamente inconciliabili con il rispetto della dignità e dei diritti inviolabili, contenute nel Regolamento Penitenziario del 1931[116].

Non è tutto. La riforma del 1975 si è collocata – e si colloca – in un contesto assai sfavorevole alla sua piena attuazione in ragione della contemporanea vigenza del codice penale del 1930. Come

[115] V. Crisafulli, *Manuale dei diritti del cittadino*, 2, Roma 1950, 52.

[116] Da rilevare come, nelle more di un intervento legislativo, alcune circolari amministrative degli anni '50 mostrano la volontà di apportare alcuni cambiamenti alla disciplina penitenziaria in senso costituzionalmente orientato e nella prospettiva di cui si dirà tra poco. Si segnalano in proposito le circolari disposte da Adone Zoli, nel biennio 1950-1951, che prescrivono al personale di rivolgersi ai detenuti con il proprio nome (non con il numero di matricola), di limitare l'isolamento diurno, di far svolgere i colloqui non a distanza e solo con il controllo visivo dell'agente, di permettere l'acquisto di libri e ricevere corrispondenza dall'esterno.

ampiamente messo in luce, l'apparato ideato da Alfredo Rocco si fonda su un'impostazione coerente con l'ideale retributivo risalente al ventennio fascista, che traspare dai limiti edittali severi e, soprattutto, dalla spiccata predilezione per la pena detentiva posta al centro del sistema sanzionatorio; predilezione che, nonostante le numerose epurazioni, permane ancora oggi (è nota l'equazione pena/carcere). Il contesto normativo, politico e sociale in cui la riforma si inserisce è dunque piuttosto singolare: pensata allo scopo di adeguare le regole dell'esecuzione al dettato costituzionale, è venuta alla luce senza che contestualmente si provvedesse alla modifica dei codici sostanziale e di rito. Ne consegue una rottura ideologico-giuridica tra la regolamentazione costituzionale e l'impianto sanzionatorio codicistico rimasto, nel suo complesso, ancorato a una visione di stampo antecostituzionale.

Si vedrà in seguito quanto il permanere di questo assetto del diritto penale sostanziale abbia influito sulla generale percezione di legittimità – tutt'altro che conforme a Costituzione – degli interventi ispirati ad una logica puramente "custodialista" operati dai legislatori post-riforma, tesi a privilegiare una sanzione strettamente detentiva in luogo alla diffusione di forme di privazione *extra moenia* della libertà personale.

4.1. Il cambio di fonte normativa quale prima novità negata. Decretazione d'urgenza e circolari amministrative

A seguito della riforma attenta dottrina ha rilevato come di notevole impatto è l'aver disciplinato la materia penitenziaria con legge formale[117]: per la prima volta in Italia la normativa riguardante organizzazione penitenziaria e trattamento dei detenuti è disposta in ossequio alle riserve di legge poste dagli articoli 13, secondo comma e 25, secondo comma, della Costituzione[118]. Non un

[117] Sottolinea la centralità dell'uso della fonte primaria G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, 1, Torino, 1992, 54 ss.

[118] Sulla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., cfr., tra i molti, A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018; G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994; F.C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 232-233.

mutamento di natura puramente formale, avendo reso possibile la sottoposizione delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario al controllo di costituzionalità, fino ad allora precluso, di porre al riparo i diritti da possibili atti arbitrari dell'esecutivo e di limitare il potere discrezionale delle autorità penitenziarie nella loro applicazione[119]. Ne scaturisce una rinnovata posizione del condannato nei confronti degli organi dell'esecuzione, tanto da far sostenere che «in materia penitenziaria, almeno dal punto di vista delle fonti del diritto, si sia realizzato un adeguamento costituzionale e civile che da molto tempo veniva invocato»[120].

La centralità del cambiamento ha tuttavia perso gran parte della sua rilevanza soprattutto per effetto del sempre crescente (ab)uso della decretazione d'urgenza, fenomeno che, come puntualmente rilevato, produce effetti distopici – a forte rilevanza costituzionale – non solo in riferimento al sistema delle fonti, ma anche sulla forma di governo «venendo profondamente modificato l'assetto delineato nella costituzione formale» attraverso «un vero e proprio capovolgimento di ruoli tra Governo e Parlamento, con squilibri e scompensi nella separazione dei poteri e forti impatti su altri valori costituzionalmente tutelati»[121].

Come avrà modo di precisarsi, i preoccupanti riflessi distorsivi della decretazione d'urgenza hanno trovato ampio spazio anche nel sistema dell'esecuzione penale[122]: gli interventi di riforma sono spesso contenuti in mal formulati decreti legge "dell'ultimo minu-

[119] G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, op. cit., 54 ss. Analogamente G. Galli, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978, 128.

[120] G. Vassalli, Prefazione a G. Gennaro, M. Bonomo, R. Breda (a cura di), *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987, 3.

[121] A. Celotto, voce *Decreto-legge* (post. agg.), in *Enc. giur.*, 2001, 6.

Sull'abuso della decretazione d'urgenza come fenomeno costituzionale distorsivo cfr., *ex multis*, D. Chinni, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 151 ss.; A. Celotto, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009, 10 ss.; F. Modugno, A. Celotto, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 5, 1994, 3232-3250; F. Modugno, D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 425 ss.; G. F. Ciaurro, voce *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 831.

[122] Riguardo all'uso delle fonti governative nel campo dei diritti fondamentali, v. L. Carlassare, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2008, 561, che ritiene l'intervento in tale ambito riservato alle sole leggi formali, quale atto espressione dell'organo rappresentativo della volontà popolare.

to" – ne sono esempio gli interventi in risposta alla sentenza *Torreggiani e atri c. Italia* della Corte EDU[123] – mossi dall'urgenza di evitare pesanti condanne sovranazionali piuttosto che riformare, in senso ponderato e costituzionalmente orientato, il sistema di esecuzione. Ne discende una normativa penitenziaria in cui le riforme hanno agito "a macchia di leopardo", apportando modifiche spesso incoerenti e per la maggior parte in assenza di una valutazione d'insieme che la complessità della realtà penitenzieria imporrebbe. In tal senso è stato osservato che lo statuto giuridico del detenuto è definito nell'ordinamento italiano da «un complesso reticolo in cui convivono (spesso prive della necessaria coerenza), previsioni costituzionali, legislative e regolamentari stratificatisi nell'arco di numerosi decenni, quasi sempre sotto l'influsso di concezioni politico-criminali disomogenee e talora non insensibili alle suggestioni del contingente»[124].

Il quadro risulta ulteriormente aggravato dalla sempre crescente incisività assunta dalle circolari amministrative, soprattutto in riferimento alla regolamentazione di numerosi aspetti inerenti alla vita detentiva. Lungi dal porsi come meri atti interni, volti ad organizzare azione, struttura e funzionamento delle attività spettanti alle pubbliche amministrazioni, le circolari posseggono sempre più spesso un sostanziale contenuto precettivo avente valenza esterna, che ne avvicina le caratteristiche alle fonti primarie del diritto[125], senza tuttavia che vi sia la possibilità di sottoporle al vaglio

[123] *Infra*, cap. 2, par. 2.4 e cap. 4, par. 3.1.

[124] F.C. Palazzo, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, XII, Torino, 1997, 851.

[125] Sul dibattito in ordine alla qualificazione giuridica da attribuire alle circolari, cfr. F. Bassi, *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pub.*, III, Torino, 1989, secondo cui può parlarsi di rilevanza esterna delle circolari solo per quelle «mediante le quali un'autorità sopraordinata detti una o più regole di comportamento vincolanti per i destinatari. Soltanto in tali ipotesi l'osservanza o meno di una circolare amministrativa può produrre effetti esterni, traducendosi nel rispetto o nella violazione del dovere di obbedienza del pubblico dipendente che trova la propria fonte in un atto normativo esterno dell'ordinamento generale statuale». Si veda altresì M.S. Giannini, voce *Circolare*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960 per il quale le circolari, che nascono dal gergo militare come mezzo attraverso il quale il comando diffonde i propri ordini, non costituiscono atti amministrativi a sé stanti, concretizzandosi in strumenti volti a portare a conoscenza gli atti interni delle pubbliche amministrazioni di contenuto eterogeneo.

In generale sulle circolari all'interno del sistema amministrativo cfr., tra i molti, F.

del controllo di costituzionalità. Il pericolo, evidentemente, risiede in un'attribuzione "occulta" di un vasto potere integrativo – non previsto dalla Costituzione – alle pubbliche amministrazioni, in grado di creare vere e proprie disposizioni che, pur incidendo su diversi aspetti della vita dei cittadini, sono scarsamente conoscibili[126], possono mutare assai velocemente[127], sfuggono al controllo da parte della Corte costituzionale.

Il rischio è tanto maggiore in quei settori come l'esecuzione penale in cui il legislatore è intervenuto con sporadici e lacunosi interventi di riforma, lasciando ampio margine di azione agli atti di natura integrativo-discrezionale delle autorità penitenziarie con il pericolo di una sempre crescente «manipolazione amministrativa delle norme» [128].

Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in *Nuove autonomie*, 3, 2012, 487 ss.; G. Di Genio, *Sulla irrilevanza normativa delle circolari amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2009, 359 ss.; V. Pedaci, *Circolari amministrative e loro efficacia legislativa*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 5, 2009, 533 ss.; A. Catalani, *Circolari amministrative ed interpretazioni della legge statale*, in *Rass. parl.*, 2, 2001, 53 ss.

Sul rapporto tra principio di proporzionalità e azione amministrativa, cfr. F. Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it*, 12, 2017; M. Cartabia, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 11 ss.

[126] Un temperamento riguardo all'assenza di conoscibilità è stato raggiunto con l'art. 12 del d.lgs. n. 33 del 2013 che, in materia di pubblicità delle circolari, impone alle pubbliche amministrazioni di pubblicare sui propri siti istituzionali i riferimenti normativi di direttive, circolari, programmi e istruzioni emanate dall'amministrazione.

[127] La facilità di mutare rapidamente orientamento è ben espressa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: «la circolare non vincola neanche la stessa autorità che l'ha emanata, la quale resta libera di modificare, disattendere e correggere l'interpretazione adottata» (Corte Cass., sez. Un., sent. n. 23031 del 2007).

[128] L'incisiva espressione è contenuta in F. Bricola, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 1, il quale osserva come la disciplina giuridica dell'esecuzione delle pene (soprattutto detentive) costituisce da sempre, «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».

Si trattava di una manipolazione tanto più incisiva in passato stante il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione: «per lungo tempo si è esclusa la possibilità di proporre reclamo al magistrato di sorveglianza contro provvedimenti dell'amministrazione quali il diniego di colloqui e l'imposizione del visto sulla corrispondenza. Del pari, si è negato il diritto a ricorrere per Cassazione *ex* art. 111 c. 7 Cost. contro i provvedimenti citati, trattandosi di atti di natura amministrativa inidonei a incidere sulla

Il discrimine tra uso costituzionalmente legittimo (o meno) delle circolari in riferimento al sistema di attribuzione di poteri disegnato dal dettato costituzione risiede, con tutta probabilità, in una valutazione casistica del contenuto di ciascuna di esse. Le autorità amministrative, quali parti integranti dell'ordinamento costituzionale[129], possono – e devono – concorrere all'evoluzione interpretativa della normativa penitenziaria purché il loro intervento segua una direzione costituzionalmente orientata[130] e a condizione

libertà personale del detenuto» (A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 19 il quale richiama, nella nota n. 40, le principali sentenze della Corte Cassazione in materia: Cass., sez. I, 14 luglio 1994, Ilacqua, in Cass. pen., 1995, 3067; Cass., sez. I, 27 febbraio 1993, Sena, in Cass. pen., 1994, 1358 Cass., sez. I, 5 dicembre 1991, Vallanzasca, *ivi*, 1993, 434; Cass., sez. I, 30 novembre 1989, ivi, 1991, I, 822).

La questione in ordine alla competenza a sindacare il contenuto delle circolari in materia penitenziaria è stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 212 del 1997: pur nella poca chiarezza della legge n. 354 del 1975 sul punto, deve riconoscersi la competenza giurisdizionale esclusiva della Magistratura di sorveglianza in ordine a tutte le questioni inerenti al trattamento penitenziario: «sebbene l'ordinamento penitenziario non abbia esplicitamente e compiutamente risolto il problema dei rimedi giurisdizionali idonei ad assicurare la tutela di tali diritti (…) sta di fatto che, nel configurare (…) l'organizzazione dei "giudici di sorveglianza" (magistrati e tribunale di sorveglianza), esso ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria».

Sul permanere di preoccupanti "aree grigie" all'interno del sistema penitenziario in ordine agli spazi di intervento lasciati alle autorità penitenziarie, v. di recente G.M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 1, 2016.

[129] Come noto, il dettato costituzionale attribuisce alla disciplina della Pubblica amministrazione un'apposita sezione (la seconda), all'interno del Titolo III ("Il Governo") della Parte seconda della Costituzione dedicata all'Ordinamento della Repubblica (artt. 97 e 98).

[130] È ormai da tempo superata la c.d. teoria della supremazia speciale, da intendersi secondo condivisibile definizione come «attribuzione ad un organo della P.A. di poteri discrezionali particolarmente ampi e volti a disciplinare in modo organico una determinata categoria di soggetti, che per ciò stesso vengono a trovarsi in una posizione di subiezione nei confronti della P.A. particolarmente intensa» (F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, 142; si veda anche G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. stud. penit.*, 1977, 707).

È noto come sia la supremazia speciale, sia la costruzione teorica dell'esistenza di ordinamenti giuridici interni svincolati dal dettato costituzionale (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., 40 ss. e 127 ss.), non siano oggi in grado di offrire una risposta alle complesse relazioni che intercorrono tra il recluso e l'Amministrazione penitenziaria. A questo proposito autorevole dottrina ha affermato che «ove pure si

che gli atti amministrativi non si traducano in scelte di natura puramente "creativa", svincolate – o addirittura contrarie – al dato normativo costituzionale e penitenziario tutelato dalla riserva di legge.

In proposito la Consulta ha chiaramente affermato che la necessità di osservare il principio di legalità sostanziale non consente «l'assoluta indeterminatezza» dell'intervento; in materia di fonti amministrative «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»[131].

La strada verso un'applicazione orientata costituzionalmente – e coerente con i principi posti dall'ordinamento penitenziario – sembra essere stata intrapresa dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria con l'avvio, tramite una serie di circolari, di un progetto di cambiamento organizzativo degli istituti volto ad incentivare nuovi percorsi di gestione e trattamento dei detenuti tramite l'introduzione della c.d. sorveglianza dinamica. Istituto in cui tempo e spazio della pena assumono significati più ampi, ren-

affermi nella specie un rapporto di "soggezione speciale", o meglio di sottoposizione a speciale disciplina, la stessa disciplina "speciale" non potrebbe non considerarsi parte dell'ordinamento normativo statale e, come tale, dovrebbe porsi in un rapporto di compatibilità, se non di prosecuzione e svolgimento, con la Costituzione» (M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 56). In un'opera precedente l'Autore specifica che la teoria della supremazia speciale è stata utilizzata in molti casi come «la giustificazione più immediata delle analisi, condotte in prospettiva dogmatica, rivolte a legittimare le più disparate restrizioni dei diritti dei reclusi» (M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 12). Analogamente v. anche C. Colapietro, *La condizione dei carcerati*, in *Dir. e soc.*, 3, 2006, 333 ss.

Sulla contrapposizione tra la teoria della supremazia speciale e i principi costituzionali di eguaglianza (art. 3) e inviolabilità dei diritti umani (art. 2), v. E. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 355 ss.

In ordine alle diverse posizioni espresse in riferimento alla supremazia speciale e agli ordinamenti interni si rinvia a L. Perfetti, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994, 26 ss.

[131] Corte cost., sent. n. 115 del 2011, con considerazioni recentemente confermate nella sent. n. 69 del 2017.

dendo la quotidianità penitenziaria maggiormente coerente con i principi costituzionali e ordinamentali.

La nuova forma di sorveglianza, specifica una delle circolari, «consiste nella differenziazione degli istituti, per graduarli in relazione alla tipologia giuridica e, prima ancora, al livello di concreta pericolosità dei soggetti»; il percorso di cambiamento gestionale risulterebbe fortemente compromesso «ove il perimetro della vita rimanesse confinato nei pochi metri quadri della cella o del corridoio così come avviene in troppi istituti». Occorre cioè una diversa gestione degli spazi interni del carcere, distinguendo chiaramente tra «la cella – destinata, di regola, al solo pernotto – e luoghi dedicati alle principali attività trattamentali»[132].

La circolare, facendo leva su una lettura della normativa penitenziaria "alla luce dei principi costituzionali", si pone dunque come un atto amministrativo propulsore[133] (e anticipatore) di quegli atti di riforma, richiesti all'Italia dalla sentenza *Torreggiani* della Corte EDU, volti a rimuovere l'endemica situazione di sovraffollamento carcerario attraverso un rinnovamento di natura strutturale nel modo di concepire il tempo e lo spazio nel corso dell'esecuzione penale (rinnovamento ben lontano da una semplice riduzione numerica della popolazione detenuta)[134].

Sfortunatamente il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria non ha mostrato la medesima capacità di applicazione costituzionalmente orientata in altre occasioni, elaborando circolari che hanno spesso suscitato – e tuttora suscitano – forti dubbi di compatibilità con il sistema di attribuzioni costituzionali.

È il caso di due circolari contenenti il divieto di ricevere libri,

[132] Circolare n. 251644 del 13 luglio 2013 ("Linee guida sulla sorveglianza dinamica").

[133] In questo senso A. Iannuzzi, *Sulla natura giuridica e sul ruolo delle circolari amministrative nell'ordinamento penitenziario*, in R. Cadin, L. Manca (a cura di), *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale, ordinamento interno e opinione pubblica*, Napoli, 2016, 148.

[134] In analoga direzione costituzionalmente orientata si muove la circolare n. 3593/6043 del 2003, riguardante la valorizzazione del programma di trattamento individualizzato con l'inserimento del c.d. "patto trattamentale" e la n. 3233/5683 del 1987 che, nell'intento di tutelare la vita e l'incolumità psicofisica dei ristretti ha istituito il servizio "nuovi giunti" (*infra*, cap. 2, par. 1).

riviste e stampa da parte dei familiari, così come l'invio di tale materiale all'esterno, gravante sui detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p[135]. Sottraendo i predetti divieti all'applicazione dell'art. 18-*ter* o.p. che, in ossequio alla riserva di giurisdizione *ex* art. 15, secondo comma, Cost., conferisce alla sola autorità giudiziaria il potere di limitare, o sottoporre a visto di controllo, la corrispondenza in arrivo e in partenza dei detenuti, le due circolari introducono delle limitazioni aventi una forte rilevanza. La questione è stata parzialmente risolta dalla Corte costituzionale a seguito del consolidamento della giurisprudenza di legittimità in relazione ai divieti imposti dalle richiamate circolari: non ritenendo l'invio e la ricezione di libri rientranti all'interno della nozione di "corrispondenza", i giudici hanno rigettato la questione in riferimento alla violazione della riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 15, secondo comma, Cost.[136], ritenendo legittimi i divieti contenuti negli atti amministrativi.

Prescindendo dalla delicata (e implicita) questione che i giudici erano chiamati a risolvere circa la definizione dei confini costituzionali della nozione di "corrispondenza" in relazione all'osservanza della predetta riserva, la pronuncia – per quel che qui interessa – appare un'occasione mancata, stante l'assenza di qualsiasi indicazione in ordine alla necessità di limitare il potere "creativo" delle circolari amministrative entro gli stretti limiti delle attribuzioni costituzionali[137]. Occasione tanto più significativa

[135] Circolare n. 8845/2011 del 16 novembre 2011 e circolare dell'11 febbraio 2014.

Sul regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. ("Situazioni di emergenza") si tornerà in seguito (*infra*, cap. 3, nota n. 29 e cap. 4, par. 2); per una corretta comprensione della questione occorre tuttavia anticipare come l'articolo, oltre a consentire l'adozione da parte del Ministro della Giustizia di provvedimenti restrittivi necessari a ripristinare l'ordine e la sicurezza compromessa da rivolte ovvero da altre gravi emergenze carcerarie (primo comma), permette allo stesso Ministro, quando ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, di sospendere le ordinarie regole del trattamento nei confronti di talune categorie di detenuti (secondo comma). A ciò si aggiunge la preclusione, per alcuni condannati, di accedere alle misure alternative alla detenzione e ai benefici premiali secondo i meccanismi descritti dall'art. 4-*bis* o.p. ("Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti").

[136] Corte cost., sent. n. 122 del 2017.

[137] Un dubbio di legittimità circa la costituzionalità del trattenimento della cor-

se posta in riferimento all'impossibilità per la Corte di sindacare direttamente il contenuto di tali atti[138].

rispondenza per effetto di un provvedimento dall'autorità amministrativa, e non di natura giurisdizionale, era stato sollevato prima della richiamata sentenza della Corte costituzionale da 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, 843-853. In argomento v. anche C. Conti, *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 46, 1, 2006, 282 ss.

[138] Analoghi dubbi sorgono in riferimento alla circolare n. 0202222 del DGDT del 20 maggio 2011 che consente ai reclusi sottoposti al regime detentivo speciale la ricezione di uno o due capi firmati ma non la formazione di interi guardaroba costituiti da generi di lusso. La Magistratura di sorveglianza di Reggio Emilia, accogliendo il ricorso presentato da due detenuti, aveva disapplicato la circolare: nessuna limitazione ulteriore, oltre a quelle previste nel decreto ministeriale che applica il regime, può essere imposta dell'amministrazione. Pronuncia successivamente ritenuta viziata da illogicità manifesta da parte della Corte di Cassazione, secondo cui il limite all'acquisto dei beni di lusso è volto a preservare la parità tra i detenuti e a non riproporre posizioni di predominio (Cass., sez. I pen., sent. n. 42605, sez. del 2013).

Sul punto v. F. Picozzi, *È applicabile anche ai detenuti "41*-bis*" il divieto di possedere vestiti costosi?*, in *Cass. pen*., 53, 7-8, 2013, 2801 ss.

Si è inoltre dibattuto in ordine alla competenza esclusiva dell'Amministrazione penitenziaria, e non della Magistratura di sorveglianza, ad assegnare il detenuto al circuito di Alta sicurezza (ma la giurisprudenza costituzionale ha escluso ci fosse una violazione della riserva di giurisdizione con la sent. n. 266 del 2009) e a disporre i trasferimenti anche in caso di sovraffollamento (in questo senso A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3, 2016, 1207 ss.).

Rientrano tra i provvedimenti restrittivi incidenti sui diritti gli atti adottati dall'Amministrazione penitenziaria in materia di informazione (*infra*, cap. 4, par. 3) e di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (*infra*, cap. 3, par. 3) per i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale.

Per un'esaustiva disamina che dal problema della qualificazione giuridica delle circolari amministrative giunge a puntuali riflessioni circa la loro incisività nel sistema dell'esecuzione penale, v. A. Iannuzzi, *Sulla natura giuridica e sul ruolo delle circolari amministrative*, op. cit., 141 ss. In particolare, sul problema dell'incidenza delle decisioni del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria sulle posizioni soggettive dei detenuti, v. ampiamente A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit., 91 ss. L'Autore, tra i tanti aspetti esaminati, rileva come lo stesso regolamento di esecuzione, contenuto nel d.P.R. n. 230 del 2000, non si sia limitato a specificare nel dettaglio le previsioni contenute nella legge n. 354/1975, apportando vere e proprie modificazioni creative (78). È il caso dell'art. 83, secondo comma, reg. esec., a norma del quale il detenuto, prima del trasferimento, deve obbligatoriamente essere sottoposto a perquisizione personale e visitato dal medico che ne certifica lo stato psico-fisico, con particolare riguardo alle condizioni che rendano possibile il viaggio. Secondo l'Autore «tale disposizione, pur mirando a tutelare la salute della persona *in vinculis*, viola

Descritte le principali "negazioni-criticità" della prima novella introdotta nel '75, nelle pagine che seguono si procederà a una valutazione d'insieme circa la conformazione che la pena ha assunto con la riforma penitenziaria, prendendo le mosse proprio da quel "manifesto programmatico" offerto dal combinato disposto dei richiamati articoli d'apertura. Sarà invece affidata ai capitoli successivi l'analisi critica delle novità introdotte al fine di mettere in luce come – e soprattutto se – l'inversa metamorfosi kafkiana si sia realizzata con riguardo al duplice profilo oggettivo (astratto-normativo) e soggettivo (effettività delle nuove disposizioni e rapporto Legislatore/Corti/autorità amministrative).

4.2. Il reinserimento sociale come percorso trattamentale fondato sulla personalità di ciascun ristretto e sul mantenimento dei contatti con l'ambiente esterno

– «Il trattamento (…) è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» (art. 1, secondo comma, o.p.); «deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale» (art. 13, primo comma, o.p.)[139].

* * *

Primo tassello nel processo di metamorfosi ordinamentale tendente alla "forma umana" si rinviene nella necessità che il con-

tuttavia la riserva di legge prevista dall'art. 32, comma 2 Cost.: essa, infatti, sembra disciplinare compiutamente un'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio o comunque perlomeno di accertamento sanitario obbligatorio» (79-80).

Sulla manipolazione amministrativa delle disposizioni in ambito penitenziario, cfr. anche G. Giostra, *La riforma della riforma penitenziaria*: *un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015, 2 e F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer*., 2010, 2810 ss.

[139] Disposizioni così riformulate dal recente d.lgs. n. 123 del 2018.

Anche il quadro normativo previgente offriva ampio spazio all'individualizzazione del trattamento prevedendo, al sesto comma dell'art. 1 o.p., che «Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

dannato sia destinatario di un trattamento individualizzato[140]: la sanzione viene modulata a seconda delle caratteristiche del singolo detenuto, al fine di adattare la risposta penitenziaria – e la sua finalità risocializzante – alle effettive e attuali esigenze della personalità. Del resto è lo stesso articolo 27, terzo comma, Cost. ad esigerlo: rivolgendo il finalismo rieducativo al "condannato" (come singolo) e non ai "condannati" (come popolazione detenuta), i Costituenti hanno imposto un puntuale vincolo costituzionale di differenziazione nell'erogazione del trattamento rieducativo, che dovrà aver riguardo ad attitudini e peculiarità di ciascun ristretto, consacrando cioè l'illegittimità di un'esecuzione penale fondata su un generale livellamento del percorso trattamentale offerto[141]. Decisivo in questo senso, e lo si vedrà a breve, anche il riflesso sostanziale contenuto nell'art. 133 c.p. che, ai fini della determinazione della pena, impone al giudice di tener conto anche «dei motivi a delinquere e del carattere del reo, della condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; della condotta contemporanea o

[140] Ai sensi del riformato art. 13 o.p. ("Individualizzazione del trattamento"): «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale.

Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento.

Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione.

L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. La prima formulazione è redatta entro sei mesi dall'inizio dall'esecuzione.

Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale che segue l'interessato nei suoi trasferimenti e nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento praticato e i suoi risultati».

Sulla necessità di un trattamento individualizzato v. ampiamente *infra*, cap. 2, par. 1.

[141] Così Renato Balduzzi in occasione della presentazione del volume di M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre il 13 dicembre 2017.

susseguente al reato e delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale (…)».

Non sembra costituire un ostacolo all'individualizzazione del trattamento l'esistenza negli ordinamenti moderni dei principi di certezza della sanzione e uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. La pena – pur mutando fisionomia in risposta alle caratteristiche e al comportamento del recluso nel corso dell'esecuzione – non viene meno, dovendosi comunque rispettare quegli invalicabili limiti oggettivi previsti dal legislatore in ordine ad ammissibilità ed accessibilità delle modificazioni favorevoli della sanzione. Anche il dubbio circa la violazione dell'uguaglianza formale è da escludersi: il principio di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. – se letto congiuntamente con umanità e finalismo rieducativo delle pene – non sembra poter tollerare interpretazioni che esigano un'omologazione di trattamento, estranea ad ogni riferimento individuale e concreto alla persona. A ben vedere l'uguaglianza formale si riferisce all'astrattezza e alla generalità della norma incriminatrice che, nel momento dell'individuazione del trattamento, «si pone in costante relazione con l'unicità di ogni reo e ha il compito di valorizzare il "diverso", di contro alla tutela dell'indistinto e del generico che adotta il legislatore nel forgiare la tipicità classificatoria penale»[142].

Semmai, come si avrà ampiamente modo di approfondire, ciò che negli ultimi quarant'anni ha costituito un determinante (e costante) fattore ostativo alla concreta realizzazione di un sistema di esecuzione penale realmente differenziato e individualizzato, è l'elevato numero di persone recluse all'interno degli istituti italiani[143], a cui si affianca una ridotta presenza di figure professionali chiamate a renderlo effettivo. Un rapporto inversamente proporzionale riconducibile alle scelte parlamentari operate sul piano delle politiche criminali (che mostrano una marcata predilezione per la pena detentiva) e in ambito economico.

[142] L. Tumminello, *Il Volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2011, 74.

[143] *Infra*, cap. 2, par. 2.

– «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» (art. 1, secondo comma, o.p.).

* * *

Un'interpretazione estensiva della disposizione, unitamente a una lettura costituzionalmente orientata dell'ordinamento penitenziario, consente una riflessione di ampio respiro che prende le mosse dalla formulazione letterale del terzo comma dell'art. 27 Cost. e, in particolare, dalla declinazione del termine "pena" al plurale (sono le "pene" che non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e tendere alla rieducazione del condannato, non la "pena")[144]. È il plurale a consentire l'estensione dell'"individualizzazione" oltre i confini dell'esecuzione penale, immaginando un sistema diversificato di sanzioni e misure trattamentali in grado di spezzare la tradizionale equazione pena/carcere sia in fase cognitiva – anche grazie ai criteri modulati nell'art. 133 c.p. – sia nel momento esecutivo.

Il giudice competente, in base al *quantum* di discrezionalità concessagli dal legislatore (qui una delle questioni maggiormente problematiche), potrà allora scegliere tra un ventaglio di eterogenee sanzioni *extra moenia* da applicare direttamente in sede di condanna o nel corso dell'esecuzione penale; in quest'ultimo caso, come noto, si parla di misure alternative alla detenzione in senso stretto[145]. La sanzione concretamente irrogata è dunque il

[144] L'importanza dell'uso del termine "pena" al plurale è posta chiaramente da M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015, 5.

[145] Alle forme di sanzione parzialmente o totalmente esterne al carcere, l'ordinamento penitenziario dedica, all'interno del Titolo I, il Capo VI intitolato "Misure alternative alla detenzione e remissione del debito". Non essendo questa la sede per un'indagine esaustiva sul sistema delle misure alterative e rinviando ai capitoli che seguono per alcune considerazioni critiche, può sinteticamente dirsi che tradizionalmente rientrano all'interno della categoria l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.), la detenzione domiciliare (art. 47-*ter* o.p.) e il regime di semilibertà (art. 48). Al fine di perseguire i complessi scopi posti dall'art. 13 o.p., assumono primaria rilevanza anche i benefici penitenziari, introdotti per consentire ai detenuti che abbiano tenuto regolare condotta di godere di periodi di libertà, agevolando il processo di risocializzazione attraverso il mantenimento di legami personali, familiari e sociali con il mondo esterno.

risultato non solo della gravità materiale dell'illecito commesso, come nel sistema previgente, ma anche del comportamento tenuto dal condannato nel corso della fase esecutiva «così creando un rinnovato sistema sanzionatorio, socialmente costruttivo e variamente diversificato»[146], che consente di adeguare le conseguenze giuridi-

Sulle misure alternative alla detenzione, v. ampiamente F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013. Un'analisi critica sull'evoluzione delle misure *extra moenia* e della legislazione premiale è contenuta in F.C. Palazzo, *Esecuzione penitenziaria e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in Aa. Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza di pena*, Milano, 2002, 149 ss. ripresa, più recentemente, in Id., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Riv. ita. dir. pen. e proc.*, 2013, 99-105.

Il d.lgs. n. 123 del 2018 ha apportato alcune modifiche al sistema delle misure alternative: il nuovo art. 51-*bis*, primo comma, o.p. prevede che: «Quando, durante l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, sopravviene un titolo esecutivo di altra pena detentiva, il pubblico ministero competente ai sensi dell'articolo 655 del codice di procedura penale informa immediatamente il magistrato di sorveglianza formulando contestualmente le proprie richieste. Il magistrato di sorveglianza, tenuto conto del cumulo delle pene, se rileva che permangono le condizioni di applicabilità della misura in esecuzione, ne dispone con ordinanza la prosecuzione; in caso contrario, ne dispone la cessazione e ordina l'accompagnamento del condannato in istituto».

Lo stesso decreto ha modificato l'art. 51-*ter* o.p. ("Sospensione cautelativa delle misure alternative"): «Se la persona sottoposta a misura alternativa pone in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca, il magistrato di sorveglianza, nella cui giurisdizione la misura è in esecuzione, ne dà immediata comunicazione al tribunale di sorveglianza affinché decida in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca della misura (primo comma). Nell'ipotesi di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione della misura alternativa e ordinare l'accompagnamento in istituto del trasgressore. Il provvedimento di sospensione perde efficacia se la decisione del tribunale non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti (secondo comma)».

Si dirà ampiamente come i recenti decreti delegati siano ben lontani dall'aver realizzato quella riforma strutturale del sistema di esecuzione penale, anche in materia di misure alternative alla detenzione, auspicato dagli Stati Generali dell'esecuzione penale (v. in particolare *infra*, cap. 2, par. 2.4).

[146] C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica,* Lectio magistralis, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 9 ss.

Autorevole dottrina ha sostenuto che attraverso la codificazione delle misure alternative alla detenzione si sia realizzato il "paradigma di flessibilità dell'esecuzione penale", «principio che, oltre a rispondere a una esigenza umanitaria e solidaristica, rappresenta un'idea imposta dalla stessa natura umana; è imposta cioè dalla irripetibilità e dalla mutevolezza della persona anche durante l'esecuzione penale» (F.C. Palazzo, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, op. cit., 149 ss.).

Alla flessibilità dell'esecuzione, nella logica rieducativa espressamente sancita dal dettato costituzionale, la normativa del '75 affianca numerose previsioni volte ad ap-

che derivanti dal reato «alle caratteristiche individuali dell'autore e alla sua condizione sociale».

Riemergono, tuttavia, le considerazioni espresse in relazione alle molteplici ombre di un sistema ancora oggi fondato sulla centralità della detenzione; centralità che, in base alle riflessioni sinora condotte, assume contorni potenzialmente illegittimi a causa dell'inevitabile processo di alienazione e distacco forzato che la costrizione fisica all'interno dei luoghi di reclusione produce[147]. In

prestare specifica tutela alle esigenze di sicurezza: ne sono espressione gli istituti diretti a disincentivare comportamenti contrari alle regole, come l'uso delle sanzioni disciplinari a cui l'ordinamento penitenziario sembra attribuire una rilevanza trattamentale affermando che: «il regime disciplinare è attuato in modo tale da stimolare il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo. Esso è adeguato alle condizioni fisiche e psichiche dei soggetti» (art. 36 o.p.). Il recente d.lgs. n. 123 del 2018 è intervenuto sul punto aggiungendo, dopo il citato primo comma, il seguente: «Nell'applicazione della sanzione si tiene conto del programma di trattamento in corso».

In effetti, con riferimento all'esercizio dei poteri di polizia intesi a preservare l'ordine e la sicurezza all'interno degli istituti, è stato osservato che «questo potere non deve essere confuso con il tradizionale potere disciplinare delle amministrazioni nei confronti dei propri dipendenti. Le differenze non riguardano soltanto i contenuti e l'intensità dei due regimi, ma soprattutto i destinatari: l'amministrazione, in via generale, può esercitare un potere disciplinare nei confronti di soggetti interni alla stessa amministrazione, chiamati a rispettare codici di comportamento in genere allegati ai contratti di assunzione; l'amministrazione penitenziaria dispone, invece, di un potere disciplinare ulteriore, che ha come destinatari soggetti esterni all'amministrazione (i detenuti) e che ha finalità diverse da quelle tradizionali, poiché strettamente legate alle attività di trattamento e rieducazione della popolazione carceraria» (E. D'Alterio, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 349). Sull'inserimento dei provvedimenti disciplinari all'interno del trattamento rieducativo, cfr. L. Filippi, G. Spangher, *Diritto penitenziario*, Milano, 2000, 77 ss. e A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 23 ss. secondo cui deve «accreditarsi l'idea che la sanzione disciplinare svolga una funzione confermativa delle finalità della pena (un tempo di natura esclusivamente retributiva e deterrente, oggi anche risocializzatrice) riflettendosi in una maggiore libertà dell'amministrazione nell'esercizio della propria potestà punitiva» (24-25).

[147] Sul punto autorevole dottrina ha affermato che la pena detentiva «ha molteplici elementi di alienazione fisica, che si manifestano nelle forme di vita e di trattamento e che differiscono dalle antiche pene corporali solo perché non concentrate nel tempo ma dilatati per tutta la durata della pena», all'afflizione corporale si somma «l'azione psicologica, la solitudine, l'isolamento, l'assoggettamento disciplinare, la perdita di socialità e di affettività e quindi di identità» (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, op. cit., 386).

Nella medesima direzione l'osservazione secondo cui «una prospettiva di reintegrazione sociale non può considerare strumento che le sia consono la segregazione carceraria, e quindi è improponibile che la reclusione sia giustificata, o dilatata, per ragioni attinenti al miglioramento delle (future) opportunità del condannato nella vita

altri termini, solo un apparato sanzionatorio "rivolto verso l'esterno" risulta idoneo ad assicurare al condannato un percorso effettivamente rieducativo. Indubbio, del resto, come i sostantivi "detenzione" (quale "distacco", "separazione" mediante la segregazione del corpo) e "risocializzazione" siano, almeno sotto il profilo ontologico, del tutto inconciliabili. Ciò consente di affermare – mantenendo l'interpretazione sul dato letterale del terzo comma dell'art. 27 Cost. – che teorizzare un sistema di esecuzione penale in cui le esigenze di sicurezza siano garantite mediante strumenti differenti dalla detenzione, significa immaginare un apparato esecutivo realmente differenziato in cui il finalismo rieducativo si dirige nella direzione auspicata dai Costituenti: la garanzia di un percorso effettivamente risocializzante. Non può allora non concordarsi con chi in dottrina ha autorevolmente sostenuto che il carcere, almeno nell'ordinamento italiano, non possa considerarsi «un'istituzione costituzionalmente obbligata»; l'inconciliabilità tra pena detentiva e finalismo rieducativo «dovrebbero allora quantomeno indurre a rovesciare il rapporto regola-eccezione: il carcere come regola dovrebbe cedere al carcere come eccezione, come *extrema ratio*»[148].

Una lettura congiunta dei principi costituzionali porta dunque ad escludere che l'esecuzione penale debba necessariamente passare «attraverso la disciplina del momento detentivo»[149], imponendo l'adozione di un apparato sanzionatorio ed esecutivo diversificato e "tendenzialmente decarcerizzato" che ricorre alla privazione della libertà personale all'interno degli istituti penitenziari esclusivamente quando ogni altra misura (meno afflittiva) risulti inadeguata.

civile o comunque per favorire una sua maggiore disposizione al rispetto delle leggi» (L. Eusebi, *La pena in crisi. II recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1991, 95).

A tali considerazioni si aggiungono gli effetti criminogeni derivanti dall'esperienza carceraria. Già nella prima metà del 1800 Jeremy Bentham descriveva la reclusione come un momento di promozione dell'educazione al crimine: «se (i delinquenti primari) invece di rieducarsi, divengono più viziosi se passano dai furtarelli alle rapine, se si spingono sino al brigantaggio e all'assassinio, è l'educazione di una prigione che bisogna accusare» (J. Bentham, *Théorie de peines et de recompense*, Oeuvres, 2, prima parte, 1829, 38). Sull'antisocialità derivante dal processo di «prigionizzazione» anche E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997, 40.

[148] In questo senso v. G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio"*, op. cit., 8, 9.

[149] M. Pavarini, *Silète poenologi*, op. cit., 14 ss.

4.3. Il riconoscimento della titolarità di diritti effettivi

– «I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale» (art. 4 o.p.)[150].

* * *

È la disposizione che più di ogni oltra manifesta l'autentica forza innovatrice della riforma: il legislatore del '75 rompe con la precedente visione del detenuto quale soggetto passivo dell'esecuzione, restituendogli un ruolo attivo nell'esercizio e nella difesa dei suoi diritti per la prima volta codificati in un corpo organico di norme sistematicamente organizzate. Sono stati così colti nella legge n. 354 i profili di una "carta dei diritti dei detenuti", autentico *vademecum* che, elevando la titolarità dei diritti a «patrimonio irretrattabile della persona umana»[151], attribuisce alle persone private della libertà non solo un preciso quadro di strumenti e garanzie entro cui dirigere e delimitare le azioni dell'Amministrazione penitenziaria[152] ma, parallelamente, la possibilità di "esercitare"

[150] È stato anticipato come l'espresso riconoscimento di diritti alle persone sottoposte ad esecuzione penale sia stato rafforzato dalle modifiche apportate dal recente d.lgs. n. 123 del 2018 all'art. 1 o.p., ai sensi del quale: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno» (terzo comma); «Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma); «Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari» (quinto comma).

Sulla titolarità di posizioni giuridiche soggettive ai ristretti e la necessità di un bilanciamento con le esigenze di sicurezza, *infra*, cap. 3, par. 1.

[151] Espressione utilizzata dalla Corte costituzionale già nella sentenza n. 11 del 1956. Delle decisioni dei giudici costituzionali in materia di valorizzazione del riconoscimento dei diritti alle persone ristrette si dirà ampiamente in seguito (*infra*, cap. 3, in particolare par. 1), in questa sede è sufficiente anticipare come si tratti di una giurisprudenza costante e di recente confermata nella sentenza n. 20 del 2017: «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale, sia pure con le limitazioni imposte dalla particolare condizione in cui versa».

[152] Sul parallelismo tra il riconoscimento dei diritti in capo ai detenuti e la nascita di precisi obblighi positivi di attuazione gravanti sull'Amministrazione penitenziaria, v. A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 8.

effettivamente le posizioni di vantaggio rendendole giustiziabili dinnanzi alla Magistratura di Sorveglianza. Anche nell'esecuzione penale trova quindi ampio spazio il «diritto ad avere diritti»[153] e, conseguentemente, il diritto ad agire in giudizio per ottenerne tutela effettiva.

Si tratta di un mutamento senza precedenti. Nel sistema anteriforma il potere di vigilare sulla corretta esecuzione della pena era riconducibile «a un'attività di carattere meramente amministrativo»[154] volta soprattutto a controllare il regolare svolgimento materiale della sanzione; viceversa il legislatore del '75, prendendo le mosse dalla centralità assunta dai diritti nel nuovo ordinamento penitenziario, attribuisce al procedimento di sorveglianza natura pienamente giurisdizionale, sorretta dalle garanzie del diritto alla difesa, del giusto processo e della tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione (artt. 24, 111 e 113 Cost). Ciò che viene introdotto è «un "processo sull'autore", distinto dal c.d. "processo sul fatto" »[155], in cui non rilevano i precedenti penali, bensì la sussistenza «di condizioni – prevalentemente soggettive – che legittimano una pronuncia favorevole sulla base di un giudizio prognostico positivo».

Tuttavia, come si avrà ampiamente modo di approfondire[156], anche queste novità (positivizzazione di diritti e giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale) rientrano nell'aleatoria dimensione del "come dovrebbe essere". Sotto il primo profilo – la codificazione dei diritti – il formale riconoscimento ad opera della riforma non ha risolto la questione relativa all'effettiva esplicazione dei principi costituzionali. Oltre agli ambiti soggettivi cui la disciplina ordinamentale ha offerto concreta copertura positiva – come tipicamente è accaduto per il diritto al lavoro o la tutela della salute – esistono, innegabilmente, ampie "aree grigie" del diritto penitenziario

[153] L'espressione, è noto, si deve ad H. Arendt, *Le Origini del Totalitarismo* (1951), tr. it. di A. Guadagnin, Milano, 1996, 413, successivamente ripresa da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013.

[154] Lo rileva R. Dell'Andro, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 258 ss., in particolare 267 ss.

[155] B. Guazzaloca, M. Pavarini, *L'Esecuzione penitenziaria,* in *Giur. sist. di dir. pen.*, Torino, 1995, 407.

[156] *Infra*, cap. 3 e cap. 4.

rimaste al di fuori delle previsioni normative. Si pensi al diritto all'intimità-sessualità intramuraria[157] o all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita[158], non contemplati nell'impianto originario della riforma ma oggi innegabilmente ricompresi nel novero dei diritti costituzionalmente degni di protezione.

Anche nel campo della tutela giurisdizionale, alle previsioni formali non ha fatto seguito un'efficacia sostanziale delle garanzie previste dal nuovo ordinamento penitenziario, sia in sede di giudizio, sia in fase applicativa ad opera dell'amministrazione penitenziaria[159]. È in questi due ambiti (titolarità dei diritti e forme di tutela) che si è giocata – e si gioca – la principale partita istituzionale sull'esecuzione penale, in cui le Corti hanno svolto una formidabile funzione integratrice e suppletiva rispetto alle forze parlamentari, troppo spesso inerti di fronte alle lacune che minacciano l'effettiva espressione delle posizioni riconosciute ai ristretti: fino al punto, come si vedrà, di ignorare gli stessi moniti a legiferare espressi dai giudici costituzionali in numerose pronunce.

Esula dall'indagine preliminare sinora condotta il richiamo ad ulteriori aspetti dell'intervento riformatore del '75; ciò che preme mettere in luce è, ancora una volta, la visione d'insieme del nuovo assetto normativo, rinvenibile nella centralità dell'individuo e nell'espresso riconoscimento di una serie di strumenti – normativi e giurisdizionali – tesi a tutelarne dignità e diritti. Inserendosi lungo la via tracciata dalla complessa architettura costituzionale, l'esecuzione penale cessa di essere considerata come «un apparato terminale, in cui il condannato "atomizzato" viene abbandonato a consumare passivamente la pena»[160], per divenire un sistema complesso e diversificato a cui è affidata una finalità costituzionale attiva nella promozione di ogni persona ristretta.

[157] *Infra*, cap. 3, par. 5.

[158] *Infra*, cap. 3, par. 3.

[159] Alle numerose questioni relative alla (in)efficacia delle forme di tutela è dedicato il capitolo 4 del presente volume.

[160] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento*, op. cit., 4 ss.

5. *Un'incursione soggettiva: la giurisprudenza costituzionale tra umanizzazione e funzione della pena*

Prima di valutare come le scelte di politica criminale si siano poste in relazione ai principi costituzionali e alla normativa penitenziaria, l'inquadramento storico-normativo – quale parametro dell'indagine – necessita di un ultimo passaggio: un cenno alla giurisprudenza costituzionale in materia di funzione della pena, umanizzazione e rieducazione. La posizione assunta dai richiamati principi all'interno del dettato costituzionale e penitenziario di cui sinora si è detto, ne offre infatti solo una visione oggettivo-parziale che non permette di coglierne il carattere dinamico: la loro interpretazione costituzionale, secondo un percorso non sempre univoco e spesso influenzato dai cambiamenti storici, politici e sociali rappresenta, dunque, la prima colorazione soggettiva di cui l'analisi necessita[161].

Giorgio La Pira, nella seduta plenaria pomeridiana del 28 novembre 1947 dell'Assemblea costituente, sintetizzò con parole estremamente significative la relazione osmotica che sarebbe inter-

[161] Sui rapporti tra giurisprudenza costituzionale e società civile, v. G. FIANDACA, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale della legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2001, 353 ss. L'Autore rileva come l'influenza esercitata dal mutare dei contesti esterni, producendo i suoi effetti anche sulle "precomprensioni" che fanno da sfondo all'attività ermeneutico-ricostruttiva dei giuristi interpreti, contribuisce a spiegare il motivo per cui l'interpretazione delle disposizioni costituzionali abbia, nel corso del tempo, dato luogo ad esiti differenti, pur rimanendone immutato il contenuto testuale.

In argomento G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 464-466, secondo cui dopo l'approvazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. «si assistette ad un'opera lenta e costante, da parte di alcuni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, per svuotarne variamente o attenuarne la portata (...). Sta di fatto, a prescindere da ogni polemica, che della norma costituzionale sono state proposte, con indubbia serietà, più letture, da quella estensiva, (...) a quelle variamente restrittive, tendenti ad esaltare l'uso della locuzione "debbono tendere" per affermare che una semplice "tendenza generale" può anche non realizzarsi, a sottolineare il legame tra rieducazione e retribuzione, e dunque il carattere preminentemente od esclusivamente morale della prima, o a sospingere il ruolo della rieducazione alla fase penitenziaria od esecutiva, o addirittura a considerare la rieducazione sancita dalla Costituzione come un dato estrinseco o sovrastrutturale incapace di modificare l'essenza della pena».

In riferimento al mutevole contenuto del finalismo rieducativo è stato inoltre affermato che «mai altro argomento ha formato oggetto di tante colorite e vivaci prospettazioni» (G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, op. cit., 6).

corsa tra disposizioni costituzionali e Giudice delle leggi soprattutto in relazione alla promozione della persona umana: la creazione di un organo di garanzia «rappresenta un'esigenza intrinseca della Costituzione, di natura giuridica e politica, di difesa della persona e della comunità»[162]. Grazie all'adozione di una Costituzione rigida, e di una Corte a sua difesa, i diritti dell'uomo – e della comunità in generale – sono posti «come limiti invalicabili all'attività del legislatore ordinario»[163].

È noto, tuttavia, come all'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, parte della dottrina interpretò i principi contenuti all'interno dell'art. 27, terzo comma, Cost. in senso fortemente restrittivo, nel tentativo di contenerne la portata innovativa in una prospettiva di continuità con l'ordinamento precedente[164]. Si sostenne a più voci che la rieducazione non potesse porsi quale finalità essenziale della pena, costituendone uno scopo eventuale, nella prevalenza delle visioni retributive[165].

La stessa giurisprudenza costituzionale ne risentì fortemente;

[162] G. La Pira, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, 5, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1971, 4224.

[163] N. Occhiocupo, *Costituzione e Corte Costituzionale percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano, 2010, 2. Nel senso che il giudizio della Corte costituzionale assicura il controllo sul bilanciamento legislativo al fine di garantire il rispetto del dettato costituzionale, A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 7 ss.

[164] Si tratta di un approccio restrittivo riservato a molte disposizioni costituzionali all'indomani della loro approvazione: diffusa era la tendenza a ridurne la portata in una natura "programmatica" o "tendenziale". Sul punto v. P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituzione*, op. cit., CXXXIV.

[165] Diffusa era la convinzione secondo cui la pena avesse natura essenzialmente retributiva ma che non fosse sufficiente, da sola, a contrastare efficacemente la commissione di delitti (G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297). Cfr., criticamente, E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 97 ss.

La ricostruzione del dibattito intorno alle funzioni attribuite alla sanzione nel sistema post-costituzionale è contenuta in G. Neppi Modona, *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1995, 315. Secondo l'Autore la reviviscenza delle teorie retributive sarebbe in larga parte dovuta alla situazione di grave allarme sociale nel corso negli anni '50.

Sul forte ridimensionamento dell'ideale rieducativo nella prima fase della giurisprudenza costituzionale, cfr. M. Ruotolo, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Quest. giust*., 2, 2015, 56-57; M. D'Amico, sub *art. 27*, in R.

l'interpretazione restrittiva traspare in una serie di pronunce piuttosto risalenti, in cui i giudici accolgono una visione polifunzionale della pena: la codificazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. non avrebbe impedito lo sviluppo di percorsi interpretativo-ricostruttivi che assumono la rieducazione non già come scopo unico della sanzione, bensì come un fine che si accompagna ad altre possibili funzioni, in accoglimento di una visione pluralistica della sanzione criminale.

Nella nota sentenza n. 12 del 1966[166], riguardante la questione di legittimità costituzionale della pena pecuniaria in relazione ad alcune tipologie di reato, la Corte chiarendo la portata del finalismo rieducativo in relazione al principio di umanità, aderisce ad una visione multiforme della pena: «La norma di cui al comma terzo dell'art. 27 della Costituzione, costituisce un contesto chiaramente unitario, non dissociabile (…) in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro, né tanto meno riducibile a una di esse soltanto», le due proposizioni sono cioè congiunte «non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra».

Lo stretto parallelismo tra le due coordinate ("non dissociabili" e "congiunte") trova tuttavia un forte temperamento nella collocazione del principio rieducativo nel solo trattamento penitenziario non assumendo un «senso esclusivo ed assoluto»: la rieducazione del condannato, «pur nell'importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio» e posta in relazione con ulteriori scopi, «dovendo agire in concorso con le altre funzioni (…) della pena, umanamente intesa ed applicata». Dunque la Corte, pur affermando che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa», non

BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, op. cit., 572, 573.

[166] La questione era stata sollevata dal giudice rimettente sull'assunto che la pena pecuniaria, risolvendosi in un semplice pagamento di una somma di denaro commisurata alla gravità del reato commesso, assolverebbe ad una finalità meramente retributiva e non anche rieducativa, funzione quest'ultima che il dettato costituzionale indicherebbe come essenziale di ogni sanzione penale (muove nella stessa direzione anche la precedente pronuncia n. 48 del 1962).

attribuisce alle due proposizioni medesima portata. Il vincolo derivante dal finalismo rieducativo, a differenza dell'umanità, lungi dal porsi come principio generale diretto a tutti i soggetti dell'ordinamento (legislatore, giudici, autorità amministrative etc.) esprime la sua forza unicamente durante il momento esecutivo trovando concretizzazione nel trattamento offerto ai ristretti[167].

La visione polifunzionale – e la tendenza a circoscrivere la portata della rieducazione – traspare in numerose pronunce della Corte costituzionale tra la fine degli anni '60 e degli '80: in una giurisprudenza tendenzialmente costante[168] il Giudice delle leggi sembra risentire profondamente anche di quell'incoerenza normativa, a rilevanza costituzionale, tra i principi posti dall'articolo 27, terzo comma, Cost. e la piena efficacia – sino alla riforma penitenziaria – del Regolamento fascista del 1931[169]. Così nella sentenza n. 22 del 1971 la Corte, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione alla previsione dei limiti massimi della pena per i reati di furto, afferma che «la severità delle pene previste dal codice vigente (…) esula da un qualsiasi riscontro di costituzionalità, perché attiene a scelte di politica legislativa, sottratte al sindacato (...). Essendo rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore la determinazione della pena edittale (e a

[167] In argomento è stato osservato come l'inclinazione a ridimensionare il principio rieducativo, degradandolo a valore della sola fase esecutiva, rende chiaro quale fosse la visione della Corte costituzionale in merito alle finalità perseguite con l'applicazione giudiziale della pena, volta al raggiungimento di obiettivi di prevenzione generale e di retribuzione, nonché di prevenzione speciale intimidatrice (S. Lorusso, *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2006, 174).

[168] Ancora nel primo periodo della giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, sentt. nn. 167 del 1973, 143 del 1974, 119 del 1975, 25 del 1979, 104 del 1982, 137 del 1983, 237 del 1984, 23, 102 e 169 del 1985 e 1023 del 1988.

Tra i sostenitori del principio rieducativo come scopo eventuale della sanzione penale, v. B. Petrocelli, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1950, 449. In argomento si veda anche G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, 98-99.

Un approfondimento sulla giurisprudenza costituzionale in riferimento alla visione polifunzionale della pena è contenuta in G. Fiandaca, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131 ss.; E. R. Belfiore, *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1999, 34 ss.

[169] *Supra*, cap. 1, par. 3.

quella del giudice l'irrogazione in concreto) sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua funzione rieducativa». Legislatore e giudici della cognizione vengono dunque espressamente svincolati dall'osservanza del principio rieducativo, la sua efficacia «indicata come finalità ultima (e non unica) dall'art. 27, terzo comma, Cost., non dipende solo dalla durata di essa, bensì soprattutto dal suo regime di esecuzione»[170].

Visione confermata nella nota sentenza con cui la Corte risolve l'annosa questione relativa alla compatibilità costituzionale della pena all'ergastolo con i principi di umanità e rieducazione[171] ponendo a fondamento del rigetto proprio l'adesione a una visione multiforme della sanzione penale: «la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, evidenzia la necessità che (...) abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale». Tuttavia «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile (…), non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena».

La polifunzionalità rende dunque infondata la questione di legittimità; l'articolo 27, terzo comma, Cost. «non ha proscritto

[170] In questo senso anche la sentenza n. 167 del 1973: «il principio della emenda (…), costantemente interpretato (…) non confligge con le altre funzioni della pena afflittiva e di prevenzione».

Analogamente sentt. nn. 119 del 1975 e 169 del 1985.

[171] Corte cost., sent. n. 264 del 1974. In estrema sintesi può dirsi che l'art. 22 del codice penale, descrivendo l'ergastolo come pena perpetua, precluderebbe al condannato ogni possibilità di rieducazione e reinserimento sociale così ledendo anche il principio di umanizzazione. La dottrina ha tentato di ridimensionare la questione mettendo in luce la possibilità di accedere, raggiunte determinate condizioni, alla liberazione condizionale, alla semilibertà e alla concessione dei permessi-premio (si veda in questo senso G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, op. cit., 717). La ricostruzione trascura, tuttavia, il problematico fenomeno dell'ergastolo ostativo, introdotto nel corso della c.d. legislazione antimafia (1991-1992): la sua esistenza, pur avendo ottenuto l'avallo della giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 135 del 2003, pone ancora oggi forti dubbi di compatibilità con il finalismo rieducativo di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. (E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, 1500 ss.).

Per un ampio richiamo alla giurisprudenza e alle dottrine in argomento si rinvia alla successiva nota n. 29 del terzo capitolo. Sulla recente sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2018 v. anche *infra*, cap. 2, par. 1.

la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole»[172].

Visione da ultimo confermata nella sentenza n. 282 del 1989, riguardante l'istituto della liberazione condizionale[173]: in riferimento alle funzioni attribuite alla pena non può delinearsi «una statica, assoluta gerarchia; è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti considerati, individuare a quale delle finalità della pena, debba essere data prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia». Nella sola fase esecutiva deve accordarsi prevalenza generale, ma non preminenza assoluta, al finalismo rieducativo, «mentre, per nessuna ragione può esser superata la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata con la sentenza di condanna (…) a sua volta la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell'ipotesi che l'esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua "futura" vita nella società, impongano, prima o durante l'esecuzione (...) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa». La liberazione condizionale «è, appunto, esempio della prevalenza, nel momento in cui viene attuata, della finalità rieducativa su tutte le altre finalità della pena»[174].

Fino alla fine degli anni '80 la giurisprudenza costituzionale avalla, dunque, un sistema in cui la sanzione è chiamata ad assolve-

[172] In ordine alla compatibilità tra il dettato costituzionale e la pena all'ergastolo, v. anche Corte cost., sentt. nn. 50 del 1980 e 168 del 1994.

[173] Nel caso di specie la pronuncia aveva ad oggetto l'istituto della revoca della liberazione condizionale e la determinazione del residuo di pena detentiva da espiare da parte del Tribunale di sorveglianza.

[174] In dottrina è stato osservato come la posizione adottata dalla Corte costituzionale possa comunque dirsi diretta a ridurre gli spazi di automatismo che privano di rilievo le istanze rieducative (L. Oliva, *L'incostituzionalità della revoca automatica delle riduzioni di pena: un nuovo contributo alla valorizzazione del principio del finalismo rieducativo*, in *Leg. pen.*, 1996, 271).

re contemporaneamente più funzioni: afflittivo-retributiva, general-preventiva, social-preventiva, satisfattoria o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato; la rieducazione è rivolta alla sola fase esecutiva riservandosi ben poco spazio alla risocializzazione del condannato sia nel momento dell'astratta previsione legislativa, sia nella fase di concreta irrogazione da parte dall'autorità giudiziaria.

5.1. La finalità rieducativa come principio generale dell'ordinamento e qualità essenziale di pene ragionevoli e proporzionate

Complice una sempre maggiore "familiarità" con una lettura costituzionalmente orientata dei principi contenuti nella riforma del '75, i giudici costituzionali superarono definitivamente la visione eclettica della pena all'inizio degli anni '90, adottando un modello "associativo-dialettico"[175] fondato sulla netta prevalenza della funzione di prevenzione generale e speciale. Gli scopi della sanzione, lungi dal porsi in un rapporto paritario, tendono a instaurare una relazione gerarchica o di preminenza, in rapporto alle diverse fasi della vicenda punitiva: la natura retributiva perde il suo ruolo autonomo, riducendosi a mera esigenza di proporzione tra sanzione da irrogare e grado di colpevolezza[176].

È nelle sentenze nn. 204 del 1974 e 364 del 1988, che emerge una prima decisiva svolta in questo senso, pietre miliari nella valorizzazione del finalismo rieducativo spesso disconosciute a favore della successiva – e ben più nota – pronuncia n. 313 del 1990. In evidentemente posizione antitetica rispetto alla polifunzionalità attribuita alla pena in quegli anni, con la sentenza n. 204 del '74 i giudici costituzionali pongono le basi per l'affermazione di un vero e proprio "diritto alla rieducazione", garantito attraverso l'applicazione di un programma trattamentale risocializzante che troverà un puntuale fondamento normativo nell'art. 13 o.p.[177]. La Corte,

[175] G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, op. cit., 333.

[176] Tra i primi ad affermare che il finalismo rieducativo non potesse ricondursi a una natura meramente programmatica C. Esposito, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 664.

[177] M. Ruotolo, *Il principio di umanizzazione della pena*, op. cit., 8.
Sul programma di trattamento, v. *infra*, cap. 2, par. 1.

nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 43 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale che attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale[178], chiarisce la portata del principio rieducativo: «il recupero sociale del condannato è fine ultimo e risolutivo della pena», al reo va riconosciuto un diritto soggettivo alla rieducazione; o meglio: «il diritto a che (…) il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

Nella stessa sentenza, la seconda coordinata dell'art. 27, terzo comma, Cost. cessa di essere relegata entro gli angusti confini del trattamento penitenziario e si erge a valore generale dell'ordinamento che si affianca, completandolo, al principio di umanità delle pene: «il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle». Presupposto logico-giuridico di un reinserimento sociale effettivo del condannato nel senso voluto dai Costituenti è dunque la «visione unitaria e paritaria dei principi costituzionali, considerati come un insieme inscindibile di valori etici e giuridici»[179].

Analogamente la portata innovativa della successiva sentenza n. 364 del 1988, si spinge ben al di là del giudizio di legittimità costituzionale sottoposto all'attenzione della Corte[180] svincolando espressamente l'ideale rieducativo dalla sola fase esecutiva[181].

[178] Come noto la liberazione condizionale (artt. 176 e 177 c.p.) consente al reo che abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere certo il suo ravvedimento, di rientrare in libertà prima del termine previsto dalla sentenza di condanna, previa imposizione, da parte del giudice di sorveglianza, di prescrizioni idonee ad evitare la commissione di nuovi reati.

[179] P. Almerighi, *L'effettività della risposta penale*, in *Giust. pen*., 1, 1995, 268.

[180] G. Fiandaca, *Principi di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale – "prima lettura" della sentenza n. 364 del 88*, in *Foro it.*, 1, 1988, 1385 ss.

[181] Norma oggetto del giudizio è l'art. 5 del codice penale, che la Corte dichiara illegittimo «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

La lettura combinata del primo e terzo comma dell'art. 27 Cost., individuando «i requisiti minimi che il reato deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati, particolarmente, nel terzo comma», non può consentire «che nel nostro ordinamento alla pena venga assegnata esclusivamente una funzione deterrente». Il teleologismo rieducativo – unitamente al principio di umanizzazione – è cioè un attributo che qualifica l'illecito penale ai sensi degli scopi di politica criminale: un'asserzione che investe l'intera struttura del reato, non potendosi circoscrivere alla sola fase esecutiva della sanzione comminata[182].

È l'inizio di un processo evolutivo teso alla massima valorizzazione della risocializzazione che troverà la sua più nitida espressione, a due anni di distanza, nel complesso tornante argomentativo della sentenza n. 313 del 1990.

Come noto, la Corte, dopo un richiamo critico alla propria giurisprudenza, afferma solennemente che la rieducazione non può ridursi «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario», affermandosi come valore generale dell'ordinamento posto in relazione di necessaria interdipendenza con il momento umanitario. Nell'inscindibile rapporto «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici di cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Qui la svolta di principio: il finalismo rieducativo, in esecuzione di un espresso obbligo costituzionale, deve orientare sia la determinazione della pena ad opera del giudice sia, in un momento antecedente, le scelte del legislatore verso politiche criminali in grado di favorire positivamente – tramite la diversificazione delle sanzioni – il reinserimento sociale dei condannati voluto dai Costituenti. In proposito è stato autorevolmente affermato che la finalità rieducativa non possa circoscriversi alla sola "teoria dell'esecuzione della pena" ma vada riferita, con portata generale, alla "teoria della pena", che comprende anche il momento legislativo della creazione di un sistema sanzionatorio differenziato nonché la fase giudiziaria, mediante la possibilità di operare scelte concrete che

[182] In questo senso E. R. Belfiore, *Profili della funzione rieducativa*, op. cit., 45.

rendano la sanzione adeguata, nella natura e nella misura, al soggetto che ne è sottoposto; in questo senso «l'individualizzazione esecutiva della pena si completa con la individualizzazione legislativa e giudiziaria»[183].

Superata la precedente impostazione teorico-giuridica, il Giudice delle leggi chiarisce la portata del verbo "tendere": «la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento penitenziario (…), indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». Viceversa, circoscrivendo la seconda coordinata alla sola fase esecutiva, si rischierebbe una grave compromissione del principio costituzionale ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in fase applicativa) sulle necessità rieducative della persona[184].

[183] F. Mantovani, *Diritto penale – Parte generale*, op. cit., 735.

[184] La necessità di espandere l'ideale special-preventivo oltre la fase dell'esecuzione penale è confermata, a quasi vent'anni di distanza dalla pronuncia n. 313 del 1990, da due più recenti sentenze della Corte costituzionale. Nella n. 79 del 2007 i giudici rilevano che il finalismo rieducativo della pena «deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria», la quale «deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione».

Nella successiva sentenza n. 129 del 2008 la Corte, dopo aver chiarito come la funzione rieducativa debba necessariamente leggersi in un rapporto di netta scissione rispetto alle norme del giusto processo, ribadisce che la necessità che la pena debba "tendere" a rieducare «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che la caratterizzano».

Sulla valorizzazione della rieducazione come principio generale dell'ordinamento si segnala, inoltre, la recente sentenza n. 179 del 2017 del Giudice delle leggi su cui v. D. Galliani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.

Per un'ampia riflessione sulla pronuncia n. 313 del 1990 cfr., tra i molti, F. Balio, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 292 ss.; G. Fiandaca, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001, 131 ss.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 34-35; E. Gallo, *L'evoluzione*

Alla volontà di non limitare il reinserimento al momento esecutivo, la Corte affianca la necessità di rispettare «il principio di proporzione fra *quantitas* della pena e gravità dell'offesa», da operare valutando in concreto «il valore rieducativo della sanzione in relazione alla sua pregnante finalità», anche al fine di evitare rischiose involuzioni neoretributive[185].

L'affermazione ha aperto la strada a un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza costituzionale riguardante la proposizione di questioni di legittimità costituzionale circa la sproporzione e l'arbitrarietà – nella specie e nella misura – delle sanzioni previste nelle norme penali. Nella sentenza n. 341 del 1994, sull'illegittimità costituzionale del minimo edittale di pena previsto in relazione al reato di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 c.p.), la Corte ben mette in luce il parallelismo che nel sistema costituzionale deve intercorrere fra finalità rieducativa e proporzionalità tra fatto, reato e sanzione: «la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena, e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni, non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea». Proseguono i giudici costituzionali «questo *unicum*, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante». Diversamente, in un sistema costituzionale fondato sui principi di uguaglianza (formale e sostanziale), umanità e finalismo rieducativo delle pene, siffatta visione deve ritenersi «estranea alla coscienza democratica (…), per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima».

del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena, in *Giur. cost*., 1994, 3204-3205. Sulla sentenza in relazione alla disciplina processuale e, in particolare, ai riti alternativi v. G. Fiandaca, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1, 1990, 2392.

In ordine alla centralità dell'ideale rieducativo quale vincolo per il legislatore a partire dalla sentenza n. 313 del '90 v., di recente, D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 48-60.

[185] In questo senso E. Dolcini, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. crim*., 2-3, 2005, 70.

Analoga logica argomentativa ha condotto la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, c.p. ("Alterazione di stato") nella parte in cui prevede un trattamento sanzionatorio «eccessivo e sproporzionato», cui consegue una violazione dei principi di ragionevolezza, colpevolezza e rieducazione[186]. Nel dettaglio il finalismo rieducativo risulterebbe violato «dall'inflizione di una punizione irragionevolmente sproporzionata (…) poiché ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo»[187].

Dalla pronuncia sembra dunque emergere un riflesso soggettivo del reinserimento sociale nella psiche del condannato: il percorso risulterà concretamente efficace solo ove sorretto da un sistema penale in cui le sanzioni non siano percepite dal reo come "ingiuste" o "sproporzionate"[188] rispetto alle condotte criminose poste in essere. Qualora le pene risultino evidentemente arbitrarie, essendo la materia sanzionatoria espressamente riservata alla discreziona-

[186] Corte cost., sent. n. 236 del 2016.

[187] È costante nella giurisprudenza costituzionale in materia di proporzionalità la considerazione secondo cui gli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost. esigano che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, sì da consentire al sistema sanzionatorio di rispondere anche alla funzione di difesa sociale e alla contemporanea tutela delle posizioni individuali. La garanzia di tale principio nel diritto penale conduce a «negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (Corte cost., sent. n. 341 del 1994).

Nel senso che un'irragionevole asprezza della risposta sanzionatoria determini una violazione congiunta degli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione anche le sentenze n. 343 del 1993 e nn. 251 e 68 del 2012.

Sul punto si veda altresì l'art. 49, numero 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 a sensi del quale: «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

[188] Il divieto di pene «nettamente sproporzionate» è stato sancito anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo a partire dall'art. 7 della Convenzione EDU: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso» (v. sul punto Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito* [GC], del 9 luglio 2013, ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10).

lità del Legislatore (riserva di legge *ex* art. 25, secondo comma, Cost.)[189], la Corte potrà intervenire con una manipolazione di tipo sostitutivo solo entro «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo (…). È infatti essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata»[190-191].

La giurisprudenza costituzionale, dunque, ha giocato un ruolo decisivo nella graduale evoluzione dell'ideale rieducativo, espandendone la portata da mera connotazione (eventuale) delle sanzioni – circoscritta alla sola fase esecutiva – a principio avente valenza generale[192]: il suo vincolo ricade oggi su tutti i soggetti ordinamentali, obbligandoli ad agire affinché il sistema di esecuzione sia fondato su un percorso rieducativo effettivo e attuato mediante l'applicazione di pene risocializzanti, individualizzate, non irragionevoli o sproporzionate.

5.2. Gli incerti confini dei trattamenti contrari al senso di umanità

La fisionomia in divenire del finalismo rieducativo non può

[189] Nel senso di preservare la discrezionalità del legislatore in materia penale, salvo il sindacato di costituzionalità su scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 148 e 23 del 2016, 81 del 2014 e 394 del 2006 e ordinanze nn. 249 e 71 del 2007, 69 e 45 del 2006.

[190] Analogamente anche la sentenza della Corte costituzionale n. 23 del 2016.

[191] Sulla decisione n. 236 del 2016 cfr. F. Viganò, *Un'importate pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 1959 ss.

Un'ampia riflessione sul principio di proporzionalità delle pene è contenuta in A.L. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 29-154.

[192] Sull'ideale rieducativo in relazione alla giurisprudenza costituzionale, cfr., tra i molti, M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, op. cit., 12 ss.; G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2014; 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, 92 ss.; V. Mongillo, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir*., 2009, 179; C.E. Paliero, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, op. cit., 155.

che leggersi congiuntamente con l'evoluzione giurisprudenziale del principio di umanità delle pene, essendo le due coordinate inserite in un «contesto chiaramente unitario, non dissociabile (…) in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro.(…) perché logicamente in funzione l'una dell'altra»[193].

Anche il principio di umanizzazione costituisce cioè un innegabile valore di civiltà diretto sia al legislatore sia alle istituzioni chiamate ad applicare le sanzioni; in tal senso è stato autorevolmente osservato come il terzo comma dell'art. 27 Cost., attraverso il duplice livello di previsione – divieto di trattamenti inumani e ideale rieducativo – definisca «l'area di incidenza del vincolo costituzionale sulle scelte del legislatore penale in relazione al momento esecutivo delle pene detentive»[194]. Riflessione necessaria al fine di comprendere perché qualsivoglia indagine preliminare sull'attuale conformazione del sistema di esecuzione penale, soprattutto in relazione alla garanzia dei diritti costituzionali, non possa che concludersi con un sintetico richiamo alla giurisprudenza costituzionale in materia.

La Corte occupandosi *in primis* della relazione intercorrente tra aspetto umanitario e finalismo rieducativo, osserva che «occorre tendere alla rieducazione del condannato, al qual proposito non si può fare a meno di prendere in considerazione la personalità del singolo, tanto che l'ordinamento penitenziario (…) vuole che sia dato largo spazio al trattamento individualizzato proprio per agevolare la rieducazione»[195]. Con specifico riferimento all'umanità delle pene i giudici costituzionali – pur prendendo atto dell'inesistenza di una definizione ordinamentale – tentano di delinearne ambito di applicazione e portata giuridica: «il trattamento non contrario al senso di umanità deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato per cui un certo tipo di pena viene specificatamente comminato». Constatando l'impossibilità di individuare una nozione statica e immutabile di "trattamenti contrari al senso di umanità", la Corte aderisce dunque a una visione "dinamica" della prima

[193] Così la richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 1966.
[194] V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 98.
[195] Corte cost., sent. n. 104 del 1982.

coordinata: la violazione del principio umanitario deve necessariamente soggiacere a un accertamento di tipo casistico, che abbia riguardo alle condizioni di detenzione e alle concrete modalità di espiazione della pena[196].

Ulteriori chiarimenti in ordine al contenuto dei "trattamenti inumani", si rinvengono in due successive pronunce del 1996. Nella n. 165 il Giudice delle leggi sottolinea, *in primis,* la rilevanza costituzionale dell'umanizzazione delle pene quale «principio di civiltà» che «deve improntare di sé la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque informare tutta l'organizzazione carceraria e l'applicazione delle norme ad essa relative». Nella stessa pronuncia i giudici costituzionali individuano un contenuto meno evanescente della coordinata: «perché la restrizione in carcere possa ritenersi contraria (a tale principio) deve verificarsi una situazione di vera e propria incompatibilità tra regime carcerario, comunque disciplinato, e condizioni soggettive del condannato». In assenza di una definizione normativa si deve dunque aver riguardo alle condizioni di ciascun detenuto, considerato nella sua individualità (profilo soggettivo) e alle caratteristiche della detenzione cui è sottoposto (profilo oggettivo).

Maggiormente significativa la seconda pronuncia, in cui la Corte individua un'ipotesi di concreta violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. qualora fosse consentito «all'amministrazione di introdurre senza alcun controllo di contenuto restrizioni all'ordinario regime carcerario»[197], non escludendosi «che possano realizzarsi trattamenti contrari al senso di umanità». Inoltre, potendo comportare la cessazione delle attività di osservazione e trattamento, verrebbe meno quella «strumentazione giuridica prevista dall'ordinamento penitenziario per l'attuazione della finalità rieducativa della pena».

La portata innovatrice della sentenza è tuttavia un'altra: i giudici costituzionali, benché non chiamati pronunciarsi *ex professo*

[196] Analoga "visione dinamica" sarà adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in riferimento alla definizione di "pene o trattamenti inumani o degradanti" contenuta nell'art. 3 della Convenzione EDU ("Divieto di tortura"), su cui ampiamente *infra*, cap. 2, par. 2.

[197] Corte cost., sent. n. 351 del 1996.

sul problema di identificare un chiaro contenuto alla prima coordinata dell'art. 27, terzo comma, Cost., rilevano come non possa «mancare la individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità». In assenza di specifiche previsioni di legge, «le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti». La disposizione, relativa ai contenuti della sorveglianza particolare, specifica che le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime (disposto con provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria) non possono riguardare aspetti strettamente attinenti alla tutela della dignità dell'individuo e dei suoi diritti (igiene, culto, permanenza all'aperto, colloqui etc.)[198].

La Corte sembra dunque individuare una sorta di "parametro ordinamentale" alla cui stregua effettuare una prima valutazione in ordine alla sussistenza o meno della violazione; si tratta purtuttavia di un indice minimo essendo l'indagine sul rispetto dell'umanità delle pene sempre rimessa al più ampio sindacato della Magistratura di sorveglianza in ordine alle peculiarità soggettive di ciascun condannato e alle concrete condizioni di detenzione[199].

[198] Il regime di sorveglianza particolare, previsto dall'art. 14-*bis* o.p., è disposto con provvedimento motivato dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti di coloro che abbiano tenuto una condotta tale da turbare l'ordine e la sicurezza all'interno degli istituti, che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati o, ancora, che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri ristretti nei loro confronti.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 14-*quater* o.p. ("Contenuti del regime di sorveglianza particolare"): «In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli».

[199] A conclusione dell'indagine giurisprudenziale sul principio di umanizzazione delle pene occorre un esplicito richiamo al divieto di pena di morte oggi contenuto nel quarto comma dell'art. 27 Cost. Il principio di umanità e il finalismo rieducativo trovano massima espressione nella definitiva scelta abolizionista del legislatore italiano avvenuta con la legge n. 589 del 1974 e con la storica revisione costituzionale n. 1 del 2007 con la quale è stato eliminato l'inciso, originariamente presente nel quarto comma dell'art. 27, che ammetteva la pena capitale nei soli casi previsti dalle leggi militari di guerra.

Attraverso la richiamata giurisprudenza la metamorfosi del corpo ristretto assume – sotto il profilo astratto-interpretativo – la sua forma definitiva, in cui il rispetto della dignità umana implica «la tutela dell'elementare, ma indisponibile, diritto di chiunque di essere trattato come uomo, da uomini suoi pari, quale che sia il rapporto sociale nel quale esso venga a trovarsi»[200-201].

Allo stesso tempo, come mostrano gli articoli di apertura dell'ordinamento penitenziario, ogni novella introdotta dalla riforma – individualizzazione del trattamento, previsione di misure *extra moenia*, codificazione di diritti, giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale – sembra guidata dalla volontà di tradurre normativamente il dettato costituzionale, a partire dalla centralità della dignità innata e dal ruolo propulsivo attribuito ai pubblici poteri nella rimozione delle disuguaglianza che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Se e in che modo Legislatore, Corti e autorità amministrative abbiano proseguito lungo la strada tracciata dai Costituenti e dalla riforma del '75 sarà oggetto delle riflessioni proposte nei capitoli che seguono.

La bibliografia sul tema è ampia, si vedano tra i molti e su diversi aspetti: D. Galliani, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Perugia, 2017; R.G. Rodio, *Pena di morte*, in *Enc. bioet. sc. giur*., X, Napoli, 2016; A. Pugiotto, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena*, op. cit., 121 ss.; A. Rolin, *La pena di morte: stato della questione, esame di alcune recenti pubblicazioni*, Firenze, 2010; G. Marinucci, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1, 2009; V. Hugo, *Contro la pena di morte*, Milano, 2009; F. E. Zimring, *La pena di morte*, Bologna, 2009; A. Marchesi, *La pena di morte. Una questione di principio*, Roma-Bari, 2004; R. Tamanti, *La pena di morte. Tra etica della vita e autorità dello Stato*, Assisi, 2004; S. Torow, *Punizione Suprema. Una riflessione sulla pena di morte*, Milano, 2003; F. Carnelutti, *La pena di morte nel diritto pubblico*, 7, 1939.

Emblematica nella giurisprudenza costituzionale la sentenza n. 223 del 1996: la Corte, dopo aver chiarito che il divieto ha un rilievo del tutto particolare – al pari di quello attribuito alle pene contrarie al senso di umanità – afferma che l'impossibilità della pena capitale si configura quale «garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 della stessa Costituzione».

[200] A. Pace, *Problematica delle libertà* costituzionali, op. cit., 113.

[201] Le pronunce della Corte costituzionale in materia di bilanciamento tra esigenze di sicurezza connaturate allo stato detentivo e garanzia dei diritti saranno oggetto di successiva indagine (*infra*, cap. 3, par. 1). Ulteriore ed approfondita analisi sul se, perché, come e quanto punire nella giurisprudenza costituzionale è contenuta nell'ampio lavoro di F. Balio, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, op. cit.

Capitolo II

QUALE INDIVIDUALIZZAZIONE IN UN CARCERE SOVRAFFOLLATO? DETENZIONE SOCIALE, INTERVENTI EMERGENZIALI E CUSTODIA *ANTE IUDICATUM*

SOMMARIO: 1. La carenza di individualizzazione quale fattore ostativo alla realizzazione del finalismo rieducativo – 2. Il sovraffollamento carcerario: un endemico "metro" di valutazione delle politiche sociali, penali e penitenziarie – 2.1. Riflessioni preliminari – 2.2. Un fenomeno volutamente consolidato. Interventi emergenziali e carcerazione delle individualità marginalizzate – 2.3. Un'illegittimità non più prorogabile. La linea "intransigente" espressa dalle Corti – 2.4. Il diritto a uno spazio detentivo dignitoso come parte del più ampio diritto a un'esecuzione penale conforme a dignità. Considerazioni prodromiche – 2.4.1. Quando calano le luci di Strasburgo: una promozione dai pericoli neo-retributivi – 3. La tenacia della giurisprudenza costituzionale nella lunga vicenda del custodialismo obbligatorio *ante iudicatum* – 3.1. Il legislatore cede all'"assedio giurisprudenziale". Il reticente ritorno (legislativo) al principio del minor sacrificio necessario della libertà.

1. *La carenza di individualizzazione quale fattore ostativo alla realizzazione del finalismo rieducativo*

Lo sguardo d'insieme sulla riforma penitenziaria ha messo in luce come primo tassello nel percorso di metamorfosi ordinamentale sia la necessità che ogni condannato risulti destinatario di un trattamento risocializzante offerto «secondo un criterio di individualizzazione» (art. 1, secondo comma, o.p.), volto a «rispondere ai particolari bisogni della personalità» (art. 13, primo comma, o.p.) e «diretto a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale» (art. 1, secondo comma, reg. esec.)[1].

[1] Come accennato, la valorizzazione dell'identità di ciascun ristretto è confermata

L'esecuzione penale non può tradursi in un cammino lungo un unico binario privo di curve, gravando sui pubblici poteri un puntuale obbligo costituzionale di garantire, mediante l'erogazione di eterogenei trattamenti rieducativi, una "moltitudine di binari" e una "diversificazione di curve" a seconda delle attitudini e delle azioni di quel "condannato" a cui l'art. 27, terzo comma, Cost. si rivolge al singolare[2]. A tale obbligo in capo alle amministrazioni corrisponde, come contro riflesso, la volontarietà nell'adesione al trattamento: stante la primarietà della persona – e dei suoi diritti (inviolabili) – la rieducazione, lo si è anticipato, non può consistere nell'imposizione di regole etiche, morali o di condotta, tipica dei sistemi autoritari, dovendosi tradurre in una proposta risocializzante che presuppone scelte individuali del condannato e il loro rispetto, incluso il rifiuto al trattamento[3].

La conformazione della pena concretamente espiata dipenderà non solo dalla gravità materiale dell'illecito commesso e dalla sanzione conseguentemente irrogata, ma anche dalle scelte e dai

dall'obbligo di rivolgersi ai detenuti – e agli internati – utilizzando il proprio nome, non il numero di matricola (art. 1, sesto comma, o.p. come modificato dal d.lgs. n. 123 del 2018).

[2] In proposito è stato autorevolmente osservato che, pur essendo l'esito del trattamento rieducativo assai incerto, questo «non è mai impossibile: è in un certo senso una "scommessa", che muove dal presupposto antropologico che nessuna persona umana è "per natura" delinquente» (V. Onida, *Prefazione* a M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., XIV).

Sulla centralità di offrire un percorso rieducativo a ogni persona sottoposta ad esecuzione penale, è stato recentemente affermato come non sia un caso che, perlomeno dagli anni Settanta in poi, quello del trattamento sia il settore in cui il principio di rieducazione è stato assunto a parametro, sia pure non esclusivo, per una serie di emblematiche pronunce della giurisprudenza costituzionale. Ne sono espressione le sentenze nn. 167 del 1972, in materia di applicabilità del finalismo rieducativo anche alle misure di sicurezza, e 274 del 1983 sulla concessione del beneficio della riduzione della pena anche ai condannati all'ergastolo. È un orientamento che, come ricordato, si spinge fino alla pronuncia n. 313 del 1990 con l'espressa estensione del vincolo teleologico di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. anche alle scelte legislative compiute in materia penale (A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit., 58, 59).

Sul finalismo rieducativo nella giurisprudenza costituzionale v. *supra*, cap. 1, par. 5.1.

[3] Sulla necessità di un'adesione volontaria al programma di trattamento cfr. V. Mongillo, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, op. cit., 173 ss. e G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, op. cit., 11.

comportamenti del reo durante la fase esecutiva[4]; l'individualizzazione, in altri termini, risulta ben lontana dalla volontà di far corrispondere le modalità dell'esecuzione penale unicamente al tipo e alla durata di sanzione prevista nella sentenza di condanna, modulandosi a seconda delle attitudini del detenuto e alla risposta al trattamento.

Sul punto la Corte costituzionale ha recentemente affermato che la personalità del condannato «non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società»[5].

Identificando il fine rieducativo nel recupero sociale, il prin-

[4] Una valorizzazione dei comportamenti del condannato ai fini dell'individualizzazione del trattamento è contenuta in L. Degl'Innocenti, F. Faldi, *Misure alternative e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010, 9 ss. Più in generale, su funzione e organizzazione del trattamento, v. G. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, 98 ss.

[5] Corte cost., sent. n. 149 del 2018. Nel dettaglio i giudici costituzionali hanno censurato l'art. 58-*quater*, quarto comma, o.p., nella parte in cui prevede, per i condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione che abbiano cagionato la morte del sequestrato, una soglia temporale dei due terzi di pena o dei ventisei anni nel caso di ergastolo, non riducibile per effetto della liberazione anticipata.

La fissità della soglia, afferma la Corte, delinea un'irragionevole differenziazione non solo in riferimento alla generalità dei detenuti, ma anche riguardo ai condannati per uno dei delitti inseriti nella prima fascia dell'art. 4-*bis* o.p., per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata alla collaborazione con la giustizia. La previsione di una soglia indifferenziata si pone inoltre in contrasto con il finalismo rieducativo

cipio costituzionale di presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost., ribadito dall'art. 1, settimo comma, o.p.[6]) impone di rivolgere le misure rieducative unicamente nei confronti di coloro che siano destinatari di una sentenza definitiva di condanna; gli imputati potranno tuttavia fruirne su loro richiesta (art. 15, terzo comma, o.p.) gravando in tal caso sull'amministrazione un obbligo di «predisporre l'attività di trattamento (…)» anche nei loro confronti[7]. Gli stessi giudici costituzionali nella decisione n. 532 del 2002, e più recentemente nella sentenza n. 17 del 2017, hanno chiaramente affermato che la funzione rieducativa «si rivela non soltanto eccentrica, ma addirittura contraddittoria rispetto alle connotazioni che tipizzano l'intera gamma delle misure cautelari», essendo queste «volte a presidiare esclusivamente i *pericula libertatis* previsti dalla legge: con esclusione di qualsiasi finalità di "rieducazione" che, per gli imputati, equivarrebbe ad una palese elusione del principio di presunzione di non colpevolezza»[8].

impedendo la necessaria «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (su cui anche le precedenti sentt. nn. 255 e 257 del 2006; 445 del 1997 e 504 del 1995).

Sulla pronuncia n. 149 del 2018, cfr. E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. giust.*, 16 luglio 2018. Sia consentito altresì un rinvio a S. Talini, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Giur. cost.*, 3, 2018.

[6] Ai sensi dell'art. 1, settimo comma, o.p. come riformato dal d.lgs. n. 123 del 2018: «Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva». Analoga previsione era contenuta nel precedente quinto comma dello stesso articolo.

[7] Il regolamento di esecuzione, in conformità al principio costituzionale di umanità, specifica altresì che: «Il trattamento degli imputati sottoposti a misure privative della libertà consiste nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali» (art. 1, primo comma, reg. esec.).

[8] Riguardo al trattamento nei confronti degli imputati, v. A. Giarda, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, op. cit., 242 ss.; V. Grevi, *La libertà personale dell'imputato*, Milano, 1976, 271 ss. Sul punto altresì A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit., 39-42, secondo il quale l'impossibilità di sottoporre gli imputati a un percorso rieducativo discendente non solo dall'esistenza della presunzione di non colpevolezza, ma anche dalla «piena ed assoluta libertà di difesa da garantire all'imputato: libertà che potrebbe essere messa in dubbio qualora fossero effettuati sul soggetto interventi penetranti a contenuto psicologico» (41).

Diversamente il "trattamento penitenziario", identificando l'insieme di disposizioni e istituti che regolano la vita all'interno delle carceri, rivolge la sua azione all'intera popolazione ristretta dovendo essere, nel rispetto dei principi costituzionali «conforme ad umanità e (…) assicurare il rispetto della dignità della persona» (art. 1., primo comma, o.p.): è dunque «improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione» (art. 1, secondo comma, o.p.)[9]. A tal fine l'art. 16 o.p. prescrive che in ciascun istituto il trattamento penitenziario sia «organizzato secondo le direttive che l'amministrazione penitenziaria impartisce con riguardo alle esigenze dei gruppi di detenuti ed internati ivi ristretti»; le modalità proposte «sono disciplinate nel regolamento interno predisposto e modificato da una commissione composta dal magistrato di sorveglianza, che la presiede, dal direttore, dal medico, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale» (primo comma). Il regolamento così redatto contiene altresì la disciplina dei controlli cui devono sottoporsi tutti coloro che, a qualsiasi titolo, accedono all'istituto o ne escono (secondo comma).

Nonostante il legislatore del '75 fosse chiaramente mosso dall'intenzione di definire il trattamento penitenziario secondo un

In ordine al problema dell'elevato numero di persone detenute non destinatarie di un percorso rieducativo perché in attesa di condanna definitiva v. ampiamente *infra*, cap. 2, par. 3.

[9] La formulazione è stata ampliata dal recente d.lgs. n. 123 del 2018. La precedente prevedeva un trattamento penitenziario «improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose».

In argomento autorevole dottrina ha osservato che «tra l'area concettuale del trattamento penitenziario e quella del trattamento rieducativo esiste (…) un rapporto da genere a specie (…) confermato, tra l'altro, sul piano sistematico, dalla circostanza che l'intero Titolo I della legge (nel quale sono comprese, oltre a una serie di previsioni generiche concernenti i "detenuti", senza ulteriori specificazioni, anche tutte le norme relative alle "misure alternative" per i condannati) reca la rubrica "trattamento penitenziario"» (V. Grevi, F. Della Casa, G. Giostra, sub *art. 1. o.p.*, in G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), op. cit., 6 ss.).

criterio di prossimità – soprattutto in riferimento alle differenti tipologie di detenuti e regimi presenti in ciascun istituto[10] – non può tacersi il problema dell'estrema eterogeneità delle condizioni detentive negli istituti italiani, complice uno scarso interesse da parte del Ministero della Giustizia, cui l'ultimo comma dell'art. 16 o.p. attribuisce il compito di approvare il regolamento interno e le sue successive modificazioni. La differenziazione dei regolamenti di istituto, incidendo sulle modalità del trattamento (anche rieducativo), ha contribuito a creare un panorama detentivo estremamente frammentato in cui sembrano configurarsi tante modalità di esecuzione quanti sono gli istituti di reclusione; il trattamento offerto non dipende, come la normativa vorrebbe, esclusivamente dalle caratteristiche della persona a cui si rivolge, derivando – in larga parte – dalle scelte gestionali e organizzative assunte dalle singole direzioni. È stato correttamente osservato come una simile impostazione finisca «per ribadire nuovamente l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione penitenziaria, essendo pacifico che misure del trattamento non sono solo quelle stabilite dalla legge e dal regolamento di esecuzione, ma financo le misure disciplinate dal regolamento di istituto»[11]; in questo modo le generiche previsioni contenute nella riforma del '75 hanno lasciato un

[10] Sulla necessità che all'Amministrazione penitenziaria sia riconosciuto un apprezzabile margine di discrezionalità in ordine alle modalità realizzative dell'offerta trattamentale, v. G. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, op. cit., 98 ss.; G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, op. cit., 7 ss.

Riguardo al rispetto del principio costituzionale di legalità anche nel dinamismo che contraddistingue il trattamento rieducativo dei condannati, cfr. G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, op. cit., 323; F. Bricola, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen*., 1969, 280.

La stessa Corte costituzionale nella sent. n. 285 del 1991 ha specificato l'esistenza del «principio della riserva di legge del trattamento sanzionatorio».

[11] A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 33. Lo stesso Autore, a titolo di esempio, afferma che «in base al combinato disposto degli artt. 16 c. 2 ord. penit. e 98 e 74 c. 4 reg. esec., viene rimessa alla autonomia normativa dei singoli istituti l'individuazione dei casi in cui debbono effettuarsi le perquisizioni ordinarie, cioè quelle a cui è possibile procedere senza l'apposito ordine del direttore».

In analoga direzione G. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, op. cit., 98 ss. e S. Bellomia, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir*., XXX, Milano, 1980, 921 ss.

margine così ampio alle scelte dell'amministrazione che «sembra quasi che non sia la legge a disciplinare e governare il trattamento, ma che sia quest'ultimo a limitare e guidare la legge, fino ad inglobarla vincendone ogni (per la verità, fievole) resistenza»[12].

L'eterogeneità gestionale, unitamente alla frequenza dei trasferimenti e il relativo rischio di non poter proseguire i percorsi rieducativi intrapresi, sembra contrastare in radice (sul piano fattuale) con il principio di uguaglianza in riferimento al finalismo dell'azione penale, che imporrebbe di porre le persone recluse in una posizione di assoluta orizzontalità in relazione alla possibilità di reinserimento nel consesso sociale[13]. All'espressa imparzialità esterna del trattamento, che impone i molteplici divieti di discriminazione ampliati dalla nuova formulazione dell'art. 1, primo comma, o.p., dovrebbe affiancarsi un'imparzialità interna che – conformemente ai principi costituzionali di uguaglianza e finalismo rieducativo – imporrebbe analogo divieto anche in ordine alle opportunità trattamentali offerte nei diversi luoghi di detenzione[14].

Essendo l'indagine qui proposta rivolta all'analisi dei principali fenomeni a rilevanza costituzionale che costituiscono negazioni *de facto* alla realizzazione della normativa penitenziaria (utilizzando la lente del diritto costituzionale), non è questa la sede per una

[12] A. Gaboardi, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 36.

[13] Lo stesso Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria nella circolare n. 3663/6113 del 26 ottobre 2015 ha messo in luce che «l'eterogeneità applicativa sul territorio nazionale è contraria al principio di uguaglianza».

[14] La questione dell'eterogeneità gestionale presente negli istituti italiani è stata sollevata anche nel corso degli Stati Generali dell'esecuzione penale che, come noto, hanno avviato un percorso semestrale di riflessione e approfondimento in ordine a molteplici aspetti concernenti l'esecuzione tra cui la vita detentiva, la responsabilizzazione del detenuto, i circuiti e la sicurezza (Tavolo 2). Nella relazione del Tavolo emerge come si sia «posto in primo luogo il problema se (…) fosse necessario od opportuno predisporre una sorta di "Carta della vita detentiva" in cui inserire, sebbene non in maniera esaustiva, un "contenuto minimo" al quale ancorare le scelte normative e di prassi amministrativa, al fine non solo di assicurare ai detenuti l'esecuzione di una pena in linea con i parametri costituzionali e convenzionali europei ma anche per orientare l'azione congiunta degli operatori verso un nuovo modello di detenzione caratterizzato da attività ed integrazione, socialità e condivisione, responsabilità ed autonomia» (Relazione del Tavolo 2 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, in *giustizia.it*, 25).

disamina delle complesse tematiche mediche, psicologiche e sociologiche connesse all'erogazione del trattamento penitenziario e rieducativo, rendendosi tuttavia necessarie alcune brevi considerazioni in ordine a quelle modalità del trattamento che la normativa – anche a seguito delle recenti novelle – collega funzionalmente alla realizzazione del finalismo costituzionale delle pene.

Strumento normativamente preposto alla differenziazione del trattamento – e dunque al concretizzarsi di individualizzazioni rieducative – è l'osservazione scientifica della personalità[15] volta a «rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento» (art. 13, secondo comma, o.p.)[16]. L'osservazione, compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita durante il suo corso, consente la formulazione delle indicazioni relative al percorso risocializzante di ciascun condannato raccolte nel programma di trattamento, «integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione» (art. 13, quarto comma, o.p.)[17] e approvato con decreto dal magistrato di sorveglianza (art. 69, quinto comma, o.p.)[18].

[15] Secondo l'art. 29, secondo comma, reg. esec. l'attività è compiuta dal gruppo di osservazione e trattamento (G.O.T.) presieduto dal direttore dell'istituto e composto dal personale e dagli esperti che hanno svolto le attività di osservazione; il gruppo si riunisce periodicamente al fine di esaminare gli sviluppi e i risultati del trattamento (art. 29, terzo comma, reg. esec.).

Il ricorso all'osservazione scientifica della personalità quale strumento idoneo a valutare il processo di risocializzazione del condannato ad opera di un'*equipe* di esperti, ha indotto parte della dottrina a ricondurre il trattamento rieducativo delineato dalle riforma del '75 all'interno della c.d. "criminologia psichiatrica" (G. Fiandaca, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost*., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, op. cit., 276; M. Pavarini, B. Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 109).

Un'analisi sui profili sociologici e pedagogici dell'osservazione scientifica della personalità è contenuta in G.F. Ricci, D. Resico, *Pedagogia della devianza*, Milano, 2010, in particolare 215 ss.

[16] Disposizione così riformulata dal d.lgs. n. 123 del 2018.

[17] Circa la modificabilità e progressività del trattamento, il regolamento di esecuzione specifica che «l'osservazione è diretta ad accertare, attraverso l'esame del comportamento del soggetto e delle modificazioni intervenute nella sua vita di relazione, le eventuali nuove esigenze che richiedono una variazione del programma di trattamento» (art. 27, terzo comma, reg. esec.).

[18] Sulla complessità contenutistica del programma di trattamento autorevole dot-

In un percorso trattamentale in "graduale divenire" la normativa penitenziaria, lungi dal porre il condannato in una posizione di mera subordinazione rispetto a valutazioni altrui, gli attribuisce un ruolo attivo nel processo di modulazione del trattamento rieducativo dovendosi favorire «la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento» (art. 13, quinto comma, o.p.). Lo stesso regolamento di esecuzione alla specificazione che «ai fini dell'osservazione si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze», fa seguire la valorizzazione del potere decisionale del detenuto, vincolando l'osservazione della personalità alla valutazione periodica sull'attualità della sua «disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento». Attraverso le indicazioni raccolte gli operatori penitenziari avviano con il ristretto «una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione» (art. 13, terzo comma, o.p.)[19].

Muovendo nella direzione di favorire la partecipazione del condannato, la richiamata circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria n. 3593/6043 del 10 ottobre 2003 specifica che, a differenza delle semplici attività di intrattenimento volte a «riempire tempi altrimenti vuoti, a smorzare tensioni, ad occupare il tempo, a garantire spazi di socialità», il trattamento «finalizzato alla rieducazione e alla reintegrazione sociale del reo, presume la definizione, previa osservazione, di un'ipotesi individualizzata il

trina ha osservato che la sua importanza «rileva sotto molteplici profili: esso registra, anzitutto, l'evoluzione della personalità del detenuto e la sua adesione alle offerte trattamentali; traccia la linea del percorso rieducativo e risocializzante del condannato, anche e soprattutto attraverso la motivata proposta di concessione di benefici penitenziari; determina infine, l'assegnazione definitiva del detenuto ad istituti e sezioni maggiormente corrispondenti agli specifici differenti bisogni trattamentali di ciascuno» (F. Fiorentin, *L'osservazione scientifica della personalità*, in *Diritto e Diritti*, ottobre 2004).

Specificamente sul programma di trattamento come strumento rivolto al recupero sociale anche P. Basco, L. Del Citerna, V. Cristiano, *Oltre la violenza. La terapia della parola dietro le sbarre*, Roma, 2006, 33 ss.

Sulla centralità di una proposta di trattamento adeguatamente motivata, v. Corte Cass., sez. I pen., sent. del 18 novembre 1998 n. 5689.

[19] Testo recentemente modificato dal d.lgs. n. 123 del 2018.

cui presupposto non può che essere l'adesione consapevole e responsabile del condannato» mediante la sottoscrizione del "patto trattamentale" che incentiva – grazie all'accettazione del percorso rieducativo – il processo di responsabilizzazione[20]. Ne consegue la valorizzazione delle scelte individuali di ciascun condannato: «l'obiettivo della rieducazione non può prescindere (…) dall'acquisizione da parte del singolo di una volontà di cambiamento, nonché da una coscienza critica sulle condotte antigiuridiche poste in essere e sulle conseguenze che il reato ha prodotto».

Vi è di più. Attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria, la circolare attribuisce una peculiare "valenza esterna" al patto trattamentale, il cui buon esito «non può che concorrere alla riduzione della recidiva ed all'aumento di un clima generale di sicurezza»[21]. Ciò che emerge è l'esistenza di un rapporto osmotico tra la garanzia di un trattamento volontariamente individualizzato e le esigenze di sicurezza: alla necessità che il percorso rieducativo – per essere "costituzionalmente efficace" – sia sorretto da un sistema penale in cui le sanzioni non siano percepite dal reo come totalmente "ingiuste" o "sproporzionate"[22], si affianca dunque l'esigenza di un'assunzione pienamente consapevole degli impegni inseriti nel programma trattamentale[23]. La prognosi di reinserimento sociale (o prognosi sociale), quale

[20] La stessa circolare prescrive agli istituti di redigere annualmente il "progetto pedagogico di istituto" (oggi sostituito dal progetto d'istituto) contenente le indicazioni relative alle attività proposte dall'amministrazione al fine di favorire il recupero dei condannati.

[21] In questo senso, prosegue la circolare, il programma di trattamento definisce «non ipotesi generiche ma impegni e obiettivi precisi consapevolmente assunti dal condannato e rispetto ai quali sarà possibile attuare una costante valutazione sul comportamento dello stesso, sulla sua capacità di adesione al patto, sugli aggiornamenti e modifiche da fare».

[22] Il riferimento è alla citata giurisprudenza costituzionale in materia di proporzionalità e adeguatezza delle sanzioni rispetto alla condotta criminosa concretamente posta in essere (*supra*, cap. 1, par. 5.1).

[23] La centralità della partecipazione del detenuto al programma trattamentale, e al relativo patto, è confermata anche dalla successiva circolare del DAP n. 0217584 del 14 giugno 2005: «le proposte trattamentali maturate durante l'osservazione ed ipotizzate dal GOT devono essere rese note al soggetto interessato, per verificare la sua collaborazione (art. 27, co. 2, reg. esec.) ed acquisire la sua adesione esplicita, già prima di consolidarle nel documento di sintesi che l'equipe deve produrre».

valutazione predittiva sulla recidiva, impone così un'analisi sugli aspetti psico-comportamentali della persona e la sollecitazione di un processo di revisione critica (non obbligatoria) della condotta criminosa[24].

Del resto la giurisprudenza di legittimità, già nel 1982, rilevava la centralità della risposta positiva al trattamento rieducativo ai fini della modifica della tipologia di sanzione nel corso dell'esecuzione: «in sede di giudizio per l'ammissione al regime dell'affidamento in prova al servizio sociale – così come per l'applicazione di ogni altra misura alternativa alla detenzione – deve aversi esclusivo riguardo ai risultati del trattamento individualizzato, senza fare riferimento né alla gravità del reato commesso, né alla pericolosità ritenuta dal giudice di cognizione, né, ovviamente, ai precedenti penali e giudiziari»[25]. A dieci anni dalla pronuncia la Corte costituzionale, sulla scia delle novità introdotte all'ordinamento penitenziario dalla legge Gozzini[26], utilizzò per la prima volta l'espressione "sinallagma carcerario", lasciando intendere l'esistenza di uno scambio vicendevole tra Amministrazione penitenziaria e persona ristretta nella definizione di un percorso rieducativo modulato «in funzione

[24] In riferimento alle caratteristiche del trattamento rieducativo post-riforma, parte della dottrina ha criticamente messo in luce la conservazione di un'impostazione medico-terapeutica testimoniata dal ricorrere di tre implicazioni: la valutazione diagnostica della personalità, la prefigurazione di una personalità "nuova", la capacità terapeutica del sistema in termini di conoscenze e mezzi per attuare il programma rieducativo (G. Di Gennario, *Il trattamento penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, op. cit., 107).

[25] Corte Cass., sez. I pen., n. 1430 del 24 giugno 1982.

[26] Legge n. 663 del 1986 ("Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", c.d. legge Gozzini). Tra le tante novità apportate all'impianto originario del '75 centrale rilevanza assume l'introduzione dei benefici penitenziari connessa alla regolare condotta del condannato, l'estensione dell'applicabilità del regime di affidamento in prova al servizio sociale e la previsione di particolari forme di affidamento per tossicodipendenti e alcoldipendenti, l'inserimento dell'istituto della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* o.p.) e dei permessi premio (art. 30-*ter* o.p.). Si avrà modo di specificare come la stessa legge contenga altresì previsioni fortemente restrittive come l'introduzione dell'art. 41-*bis* o.p. (primo comma) e del regime di sorveglianza particolare (artt. 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* o.p.).

Sulla legge n. 663 del 1986, cfr. T. Basile, T. Fassone, T. Tuccillo, *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla l. 663/1986*, Napoli, 1987; A. Margara, *Per Mario Gozzini, Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 1999, 117-126.

della personalità (…), dell'attuale pericolosità e delle possibilità di reinserimento sociale»[27].

In proposito attenta dottrina, di cui si condividono in parte le preoccupazioni, ha avvertito riguardo ai rischi di un'adesione puramente formale al programma trattamentale; la normativa imporrebbe cioè una sorta di "coercizione implicita e mite" che spingerebbe il reo ad aderire al programma al solo fine di ottenere misure alternative e benefici penitenziari; la stessa Amministrazione, in una circolare del 1992, sensibilizzava gli operatori a prestare attenzione nel valutare se un detenuto fosse o meno «sulla strada della rieducazione»[28]. La soluzione sembra risiedere, ancora una volta, nel garantire all'interno degli istituti penitenziari la presenza di un personale professionale, altamente qualificato e costantemente formato, in grado di comprendere le ipotesi di carenza motivazionale al cambiamento e di valida progettualità futura. Medesima necessità si riscontra al fine di assicurare un'effettiva attenzione ai bisogni psicofisici di ciascun detenuto, anche in riferimento ai momenti maggiormente problematici della detenzione, quali l'ingresso in istituto o il trasferimento. In questa direzione la circolare DAP n. 3233/5683 del 1987 ha istituto il servizio "nuovi giunti"[29]

[27] Corte cost., sent. n. 306 del 1993.

[28] Circolare DAP n. 3337/5787 del 1992.

[29] Titolata "Tutela della vita e della incolumità fisica e psichica dei detenuti e degli internati". Molte altri circolari dell'Amministrazione penitenziaria si sono occupate della prevenzione del rischio suicidario, tra le tante: circ. n. 3524/5974 del 12 maggio 2000 ("Atti di autolesionismo e suicidi in ambiente penitenziario. Linee guida operative ai fini di una riduzione dei suicidi nelle carceri"); circ. n. 434312 del 18 dicembre 2008 ("Prevenzione dei suicidi e tutela della salute e della vita delle persone detenute e/o internate"); circ. n. 32296 del 25 gennaio 2010 ("Emergenza suicidi. Istituzione di unità di ascolto di Polizia Penitenziaria").

Sul punto va rilevato come il d.lgs. n. 123 del 2018, al fine di allargare i soggetti informati delle condizioni di salute del detenuto, abbia prescritto al settimo comma del rinnovato art. 11 o.p. che: «All'atto dell'ingresso nell'istituto il detenuto e l'internato sono sottoposti a visita medica generale e ricevono dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute. Nella cartella clinica il medico annota immediatamente ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subìto violenze o maltrattamenti e, fermo l'obbligo di referto, ne dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza». Sulla nuova formulazione dell'art. 11 o.p. v. *infra* cap. 3 nota n. 89.

Un'esaustiva riflessione sul trattamento dei nuovi giunti è contenuta in R. Maietta, *Le regole di accoglienza dei nuovi giunti alla luce delle circolari ministeriali: strumenti e compe-*

prevedendo, tramite il coinvolgimento di diverse professionalità, lo svolgimento di un colloquio all'atto di ingresso (dalla libertà o a seguito di un trasferimento) e prima dell'assegnazione definitiva, al fine di verificare il livello di rischio che la persona possa compiere violenza su se stessa o sugli altri.

Spostando il piano dell'indagine sul contenuto del trattamento rieducativo, occorre qui anticipare come il primo tratto innovativo della riforma penitenziaria (la necessità di individualizzazione), sia posto in relazione di inscindibile interdipendenza con altra centrale novità: l'espresso riconoscimento di diritti fondamentali ai ristretti. L'articolo 15, primo comma, o.p., nell'elencare gli elementi positivi del trattamento specifica che questo «è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia»[30]. Ne consegue che il percorso rieducativo, differenziato in riferimento a ciascun detenuto, si concretizza nella proposizione di eterogenei strumenti interni ed esterni volti a garantire i suoi i diritti fondamen-

tenze dello staff multidisciplinare nella prevenzione del rischio auto-lesivo, in *Quaderni ISSP*, 8, 2011, 121-134. Per un'ampia indagine sul problema dei gesti autolesivi e del rischio suicidario si vedano anche gli altri contributi contenuti nel Quaderno dell'ISSP dedicato a *La prevenzione dei suicidi in carcere. Contributi per la conoscenza del fenomeno*, 8, 2001 e due articoli di P. Buffa, *La prevenzione del suicidio in carcere. Alcune riflessioni sullo stato dell'arte dei Programmi operativi regionali*, in *Rass. penit. crim*., 1, 2015, 31-57 e *Scostare il velo e affrontare la realtà: alcune riflessioni per migliorare la prevenzione del suicidio in carcere* in *Rass. penit. crim*., 3, 2015, 43-70. Si rinvia altresì alle riflessioni e alle proposte elaborate nella relazione del Tavolo 4 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze" (in *giustizia.it*, in particolare 15 ss.).

[30] Formulazione ampliata dal d.lgs. n. 123 del 2018.

Coerentemente con quanto affermato in riferimento agli imputati, l'ultimo comma dell'art. 15 o.p. specifica che «sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica».

Fra i molti che hanno valorizzato il legame tra trattamento rieducativo e garanzia dei diritti, cfr. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 57-59; G. La Greca, *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Rass. penit. crim*., 2, 2005, 37-38; F. Lupone, *Il trattamento penitenziario e la sua attuazione processuale*, Napoli, 1984, 29.

Alle criticità connesse alla garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale è dedicato il capitolo terzo del presente lavoro.

tali, anche mediante la partecipazione di «tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione (…) dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera» (art. 17, secondo comma, o.p.)[31].

Da quanto sinora detto è possibile trarre alcune prime conclusioni d'insieme. L'architettura disegnata dalla riforma penitenziaria in ordine al processo di individualizzazione del trattamento rieducativo dovrebbe tradursi in interventi complessi e multiformi, imponendo la costante partecipazione di una pluralità di figure professionali non solo in ordine alla valutazione periodica delle misure offerte, ma anche in riferimento alla necessità di un assiduo dialogo con ciascun detenuto la cui partecipazione attiva gioca un ruolo determinante in vista della concretizzazione dell'ideale rieducativo e del relativo abbattimento dei tassi di recidiva. Ne discendono tempi di osservazione, ascolto e rielaborazione dei trattamenti offerti assai lunghi e ponderati, attività che – evidentemente – mal si conciliano con una celere valutazione dei singoli percorsi intrapresi o nella compilazione di moduli prestampati in grado di circoscrivere, con poche modifiche, le caratteristiche dell'intera popolazione detenuta. In altri termini, ciò che la normativa penitenziaria collega inscindibilmente alla realizzazione dei fini costituzionali – lo confermano anche le recenti novelle in materia – è la garanzia di articolati percorsi individualizzati, realmente diversificati e proposti a seguito di una valutazione complessa in ordine all'estrema diversità e mutevolezza della natura umana.

A distanza di quasi quarantacinque anni dalla riforma, l'obiettivo può dirsi in larghissima parte disatteso. L'ambizioso scopo di un'individualizzazione rieducativa si è cioè tradotto, nei fatti, in una semplice «imposizione di modalità comportamentali per ragioni di governo disciplinare del carcere stesso» configurando il trattamento come mero «insieme delle occasioni entro cui il sistema dei premi e dei castighi può concretamente operare»[32] anche

[31] A tal fine l'art. 17, primo comma, o.p. specifica che «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'azione rieducativa».

[32] M. Pavarini, B. Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, op. cit., 109. Sul

grazie alla distorsione, nell'uso, di diversi strumenti di coercizione (infrazioni disciplinari, utilizzo della forza fisica etc.)[33].

Il sostanziale fallimento, oltre alla ricordata eterogeneità trattamentale negli istituti italiani, sembra trovare – almeno in larga parte – la sua ragion d'essere in due fattori ostativi interdipendenti: da un lato la sempre maggiore carenza di fondi pubblici stanziati per assicurare sia la presenza di adeguate figure professionali all'interno degli istituti, sia la garanzia dei diritti quali elementi positivi del trattamento; dall'altro l'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario dovuto, come in parte anticipato, a un sistema penale e di esecuzione tuttora ancorato a logiche fortemente carcerocentriche e custodialiste. Il costante compenetrarsi di questi elementi, quali fattori discendenti dalle scelte compiute dalle maggioranze parlamentari al governo in ambito economico e di politica criminale, consacrano l'individualizzazione del trattamento rieducativo a prima chimera della riforma penitenziaria, imponendo un'analisi ben più approfondita.

2. *Il sovraffollamento carcerario: un endemico "metro" di valutazione delle politiche sociali, penali e penitenziarie*

2.1. Riflessioni preliminari

Un'indagine sul sovraffollamento carcerario, declinata da autorevoli dottrine in termini di analisi sul diritto a uno spazio de-

punto è stato osservato come «alcune vicende processuali (Trib. Sorveglianza di Bologna, ord. n. 2838 del 12 dicembre 2013) sembrano rilevare come l'attività intramuraria condotta dal personale incaricato di svolgere l'osservazione scientifica della personalità del condannato finisca assai sovente per limitarsi ad interventi volti a favorire l'"accettazione della qualità della vita in carcere". Circostanza questa che, complice anche la penuria di strumenti processuali di accertamento suscettibili di fondare adeguatamente un giudizio prognostico relativo al reinserimento sociale del condannato, complicano notevolmente il compito dell'autorità giudiziaria nell'ammissione della persona privata della libertà personale alle misure alternative» (A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 38 e nota n. 115).

[33] In questo senso T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 268. L'impostazione è confermata dalla normativa regolamentare: «L'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati» (art. 2, primo comma, reg. esec.).

tentivo dignitoso[34] e, più in generale, di un'esecuzione penale non disumana[35], non può che volgere lo sguardo alla normativa sovranazionale[36], con particolare attenzione – anche in considerazione dei recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi – all'art. 3 della più volte richiamata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[37]: «Nessuno

[34] A. Pugiotto parla di «diritto del detenuto a uno spazio minimo incomprimibile» (*La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 3, 2016, 1209).

[35] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 25 ss.

[36] Oltre alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), di cui alla nota successiva, il riferimento è alle "Minime Standard per il trattamento dei detenuti", adottate con la risoluzione del 30-VIII-1955 e approvate nel 1957 dal Consiglio economico e sociale (Risoluzione n. 663 C-XXIV del 31-VII-1957); alle previsioni contenute nel Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 in cui «qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana» (art. 10, co. 1); alle Regole penitenziarie europee introdotte dal Consiglio d'Europa nel 1973 (Risoluzione n. (73) 5 del 19-I-1973), successivamente revisionate e integrate nel 1987 (Raccomandazione n. (87) 3 del 12-II-1987) e, più di recente, l'11 gennaio 2006 con la Raccomandazione R (2006)2 attualmente in fase di nuova revisione; alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti, adottata nel 1987 (su cui *infra*, cap. 3, par. 4).

Agli atti internazionali si affiancano le previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000) oggi richiamata dal Trattato di Lisbona. Per un commento alle disposizioni contenute nella Carta, v. R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.

Per un quadro maggiormente esaustivo delle fonti sovranazionali nel sistema di esecuzione penale, cfr. A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., in particolare 151-210; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, in M. Floris (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, *Dizionario*, 1, Torino, 2007, 331 ss.; C. De Filippi, D. Bosi, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001.

[37] Firmata a Roma il 4 novembre del 1950, la Convenzione rappresenta la risposta del Consiglio d'Europa alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, entrata in vigore appena due anni prima ed espressamente richiamata nel Preambolo. È noto come la Convenzione, recepita nell'ordinamento italiano con la legge n. 848 del 1955, abbia posto annosi dubbi in ordine alla sua collocazione all'interno del sistema delle fonti. La questione è stata ripetutamente sottoposta al vaglio della giurisprudenza costituzionale la quale, dopo una serie di sentenze oscillanti fra teorie di ordinarietà e costituzionalità delle norme convenzionali, ha raggiunto un orientamento più chiaro nelle famose sentenze c.d. "gemelle" (nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007): le norme internazionali pattizie «si configurano come norme interposte nel giudizio di costituzionalità», qualora

può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani

il giudice ravvisi un contrasto non può procedere alla disapplicazione essendo gravato dell'obbligo di sollevare la questione d'incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Sarà dunque la Corte costituzionale a dover decidere, previa verifica della conformità a Costituzione della disposizione convenzionale, se quest'ultima debba "prevalere" sulla norma interna, sempre a condizione che assicuri un «allineamento verso l'alto del grado di effettività dei diritti fondamentali» (G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 16). Sulle sentenze "gemelle", *ex multis*, M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost*., 2007, 3565 ss. e C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009.

Con specifico riguardo alla posizione attribuita alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti, la Corte ha avuto successivamente occasione di ribadire che «qualora vi sia un contrasto tra una norma nazionale e una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si verifica una violazione dell'art. 117, comma 1 Cost.» (sent. n. 311 del 2009); le prescrizioni, prosegue la Corte, devono essere valutate dal giudice «nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale»; solo ove il conflitto non sia superabile in via ermeneutica «il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU in luogo di quella interna contrastante, deve sollevare la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.» (principio confermato nella successiva sentenza n. 80 del 2011). È stato sul punto osservato che le norme convenzionali, tramite la lettura che ne forniscono i giudici di Strasburgo, «fanno parte del nostro ordinamento non solo come principi interpretativi, ma anche come regole giuridiche di condotta» (F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Roma, 2013, 147).

L'impianto delineato dalla giurisprudenza costituzionale ha trovato un forte temperamento nella sentenza n. 49 del 2015 in cui la Consulta ha prescritto al giudice comune di tener ferme le interpretazioni della Convenzione europea avanzate dalla Corte di Strasburgo solo laddove risultino "consolidate", abilitandolo a discostarvisi nel caso in cui non abbiano ancora dato luogo a "diritto vivente". Su tale pronuncia, tra i molti, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont*., 2, 2015, 288-302.; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo*, in *Dir. pen. cont*., 13 aprile 2015 e, in senso fortemente critico, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont*., 2, 2015, 326-332. Ruggeri parla di un "patriottismo" costituzionale ingenuo e infecondo, dando la pronuncia ad intendere «che ciò che solo conta è, sempre e soltanto, il *nostro* punto di vista, in vista dell'esclusivo appagamento delle istanze facenti capo alla *nostra* Carta costituzionale. Peccato però che così la Corte, pur predicando di voler sempre assicurata la realizzazione della Costituzione come "sistema" e *magis ut valeat*, a conti fatti non intenda la Costituzione in modo pienamente sistematico e non ammetta che i principi di cui agli artt. 2 e 3 possano essere ancora meglio serviti e svolti da altra Carta (e, segnatamente, dalla CEDU) di come faccia la stessa Costituzione, perlomeno in relazione ad alcuni ambiti materiali

o degradanti». È noto come nel sistema convenzionale la disposizione assuma portata assoluta, quale divieto non suscettibile di deroga[38] neanche in caso di guerra o di pericolo pubblico per la

di esperienza e ad alcuni diritti. Quasi che la nostra Carta sia sempre perfetta, monda di ogni pecca, a differenza delle altre» (330).

Sulle difficoltà di accertare quando la giurisprudenza della Corte EDU possa dirsi "consolidata", v. V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, maggio 2015, in particolare 7.

In ordine alla posizione delle norme CEDU all'interno dell'ordinamento italiano la bibliografia è amplissima: si vedano, *ex plurimis*, a P. Gianniti, *Il sistema CEDU nel quadro dei sistemi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015, in particolare 270 ss.; Gio. Serges, *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Napoli, 2015, 58 ss. (si rinvia a questo scritto anche per l'ampia bibliografia in materia di vincolo costituzionale al rispetto degli obblighi internazionali, 46 ss.). Significative riflessioni sono contenute anche in tre contributi più risalenti pubblicati in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008: S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, 290 ss.; P. Caretti, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, 311 ss. e G. Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, 328. Diffusamente, sul rapporto tra convenzioni internazionali e giurisprudenza interna, A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014.

In particolare sull'incidenza delle norme CEDU nel sistema di esecuzione penale, cfr. A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 4-17; M. Ruotolo, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, 19 aprile 2013; E. Nicosia, *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 749-745. Sull'applicazione giurisprudenziale dell'articolo 3 della Convenzione, v. A. Gori, *Articolo 3 CEDU: trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in *L'altro diritto*, 2015.

[38] È quanto sancito dall'art. 15 della stessa Convenzione ai sensi del quale: «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale (primo comma). La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7» (secondo comma).

In diverse pronunce la Corte di Strasburgo ha esplicitamente affermato che il carattere assoluto dell'art. 3 non può subire compressioni né per esigenze di protezione della società (sent. *Selmouni c. Francia* [GC] del 28 luglio 1999, ric. n. 25803/94), né in ragione della pericolosità della persona che lamenta la violazione (sent. *Labita c. Italia* [GC] del 6 aprile 2000, ric. n. 26772/95), né laddove si tratti di proteggere l'incolumità fisica di un minore (sent. *Gafgen c. Germania* [GC] del 1 giugno 2010, ric. n. 22978/05).

nazione o la collettività. L'inderogabilità emerge a più riprese nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che consacra l'articolo 3 quale «valore fondamentale delle società democratiche», in grado di resistere a ogni forma di compressione anche «in relazione alle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata»[39]. Divieto di tortura e umanità dei trattamenti sono dunque principi assoluti che gli Stati contraenti devono rispettare: nessuna forma di compressione dei diritti da esso derivanti può ritenersi legittima e, conseguentemente, il valore sotteso all'art. 3 CEDU è insuscettibile di bilanciamento[40].

Più complessa la questione in ordine alle condotte riconducibili al divieto. Sul punto i giudici europei hanno più volte osservato come nel sistema convenzionale l'articolo si ponga quale norma cardine per apprestare effettiva tutela alla sfera psicofisica dell'individuo, riconducendo all'interno del suo alveo di applicazione distinte ipotesi criminose connotate da un livello minimo di gravità[41]. Proprio in riferimento all'intensità della violazione la Corte

Sull'inderogabilità dell'art. 3, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, numero unico, 2011, 221 ss.; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost.*, 2004, 555-561.

Assumono valenza inderogabile nel sistema convenzionale anche il diritto alla vita (art. 2), il divieto di schiavitù (art. 4, co. 1) e l'irretroattività della legge penale (art. 7). In generale, sul regime di inderogabilità nella Convenzione EDU, v. T. SCOVAZZI, *Considerazioni sull'inderogabilità di alcuni diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU, S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*, Milano, 2009, 131 ss.

[39] Corte EDU, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26722/95.

[40] Come noto, al fine di rendere effettivo il duplice divieto di cui all'art. 3 della CEDU, gravano sugli Stati contraenti non solo obblighi negativi (di astensione dal compiere azioni contrarie al divieto), ma anche pervasivi obblighi positivi (di protezione a fronte di condotte contrarie all'art. 3). L'imposizione espressa per la prima volta dalla Commissione nel parere reso l'8 luglio 1993 nel caso *Hurtado c. Svizzera*, rileva soprattutto ai fini dell'indagine sul diritto a non subire tortura nell'ordinamento italiano (*infra*, cap. 3, par. 4). Sugli obblighi positivi, cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 222 ss. e A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004.

[41] In estrema sintesi, per ritenersi integrata la violazione di cui all'art. 3 della Convenzione, la giurisprudenza di Strasburgo impone il superamento di una soglia minima di gravità, in relazione alle circostanze oggettive del fatto e alle condizioni soggettive della vittima. Ciò che i giudici europei richiedono è un livello di sofferenza che vada

distingue le condotte messe al bando dalla norma ravvisando, nel caso della tortura, un comportamento connotato da particolare gravità[42]. Le pratiche di tortura si configurano cioè quali "forme aggravate" dei trattamenti inumani o degradanti, aggravio che necessariamente conduce a conseguenze più incisive nei confronti del trasgressore «sia sotto il profilo dell'immagine internazionale – soprattutto in termini di reputazione dello Stato – sia sul piano processuale e risarcitorio»[43].

La considerazione induce a definire con maggiore chiarezza il discrimine tra le due fattispecie, individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU attraverso l'applicazione di una serie di parametri che consentono, in primo luogo, di verificare l'eventuale superamento della soglia di gravità dei trattamenti e, conseguentemente, di comprendere se risulti integrata la diversa – e ben più grave

al di là di quella inevitabilmente discendente dallo stato di limitazione della libertà personale e dall'applicazione di una pena legittima. Sul punto si rinvia a S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 68 ss. Tra le molte pronunce 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. 15828/03 e sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia,* ric. n. 26722/95.

Si affianca alla soglia minima di gravità il criterio della valutazione relativa: la presunta violazione dell'art. 3 deve valutarsi empiricamente, 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 (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 355.

[42] La distinzione tra trattamenti inumani e trattamenti degradanti assume invece scarsa rilevanza, i termini vengono spesso utilizzati come sinonimi sia nelle fonti sovranazionali sia nella stessa giurisprudenza della Corte EDU.

[43] A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, op. cit., 224. L'Autore osserva come l'interpretazione evolutiva che ispira le pronunce della Corte in riferimento alla distinzione fra le categorie di condotte vietate dall'art. 3 abbia generato pronunce spesso in disaccordo: non di rado i comportamenti che sarebbero stati qualificati come trattamenti "inumani" vengono ritenuti sufficientemente gravi da integrare ipotesi di "tortura" e viceversa. La conclusione è confermata da diverse pronunce della giurisprudenza sovranazionale: sent. 2 ottobre 2008, *Akulinin e Babich c. Russia*, ric. n. 5742/02; sent. 2 ottobre 2008, *Belousov c. Russia*, ric. n. 1748/02; sent. 16 giugno 2009, *Gurgurov c. Moldavia*, ric. n. 7045/08; sent. 5 gennaio 2010, *Paduret c. Moldavia*, ric. n. 33134/03; sent. 4 novembre 2010, *Aleksandr Sokolov c. Russia*, ric. n. 20364/05; sent. 13 luglio 2010, *Carabulea c. Romania*, ric. n. 45661/99; sent. 15 giugno 2010, *Harutyunyan c. Armenia*, ric. n. 34334/04.

– ipotesi di tortura. Il giudizio si fonda, come noto, sull'utilizzo di eterogenei criteri, tra cui la valutazione sulle conseguenze fisiche e mentali subite dalla vittima, il suo stato di salute, la durata e l'intensità della violazione, la natura particolarmente violenta degli atti, l'eventuale sistematicità e, in particolar modo, l'intenzionalità dell'azione. Questo il centrale elemento di discrimine: per poter ascrivere una o più condotte alla fattispecie di tortura occorre l'indefettibile presenza di un peculiare elemento soggettivo prodottosi nella sfera psichica dell'autore, consistente nell'intenzione di torturare al fine di perseguire uno scopo ulteriore[44]; requisito spesso non presente nelle azioni degradanti o contrarie al senso di umanità.

Si rileva sul punto che le difficoltà emerse in dottrina in ordine all'assenza di una nozione di "trattamenti inumani e degradanti" (fattispecie dalle condotte molteplici e multiformi)[45], non riguardano il sovraffollamento carcerario, fenomeno che per consolidata giurisprudenza europea[46] rientra con certezza nell'alveo di appli-

[44] P. Pustorino, sub *art. 3*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 66. Sulla distinzione tra trattamenti inumani o degradanti e tortura, v. A. Scutellari, *Proibizione della tortura e trattamenti inumani*, in P. Gianniti (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015, 715 ss., in particolare 736 e 755. In tema anche M. Palma, *Il regime del 41* bis *visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo di prevenzione della tortura)*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena*, op. cit., 177.

[45] Per un'attenta ricostruzione delle condotte riconducibili ai trattamenti inumani e degradanti, si rinvia a M. Orlandi, *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. pen*., VII, 2013, 213 ss. e E. Nicosia, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serrano (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, op. cit., 21 ss.

La giurisprudenza dei giudici di Strasburgo sul punto è ampia: cfr., *ex multis*, sentt. 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, ric. n. 21987/93; sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia* [GC], ric. n. 25803/94; sent. 4 aprile 2006, *Corsacov c. Moldavia*, ric. n. 18944/02; sent. 19 marzo 2009, *Polonskiy c. Russia*, ric. n. 30033/05; sent. 16 settembre 2010 *Tigran Ayrapetyan c. Russia*, ric. n. 75472/01; sent. 16 febbraio 2012, *Savin c. Ucraina*, ric. n. 21987/93; sent. 5 giugno 2012 *Buntov c. Russia*, ric. n. 27026/10.

L'impossibilità di fornire una puntuale definizione di trattamenti contrari al senso di umanità è stata rilevata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a proposito dell'art. 27, terzo comma, Cost. (*supra*, cap. 1, par. 5.2).

[46] Cfr., *ex plurimis*, sent. 7 aprile 2006, *Karalevicius c. Lituania*, ric. n. 53254/99; sent. 22 ottobre 2009, *Orchowsky c. Polonia*, ric. n. 17885/04 in cui per la prima volta i giudici di Strasburgo hanno prescritto allo Stato convenuto «l'adozione di misure generali e individuali idonee a porre fine alla violazione accertata e ai suoi effetti». In

cazione dell'art. 3 CEDU, con alcune recenti e significative novità sull'incidenza del parametro della metratura disponibile nella camera di pernottamento[47].

riferimento all'Italia, sentt. *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03 e *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. (*infra*, cap. 2, par. 2.3).

[47] Nell'opera di determinazione della superficie minima vitale, i giudici europei hanno inizialmente risentito dell'influenza delle raccomandazioni espresse dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa (CPT), ma non sino ad attribuirle efficacia vincolante. Il Comitato aveva da tempo individuato uno *standard* minimo per le celle degli istituti penitenziari pari a 6 mq per una camera singola, 9 mq per una cella doppia e, con riferimento a spazi più ampi, di 4 mq per ciascun detenuto (criteri successivamente ampliati nel documento CPT/Inf (2015)44 del 15 dicembre 2015: 6 mq nelle celle singole ai quali si sommano 4 mq per ogni ulteriore posto).

È noto come in virtù di tali indicazioni la giurisprudenza della Corte EDU avesse individuato, almeno fino alla sentenza *Muršić c. Croazia* del 20 ottobre 2016, un doppio criterio: in caso di superficie garantita a ciascun ristretto inferiore a 3 mq la violazione dell'art. 3 CEDU era da ritenersi integrata a prescindere dalla necessità di dimostrare la sussistenza di altre gravi carenze (*ex plurimis*, sent. *G.C. c. Italia* del 22 aprile 2014, ric. n. 73869/10, in particolare par. 76). Diversamente, qualora lo spazio detentivo fosse pari o superiore a tale soglia, ma inferiore alla superficie raccomandata dal CPT (4 mq), il trattamento inumano o degradante poteva dirsi integrato se, oltre alla limitatezza dello spazio, fossero riscontrabili altre gravi carenze nelle condizioni di detenzione quali i tempi di permanenza all'aperto eccessivamente limitati (sent. 17 gennaio 2012, *Istvan Gabor Kovcs c. Ungheria*, ric. n. 15707/10), l'insufficiente illuminazione o aerazione della cella (sent. 9 ottobre 2008, *Moisseiv c. Russia*, ric. n. 62936/00; sent. 12 giugno 2008, *Vlassov. c. Russia*, ric. n. 78146/01), la grave mancanza di intimità (sent. 1 marzo 2007, *Belevitskiy c. Russia*, ric. n. 72967/01).

La decisione della Grande Camera, *Muršić c. Croazia* del 20 ottobre 2016 (ric. n. 7334/13), ha parzialmente modificato il citato assetto elaborando una serie di principi improntati a una maggiore flessibilità del sistema. Se la superficie personale di ciascun detenuto è inferiore ai 3 mq in una cella collettiva (o quando il ristretto non dispone di un posto letto o di una superficie tale da consentirgli di muoversi tra il mobilio), la mancanza di spazio è considerata talmente grave da configurare una "*strong presumption*" di violazione dell'art. 3 CEDU. Lo Stato convenuto può vincere la presunzione dimostrando la sussistenza di fattori che, cumulativamente, siano in grado di compensare la mancanza di metratura vitale (par. 137), quali: la brevità, l'occasionalità e la minore rilevanza della riduzione dello spazio personale minimo richiesto (par. 130); la sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di attività all'esterno della cella (par. 133); l'adeguatezza della struttura, in assenza di altri aspetti che aggravino le condizioni di privazione della libertà (par. 134).

Diversamente quando lo spazio individuale in una cella collettiva si attesta tra i 3 e i 4 mq, si verifica una violazione dell'articolo 3 CEDU se alla condizione di carenza di metratura si sommano altri aspetti di inadeguatezza della detenzione che riguardano, in particolare, la possibilità di svolgere attività fisica all'aria aperta, la presenza di luce naturale e aria nella cella, l'adeguatezza della ventilazione e della temperatura,

Poste le premesse dell'indagine s'impone un'ultima preliminare riflessione circa i suoi confini.

È stato in parte anticipato come la centralità di un'analisi che ponga l'attenzione sullo spazio della detenzione risieda, non solo nella ricerca di soluzioni rivolte a ridurre un fattore indubbiamente ostativo alla realizzazione del dettato costituzionale, quanto anche nell'indagare sull'emersione del diritto a uno spazio dignitoso e a un'esecuzione penale non disumana. Su tale versante, impor-

la possibilità di utilizzare i servizi igienici in privato e il rispetto dei generali requisiti igienico-sanitari (par. 106).

Da ultimo nei casi in cui il detenuto disponga di una superficie maggiore a 4 mq in una cella collettiva, non ponendosi problemi in ordine alla carenza di spazio personale, sono comunque rilevanti gli aspetti riguardanti le condizioni di detenzione ai fini della valutazione di conformità all'articolo 3 della Convenzione (par. 48, 53, 55, 59 e 63-64).

La breve ricostruzione dei principi contenuti nella sentenza *Muršić c. Croazia* è tratta dal contributo di F. Cancellaro, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2016.

Un approfondimento sulla pronuncia della Grande Camera è contenuto in A. Albano, *Prime osservazioni sulla sentenza 20 ottobre 2016 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in Muršić c. Croazia: un caso icastico*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2015, 149-169. Si veda altresì M. Ruotolo, *Luci e ombre della sentenza Muršić*, in *dirittopeniteziarioecostituzione.it*, contributo che riproduce il testo della relazione tenuta dall'Autore al primo seminario di studio e approfondimento organizzato dal Garante Nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale su "La sentenza Muršić della Grande Camera corte EDU", tenutosi a Roma il 24 novembre 2016.

Sulla precedente sentenza della Camera del 12 marzo 2015, v. F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora scoperchiato: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Mursic c. Croazia*, in *Arch. pen.*, 3, 2015.

Di recente la Suprema Corte si è allineata alla giurisprudenza della Corte EDU affermando che la disponibilità nella camera di pernottamento di uno spazio inferiore ai 3 mq *pro capite* non costituisce automaticamente un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, potendo essere riequilibrata da elementi positivi riguardanti il complesso della condizione detentiva (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 52819 del 13 dicembre 2016).

È stato infine rilevato come i giudici di Strasburgo, già prima della pronuncia *Muršić c. Croazia*, avessero utilizzato il criterio della "*strong presumption*" in caso di metratura della cella inferiore a 3 mq in due sentenze pilota del 2015 (*Neshkov e altri c. Bulgaria* del 27 gennaio 2015, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13 e *Varga e altri c. Ungheria* del 10 marzo 2015, ric. nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13). In tal senso A. Albano, F. Picozzi, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza Muršić*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, 2879, 2880.

tanza primaria riveste la natura del sovraffollamento: per un verso esso si pone come condizione trasversale, tale cioè da incidere sull'intera popolazione detenuta (e sulla garanzia dei suoi diritti) a prescindere dalla tipologia di reato, dallo *status* processuale o dalle caratteristiche soggettive dell'autore; per l'altro, è fenomeno largamente imputabile alle scelte operate dal legislatore in materia di politica criminale (e trattamentale). In altri termini, se in riferimento ad altri diritti oggetto di successiva analisi – quali il lavoro o l'affettività intramuraria – alcune limitazioni al godimento possono ricondursi, almeno in parte, a fattori non del tutto riconducibili a una volontà politica[48], il numero delle persone recluse negli istituti italiani discende quasi esclusivamente dalla posizione che il legislatore attribuisce alla misura custodiale all'interno del sistema sanzionatorio.

Come si avrà ampiamente modo di specificare, i numerosi interventi successivi al '75 – tendenti con poche eccezioni a una graduale criminalizzazione dei fenomeni sociali, alla diminuzione del ricorso a sanzioni e misure *extra moenia* (unitamente alla progressiva erosione del sistema di *welfare*) e a un aumento della detenzione *ante iudicatum* – appaiono i principali responsabili di un sistema carcerario definito «sovraffollato, patogeno e criminogeno»[49] su cui il diritto costituzionale è chiamato ad interrogarsi.

[48] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle difficoltà in cui spesso incorre l'Amministrazione penitenziaria nell'accordarsi con soggetti esterni al carcere per garantire lo svolgimento di attività di lavoro extramurario (art. 21-*bis* o.p.) o, ancora, alla necessaria sussistenza di rapporti familiari per garantire il godimento del diritto all'affettività intramuraria (art. 28 o.p.).

[49] In questi termini G. M. Flick ha definito il fenomeno del sovraffollamento carcerario nel suo intervento conclusivo del corso "Diritti dei detenuti e Costituzione" – Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, 6 dicembre 2011. Il testo dell'intervento, pubblicato sul sito *dirittopenitenziarioecostituzione.it* riprende, integra e approfondisce precedenti riflessioni sul tema della dignità, dei diritti inviolabili e della rieducazione nella realtà del carcere, svolte il 20 ottobre 2006 per il Coordinamento dei magistrati di sorveglianza, nonché il 29 novembre 2008 e il 20 novembre 2009 per il 41° e il 42° Convegno nazionale del SEAC (Coordinamento enti e associazioni volontariato penitenziario).

2.2. Un fenomeno volutamente consolidato. Interventi emergenziali e carcerazione delle individualità marginalizzate

«(…) Se mi sono risolto a ricorrere ora alla facoltà di cui al secondo comma dell'articolo 87 della Carta, è per porre a voi con la massima determinazione e concretezza una questione scottante, da affrontare in tempi stretti nei suoi termini specifici e nella sua più complessiva valenza. Parlo della drammatica questione carceraria e parto dal fatto di eccezionale rilievo costituito dal pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, con la sentenza (…) Torreggiani e altri contro l'Italia, ha accertato, nei casi esaminati, la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea (…) a causa della situazione di sovraffollamento carcerario (…). Viene così ad essere frustrato il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena, stante l'abisso che separa una parte – peraltro di intollerabile ampiezza – della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'art. 27 della Costituzione. Il richiamo ai principi posti dall'art. 27 e dall'art. 117 della nostra Carta fondamentale qualifica come costituzionale il dovere di tutti i poteri dello Stato di far cessare la situazione di sovraffollamento carcerario entro il termine posto dalla Corte europea, imponendo interventi che riconducano comunque al rispetto della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti umani. (…) sottopongo dunque all'attenzione del Parlamento l'inderogabile necessità di porre fine, senza indugio, a uno stato di cose che ci rende tutti corresponsabili delle violazioni contestate all'Italia dalla Corte di Strasburgo: esse si configurano, non possiamo ignorarlo, come inammissibile allontanamento dai principi e dall'ordinamento su cui si fonda quell'integrazione europea cui il nostro paese ha legato i suoi destini. Ma si deve aggiungere che la stringente necessità di cambiare profondamente la condizione delle carceri in Italia costituisce non solo un imperativo giuridico e politico, bensì in pari tempo un imperativo morale. Le istituzioni e la nostra opinione pubblica non possono e non devono scivolare nell'insensibilità e nell'indifferenza, convivendo – senza impegnarsi e riuscire a modificarla – con una realtà di degrado civile e di sofferenza umana come quella che subiscono decine

di migliaia di uomini e donne reclusi negli istituti penitenziari (…)»[50].

* * *

Con queste parole l'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, nel messaggio inviato alle Camere l'8 ottobre del 2013, ha richiamato l'attenzione delle forze politiche sulla questione del sovraffollamento carcerario in Italia[51]. La stringente necessità di una modifica profonda del sistema penitenziario deve condursi 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 politico, giuridico e morale che il Capo dello Stato rivolse a Parlamento e Governo affinché mettessero in campo politiche di cambiamento strutturali e profonde che, contrariamente a quanto avvenuto nelle precedenti legislazioni, potessero scongiurare il costante riprodursi del fenomeno.

Il riferimento è, *in primis*, all'indulto concesso all'inizio della XV legislatura[52] con finalità (unicamente) deflattive dimostrate

[50] Il messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano è pubblicato sul sito del Quirinale (*quirinale.it*).

[51] Non si tratta del primo intervento del Capo dello Stato in materia: nel 2013 il Presidente Napolitano aveva più volte focalizzato l'attenzione sulla drammaticità della situazione detentiva in Italia, specificando nel discorso tenuto a settembre in occasione della commemorazione delle Quattro Giornate di Napoli, l'intenzione di indirizzare un messaggio alle Camere in ordine alla necessità di una modifica profonda e strutturale degli istituti penitenziari.

[52] L. n. 241 del 2006 ("Concessione di indulto"). Sull'intervento v. F. Consulich, *Ordinamento penitenziario, L. 31 luglio 2006 n. 241, Concessione di indulto*, in F. C. Palazzo, C. E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, seconda ed., 2006, 1984.

La misura trova un suo parziale antecedente nella legge n. 207 del 1 agosto 2003 (c.d. indultino): il legislatore, sulla spinta della costante crescita della popolazione detenuta, aveva varato una serie di misure volte a ridurre la popolazione reclusa con interventi di natura puramente numerica. È stato osservato come si trattasse di un provvedimento con cui le forze parlamentari, analogamente all'indulto, avevano «derogato alla linea degli interventi strutturali» adottando un atto «strettamente apparentato (…) in particolare ad un indulto condizionato, che prestava il fianco a più di una censura di illegittimità costituzionale, sia in relazione all'art. 79 Cost. (la legge era stata approvata a maggioranza semplice), sia, per i suoi tratti di automatismo, in relazione all'art. 27 comma 3 Cost.» (S. Turchetti, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Dir. pen. cont.*,

dall'evidenza empirica: nel periodo antecedente all'adozione del provvedimento erano presenti nelle carceri italiane 61.264 detenuti[53], a fronte di una capienza regolamentare pari a 45.400 posti[54]. In seguito all'indulto la popolazione carceraria aveva registrato una significativa diminuzione (39.005 reclusi[55]) ma l'effetto deflattivo era stato rapidamente riassorbito: al 31 dicembre 2008 la popolazione carceraria era risalita a 58.127 unità, giungendo al 30 giugno 2011 a 67.394 e, al 31 dicembre 2013 – anno della sentenza *Torreggiani* – i detenuti presenti nelle carceri italiane ammontavano a 62.536,

14 dicembre 2010). In argomento anche C. Ruga Riva, *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2004, 191 ss.

Un'analisi evolutiva sull'utilizzo dei provvedimenti di amnistia e indulto a partire dall'unità di Italia è contenuta in V. Maiello, *Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, 225 ss. Si veda altresì D. Pulitanò, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, 136-147, il quale ben mette in luce come «Nei decenni della Repubblica (e anche prima) v'è stata a lungo una prassi di amnistie e indulti concessi con frequenza, congiuntamente, adducendo esigenze di deflazione d'un altrimenti ingestibile sovraccarico giudiziario, legato ad un sistema penale sovrabbondante, ed esigenze di contenimento della popolazione carceraria, che invece sarebbe cresciuta in modo eccessivo se il rigorismo del codice avesse avuto un'intransigente applicazione» (137).

Per un tentativo di recupero degli istituti della clemenza collettiva quali strumenti di politica criminale, si vedano, sia pure con diversità di posizioni, i contributi pubblicati nel recente volume di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, 2018.

[53] Dati pubblicati nella sezione "Statistiche" del sito del Ministero della Giustizia (*giustizia.it*) e riferiti al 30 giugno 2006.

[54] Il Ministero della Giustizia ha fortunatamente abbandonato il parametro della c.d. capienza "tollerabile" (circa il doppio della regolamentare) definito in dottrina di «sicura illegittimità» (A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 30 maggio 2014, 10). In altri scritti lo stesso Autore parla di «capienza "costituzionale"» (F. Corleone, A. Pugiotto, *Quando il delitto è la pena*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, 7) e, più recentemente, rileva come centrale novità della sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* risieda nella circostanza «che i giudici europei accertando la natura "strutturale e sistemica" del nostro sovraffollamento carcerario, (…) parlano sempre e solo di violazione dell'art. 3 CEDU, senza distinguere tra tortura, trattamento inumano, trattamento degradante. Distinzione pure presente nella loro giurisprudenza. Traduco? Il criterio empirico della c.d. capienza tollerabile, spesso adoperato dall'amministrazione penitenziaria per ridurre lo *spread* del sovraffollamento carcerario, va definitivamente chiuso in un cassetto. Perché pretende di tracciare arbitrariamente – all'interno di un divieto che non ammette soluzione di continuità – una linea di demarcazione tra ciò che è e ciò che non è vietato dall'art. 3 CEDU» (*La clemenza necessaria*, in *Dir. pen. con.*, 10 dicembre 2013, 2).

[55] Dati del Ministero della Giustizia riferiti al 31 dicembre 2007.

di cui in larga parte non destinatari di una sentenza definitiva di condanna (40%), stranieri (34%) e tossicodipendenti (24%)[56], numeri ampiamente confermati dalle statistiche più recenti[57].

Individuare le ragioni della mancata incidenza "strutturale" sull'elevato numero dei ristretti nelle carceri non è arduo: per la maggioranza parlamentare l'indulto si è risolto in una questione politica di natura squisitamente numerica, svincolata da strategie di lungo periodo riguardanti percorsi risocializzanti e in grado di incidere, anche mediante il ricorso a sanzioni e misure *extra moenia*, sulla recidiva. Lo dimostra la mancata approvazione di riforme dal carattere sostanziale volte a cristallizzare l'effetto deflattivo nel sistema penale e di esecuzione. Il ricorso "isolato" a interventi emergenziali, quali amnistia e indulto, si traduce cioè in un'azione politicamente rilevante – soprattutto a causa del forte impatto (negativo) sull'opinione pubblica – ma sostanzialmente ininfluente in termini di struttura di sistema; viceversa, qualora le misure fossero accompagnate da scelte normative strutturali, in grado di incidere organicamente sull'assetto ordinamentale si delineerebbe un sistema realmente riformato attraverso il ripristino di una legalità violata[58]. In proposito è stato autorevolmente osservato come la

[56] *Idem*.

[57] Le statistiche più recenti confermano il permanere di una forte tendenza alla "detenzione sociale" soprattutto in riferimento a persone straniere o recluse in applicazione della legislazione sulle sostanze stupefacenti. Al 30 settembre 2018 i detenuti di nazionalità straniera ammontavano al 33,9% della popolazione detenuta complessiva (20.098 su un totale di 59.275 persone, a fronte di una capienza regolamentare di 50.622 posti), mentre le persone recluse in applicazione della legislazione sulle droghe al 34, 9% (20.525 su un totale di 58.759 detenuti agli ultimi dati disponibili aggiornati al 30 giugno 2018). Ai citati numeri si aggiunga il permanere di un'elevata percentuale di detenuti non destinatari di una sentenza definitiva di condanna pari, al 30 settembre 2018, al 33,4%, di cui il 16,8% in attesa di primo giudizio e il 16,5% destinatari di una condanna non definitiva (sul punto si tornerà a breve *infra*, cap. 2, par. 3).

Sulle criticità riguardo alle dipendenze e alla detenzione degli stranieri si vedano, inoltre, le proposte elaborate dai Tavoli 4 e 7 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicati rispettivamente a "Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze" e "Stranieri ed esecuzione penale", pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia (*giustizia.it*).

[58] In argomento M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 79. Richiamando E. Santoro, *Carcere e società liberale*, op. cit., 117, l'Autore ribadisce come «"a meno Stato sociale" e a minor interventismo economico corrisponde "più Stato poliziesco e penale"». Si veda altresì Id., *Carcere e inclusione sociale*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012, 125 ss.

questione del sovraffollamento penitenziario si presenti in termini di problema di legalità, i cui effetti pongono l'ordinamento in una condizione di incostituzionalità accertata, ancorché non dichiarata; «individuare soluzioni concrete non è allora una scelta politica: piuttosto un comandamento giuridico inderogabile, come rimarca nel suo messaggio il Quirinale adoperando – per ben dieci volte – le parole "imperativo", "dovere", "obbligo", spesso accompagnate dall'attributo "costituzionale"»[59].

Analoghe considerazioni sull'assenza di riforme di lungo periodo, rivolte non già ad una mera riduzione numerica quanto a garantire l'effettività di percorsi rieducativi e risocializzanti, contraddistinguono la maggior parte degli interventi adottati dal Governo dopo la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2010 (a seguito della sentenza *Sulejmanovic c. Italia* pronunciata dalla Corte EDU il 16 luglio 2009)[60]. È noto come al "piano carceri"[61], in parte finalizzato alla realizzazione di nuovi istituti penitenziari, seguirono due provvedimenti dal carattere tendenzialmente deflattivo: il c.d. svuota-carceri (legge n. 199 del 2010)[62] con l'introduzione dell'esecuzione presso il domicilio per pene detentive fino a un anno, e il successivo decreto-legge n. 211 del 2011[63] che, oltre a estender-

[59] A. Pugiotto, *I volti costituzionali della pena (e i suoi sfregi)*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, Napoli, 2014, 18. Analogamente D. Pulitanò, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, op. cit., 136-147, in particolare 138-140.

[60] *Infra*, cap. 2, par. 2.3.

[61] Il piano risultava articolato in quattro pilastri d'azione: i primi due riguardanti interventi di edilizia carceraria, il terzo diretto all'introduzione di modifiche normative al sistema sanzionatorio, il quarto rivolto a un aumento del personale di custodia.

[62] Un'esaustiva disamina in ordine alle novità introdotte dalla legge n. 199 del 2010 è contenuta in S. Turchetti, *Legge "svuota-carceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, op. cit., 1787 ss. Sullo "svuota-carceri" come provvedimento inidoneo a risolvere la questione del sovraffollamento carcerario, v. F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. proc. pen.*, 2011, 5-9.

Per una riflessione più recente, di carattere generale sullo strumento, v. E. Dolcini, *A proposito di leggi "svuota carceri"*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 225 ss.

[63] Sul d.l. n. 211 del 2011, cfr. F. Resta, *Nella giusta direzione: il decreto legge salva-carceri*, in *Giur. merito*, 3, 2012, 546 ss. e S. Turchetti, *Una prima risposta dal governo Monti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2012.

ne l'ambito applicativo fino a diciotto mesi, modificò la disciplina dell'arresto tentando di incidere sul fenomeno delle c.d. porte girevoli del carcere[64].

La questione degli isolati "interventi cuscinetto" si presenta in termini ancor più complessi (e problematici) se posta in relazione al menzionato uso del diritto penale come strumento di contenimento della marginalizzazione sociale. Ben lo rileva la Commissione mista del Consiglio Superiore della Magistratura, istituita nel luglio 2010[65] per avviare un'indagine sulle condizioni delle carceri[66]: il sempre elevato tasso di crescita della popolazione detenuta,

[64] Il riferimento è al «consistente flusso di soggetti che quotidianamente fa ingresso in carcere a seguito dell'arresto, per uscirne dopo pochi giorni, a seguito dell'udienza di convalida» (A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2013, 34).

[65] Si tratta della c.d. Commissione Giostra, composta da tre membri del Consiglio Superiore della Magistratura, uno dei quali con funzioni di coordinatore, tre magistrati designati dal Ministro della Giustizia e sei giudici di sorveglianza. Obiettivo della Commissione era «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*, 160, 2013, XIII).

In una precedente relazione il CSM si era soffermato sul tema della reclusione sociale in una diversa prospettiva: l'assenza di adeguate forme di difesa, soprattutto in riferimento alla detenzione di individualità marginalizzate, incide significativamente anche sull'accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari ripercuotendosi sul numero delle presenze in carcere. Lo dimostra, ad esempio, la disciplina processuale di accesso alla liberazione anticipata «che presuppone in ogni caso l'istanza del soggetto detenuto. Nell'attuale realtà penitenziaria molto spesso i detenuti, specie se appartenenti alle aree di marginalità sociale ed anche se di modesta pericolosità, sono privi di adeguata tutela difensiva e, pur in presenza di condotta regolare, non fruiscono della riduzione di pena che spetterebbe loro, perché ignorano la possibilità stessa di farne domanda. (…). È un paradosso che incide inutilmente sull'aumento delle presenze in carcere, senza beneficio per la sicurezza pubblica» (Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, *Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, presentata a Roma il 21 novembre 2012 e pubblicata sul sito *csm.it*, 17).

[66] Cfr. A. Margara, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2009, 102. L'Autore rileva come le politiche squisitamente securitarie, non affiancate da interventi di carattere sociale, «aumentano, con il concorso delle politiche economiche liberiste, le aree della precarietà sociale e, quindi, allargano il bersaglio di tali politiche e, per tale via, del precariato e della povertà sociale».

Specificatamente sulle cause dell'incremento della popolazione detenuta v. L. Giosis, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium Iuris*, 19, 12, 2013, 1329-1340.

rileva la Commissione, dipende in gran parte dagli effetti distorsivi prodottisi a seguito di alcune scelte legislative che hanno costantemente aumentato la detenzione sociale. Sul punto è stato osservato come non vi sia una sostanziale convergenza tra indici di criminalità e tassi di incarcerazione: i primi, almeno negli ultimi dieci anni, hanno mantenuto un andamento tendenzialmente stabile a fronte di una popolazione penitenziaria in costante aumento; l'elevata incarcerazione non trova dunque le sue radici nell'aumento del tasso di criminalità ma in variabili sociali e politiche trasposte in interventi legislativi di natura securitaria[67].

Il riferimento è anzitutto alle scelte compiute in materia di detenuti recidivi (l. n. 251 del 2005)[68] – spesso provenienti da aree del territorio estraneamente svantaggiate – all'uso di sostanze stupefacenti (l. n. 49 del 2006)[69] e alla gestione dei flussi migratori

[67] Sul punto cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., 100-102; P. BUFFA, *La profezia penitenziaria: se il carcere diventa un laboratorio sociale*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2011, 51 ss.; C. A. ROMANO, *Le sbarre invisibili*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2011, 6 ss. Si vedano altresì i rapporti *Space-I* e *Space-II* del Consiglio d'Europa contenenti le statistiche annuali relative alla popolazione carceraria degli Stati membri (*Space-I*), e sulle sanzioni non detentive (*Space-II*) su cui, rispettivamente, E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont*., 16 marzo 2016 e G. MENTASTI, *Carcere e sanzioni non detentive in Europa: i rapporti* Space *I e* Space *II 2015*, in *Dir. pen. cont*., 25 maggio 2017. Sul precedente rapporto "*Space*" del 2010, A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, in F. CORLEONE, A PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena*, op. cit., immagina il Consiglio d'Europa «preoccupato di un nostro contagio» (70).

[68] C.d. legge ex Cirielli.

[69] La legge, c.d. Fini-Giovanardi, interviene sul d.P.R. n. 309/1990 ("Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza"), modificato a seguito del *referendum* abrogativo del 1993.

Il quadro previgente, contenuto nella legge n. 685 del 1975 ("Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza"), pur vietando la detenzione di stupefacenti, prevedeva una causa di non punibilità qualora la sostanza fosse destinata all'uso personale e detenuta in "modica quantità".

Per un'ampia ricostruzione, anche bibliografica, su funzioni e significati attribuiti al principio di offensività nell'ordinamento penale italiano, v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

Sull'offensività come canone di controllo giurisprudenziale delle scelte compiute in materia di politica criminale, cfr. G. VASSALLI, *Introduzione* e C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, entrambi

(l. n. 189 del 2002)[70], espressione di un chiaro giudizio di valore; si tratta di fenomeni ridotti a mera emergenza criminale e conseguentemente affrontati solo come questione di ordine pubblico attraverso la minaccia del diritto penale, negandone le enormi ricadute sociali[71].

Non essendo questa la sede per un'analisi approfondita sul contenuto di ciascun intervento "carcerocentrico", l'attenzione sarà posta, coerentemente con le premesse metodologiche dell'indagine, sui profili maggiormente incidenti sui numeri della detenzione sociale, anche al fine di porli in relazione con i più significativi interventi giurisprudenziali in materia.

La legge n. 251 del 2005, come anticipato, si ascrive a pieno titolo nel *trend* di un più accentuato rigore nei confronti delle persone recidive. Il legislatore del 2005 modificando la normativa penale – sostanziale, procedurale e di esecuzione – ha prodotto un generale inasprimento del regime punitivo aumentando il *quantum* di pena per le condotte reiterate (artt. 99, comma 4 e 81, comma 4, c.p.; art. 671, comma 2-*bis*, c.p.p.), limitando l'applicazione delle attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.), vietando il bilanciamento delle circostanze (art. 69, quarto comma, c.p.) e la sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.), dilatando i tempi relativi alla prescrizione e alla concessione dei permessi premio (artt. 161, comma 2 c.p. e 30-*quater*, o.p.) e, per quel che qui maggiormente interessa, limitando fortemente l'accesso alle misure alternative alla

in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2006, rispettivamente, IX ss. e 91 ss.; F.C. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 350 ss.

[70] L'intervento (c.d. Bossi-Fini) modifica la normativa sull'immigrazione contenuta nel d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, recante il "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

[71] In generale, sulla marginalizzazione dei soggetti deboli come minaccia all'ordine pubblico, cfr. T. Pitch, C. Ventimiglia, *Che genere di sicurezza*, Milano 2001; G. Salierno, *Fuori margine. Testimonianze di ladri, prostitute, rapitori, camorristi*, Torino, 2001. Per un'ampia analisi giurisprudenziale v. M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1, Milano, 1999, 11 ss.

Sulla necessità di interrogarsi riguardo ai problemi posti dal carcere in termini di "questione sociale", v. I. Cappelli, *L'altro carcere*, in *Quest. giust*., 2, 2015, 147 ss.

Ampie riflessioni critiche sul c.d. diritto penale del nemico sono contenute in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 107-175.

detenzione a seguito di condotte reiterate (artt. 47-*ter*, comma 1, o.p.; 50-*bis* o.p.; 58-*quater*, comma 1 e 7-*bis* o.p.)[72].

Non pare azzardato ritenere, come peraltro già sostenuto, che attraverso le scelte del 2005 «si sia tentato di introdurre una sorta di regime differenziato nei confronti di coloro che, in virtù della carriera criminale, sono ritenuti portatori di una particolare pericolosità sociale e, quindi, meritevoli di un differenziato trattamento»[73]. Il legislatore avrebbe cioè utilizzato uno schema di rigore non dissimile da quello sperimentato all'inizio degli anni '90 con l'art. 4-*bis* o.p., individuando un diverso circuito penitenziario in cui agisce una sostanziale preclusione all'accesso alle misure alternative, nei confronti dei condannati per reati di particolare gravità[74]. Nell'intervento del 2005 come in quello del 1991 – seppur con intensità molto diverse – il problema di rilevanza costituzionale risiede soprattutto in una sorta di sfiducia-rinuncia del legislatore all'ideale rieducativo proprio in riferimento a quei detenuti che avrebbero maggior necessità di essere destinatari di misure risocializzanti: se il finalismo delle pene, mediante l'individualizzazione del trattamento, si identifica in una serie di interventi volti ad offrire alla persona la possibilità di una vita diversa, tale scopo dovrebbe porsi in maniera ancor più precipua nei confronti di coloro che, per condizioni personali, sociali od economiche, risultano maggiormente propensi a delinquere.

In altri termini la funzione delle misure alternative alla detenzione, quali pene rivolte a modellare il percorso risocializzante del

[72] Sulle novelle introdotte dalla legge n. 251 del 2005 con particolare riguardo alla normativa penitenziaria cfr., fra i molti, L. Bresci, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in *L'altro Diritto*, 2006; C. Brunetti, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/05 (c.d. ex Cirielli) in materia di esecuzione penale e diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2006, 47-77; C. Fiorio, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex Cirielli*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 320 ss.; T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Giuda dir.*, 1, 2006, 32-37; D. Battista, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 46, 105 ss.; A. Scalfati, *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (ex Cirielli)*, Padova, 2006.

[73] L. Bresci, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, op. cit., 1.

[74] *Idem*.

detenuto in base al cammino rieducativo intrapreso, mal sembrano conciliarsi – sotto il profilo della compatibilità costituzionale – con una disciplina in larga parte fondata su automatismi legislativi. Sancire che «l'affidamento in prova al servizio sociale (…), la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma del codice penale» (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, o.p), altro non significa che precludere al giudice ogni possibilità di concedere, in base a valutazioni compiute sul singolo percorso rieducativo, misure alternative alla detenzione anche nei confronti di persone recidive in precedenza già destinatarie della misura. È una logica, questa, contraria al principio di flessibilità dell'individualizzazione del trattamento imposto dalla continua mutevolezza della natura umana che spetta al solo giudice valutare guardando alle peculiarità del caso concreto[75].

Il Giudice delle leggi non si è inizialmente pronunciato in argomento, limitandosi a dichiarare l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* o.p. nella parte in cui non prevedevano che i benefici potessero essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che prima dell'entrata in vigore della legge ex Cirielli avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti[76]. Nella pronuncia i giudici costituzionali hanno tuttavia modo di ribadire che «secondo un orientamento giurisprudenziale costante ed univoco (…) la finalità rieducativa della pena (...), deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria. Quest'ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione».

In applicazione del richiamato principio la Corte è successiva-

[75] In senso fortemente critico sulla limitazione all'accesso alle misure alternative E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 50, 2-3, 2007, 515-545, in particolare 539.

[76] Corte cost., sent. n. 79 del 2007.

mente tornata sulle preclusioni introdotte nel 2005 "smantellando", con una serie di declaratorie di incostituzionalità, l'impianto dell'articolo 69, quarto comma, del codice penale nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza di alcune circostanze attenuanti sulla recidiva *ex* art. 99, comma 4, c.p.[77] intervenendo, da ultimo, con la recente sentenza n. 205 del 2017 che ha riconosciuto l'illegittimità della norma nella parte in cui escludeva la prevalenza della circostanza attenuante prevista per il reato di bancarotta (semplice o fraudolenta) e per il ricorso abusivo al credito, quando le relative condotte avessero «cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità»[78].

Come si avrà modo di precisare, il legislatore ha modificato la disciplina solo a seguito dell'incisiva condanna nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*: la legge n. 94 del 2013, convertendo con modificazioni il decreto-legge n. 78 dello stesso anno, ha eliminato nei confronti dei recidivi reiterati sia il divieto di concessione della detenzione domiciliare tra i tre e i quattro anni di pena, sia l'impossibilità di accesso alla detenzione domiciliare infrabiennale.

Analoga logica di contenimento sociale attraverso l'allargamento delle maglie del diritto penale è posta a fondamento delle leggi nn. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini) e 49 del 2006 (c.d. Fini-Giovanardi). È noto come il primo intervento – anche a seguito delle novelle introdotte dal pacchetto sicurezza del 2009[79] – abbia apportato significative modifiche alla normativa previgente, imponendo la privazione (amministrativa) della libertà personale nei centri di identificazione ed espulsione per i cittadini stranieri en-

[77] Le prime decisioni riguardanti le circostanze attenuanti previste dall'art. 73, comma 5, del Testo Unico sugli stupefacenti e dagli artt. 648, comma 2, e 609-*bis*, comma 3 del codice penale, furono le sentt. nn. 251 del 2012 e 105, 106 del 2014.

Merita menzione anche la precedente pronuncia n. 291 del 2010, in cui la Corte dichiarando l'inammissibilità della questione ebbe comunque modo di osservare che «un percorso rieducativo (…) non può ritenersi escluso a priori, per effetto di una astratta previsione normativa» (un breve commento alla sentenza è contenuto in M. Panzarasa, *Recidiva reiterata e preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione*, in *Dir. pen. cont*., 22 novembre 2010).

[78] Sulla decisione, anche per una puntuale ricostruzione dei numerosi interventi giurisprudenziali in materia, si rinvia a G. Leo, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in *Dir. pen. cont*., 9, 2017, 136-141.

[79] L. n. 94 del 2009 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica").

trati irregolarmente nel territorio nazionale, riformando in senso restrittivo la disciplina del diritto di asilo, introducendo il reato (e l'aggravante) di immigrazione clandestina e rendendo più difficoltoso l'ingresso e il soggiorno regolare dello straniero. Quanto alla legislazione sugli stupefacenti, le novità più significative riguardavano la maggiore severità del trattamento sanzionatorio e l'impossibilità di operare una modulazione della pena quale conseguenza dell'eliminazione della tradizionale distinzione tra sostanze "leggere" e "pesanti"[80].

La conformazione del quadro descritto è notevolmente mutata a seguito di ben noti interventi della giurisprudenza costituzionale. Con la sentenza n. 249 del 2010, il Giudice delle leggi ha dichiarato viziata da illegittima costituzionale l'aggravante di clandestinità: «la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata (…) come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato». Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili «implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, introducendo così una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività». L'aggravante introdotta nel 2002 non rientra, dunque, nella logica del maggior danno (o pericolo) in relazione al bene giuridico tutelato dalle norme penali, configurandosi come un'illegittima sanzione *ad hoc* applicata per punire con maggiore rigore il "diverso illegale": «la qualità di immigrato irregolare

[80] Le sostanze risultavano suddivise in due tabelle in luogo delle precedenti sei che permettevano una modulazione della pena in relazione alla tipologia di stupefacente utilizzato. In generale sulle modifiche apportate dalla legge n. 49 del 2006 al Testo Unico sugli stupefacenti, v. C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, 234-262.

Sui criteri fissati dalla legge Fini-Giovanardi per distinguere le condotte criminose e le conseguenti sanzioni, tra gli altri, V. Manes, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in G. Insolera, V. Manes (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Roma, 2012, in particolare 80 ss.

diventa uno "stigma", che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un tipo di autore assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento», così determinando un insanabile contrasto con gli articoli 3 e 25, secondo comma, della Costituzione[81].

La Corte non è invece giunta a dichiarare l'incostituzionalità del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-*bis* TUI), giudicando inammissibili e infondate le eccezioni sollevate dal rimettente in considerazione del prevalente interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori e delle frontiere: «L'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie»[82]. Il Giudice delle leggi non si spinge oltre, tacendo

[81] Si veda altresì la sentenza della Corte costituzionale n. 331 del 16 dicembre 2011 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-*bis* del Testo unico sull'immigrazione «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Si tratta di una pronuncia che si inserisce nell'ampia giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente "smantellato" il sistema delle presunzioni assolute in relazione alla custodia cautelare in carcere su cui si tornerà ampiamente (*infra*, cap. 2, par. 3).

[82] Corte cost., sent. n. 250 del 2010 (analogamente anche le ordinanze n. 252 e 253 del 2010). Sul punto i giudici costituzionali hanno ulteriormente precisato che «L'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici, finali, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. (…) È incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio».

sulla possibile illegittimità costituzionale dell'applicazione dello stesso reato in ordine alle persone rientranti nelle categorie previste dall'articolo 19 del Testo Unico (minori, donne in stato di gravidanza o fino al sesto mese dopo il parto, stranieri che rischiano di subire atti persecutori nei paesi di provenienza, disabili, anziani etc.), per cui lo stesso articolo prevede il divieto di respingimento ed espulsione in qualità di soggetti vulnerabili[83].

Sul quadro descritto hanno agito diverse riforme che pur muovendosi lungo una strada a "minore intensità carcerocentrica" rispetto alla via intrapresa nei primi anni del duemila, risultano ben lontane dall'attuazione di scelte politiche coraggiose dal carattere strutturale, mostrando spesso il fianco a forti dubbi di legittimità costituzionale. È il caso, su tutti, delle novità introdotte dal decreto-legge n. 13 del 2017 (c.d. Minniti-Orlando)[84]: prescrivendo l'abolizione del secondo grado di giudizio per i richiedenti asilo che hanno presentato ricorso contro il diniego di protezione internazionale e la sostituzione, in primo grado, del processo sommario di cognizione con un rito camerale senza udienza in cui il giudice prende esclusiva visione della videoregistrazione del colloquio davanti alla commissione territoriale, la disciplina sembra porsi in

Criticamente L. Masera, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Riv. imm. e citt.*, 3, 2010, 37-58. Una riflessione sulla decisione in rapporto ai principi di offensività e ragionevolezza è contenuta in V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011, 3-6.

[83] Sul punto va rilevato come il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 376 del 2000, abbia allargato l'ambito di applicazione della disposizione dichiarando l'illegittimità costituzionale dall'art. 19, comma 2, lett. d) «nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio».

Che gli interventi maggiormente incisivi in materia siano stati compiuti in esecuzione di pronunce giurisprudenziali, è altresì confermato dal d.l. n. 89 del 2011, convertito nella legge n. 129 del 2011. Il decreto ha operato una modifica sul piano sanzionatorio al Testo unico sull'immigrazione dando seguito alla sentenza della Corte di Giustizia del 28 aprile 2011 (*El Dridi*) che aveva sancito il contrasto dell'art. 14, comma 5-*ter* con la Direttiva 2008/115/Ce sui rimpatri. Peraltro ancor prima dell'intervento legislativo, i giudici comuni stavano disapplicando la norma del Testo unico contrastante con il diritto comunitario (è quanto rileva M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 100, 101).

[84] Convertito con modificazioni dalla legge n. 46 del 2017, recante "Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale".

insanabile contrasto con i principi costituzionali e sovranazionali a tutela del diritto alla difesa, al contraddittorio e al giusto processo (artt. 24 e 111 Cost. e 6 CEDU)[85]. Seguono la previsione di forme di lavoro volontario per i migranti, che solleva forti dubbi di compatibilità con l'art. 36 della Costituzione, e l'estensione della rete dei centri di detenzione per stranieri irregolari (rinominati Centri permanenti per il rimpatrio) con il noto, e già richiamato, problema della compatibilità costituzionale della detenzione amministrativa – in costante aumento – con le riserve poste dall'art. 13 della Costituzione[86]. La questione è evidentemente destinata ad assumere un peso sempre maggiore in considerazione delle co-

[85] Sul punto la giurisprudenza costituzionale, già nel 1975, aveva affermato che «il diritto di difesa (…) è in primo luogo garanzia di contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale» (Corte cost., sent. n. 99 del 1975).

Si avrà modo di specificare come analogo problema in ordine a un'eccessiva compressione del contraddittorio sia presente anche nella recente legge delega n. 103 del 2017 che, all'art. 1, comma 85, lett. a) 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, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione» (*infra*, cap. 4, par. 3.1).

[86] Si veda il parere reso davanti alle Commissioni Affari costituzionali e Giustizia dell'Associazione nazionale magistrati il 7 marzo 2017, pubblicato in *Quest. giust.* e il documento redatto dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Il decreto legge n. 13/2017: le principali ragioni di illegittimità*, consultabile in *asgi.it.*, 7 marzo 2017.

Sui profili critici del d.l. n. 13 del 2017, v. M.C. Amorosi, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2017, in particolare 146-159.

I riferimenti in ordine al problema della detenzione amministrativa e, in generale, sulla disciplina degli stranieri in Italia sono contenuti nella precedente nota n. 92 del primo capitolo a cui in questa sede si aggiungono, *ex plurimis*, M.C. Locchi, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011; S. Gambino, G. D'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010; V. Onida, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in *Dir. soc.*, 2009, 542; O. Giolo, M. Pifferi, *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino 2009; F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Saveria Mannelli, 2009, 9-22. Per un'analisi di carattere sovranazionale v. V. Gasparini Casari, *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, 1, Modena, 2010.

Si vedano infine le ampie riflessioni contenute nella Relazione annuale del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presentata al Parlamento il 15 giugno 2018, 225-248.

stanti dichiarazioni dell'Esecutivo in ordine alla gestione dei flussi migratori guardati, ancora una volta, come un esclusivo problema di ordine pubblico. Mentre si scrive riemergono, nel programma del Governo[87], i fantasmi di una legislazione securitaria e di "difesa dei confini" simile a quella attuata nel primo decennio del nuovo millennio, perpetrata mediante scelte politiche che, attraverso la chiusura delle frontiere e la privazione della libertà personale, rifiutano qualsiasi opzione solidaristica[88].

Intraprendere questa strada, come peraltro conferma la richiamata giurisprudenza, non significa solo porsi in contrasto con i principi costituzionali di libertà-dignità dell'individuo, traducendosi anche in un'erronea valutazione in termini di contrasto alla criminalità; osserva in questo senso autorevole dottrina che «da un punto di vista politico criminale, (…) la scelta solidaristica non può limitarsi a un'accoglienza che generi marginalizzazione o peggio irregolarità. Ma deve invece prolungarsi verso una complessa opera d'integrazione per contenere quegli effetti criminogeni comunque connessi al fenomeno migratorio»[89].

[87] Si rinvia alla sezione "Immigrazione: rimpatri e stop al business" del "Contratto per il Governo del cambiamento" stipulato da Lega e Movimento cinque stelle, 26-28.

Espressione del nuovo indirizzo politico il recente decreto legge n. 113 del 2018 recante disposizioni in materia di immigrazione e pubblica sicurezza la cui legge di conversione è attualmente in discussione.

In estrema sintesi sul tema dell'immigrazione il decreto prevede: un'estensione del tempo massimo di permanenza nei Centri per il rimpatrio (Cpr) da 90 a 180 giorni (art. 2), la possibilità che i richiedenti asilo siano trattenuti per un periodo massimo di trenta giorni negli *hotspot* per accertarne l'identità e la cittadinanza, un'estensione della lista dei reati che comportano la revoca dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, l'esclusione dal registro anagrafico dei richiedenti asilo. Lo stesso decreto dispone altresì l'aumento dei fondi per i rimpatri e la limitazione del Sistema per l'accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati (Sprar) a coloro che siano già destinatari della protezione internazionale o ai minori stranieri non accompagnati.

In ordine alla paura dinnanzi ai flussi migratori autorevole dottrina parla di «sindrome invasiva e panico identitario di fronte ai processi immigratori» (M. Pavarini, *La costruzione sociale della sicurezza a Bologna*, in *Metronomie*, giugno-dicembre, 2006).

[88] Riguardo a un sempre crescente utilizzo della detenzione come strumento di contenimento nelle principali democrazie contemporanee, si veda L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma, 2006, 49 ss. In analoga direzione M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it*, 3, 2013, 26.

[89] È quanto osservato in un recente commento da F.C. Palazzo, *Immigrazione*

Spostando l'attenzione sull'ultimo dei richiamati interventi, è noto come la declaratoria di incostituzionalità riguardante la disciplina sulle sostanze stupefacenti abbia colpito gli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* commi 2, lettera a), e 3, lettera a), numero 6), della legge n. 49 del 2006, «per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione» in violazione dell'art. 77, secondo comma, della Costituzione[90]. Il Parlamento ha impropriamente utilizzato il potere attribuitogli dal dettato costituzionale in sede di conversione, introducendo discipline estremamente eterogenee – come la modifica al d.P.R. n. 309 del 1990 – rispetto alla materia contenuta nel decreto-legge (recante in prevalenza misure per garantire la sicurezza e i finanziamenti in vista delle Olimpiadi invernali di Torino 2006) [91].

e criminalità. Una lettura di dati statistici, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016, il quale conclude affermando che «anche il rapporto tra immigrazione e criminalità conferma che gli attuali immani flussi migratori mettono i popoli e le istituzioni dell'Occidente dinanzi a scelte e responsabilità estremamente impegnative» (4).

[90] Corte cost., sent. n. 32 del 2014.

[91] Sulla pronuncia n. 32 del 2014, con particolare riguardo alle ricadute nel sistema penitenziario e alla violazione della disciplina riguardante la decretazione d'urgenza cfr. A. Della Bella, F. Viganò, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014 e V. Manes, L. Romano, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. 'Fini-Giovanardi': gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, 215-236.

Si vedano altresì i contributi pubblicati nella Rivista *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014: P. Carnevale, *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa"*; A. Celotto, *Uso e abuso della conversione in legge*; D. Chinni, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale*; G. Filippetta, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale*, *ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*; G. M. Flick, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*; A. Franco *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*; E. Frontoni, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*; F. Modugno, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*; Giu. Serges, *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*.

Sulle modifiche apportate alla disciplina in esame dal d.l. n. 146 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 2014, v. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, op. cit., 49.

Le norme censurate, uniformando verso l'alto il trattamento sanzionatorio, avevano impresso alla strategia di contrasto agli stupefacenti una decisiva svolta repressiva attraverso un consistente aumento delle sanzioni detentive. La pronuncia, dunque, pur non entrando nel merito della questione inerente alla distinzione tra sostanze leggere e pesanti – e al relativo trattamento sanzionatorio – ha avuto un innegabile impatto sul sovraffollamento carcerario, eliminando con effetto retroattivo norme dal carattere custodialista e comportando la reviviscenza della normativa previgente[92], successivamente modificata dal decreto-legge n. 36 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 79 del 2014. Tra le novità più rilevanti il ripristino della distinzione tra droghe leggere e pesanti (con la conseguente differenziazione delle pene previste), la riduzione delle sanzioni relative alla vendita di lieve entità e significative modifiche in ordine alla possibilità per il giudice di applicare il lavoro di pubblica utilità nel caso di vendita di ridotte quantità e di altri reati minori[93].

I giudici costituzionali sono successivamente tornati sul punto. Pur non ritenendo il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73 del d.P.R. 309/1990 contrario ai principi di ragionevolezza, of-

[92] Legge n. 162 del 1990 (c.d. Vassalli-Russo Jervolino) come emendata dal *referendum* del 1993.

[93] Per un approfondimento sulle novità introdotte dal d.l. n. 36 del 2014, cfr. L. Romano, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e "sviste"*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2014; E. Mazzanti, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015, 59 ss.; J. De Lillo, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti – (artt. 2-127 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, 553 ss.

Un'ampia disamina del delitto *ex* art. 73 del Testo Unico sugli stupefacenti alla luce degli effetti della sentenza n. 32 del 2014 e degli interventi legislativi successivi è contenuta in M. Toriello, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti. Il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali*, Roma, 2015.

Sulla relazione tra uso di sostanze stupefacenti e criminalità, cfr. C. Serra, *Alcolismo, tossicodipendenza e criminalità*, Roma, 2004 e F. Bruno, F. Ferracuti, *Prospettive su droga e criminalità*, in *Ann. it. sup. sanità*, 18, Roma, 1982, 759-763.

Anche sulla legislazione in materia di stupefacenti è intervenuto il d.l. n. 146/2013 convertito con modifiche dalla legge n. 10 del 2014, di cui si dirà a breve.

fensività e proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, la Corte ha indirizzato un significativo monito al legislatore auspicando un intervento riformatore che – anticipando una possibile declaratoria di incostituzionalità – sia volto a una puntuale ridefinizione dei parametri edittali delle sanzioni previste dall'art. 73 del Testo Unico, così «risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990»[94].

In effetti i richiamati numeri sulle persone attualmente recluse in applicazione della disciplina del 1990 (il 34,9% dell'intera popolazione detenuta)[95] appaiono sintomatici di una legislazione ancora fortemente imperniata su logiche punitivo-custodialistiche; non può allora non concordarsi con quanti hanno sostenuto che – ai fini di un effettivo cambio di paradigma e di un contrasto agli interessi economici della criminalità organizzata – sia necessario un profondo ripensamento del sistema sanzionatorio in ordine alla necessità di prevedere ampie forme di depenalizzazione, anche in considerazione dei più recenti orientamenti normativi presenti in ambito internazionale.

Descritta origine legislativa e incidenza della detenzione sociale sul numero delle persone recluse negli istituti italiani (temperata da significativi interventi della giurisprudenza costituzionale), lo sguardo soggettivo sarà rivolto al di là dei confini nazionali al fine di valutare se i più recenti interventi di riforma sulla sovrappopolazione detenuta – sospinti da incisive pronunce dei giudici di Strasburgo – abbiano condotto (o meno) all'emersione del diritto a uno spazio detentivo conforme a dignità.

2.3. Un'illegittimità non più prorogabile. La linea "intransigente" espressa dalle Corti

Come ampiamente anticipato, l'Italia è stata destinataria di

[94] Corte cost., sent. n. 179 del 2017 su cui v. C. Bray, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 11, 2017, 231-237.

[95] Pari a 20.525 persone su un totale di 58.759 detenuti (ultimi dati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia e relativi al 30 giugno 2018).

specifiche condanne da parte dei giudici di Strasburgo in ragione della superficie *pro capite* estremamente esigua a disposizione della popolazione detenuta, conseguenza di quel radicato sovraffollamento carcerario di cui sinora si sono indagate le cause.

Il riferimento è anzitutto alla sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 6 novembre 2009[96], tipico esempio della *ratio decidendi* utilizzata dalla Corte EDU nel ritenere automaticamente integrata – almeno sino alla pronuncia *Muršić c. Croazia* dell'ottobre 2016 – la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, ove lo spazio detentivo per ciascun detenuto fosse inferiore a tre metri quadrati[97].

Nel caso di specie il ricorrente, cittadino bosniaco detenuto presso la Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso dal novembre 2002 all'ottobre 2003[98], lamentava di aver subito un periodo di reclusione in una cella di 16,20 mq con cinque persone (disponendo di una superficie *pro capite* pari a 2,70 mq), per essere successivamente trasferito in altra camera di pernottamento, con almeno quattro persone, avente una superficie di 16,20 mq (disponendo quindi di 3,40 mq ciascuno)[99]. Il Sulejmanovic lamentava altresì significative carenze nell'organizzazione della vita carceraria tali da non consentire una vivibilità all'esterno della cella, restando ivi recluso per circa diciotto ore al giorno[100]: la permanenza in carcere si sarebbe così tradotta in un trattamento inumano e degradante rilevante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione[101].

[96] Sent. 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03.

[97] Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in riferimento allo spazio *pro capite* da garantire a ciascun detenuto sino alla sentenza *Muršić c. Croazia* del 2016 si rinvia alla precedente nota n. 47 del presente capitolo.

[98] Successivamente rilasciato a seguito del richiamato "indultino" (legge n. 207 del 2003).

[99] Dal 15 aprile al 20 ottobre 2003.

[100] Lamentava altresì la mancata garanzia del diritto al lavoro intramurario nonostante la presentazione di ripetute istanze in tal senso alla Direzione dell'istituto.

[101] Il Governo, su richiesta della Corte EDU, produceva nel luglio 2008 dati sulle condizioni di vita all'interno della Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, con particolare riferimento alla detenzione del ricorrente: tra l'ottobre 2002 e il novembre 2003 i detenuti presenti nell'istituto oscillavano tra le 1.456 e le 1.660 unità, a fronte di una capienza regolamentare di 1.271 persone. Il ricorrente era stato ristretto in una cella con cinque persone dal 17 gennaio 2003 al 5 aprile dello stesso anno; successivamente aveva diviso lo spazio con quattro detenuti (fino al 23 maggio 2003), due (fino al 5 luglio 2003), tre (fino al 1 ottobre 2003), nuovamente due (fino al 20 ottobre 2003,

Il 16 luglio 2009 la Corte EDU dichiara fondato il ricorso con una sentenza il cui *iter* argomentativo è di grande interesse per comprenderne parallelismi e differenze con la successiva, e ben più incisiva, sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013.

I giudici di Strasburgo, dopo un puntuale richiamo alla normativa interna e sovranazionale utile alla soluzione del caso di specie[102], precisano come per costante giurisprudenza della Corte l'articolo 3 si ponga quale valore inderogabile, fondamento delle società democratiche sulle quali gravano stringenti obblighi positivi nel garantire il diffuso benessere della popolazione detenuta, condizioni detentive sempre compatibili con il rispetto della dignità e modalità di esecuzione che non obblighino la persona a soffrire una prova d'intensità superiore all'inevitabile sofferenza che reca la detenzione.

Riguardo alla questione oggetto del ricorso, la Corte premette l'impossibilità di quantificare staticamente la superficie personale

giorno della scarcerazione). Inoltre, rileva il Governo, il Sulejmanovic poteva trascorrere circa nove ore al giorno fuori dalla camera di pernottamento.

Quanto al merito del ricorso il Governo osserva che il ricorrente, giovane e in buona salute, era stato detenuto per dieci mesi e venti giorni (periodo relativamente breve), durante il quale non aveva subito percosse, isolamento, limitazioni alla corrispondenza, alle visite dei familiari e all'accesso a cure mediche. Circa le disposizioni internazionali violate l'Avvocatura dello Stato rileva che, essendo le indicazioni del CPT ben più rigide dei parametri adottati dalla giurisprudenza di Strasburgo, deve escludersi una violazione dell'art. 3 della Convenzione. Si aggiunge da ultimo che il CPT aveva visitato l'istituto nel 1992, giudicando le condizioni detentive nel complesso accettabili.

[102] Il riferimento è anzitutto alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario relative alle condizioni dettate per i locali detentivi (illuminazione, aerazione, servizi igienici etc.) e alla citata Raccomandazione (2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006 che, in considerazione degli sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU e dei rapporti del Comitato per la prevenzione della tortura, ha profondamente modificato le Regole penitenziarie europee approvate dallo stesso organo nel gennaio 1973 e attualmente in corso di nuova revisione. In specie la regola n. 18 prescrive che «I locali di detenzione e, in particolare, quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte, devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana (…) e rispondere alle condizioni minime richieste in materia di sanità e di igiene, tenuto conto delle condizioni climatiche, in particolare per quanto riguarda la superficie, la cubatura d'aria, l'illuminazione, il riscaldamento e l'aerazione. (…) Ogni detenuto, di regola, deve poter disporre durante la notte di una cella individuale, tranne quando si consideri preferibile per lui che condivida la cella con altri detenuti».

Sul tema anche la precedente raccomandazione r(99)22 del 30 settembre 1999 riguardante il sovraffollamento penitenziario e l'inflazione carceraria.

da assicurare a ciascun recluso, potendo dipendere «da diversi fattori, quali la durata della privazione della libertà, le possibilità di accesso all'aria aperta o le condizioni psico-fisiche del detenuto». L'assenza di una "superficie di sicurezza" non ha tuttavia impedito ai giudici di riconoscere, in diverse occasioni, la mancanza di uno spazio personale inferiore ai tre mq quale violazione automatica della Convenzione; viceversa, qualora la superficie disponibile sia superiore alla soglia minima, si procederà a una valutazione casistica di eterogenee carenze relative alle condizioni detentive quali «un accesso insufficiente a luce e aria naturali, condizioni igieniche precarie, calore eccessivo associato a mancanza di ventilazione, rischio concreto di propagazione di malattie, assenza di acqua potabile o corrente, condivisione dei letti da parte di detenuti (…), mancanza di cure adeguate per le patologie di un ricorrente, utilizzo privato dei servizi igienici (…)»[103].

Tanto premesso la Corte dà concreta applicazione all'*iter* logico-giuridico nel caso sottoposto al suo giudizio. Pur non riscontrando rilevanti carenze nelle generali condizioni di vita all'interno dell'istituto romano – possibilità di trascorrere circa nove ore al giorno fuori dalla cella, presenza di un bagno attiguo alla stessa, disponibilità di riscaldamento e luce naturale, fruibilità di diversi momenti ricreativi – i giudici accolgono il ricorso nella parte riferita al primo periodo di detenzione, di oltre due mesi e mezzo, in cui il ricorrente aveva goduto di una superficie di 2,7 mq (17 gennaio – 5 aprile 2003). La Corte di Strasburgo, almeno fino alla più recente sentenza *Muršić c. Croazia* dell'ottobre 2016, ritiene dunque la carenza di uno spazio vitale pari o superiore a 3 mq, quale condizione di per sé sufficiente a integrare la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Interessante per una valutazione di ampio respiro che guardi al sovraffollamento carcerario come problema di natura politica piuttosto che mera questione di calcolo, la *concurring opinion* del

[103] In più occasioni la giurisprudenza europea ha specificato che l'esiguità dello spazio a disposizione di un detenuto non rappresenta un criterio esclusivo: *ex multis* sentt. *Aleksandr Makarov c. Russia*, n. 15217/07 del 12 marzo 2009; *Gagiu c. Romania*, n. 63258/00, del 24 febbraio 2009; *Kadiķis c. Lettonia*, n. 62393/00 del 4 maggio 2006; *Novosselov c. Russia*, n. 66460/01 del 2 giugno 2005; *Poltoratskiy c. Ucraina*, n. 38812/97; *Kalachnikov c. Russia*, n. 47095/99.

giudice Sajò: «nella fattispecie, l'assenza di preoccupazione da parte dello Stato aggiunge un tocco di indifferenza alla viva sofferenza provocata dal castigo, sofferenza che andava già quasi al di là dell'inevitabile». In proposito è stato affermato che «nell'opinione del giudice non è solo la mancanza dello spazio nella cella, ma è anche, forse soprattutto, l'indifferenza dello Stato rispetto al problema del sovraffollamento che contribuisce a qualificare il trattamento come "inumano e degradante"»[104]. Ulteriore aggravio nella lesione patita dal ricorrente risiederebbe cioè nel perdurante disinteresse delle pubbliche istituzioni in relazione al consolidato sovraffollamento carcerario, fenomeno che incide significativamente su opportunità trattamentali, dignità e garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale[105].

È noto tuttavia come la condanna del 2009 non abbia sostanzialmente inciso sul disinteresse parlamentare: nonostante la proclamazione dello stato di emergenza da parte del Presidente del Consiglio il 13 gennaio 2010, alla sentenza *Sulejmanovic* sono seguiti deboli e isolati interventi di riforma, del tutto inidonei a fronteggiare il progressivo aumento della popolazione detenuta[106]. A dimostrarlo, ancora una volta, l'incontrovertibile dato numerico: al 31 dicembre 2013 i detenuti presenti nelle carceri italiane ammontavano nuovamente a 62.536 unità[107]; il caso *Sulejmanovic*

[104] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 29.

[105] Sul caso *Sulejmanovic c. Italia* cfr., tra i molti, M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Quest. giust.*, 5, 2009, 111 ss.; A. Di Perna, *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. inter.*, 3, 2009, 640 ss.; L. Eusebi, *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. eu. Dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 12, 2009, 4938 ss.

[106] Sulla dichiarazione dello stato di emergenza proclamato dal Presidente del Consiglio il 13 gennaio 2010 e sul successivo "piano carceri", si rinvia al precedente paragrafo 2.2.

[107] Dati pubblicati nella sezione "Statistiche" del sito del Ministero della Giustizia (*giustizia.it*).

Risposte più concrete sono giunte a livello amministrativo con le già richiamate circolari del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria sulla sorveglianza dinamica (*supra*, cap. 1, par. 4.1). Almeno sul piano amministrativo, dunque, un segnale c'è stato: le innovazioni proposte dalla circolare n. 251644 del 13 luglio 2013 ("Linee guida sulla sorveglianza dinamica") – seppur ancora disattese dalla maggior parte degli istituti italiani – hanno manifestato la volontà dell'amministrazione di concorrere a un supera-

non poteva che rappresentare il precedente giurisprudenziale di una ben più incisiva condanna.

Il riferimento è naturalmente alla più volte richiamata sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013[108], di centrale rilevanza – per la prospettiva che qui interessa – non solo in ordine all'oggetto del giudizio (il sovraffollamento carcerario)[109] ma in ragione dell'incisiva natura della pronuncia. Constatato il verificarsi di una violazione convenzionale ripetuta e sistematica nonché «per evitare di essere ingolfata da cause seriali provenienti dal nostro Paese»[110], la Corte adotta una sentenza pilota[111] mettendo in mora lo Stato e fissando in un anno il termine entro il quale adottare riforme strutturali in grado di ridisegnare gli spazi del carcere;

mento del concetto di "locale di detenzione" in favore di quello originario, voluto dal legislatore penitenziario del '75, di "camera di pernottamento".

Sull'importanza delle buone prassi nell'applicazione amministrativa della disciplina penitenziaria v. C. Cantone, *La funzione delle buone prassi in un sistema penitenziario moderno*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., 107-110.

[108] Ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, divenuta definitiva il 28 maggio 2013.

[109] A cui si aggiunge la centrale questione dell'ineffettività giurisdizionale dei rimedi previsti dalla normativa penitenziaria (*infra*, cap. 4, parr. 1 e 3). Sui problemi relativi all'inefficacia applicativa delle decisioni della magistratura nel corso dell'esecuzione penale, si veda anche quanto osservato in materia di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per i detenuti ristretti in regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. (*infra*, cap. 3, par. 3).

[110] Letteralmente A. Guazzarotti, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4, 2013, 3662.

[111] Istituto di origine giurisprudenziale – affermatosi per la prima volta nel caso *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96) – e successivamente formalizzato nell'art. 46, comma 1, CEDU e nell'art. 61 del Regolamento della Corte, introdotto il 21 febbraio 2011. I giudici di Strasburgo ricorrono alle sentenza pilota per far fronte a violazioni della Convenzione derivanti da cause strutturali, peraltro testimoniate dall'esorbitante numero di ricorsi pendenti aventi il medesimo oggetto. La pronuncia suggerisce allo Stato le misure individuali e generali da adottare per adempiere all'obbligo di conformazione: è concesso a tal fine un termine per l'adempimento sospendendo contestualmente l'esame dei ricorsi analoghi pendenti davanti alla Corte.

In generale sull'utilizzo delle sentenze pilota, cfr. Aa.Vv., *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. penit. crim.*, 1, 2013, 64-73; B. Randazzo, *Il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1546 ss.; F.M. Palombino, *La "procedura di sentenza-pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2008, 91-110.

spazi che, in conformità al dettato costituzionale e agli obblighi convenzionali, devono garantire un'esecuzione umana, rieducativa e risocializzante[112] non solo in termini di "superficie disponibile".

Nel merito i ricorrenti – sette detenuti reclusi nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza – lamentavano di essere stati ristretti per diversi mesi in celle triple, con una superficie *pro capite* inferiore ai tre metri quadrati; la carenza dello spazio detentivo risultava ulteriormente aggravata, nella maggior parte dei casi, dall'assenza di acqua calda e dall'insufficiente illuminazione dovuta alla presenza di ampie barre metalliche apposte alle finestre della cella. Un ricorrente lamentava altresì l'ineffettività giurisdizionale della tutela offerta dal reclamo generico rivolto al magistrato di sorveglianza atteso che, accertata la violazione dell'art. 3 CEDU (aprile 2010), l'Amministrazione penitenziaria aveva dato esecuzione all'ordinanza del giudice solo a seguito di ripetute sollecitazioni rivolte alla direzione dell'istituto e al Ministero della Giustizia nel febbraio 2011[113].

Nel tornante argomentativo della sentenza i giudici europei rilevano più volte il carattere sistematico delle violazioni convenzionali quali diretta conseguenza dell'endemìa derivante dal sovraffollamento carcerario[114], «anche se nel caso di specie niente lascia presagire che lo Stato abbia avuto intenzione di umiliare o 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 di carcerazione, ha sottoposto i ricorrenti a una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza derivante da una legittima privazione

[112] Nello stesso senso l'articolo 10, terzo comma, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 ai sensi del quale: «il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale».

[113] In ordine all'inefficacia dei rimedi a tutela dei diritti dei ristretti e sui provvedimenti adottati in seguito alla sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte EDU *infra*, cap. 4, par. 3.1.

[114] Analogamente al caso *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte richiama la normativa nazionale e internazionale rilevante ai fini della decisione, facendo più volte riferimento alla necessità di provvedimenti maggiormente efficaci rispetto alle misure adottate tra il 2009 e il 2012.

della libertà personale. Quanto all'inefficacia delle forme di tutela dinanzi alla magistratura di sorveglianza – su cui si tornerà ampiamente in seguito – la Corte precisa che le disposizioni convenzionali prescrivono l'esaurimento dei soli ricorsi interni che siano al contempo disponibili e adeguati, caratteristiche non riscontrabili nel sistema italiano «non potendo pretendersi che un detenuto che ha ottenuto [dall'organo giurisdizionale] una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali». Si impone dunque al Governo italiano di adottare, entro un anno a decorrere dalla data in cui la sentenza diventerà definitiva (28 maggio 2013), misure effettive di carattere preventivo e compensativo volte a impedire il verificarsi – e il protrarsi – delle violazioni dedotte, in conformità ai principi convenzionali come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo[115].

La necessità di un rimedio preventivo, che impedisca *ab origine* l'inserimento della persona in un circuito penitenziario contrario al senso di umanità, emerge altresì nella significativa pronuncia della Corte costituzionale n. 279 del 2013, decisa su impulso dei Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano. I rimettenti avevano chiesto al Giudice delle leggi di censurare – mediante sentenza additiva – l'art. 147 del codice penale nella parte in cui non prevedeva il rinvio facoltativo della pena ove questa, in ragione del grave sovraffollamento carcerario, dovesse eseguirsi in condizioni

[115] Sulla sentenza *Torreggiani* la produzione è assai ampia: cfr., tra i molti, Aa.Vv., *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, op. cit., 49 ss. (in particolare 56 ss.); P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. ita. dir. proc. pen*., 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. inter.*, 2013, 147-158.; 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*., 4, 2013, 2037 ss.; A. Guazzarotti, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, op. cit., 3662-3675.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen*., 2013, 15 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 *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013. In particolare sulle peculiarità della sentenza *Torreggiani* rispetto al caso *Sulejmanovic* v. A. Pugiotto, *La clemenza necessaria*, op. cit., 1, 2.

contrarie al senso di umanità (negando altresì il finalismo rieducativo)[116].

La Corte, pur annoverando il differimento della sanzione tra i rimedi di natura preventiva costituzionalmente compatibili, ha ritenuto la questione inammissibile stante la pluralità di soluzioni percorribili – quali l'adozione di misure alternative alla detenzione – e la necessità di una regolamentazione legislativa del meccanismo. Tuttavia nel comunicato che accompagna la decisione, i giudici costituzionali ammoniscono che sarebbe intollerabile «il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». Ove il legislatore non si attivi tempestivamente la Corte, se nuovamente investita 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». Il monito assume la conformazione di un incisivo *ultimatum* diretto alle forze politiche, non escludendosi, attraverso la proposizione di future questioni di costituzionalità, che gli stessi giudici costituzionali – anche sulla scia di soluzioni prospettate da altre Alte Corti[117] – possano introdurre (in via giurisprudenziale) un rimedio volto al rinvio dell'esecuzione penale se in contrasto con i principi costituzionali e convenzionali di umanità e dignità[118].

[116] Incisive le parole di autorevole dottrina sulle regioni a sostegno della proposizione della questione di legittimità costituzionale: «I due atti di rinvio s'impegnano in una descrizione delle condizioni detentive (…), imposta dalla necessità di dimostrare la rilevanza della *quaestio* ma anche espressione evidente di un profondo disagio. (…) Dal ruolo di spettatori a quello di aguzzini il passo è breve, giacché non impedire un'illegalità così grave equivale a cagionarla. A questo insostenibile stato di cose i giudici *a quibus* si ribellano con le armi del diritto, disegnando un rimedio estremo che rappresenta l'Urlo (di Edvard Munch) della magistratura di sorveglianza. La violazione della legalità dietro le sbarre, infatti, non è mai a costo zero. A pagarne i prezzi costituzionalmente fuori mercato – sia pure in quote diseguali – è tutta la comunità carceraria: detenuti, agenti di polizia penitenziaria, operatori carcerari, finanche giudici di sorveglianza. La sentenza in commento è la risposta a quel grido di orrore e di aiuto» (A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, 130).

[117] Cfr. Tribunale costituzionale tedesco, ord. 22 febbraio 2011, 1 BvR 409/11 e Corte suprema degli Stati Uniti, *Brown* v. *Plata*, 23 maggio 2011 su cui E. GRANDE, *I dannati delle carceri. Una pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti: una lezione da seguire*, in *Historia magistra*, 9, 2012, 72 ss.

[118] Per un approfondimento critico della decisione, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit. 74, 75 e, dello stesso Autore, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione*

La giurisprudenza costituzionale ed europea ben esprime una condivisibile linea intransigente (non più prorogabile) nei confronti dell'Italia in riferimento alla sovrappopolazione carceraria e, più in generale, delle condizioni del sistema penitenziario «mettendo a fuoco criteri guida funzionali a tracciare il cammino legislativo da percorrere»[119]. Sulle decisioni ha influito – con evidenza – la mancata adozione da parte delle maggioranze parlamentari di misure strutturali in grado di avviare una tangibile metamorfosi del sistema penale e penitenziario, sia in riferimento alle politiche di decarcerizzazione, sia alla tutela giurisdizionale dei diritti. La natura emergenziale e de-socializzante degli interventi richiamati ha reso le scelte del legi-

della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata, in *Giur. cost.*, 6, 2014, 4553 ss.; A. Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2013; F. Della Casa, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. cost*., 3, 2013, 4533-4542; A. Gargani, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc*., 3, 2013, 474-483; G. Leo, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 25 novembre 2013; R. Orlandi, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4, 2013, 424 ss.; A. Pugiotto, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, op. cit., 129-135.

Sull'ordinanza di rimessione v. F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in *Dir. pen. cont*., 20 febbraio 2013.

Per una riflessione sulla sentenza anche in riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr. E. Frontoni, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *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*., 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 quad. cost.*, 16 dicembre 2013.

Come più volte anticipato, la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* sarà oggetto di successiva trattazione con riguardo ai profili strettamente attinenti alla necessità di introdurre nell'ordinamento italiano rimedi giurisdizionali aventi natura preventiva e compensativa, *infra*, cap. 4, par. 3.1.

[119] D. Vicoli, *Una riforma di fonte giurisprudenziale tra obblighi di tutela e scelte discrezionali*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 4.

slatore nazionale inidonee a operare efficacemente – e secondo una prospettiva di lungo periodo – nella direzione imposta dal dettato costituzionale e suggerita dal Consiglio d'Europa: un progressivo contenimento del ricorso alla sanzione carceraria in vista di «un sistema di esecuzione gestito in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà» (Regole penitenziarie europee, n. 6).

2.4. Il diritto a uno spazio detentivo dignitoso come parte del più ampio diritto a un'esecuzione penale conforme a dignità. Riflessioni prodromiche

A tre anni dalla decisione, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha positivamente esaurito l'*iter* avviato dal caso *Torreggiani* esprimendo parere favorevole per i «risultati significativi ottenuti» grazie all'adozione di «differenti misure strutturali» che hanno condotto a una riduzione «importante e continua (...) della popolazione carceraria», anche attraverso un aumento della superficie disponibile per ciascun detenuto.

La "promozione" ricevuta dall'organo competente a vigilare sull'esecuzione delle sentenze di Strasburgo[120] non fotografa tuttavia l'attuale situazione del sistema penitenziario che, agli ultimi dati disponibili, vede recluse 59.275 persone a fronte di una capienza regolamentare di 50.622 unità[121]. Se è indubbio che alcuni interventi successivi alla sentenza *Torreggiani* abbiano guardato nella direzione auspicata dalla giurisprudenza sovranazionale, i numeri dimostrano che il processo di emersione del diritto a uno

[120] Il potere di vigilanza è attribuito al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dall'art. 46, secondo comma, della Convenzione. Sulla sua natura v. P. Pustorio, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. um. e dir. int.,* 2007, 678 ss.

Si aggiunga che, nelle recenti osservazioni formulate all'Italia dal Comitato ONU contro la Tortura (18 dicembre 2017, CAT/C/ITA/5-6), si raccomanda una prosecuzione degli sforzi per migliorare le condizioni di detenzione, ridurre il sovraffollamento penitenziario e la durata della custodia cautelare (par. 32). Sulle forti critiche mosse dal Comitato ONU con riguardo alla conformazione del reato di tortura introdotto in Italia dalla legge n. 110 del 2017, *infra*, cap. 3, par. 4.2.

[121] Dati pubblicati nella sezione "statistiche" del sito del Ministero della Giustizia e aggiornati al 30 settembre 2018.

spazio detentivo dignitoso – e più in generale a un'esecuzione penale conforme a dignità[122] – sia tutt'altro che concluso. Lo scetticismo in ordine al binomio identitario "promozione-emersione" risiede, oltreché nelle richiamate stime, in alcune riflessioni d'insieme sulla normativa penitenziaria in materia di "superficie" e in un'analisi critica sui principali interventi di riforma adottati negli ultimi anni[123].

Sul primo versante (diritto a uno spazio detentivo dignitoso), le statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno fatto irruzione in un ordinamento nazionale che, anche a seguito dei recenti interventi di riforma, non riconosce espressamente ai reclusi una posizione giuridica soggettiva a disporre di un determinato quantitativo di spazio intramurario. Il riformulato art. 6 dell'ordinamento penitenziario[124] richiedendo genericamente «un'am-

[122] Sul punto autorevole dottrina ha affermato la centralità della sentenza *Torreggiani* per «la più compiuta emersione del diritto del detenuto a un'esecuzione della pena non disumana. Un diritto che si ricava agevolmente dall'art. 27, comma, 3 Cost., letto anche alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., e che può dirsi "rafforzato" dalla previsione del divieto "inderogabile" della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU, per come letto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. "Rafforzato", nel senso che la predisposizione di strumenti adeguati per la tutela di quel diritto è anche da riguardare come "obbligo internazionale" che lo Stato italiano è chiamato ad osservare, secondo quanto richiesto pure dall'art. 117, comma 1, Cost.» (M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 31).

[123] Sulle tante criticità ordinamentali ancora presenti e per una puntuale analisi della sovrappopolazione detenuta come problema di rilevanza costituzionale, si rinvia alle riflessioni di A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, op. cit., 1204-1229.

[124] Ai sensi dell'art. 6 o.p. ("Locali di soggiorno e di pernottamento") come riformulato dal recente d.lgs. n. 124 del 2018: «I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati per il tempo in cui le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia (primo comma). Le aree residenziali devono essere dotate di spazi comuni al fine di consentire ai detenuti e agli internati una gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica (secondo comma). I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti (terzo comma). Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti (quarto comma). Fatta salva contraria prescrizione sanitaria e salvo che particolari situazioni dell'istituto non lo consentano, è preferibilmente consentito al condannato alla pena dell'ergastolo il pernottamento in camere a un posto, ove non richieda di essere assegnato a camere a più posti (quinto comma). Alle stesse condizioni del comma 5, agli imputati è garantito

piezza sufficiente» dei locali in cui si svolge la vita dei detenuti e la dotazione nelle camere destinate al pernottamento «di uno o più posti», non contiene parametri oggettivi utili a calcolare la capacità ricettiva degli istituti penitenziari, continuando a tradursi nell'applicazione «di un metro di natura metagiuridica, desunto in relazione agli avanzamenti dei livelli di vita raggiunti nella società esterna»[125]. Nella perdurante assenza di indicazioni normative sulla determinazione della superficie regolamentare degli ambienti detentivi, l'Amministrazione penitenziaria aveva individuato un "parametro *per relationem*" nel decreto del Ministero della sanità del 5 luglio 1975 relativo all'altezza minima e ai requisiti igienico-sanitari dei locali adibiti ad abitazione. Trattandosi di criteri specificamente concepiti per regolare lo spazio di strutture estremamente diverse dagli istituti di detenzione, le indicazioni ministeriali furono tuttavia ritenute non giuridicamente vincolanti dalla stessa Amministrazione penitenziaria[126], conducendo a una diffusa "schizofrenia di calcolo" in ordine allo spazio *pro capite* da garantire a ciascun detenuto. Lo dimostra l'eterogeneità delle decisioni adottate dalla giurisprudenza di merito soprattutto nel

il pernottamento in camera a un posto, salvo che particolari situazioni dell'istituto non lo consentano (sesto comma). Ciascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto (settimo comma)».

Ancora in ordine agli spazi della pena lo stesso decreto delegato ha modificato il secondo comma dell'art. 5 o.p. ai sensi del quale: «Gli edifici penitenziari devono essere dotati di locali per le esigenze di vita individuale e di locali per lo svolgimento di attività lavorative, formative e, ove possibile, culturali, sportive e religiose». Riformato altresì l'articolo 8, primo comma, o.p. sostituito dai seguenti: «È assicurato ai detenuti e agli internati l'uso adeguato e sufficiente di servizi igienici e docce fornite di acqua calda, nonché di altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona.

Nelle camere di pernottamento i servizi igienici, adeguatamente areati, sono collocati in uno spazio separato, per garantire la riservatezza».

[125] G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 68 ss.

[126] Sul punto A. Albano, F. Picozzi, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen*., 7-8, 2014, 2400-2405. Gli Autori rilevano come l'Amministrazione penitenziaria abbia per lungo tempo utilizzato i suddetti criteri per calcolare «tanto una capienza "regolamentare", derivante dall'applicazione *sic et simpliciter* del d.m. del 1975, quanto una capienza "tollerabile" individuata, orientativamente, nel doppio di quella regolamentare» (2400), richiamando su quest'ultima definizione F. Cascini, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rass. penit. crim*., 1, 2013, 3.

periodo immediatamente successivo alla sentenza *Torreggiani*[127],

[127] La difficoltà di individuare un criterio univoco di calcolo è dimostrata dall'uso di parametri evanescenti e dalla determinazione della superficie minima tanto al lordo quanto al netto dell'arredo e dei servizi igienici.

Nel senso che lo spazio vada calcolato al lordo del mobilio: Mag. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011, n. 17/10 e Trib. Sorv. Venezia, ord. 22 luglio 2014, n. 1895/14. Nella direzione opposta che vede nell'arredamento una riduzione dello spazio utile per ciascun detenuto: Mag. sorv. Verona, ord. 2 luglio 2013. Una terza corrente giurisprudenziale ha ritenuto necessario procedere ad uno scomputo selettivo del mobilio presente nella cella: solo taluni arredi (ad esempio l'armadio ma non il letto) sottrarrebbero spazio vivibile al detenuto (in tal senso Mag. sorv. Padova, ord. 30 maggio 2013, Mag. sorv. Genova, ord. 13 giugno 2014 e Mag. sorv. Padova, ord. 10 luglio 2014, n. 1256). Un'ulteriore corrente ha stabilito che la superficie dei 3 mq debba essere calpestabile, dovendosi quindi procedere a uno scomputo totale del mobilio presente nella camera (Mag. Sorv. Venezia, ord. 6 febbraio 2014, n. 301 e Mag. sorv. Catanzaro, ord. 21 luglio 2014, n. 863). Infine, un quinto orientamento ha calcolato la superficie scomputandola al netto del mobilio presente, ritenendo tuttavia che la disponibilità di uno spazio individuale inferiore a 3 mq potesse essere compensata dalla presenza di positivi elementi, quali la possibilità di trascorrere almeno otto ore al giorno fuori dalla camera di pernottamento (Mag. sorv. Trieste, ord. 8 luglio 2014, n. 382).

La ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza di merito nel periodo immediatamente successivo alla sentenza *Torreggiani* si deve a F. Picozzi, *Sovraffollamento e diritto alla superficie detentiva minima: dal sistema CEDU all'ordinamento italiano*, elaborato finale del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi di Roma Tre, 2014, 26, 27 e 42.

Più recentemente la Corte di Cassazione è intervenuta sulla questione stabilendo che ai fini «della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso *Torreggiani c. Italia*, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili» (Corte Cass. sez. I pen., sent. n. 52819 del 13 dicembre 2016).

Sulla decisione M. Mariotti, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. cont*., 3, 2017, 311-318; in senso critico A. Albano, F. Picozzi, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario*, op. cit., 2875-2888, in particolare 2883 ss. Secondo gli Autori la sentenza non si porrebbe in linea con gli ultimi sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo espressi nella più volte citata pronuncia *Muršić c. Croazia* del 20 ottobre 2016, in cui i giudici hanno risolto il caso calcolando la superficie a disposizione del ricorrente al netto del bagno ma al lordo del mobilio.

Sulla questione relativa allo spazio e alle condizioni della detenzione si vedano anche le puntuali raccomandazioni contenute nel recente volume *Norme e normalità. Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti*, pubblicato dal Garante nazionale

con forti rischi di disparità nella tutela e di ridurre «la dignità in carcere a un problema esclusivamente catastale di metri quadrati»[128]. La necessità di una maggiore definizione della "questione spazio" è peraltro emersa nei lavori del Tavolo 1 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Spazio della pena: architettura e carcere" in cui «viene considerata sia la definizione di criteri architettonici e di *standard* essenziali da rispettare nelle eventuali nuove progettazioni, sia la definizione di tipologie differenziate di intervento da realizzare negli istituti esistenti per renderli idonei alle funzioni richieste».

Come anticipato, il recente d.lgs. n. 124 del 2018 nella riscrittura dell'art. 6 dell'ordinamento penitenziario non è tuttavia intervenuto in tal senso. Ciò premesso, ribadendo che la dignità non è certo valore calcolabile in termini di centimetri o metri quadrati – dovendosi guardare alla generalità delle condizioni detentive[129] e allo sviluppo di nuovi modelli di spazio e tempo della pena – permane l'auspicio di un intervento legislativo che, limitando l'incertezza, contribuisca a una più nitida emersione del diritto a uno spazio detentivo dignitoso anche sotto il profilo di una regolamentazione degli ambienti detentivi tramite l'apposizione di "evolutivi *standard* elementari" ben diversi, come di recente affermato dal Garante nazionale delle persone private della libertà, da pericolosi "*standard* minimi". Questi limitandosi «ad indicare una soglia al di sotto della quale un determinato aspetto della detenzione è inaccettabile (…) indicano un obiettivo al ribasso. Uno standard elementare [invece] indica un obiettivo accessibile e al contempo in grado di far evolvere una situazione, di farla evolvere

dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Roma, 2018, in particolare 13-30.

[128] G.M. Flick, *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 2.

[129] Il riferimento è nuovamente al recente temperamento dell'automatica violazione dell'art. 3 CEDU di cui è espressione la sentenza *Muršić c. Croazia* del 2016. Al di sotto dei 3 metri quadrati *pro capite*, la mancanza di spazio è considerata dai giudici talmente grave da configurare una "*strong presumption*" di violazione che lo Stato convenuto può vincere dimostrando l'esistenza di altre condizioni detentive cumulativamente in grado di compensare la mancanza di superficie vitale (par. 137).

Approfonditamente sul punto v. nota n. 47 del presente capitolo.

verso un progressivo miglioramento: è l'etimo stesso dell'aggettivo "elementare" che contiene un significato generativo e, quindi, uno standard elementare non si limita a definire una soglia minima perché indica anche l'evoluzione che l'aspetto considerato deve avere. Così il sistema può svilupparsi e forse superare anche quello stesso attuale modello di privazione della libertà quale risposta al reato che sembra oggi unico e ineludibile»[130].

Sul secondo versante (diritto a un'esecuzione penale conforme a dignità), le brevi considerazioni che seguono assolvono a una funzione prodromica alle riflessioni proposte nel successivo paragrafo. La richiamata interdipendenza tra sovrappopolazione carceraria e detenzione sociale palesa come un effettivo processo di emersione del diritto non possa esaurirsi nell'approvazione di riforme dal carattere squisitamente penitenziario: alle scelte compiute in ambito esecutivo devono affiancarsi politiche di *welfare*, concrete e diffuse, in grado di promuovere percorsi di inclusione sociale su larga scala e nel lungo periodo. Occorre cioè una riflessione profonda che sappia intervenire, prevenendoli, sui flussi in entrata più che su quelli in uscita.

Non è stato così fino ad oggi. Lo dimostra l'insistente penalizzazione delle condotte che hanno progressivamente aumentato la detenzione sociale e trasformato il sovraffollamento carcerario in un riflesso numerico-spaziale della criminalizzazione di fenomeni sociali su scala nazionale; riflessione ulteriormente aggravata dalla progressiva erosione delle risorse destinate alle politiche di inclusione proprio mentre la crisi economica genera un aumento esponenziale delle individualità marginalizzate. Il sovraffollamento carcerario si presenta cioè come lo specchio delle tante disuguaglianze di fatto presenti nella società italiana, la cui mancata rimozione costituisce uno dei più gravi inadempimenti dell'obbligo costituzionale – posto a carico della Repubblica – di rimuovere quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo

[130] Così Mauro Palma, Presidente del collegio dell'Autorità Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, nell'introduzione al recente volume *Norme e normalità*, op. cit., 6.

della persona umana» (art. 3, secondo comma, Cost.)[131]. Non pare azzardato, dunque, ricondurre il "diritto a un'esecuzione penale conforme a dignità" nel novero dei diritti sociali: le pubbliche istituzioni non solo non possono disinteressarsi del profondo disagio socio-culturale espresso dal sovraffollamento carcerario, ma sono tenute a mettere in campo ogni politica – economica, previdenziale, sociale – necessaria ad attuare i principi costituzionali di uguaglianza sostanziale e inviolabilità dei diritti.

Del resto, come messo in luce dalla dottrina, il "sintagma della sicurezza" abbraccia un campo ben più ampio della mera lotta contro la criminalità, comprendendo anche il contrasto all'emarginazione e all'esclusione sociale. L'esigenza di sicurezza dovrebbe cioè tradursi in un mutamento delle politiche penali ispirato, «piuttosto che al modello del "diritto alla sicurezza" a quello della "sicurezza dei diritti"»[132], inserendosi nel quadro più generale di «una politica di protezione e soddisfazione dei diritti umani che vede il sistema penale e i suoi indirizzi volti alla prevenzione dei delitti come elementi a essa non già sostitutivi, ma sussidiari».

In assenza di interventi rivolti in questa direzione, e della diffusione di una cultura costituzionale della pena, il lungo percorso verso la garanzia di un'esecuzione penale conforme a dignità presta il fianco (e non solo) ai pericolosi "*dietrofront* neo-retributivi" di cui avvertiva autorevole dottrina già nel 2005[133].

[131] *Supra*, cap. 1, par. 3.3.1. In tal senso G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., 186.

La relazione tra il principio di uguaglianza sostanziale e il dovere costituzionale dei pubblici poteri di lottare contro la povertà è contenuta in M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, op. cit., 205-243. Lo stesso Autore traspone la riflessione nel sistema di esecuzione penale in *Dignità e carcere*, op. cit., 79.

[132] A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, op. cit., 23. In questo senso anche M. Ruotolo, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013, 587 ss.

[133] Il riferimento è ad E. Dolcini, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, in *Rass. penit. crim.*, 2-3, 2005, 69-82. L'Autore avverte dei rischi di una legislazione penale in cui convivono «secondo una selezione nient'affatto casuale, tendenze lassiste e tendenze brutalmente repressive: (…) si bagatellizza la criminalità della "gente per bene" e, in generale, ingigantendo i rischi di prescrizione del reato e attribuendo spazi sempre più ampi a sanzioni che tali sono soltanto nel nome, si vanifica l'effetto rieducativo della pena (…). Nessuna attenzione alle esigenze di tenuta complessiva del sistema penale, deliberata

2.4.1. Quando calano le luci di Strasburgo: una promozione dai pericoli neo-retributivi

Le riflessioni da ultimo condotte svelano come il naturale punto di arrivo di un'indagine soggettivo-oggettiva sul sovraffollamento carcerario, quale fattore ostativo alla realizzazione dei principi costituzionali e penitenziari di individualizzazione e tutela dei diritti, non possa che risiedere in un'analisi sul seguito legislativo della sentenza *Torreggiani*[134]. L'eterogeneità degli interventi non permette tuttavia un'indagine esaustiva sulle misure adottate (alcune delle quali peraltro già richiamate in riferimento alla detenzione sociale[135]); l'attenzione sarà quindi rivolta alle riforme – a volte solo tentate – che hanno avuto maggiore incidenza sui numeri della reclusione fino ai recenti decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario, approvati in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 27 settembre 2018, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 103 del 2017.

Merita menzione, *in primis*, la già richiamata legge n. 94 del 2013 che, convertendo con modificazioni il decreto-legge n. 78 dello stesso anno, ha introdotto significative modifiche al codice penale, a quello di rito, all'ordinamento penitenziario e al Testo unico sugli stupefacenti. Quanto alle modifiche procedurali, la legge innalza da quattro a cinque anni di reclusione il limite di pena per l'applicabilità della custodia cautelare in carcere (art. 280, secondo comma, c.p.p.); impone al giudice una valutazione sull'idoneità del luogo di esecuzione degli arresti domiciliari in considerazione delle prioritarie esigenze di tutela della persona offesa (nuovo comma 1-*bis*, art. 284 c.p.p); amplia l'operatività della sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive (art. 656, comma 5, c.p.p.)[136].

sotto valutazione dei costi sociali della criminalità degli affari, demagogico appagamento del senso di sicurezza del cittadino rispetto alla "criminalità di tutti i giorni"» (79).

[134] Un'esaustiva ricostruzione degli interventi successivi alla sentenza *Torreggiani* è contenuta in A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, op. cit., 10 ss. Si vedano altresì, su molteplici aspetti, i contributi pubblicati nel volume M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit.

[135] *Supra*, cap. 2, par. 2.2.

[136] La legge prevede la possibilità di sospendere le condanne fino a quattro anni

Circa le modifiche apportate alla disciplina penitenziaria, la legge contiene una rilevante innovazione riguardo ai recidivi reiterati, eliminando sia il divieto di concessione della detenzione domiciliare tra i tre e i quattro anni di pena, sia la preclusione all'accesso alla detenzione domiciliare infrabiennale. Modificando il comma 4-*bis* dell'art. 21 o.p., il legislatore ha poi ampliato l'operatività dei lavori di pubblica utilità[137] prevedendone la concessione al condannato tossicodipendente, o assuntore abituale di stupefacenti, anche per reati diversi da quelli contenuti nell'art. 73, quinto comma, del Testo unico purché riferiti ad azioni commesse «in relazione» alla condizione di dipendenza o di assunzione abituale della sostanza stupefacente[138]. L'ambito applicativo della disciplina è risultato tuttavia decisamente residuale a seguito delle novelle introdotte in sede di conversione: la sostituzione opera solo in riferimento a sanzioni fino a un anno di detenzione ed esclusivamente se il reato diverso dalle ipotesi *ex* art. 73, comma 5, sia stato «commesso una sola volta»[139].

nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, primo comma, o.p. ossia nei confronti di donna incinta o madre di prole convivente di età inferiore ai dieci anni, persona in gravi condizioni di salute, ultrasessantenne se inabile anche parzialmente e minore di anni ventuno. Un ulteriore ampliamento dell'operatività del meccanismo sospensivo deriva dalla possibile anticipazione, al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione, dell'applicazione della liberazione anticipata prevista dall'art. 54 o.p. Significativa modifica attiene altresì al regime delle preclusioni di cui al nono comma: sul punto l'intervento più significativo è rappresentato dalla soppressione della lettera c), contenente il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i recidivi reiterati di cui all'art. 99, comma 4, c.p. È una modifica che trova la sua *ratio* nella scarsa incisività, in termini di difesa sociale, della presunzione assoluta di pericolosità a carico dei condannati plurirecidivi.

La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 41 del 2018, ha inoltre dichiarato l'art. 656, comma 5, c.p.p. costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui prevede che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

[137] Si tratta di prestazioni lavorative fornite a titolo volontario e gratuito, disciplinate secondo le modalità previste nell'art. 54 del d.l. n. 74 del 2000 relativo al lavoro di pubblica utilità, quale sanzione sostitutiva del giudice di pace.

Sul recente inserimento dell'art. 20-*ter* o.p. ("Lavoro di pubblica utilità") ad opera del d.lgs. n. 124 del 2018, *infra*, cap. 3, par. 2.1.

[138] Nel quadro normativo *ante* riforma, l'art. 73, comma 5-*bis*, del d.P.R. 309/90 prevedeva il lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva della pena detentiva riferita ai soggetti tossicodipendenti condannati per il reato di spaccio nella forma attenuata di cui all'art. 73, quinto comma, dello stesso decreto.

[139] I correttivi apportati dalla legge n. 94 del 2013 si muovono lungo due linee

Consapevole dell'inesaustività delle modifiche apportate e mosso dal timore di una pesante condanna, il Governo ha successivamente adottato il più incisivo decreto-legge n. 146 del 2013, convertito con rilevanti modifiche nella legge n. 10 del 21 febbraio 2014. L'intervento si snoda lungo le due linee direttrici tracciate dai giudici sovranazionali: adozione di correttivi funzionali a una riduzione numerica delle presenze in carcere (attraverso la diminuzione del flusso in ingresso e l'ampliamento di quello in uscita); misure volte a garantire l'effettività dei diritti nel corso dell'esecuzione. Sul primo versante rilevano le disposizioni dirette ad ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative e dei benefici penitenziari. La novità più significativa[140] – oltre agli effetti deflattivi discendenti dalla stabilizzazione dell'esecuzione presso il domicilio per le pene detentive non superiori ai diciotto mesi[141] e da una serie di correttivi sui Testi unici in materia di stupefacenti e immigrazione[142] – risiede nella liberazione anticipata speciale

direttrici: la riduzione del flusso in ingresso negli istituti penitenziari e la parziale eliminazione degli automatismi che impediscono – o rendono difficile – l'accesso ai benefici penitenziari in relazione a particolari categorie di soggetti colpiti da presunzioni di pericolosità.

Per un'analisi dettagliata delle novità introdotte si rinvia a B. Lavarini, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento*, op. cit., 38 ss.; A. Della Bella, *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013 e S. Arasi, *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, in *Proc. pen. e giust*., 1, 2014, in particolare 86-90.

[140] A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

[141] In argomento v. K. Natali, *L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento*, op. cit., 71 ss.

[142] In relazione al Testo unico sugli stupefacenti, il d.l. n. 146/2013 elimina il duplice divieto di applicazione dell'affidamento terapeutico e prevede un trattamento sanzionatorio più mite in relazione al reato di spaccio di lieve entità configurato come fattispecie autonoma di reato. Sulle modifiche apportate alla disciplina, anche in relazione alla successiva sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, v. A. Della Bella, F. Viganò, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup*., in *Dir. pen. cont*., 24 febbraio 2014.

Quanto ai detenuti stranieri il legislatore ha introdotto modifiche volte a potenziare la misura dell'espulsione di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 286 del 1998 modificando, a tale scopo, anche la disciplina dell'identificazione dello straniero detenuto anticipandola all'atto dell'ingresso in istituto.

con una detrazione di settantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché dei quarantacinque previsti nella liberazione anticipata ordinaria (art. 54 o.p.).

È noto come il tratto distintivo – e particolarmente discusso – dell'istituto risieda nel suo carattere temporaneo[143]: operando nel solo biennio successivo all'entrata in vigore della legge, la misura, pur diminuendo rapidamente il numero delle presenze in carcere (anche attraverso un'accelerazione dei tempi di accesso alle misure alternative), rientra a pieno titolo nel *trend* delle scelte meramente emergenziali con finalità deflattive circoscritte al breve periodo. Che l'intervento sia unicamente rivolto a una celere riduzione del sovraffollamento carcerario, ben lontano da una presa di coscienza in ordine alla necessità di diminuire il ricorso alla pena detentiva, è confermato dalla volontà emersa in sede di conversione di escluderne l'applicazione nei confronti dei condannati di cui all'art. 4-*bis* o.p. Si concorda in proposito con quanto osservato in dottrina circa i forti dubbi di legittimità costituzionale che la scelta solleva riguardo alla perdurante volontà legislativa di introdurre «automatismi carcerari e presunzioni assolute sulla necessità della misura detentiva legate al titolo di reato. Si tratta di scelte la cui costituzionalità ben si può dubitare, anche alla luce di molteplici decisioni della Corte costituzionale che hanno indotto (…) a rilevare una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi»[144]. La logica non sembra distante dalla *ratio* posta

[143] Il Consiglio Superiore della Magistratura, chiamato ad esprimere un parere sul testo del decreto-legge riguardante le misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria, ha chiaramente qualificato la liberazione anticipata speciale quale «ampliamento temporaneo» della sua forma ordinaria (delibera del 23 gennaio 2014).

[144] M. RUOTOLO, *Automatismi e preclusioni nel nuovo istituto della liberazione speciale*, in ID. (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., 169. Il riferimento è, *in primis*, alla giurisprudenza costituzionale in materia di presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione a molteplici ipotesi di reato inserite nell'art. 275, terzo comma, c.p.p. dal c.d. pacchetto sicurezza del 2009. Sulla questione si tornerà ampiamente a breve (*infra*, cap. 2, par. 3).

Una ricostruzione della giurisprudenza e dottrina in materia di automatismi legislativi, con particolare riguardo allo stato detentivo, è contenuta nel recente volume di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit., 217-232.

In generale sugli automatismi legislativi, anche in relazione alla giurisprudenza costituzionale, cfr., tra i molti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituziona-*

a fondamento degli interventi carcerocentrici richiamati, ossia «escludere alcune tipologie di condannati-simbolo per dimostrare i muscoli della tolleranza zero a tutela della sicurezza collettiva»[145]. Se nella storica sentenza n. 306 del 1993 la Corte costituzionale non arrivò a dichiarare l'incostituzionalità del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-*bis* o.p. proprio in ragione della possibilità per i condannati di accedere alla riduzione discendente dalla liberazione anticipata[146], con l'esclusione «del nuovo beneficio "additivo"» disposto della legge n. 10 del 2014 «il sistema smarrisce ogni coerenza e credibilità»[147].

le, op. cit.; L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *gruppodipisa.it*, 2014; A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost*., 2012, 4909 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 342-347.

[145] G. Giostra, *L'esclusione della liberazione anticipata speciale per i condannati di cui all'art. 4*-bis, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., 172, 173 il quale specifica che durante i lavori parlamentari di conversione del d.l n. 146 «si sia detto "se della liberazione anticipata speciale usufruiscono anche i condannati di cui all'art. 4-*bis*, il provvedimento non passa"» così finalizzando l'esclusione della misura al solo raggiungimento di un accordo politico. «Rispetta la Costituzione una scelta del genere? A mio avviso no: non si vede una sola ragione per precludere ai condannati, che già usufruiscono della liberazione anticipata ordinaria e che hanno dato concreta prova di rieducazione, la possibilità di godere di un beneficio concesso ad altri condannati nella medesima situazione».

[146] Su cui M. Margaritelli, I *limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1993, 2511 ss.

In diverse occasioni i giudici costituzionali hanno ribadito che la *ratio* in cui si sostanzia l'istituto della liberazione anticipata (art. 54 o.p.) è costituire un importante incentivo per i condannati a partecipare all'opera di rieducazione (Corte cost., sentt. nn. 186 del 1995 e 276 del 1990).

[147] G. Giostra, *L'esclusione della liberazione anticipata speciale*, op. cit., 173.

Ampiamente e più di recente sul punto v. 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, 3 settembre 2016; A. Pugiotto, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2015. Nell'ultimo contributo l'Autore ripropone le parole dell'allora Capo del DAP Giovanni Tamburino il quale, ancor prima dell'adozione del d.l. n. 146 del 2013, aveva individuato nella liberazione anticipata lo strumento più idoneo a rispondere alla sentenza *Torreggiani* non solo per il carattere deflattivo ma anche «perché unico tra i benefici ad essere applicabile a tutti indistintamente i condannati reclusi, quale che sia il reato commesso e quale che sia il regime penitenziario al quale si trovino sottoposti,

Sul secondo versante – l'effettività delle forme di tutela – si tornerà diffusamente in seguito; in questa sede basti anticipare che la legge ha prodotto un forte ampliamento degli strumenti azionabili dinnanzi al magistrato di sorveglianza, distinguendo chiaramente tra reclamo generico (art. 35 o.p.)[148] e reclamo giurisdizionale disciplinato dal nuovo articolo 35-*bis* o.p. Quanto al primo rimedio la novità più significativa risiede nell'inserimento, tra i destinatari della procedura, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale istituito dallo stesso decreto presso il Ministero della Giustizia[149]. Ancor più rilevanti le novelle in materia di reclamo giurisdizionale consentito avverso i provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'Amministrazione penitenziaria (art. 69, co. 6 lett. a), o.p.), e contro l'inosservanza da parte della stessa di disposizioni contenute all'interno della normativa penitenziaria, dalla quale derivi un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto o dell'internato (art. 69, co. 6 lett. b), o.p.). Accertata la violazione, l'obbligo di adempimento gravante sull'Amministrazione è rafforzato dalla possibilità di istaurare un giudizio di ottemperanza dinnanzi allo stesso magistrato procedente, che potrà ordinare alle autorità inadempienti di dare esecuzione all'ordine, dichiarare nulli gli atti

purché diano prova di comportamenti orientati al recupero attraverso il rispetto delle regole della vita comune» (G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, op. cit., 15).

[148] Le problematiche connesse all'utilizzo del reclamo generico, oggetto di significative pronunce sia da parte della giurisprudenza costituzionale sia di legittimità, saranno oggetto di ampia riflessione (*infra*, cap. 4, par. 1).

[149] Si anticipa come la nuova Autorità opera affinché l'esecuzione delle misure privative della libertà personale avvenga in conformità alla Costituzione, alla legge e agli obblighi internazionali. È organo collegiale costituito da tre membri, tra cui un Presidente, che restano in carica cinque anni, non prorogabili, scelti tra persone che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani. I membri sono nominati, previa delibera del Consiglio dei Ministri, con decreto del Presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari. Al fine di adempiere al suo ampio mandato istituzionale l'Autorità Garante ha il potere di visitare – senza necessità di autorizzazione o preavviso – tutte le strutture in cui si trovano persone private della libertà personale, può chiedere informazioni e documenti alle amministrazioni, formulare specifiche raccomandazioni e adire gli organi di tutela giurisdizionale (*infra*, cap. 4, par. 3.1).

eventualmente compiuti in contrasto col provvedimento ineseguito, nominare un commissario *ad acta*[150].

L'introduzione di specifici strumenti compensativi, affidata al successivo decreto-legge n. 92 del 2014, si è invece tradotta nel nuovo art. 35-*ter* o.p., contenente un rimedio attivabile da coloro che abbiano subito un trattamento inumano o degradante, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU, durante il periodo di detenzione e consistente, alternativamente, in una riduzione della pena da espiare (se ancora ristretti) – nella misura di un giorno per ogni dieci di detenzione inumana – oppure in un equivalente monetario pari a otto euro per ogni giorno di lesione[151].

Nei provvedimenti *post-Torreggiani* va infine annoverata la legge n. 67 del 28 aprile 2014[152], nota principalmente per aver introdotto nell'impianto codicistico, quale nuova causa di estinzione del reato, la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato[153] – misura originariamente prevista nel solo

[150] Sulla disciplina e i tratti maggiormente problematici del nuovo art. 35-*bis* o.p., v. *infra*, cap. 4, par. 3.1.

[151] Il decreto è stato convertito dalla legge n. 117 del 2014. Anche in riferimento al rimedio compensativo si rinvia alle successive riflessioni *infra*, cap. 4, par. 3.1.

[152] Titolata "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizione in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili". La legge risultava suddivisa in tre capi: il primo contenente due deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma della disciplina sanzionatoria; il secondo e il terzo concernenti rispettivamente l'istituto della messa alla prova e la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili.

[153] La disciplina è contenuta negli articoli 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* del codice penale a cui si affiancano gli articoli da 464-*bis* a 464-*nonies* del codice di rito.

In ordine al nuovo procedimento la Cassazione ha affermato che «il legislatore ha previsto la messa alla prova sia quale causa di estinzione del reato (come esplicitamente previsto dall'art. 168-*ter*, comma 2, cod. pen. e confermato dalla collocazione della norma nel capo I del Titolo VI del codice penale, subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena) sia come possibilità di definizione alternativa della vicenda processuale (come confermato dall'inserimento delle specifiche norme in apposito titolo V *bis* del libro VI – Procedimenti speciali del codice di rito» (Cass. pen., sez. IV pen., ord. 9 luglio 2014, n. 30559).

In argomento anche Corte Cass., sez. V pen., sent. n. 33277 del 7 luglio 2017 e Corte Cass., sez. II pen., sent. n. 3864 del 26 gennaio 2017.

Per uno sguardo complessivo alla disciplina del nuovo istituto, cfr., *ex plurimis*, C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it.*, *Gli Speciali, Sistema sanzionatorio*

rito minorile[154] – e oggi estesa agli adulti per i reati punibili con la sola pena pecuniaria, con la detenzione non superiore nel massimo a quattro anni, nonché per i delitti indicati nel secondo comma dell'art. 550 c.p.p. In sintesi l'istituto, applicato dal giudice su richiesta dell'interessato, si risolve nella prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato[155], nonché (ove possibile) nel risarcimento del danno cagionato; la concessione è altresì subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità di durata non inferiore a dieci giorni, in favore della collettività, da svolgere presso istituzioni pubbliche o di volontariato elencate dalla disposizione. La sospensione non può concedersi più di una volta ed è revocata in caso di grave o reiterata trasgressione del programma trattamentale, di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità o di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede. Accanto alla Magistratura di sorveglianza ruolo centrale è rivestito dagli Uffici di Esecuzione Penale Esterna (UEPE), facenti capo al Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità; se il giudice è tenuto a fissare tempi, modalità e termini della messa alla prova, le prescrizioni e le condotte sono puntualmente indicate nel programma di trattamento, interamente elaborato dall'UEPE territorialmente competente[156]. In caso di esito positivo, il giudice dichiara l'estinzione del reato.

e processo penale, 2015, 12 ss.; M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015; L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. pen. giust*., 1, 2015, 97-110; C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il* probation *processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen*., 4, 2014, 510 ss.

[154] Artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 448 del 1988. Un approfondimento dell'istituto in relazione alla giustizia minorile è contenuto in S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile, profili giuridici, psicologici o sociali*, Milano, 2005, 337 ss.

[155] Sui profili "riparativi" discendenti dalla nuova disciplina della messa alla prova per adulti si rinvia alla precedente nota n. 77 del primo capitolo.

[156] Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha adottato la circolare n. 0174874 del 16 maggio 2014 contenente sia le istruzioni operative riguardanti lo svolgimento delle attività preliminari volte alla predisposizione del programma di trattamento, sia la fissazione dei criteri per le modalità di intervento nella fase dell'esecuzione da parte dell'UEPE. La stessa circolare ribadisce che una corretta gestione della messa alla

Nonostante l'istituto abbia sollevato – e sollevi – alcuni dubbi di legittimità costituzionale in ordine al rispetto di diversi parametri[157], non può negarsi che la nuova misura offra una prima risposta alla necessità di predisporre soluzioni realmente alternative alla pena detentiva in funzione deflattiva[158], riparatoria e di recupero. Attraverso la *probation* il legislatore mira cioè a elidere – o quantomeno ad attenuare – le conseguenze dannose o pericolose derivanti dalla carcerazione mediante l'introduzione di un modello di giustizia penale non custodialista[159], la cui *ratio* risiede nella volontà di proporre una soluzione alternativa al carcere sul piano processuale e sanzionatorio mediante un percorso di reinserimento. Non recidendo il legame con il consesso sociale, la messa alla prova sembra dunque porre un embrionale argine alla prima causa del sovraffollamento: la centralità della detenzione carceraria quale soluzione principalmente comminata (anche in fase cautelare)[160].

Tuttavia proprio in riferimento al profilo da ultimo richiamato (la diminuzione del ricorso al carcere), l'introduzione della messa

prova per adulti non possa prescindere da un raccordo sinergico tra tribunali e articolazioni territoriali facenti capo ai diversi Provveditorati Regionali.

[157] La Corte costituzionale, ad oggi, ha rispinto le questioni di costituzionalità sollevate in ordine alla sospensione del procedimento con messa alla prova, da ultimo con la recente sentenza n. 54 del 2017.

Per una panoramica sulle pronunce della giurisprudenza costituzionale in materia v. J. Della Torre, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del* probation *processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016.

Sui profili maggiormente problematici, cfr. R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2014, 661-674; F. Fiorentin, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa,* in *Guida dir.*, 22, 2014, 74; C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice penale*, Milano, 2002, 85 ss.

[158] Secondo gli ultimi dati pubblicati dal Ministero della Giustizia (30 settembre 2018), i destinatari della misura ammontano a 13.571 (sezione "statistiche", in *giustizia.it*).

[159] La necessità di adottare istituti alternativi al processo penale è presente anche in alcuni documenti sovranazionali; si veda in tal senso la Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e la Raccomandazione n. R (99)19 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia penale.

[160] Sul forte utilizzo della custodia cautelare in carcere come problema di rilevanza costituzionale, v. *infra*, cap. 2, par. 3.

alla prova trova il suo più significativo contraltare nella mancata attuazione della prima delega contenuta nella legge n. 67 del 2014 la quale, consentendo al Governo di incidere sul catalogo delle pene edittali previste dall'art. 17 c.p.[161], avrebbe permesso un effettivo ingresso nell'impianto codicistico della pena detentiva non carceraria (reclusione o arresto presso l'abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza). Della trasformazione in chimere costituzionali dei principi di umanità e finalismo rieducativo in assenza di un radicale cambio di paradigma del diritto penale sostanziale si è detto ampiamente[162]; in questa sede può dunque solo concordarsi con l'autorevole dottrina che ha recentemente qualificato l'inattuazione della legge delega n. 67 del 2014 come «la vera occasione mancata degli ultimi anni, essendo 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 (…) per l'inasprimento delle pene edittali (…), al fine di rispondere, nella ricerca di un equilibrio impossibile, alle pulsioni securitarie dell'opinione pubblica»[163].

[161] L'art. 1 lett. a) della legge n. 67 del 2014 delegava il Governo «ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene, con le modalità e nei termini previsti dai commi 2 e 3 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che le pene principali siano l'ergastolo, la reclusione, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, la multa e l'ammenda; prevedere che la reclusione e l'arresto domiciliari si espiano presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato «domicilio», con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie».

Parallelamente la seconda delega, contenuta nell'art. 2, consentiva al Governo la riforma della disciplina sanzionatoria in relazione ad alcuni reati con l'introduzione di pene amministrative e civili. Centrale il principio in materia di abrogazione, con contestuale trasformazione in illecito amministrativo, del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10-*bis* del TUI, conservando rilievo penale solo le condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia (art. 2, terzo comma, lett. b) legge n. 67/2017).

[162] *Supra*, cap. 1, par. 4.2.

[163] Testualmente M. Ruotolo, *Introduzione* a M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 9-10.

La mancata attuazione delle deleghe legislative è in realtà un problema diffuso nel nostro sistema delle fonti. Un recente studio mostra come a fronte di 723 deleghe concesse negli anni 1996-2013, circa il 43% sia rimasto inattuato (D. De Lungo, *L'ef-*

La resistenza all'adozione di scelte politiche coraggiose aventi un forte impatto di sistema, ha trovato conferma anche nella più volte richiamata delega conferita al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario (art. 1, comma 85, l. n. 103 del 2017)[164]. Il testo – contrariamente al 2014 – non contiene previsioni che consentano al delegato di incidere sul catalogo delle pene edittali *ex* art. 17 c.p osservandosi in proposito come la lettera q), limitandosi a prevedere l'«attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale», si traduca in una semplice "raccomandazione" «rivolta esclusivamente a soddisfare un'esigenza di conoscibilità dei precetti penali, collocati possibilmente in un unico contenitore»[165].

La delega del 2017 è così ben lontana anche dal porsi, come avrebbe dovuto, quale seguito legislativo del vasto movimento culturale che ha trovato espressione nelle tante proposte di riforma redatte dai diciotto tavoli tematici degli Stati Generali dell'esecuzione penale[166]. Oltre a contenere principi e criteri direttivi spesso

ficacia normativa delle deleghe inattuate, in *Osservatorio costituzionale AIC*, marzo, 2). L'Autore richiama sul tema anche lo studio di L. Iannuccilli, I. Norelli, *La delega legislativa – Dati statistici* contenuto nel Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta del 24 ottobre 2008, disponibile sul sito *cortecostituzionale.it*.

[164] Per una breve ma esaustiva sintesi dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario, v. A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont*., 6, 2017, 251-253. Un ampio studio sulle possibilità di attuazione dei criteri contenuti nella legge delega è contenuta nel volume di G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017.

[165] M. Ruotolo, *Introduzione*, op. cit., 11.

La riserva è dunque ben diversa da quella proposta dalla nota dottrina che auspica «un rafforzamento del principio di legalità, mediante la sostituzione in materia penale della semplice riserva di legge con una riserva di codice: inteso con questa espressione il principio, da introdursi a livello costituzionale, che nessuna norma può essere introdotta in materia di reati, di pene e di processi penali se non attraverso una modifica o un'integrazione, da approvarsi con procedura legislativa aggravata, del codice penale o di quello processuale» (L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, Roma, 388)

[166] Ci si riferisce, come anticipato, all'ampio percorso di riflessione e approfondimento promosso dal Ministero della Giustizia nel maggio 2015 e conclusosi nell'aprile 2016, allo scopo di elaborare proposte concrete per una ridefinizione del modello di esecuzione penale in vista di una concreta realizzazione dei principi costituzionali e convenzionali. Ai diciotto tavoli tematici hanno partecipato oltre duecento esperti che

molto distanti dalle proposte elaborate – si pensi, riguardo ai temi che saranno oggetto di specifica trattazione, all'espressa impossibilità del delegato di intervenire sul regime di cui all'art. 41-*bis* o.p.[167] o all'assenza di statuizioni sulla sessualità intramuraria[168] – nell'ampio Documento finale che ripercorre gli ambiti dell'iniziativa, il Comitato di esperti guarda all'esecuzione penale come «all'ultimo segmento di un percorso» complesso le cui potenzialità, criticità e sviluppi discendono dalle scelte adottate in materia di diritto penale processuale e – soprattutto – sostanziale. Il progetto riformatore, non trovando un parallelo riscontro in una delega che consenta di agire sul novero delle pene di cui all'art. 17 del codice penale, soffre dunque lo stesso «limite "a monte"» degli Stati Generali, non permettendo «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»[169].

Se nel giugno 2018 il mutato panorama politico lasciava presagire un mancato esercizio della delega – sia per la forte distanza

operano, a diverso titolo, nel settore dell'esecuzione penale (dirigenti penitenziari, educatori, agenti di custodia, assistenti sociali, docenti e ricercatori universitari, esponenti del mondo dell'associazionismo e del volontariato etc.).

Sulla rilevanza degli Stati Generali per un cambio di paradigma nella giustizia penale, v. M. Ruotolo, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen cont.*, 11 marzo 2016.

I *report* dei tavoli di lavoro e la relazione finale elaborata dal Comitato di esperti sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (*giustizia.it*).

[167] La legge delega si è mossa in una direzione chiaramente antitetica rispetto a quella auspicata soprattutto dal Tavolo 2 ("Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza") il cui *report* contiene diverse proposte di modifica riguardanti il circuito disciplinato dall'art. 41-*bis* o.p. (*infra*, cap. 4, par. 2).

[168] La necessità di garantire il diritto alla sessualità intramuraria è espressamente contenuta nelle proposte elaborate dal Tavolo 6 dedicato a "Mondo degli affetti e territorializzazione della pena" (*infra*, cap. 3, par. 5).

Non vanno inoltre dimenticate le preoccupazioni in materia di tutela giurisdizionale in ragione del criterio che avrebbe imposto 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, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione» (art. 1, comma 85, lett. a). *Infra*, cap. 4, par. 3.1.

[169] Paragrafo 4 "Linee per una riforma" del Documento finale elaborato dal Comitato di esperti degli Stati Generali dell'esecuzione penale pubblicato in *giustizia.it*.

ideologica rispetto all'Esecutivo precedente, sia per le dichiarazioni rese dal Ministro della Giustizia[170] – il 27 settembre 2018 il Consiglio dei Ministri ha definitivamente approvato i più volte richiamati decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione di alcuni principi e criteri direttivi della delega[171]. Rinviando alle pagine che seguono la riflessione sul contenuto di alcune modifiche, ciò che in questa sede preme rilevare è il suono assordante di un duplice campanello d'allarme in ordine agli intenti "penal-securitari" contenuti nel programma della nuova maggioranza e alla conformazione assai "plasmabile" della legge delega. Sul primo versante, nel "Contratto per il Governo del cambiamento" l'Esecutivo chiarisce come al fine di garantire il principio della certezza della pena (non certo quello della certezza del diritto) «è essenziale riformare i provvedimenti emanati nelle precedenti legislazioni

[170] Nell'intervento tenuto in occasione della presentazione al Parlamento della relazione annuale del Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale, il Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede, aveva chiaramente affermato: «La riforma non mi trova d'accordo, così non può andare avanti» (Roma, 15 giugno 2018).

[171] In considerazione del controverso esercizio della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nell' art. 1, comma 85, della l. n. 103/2017, appare opportuno ripercorrerne brevemente le principali vicende. In attuazione della delega il Governo Gentiloni, durante la XVII legislatura, ha presentato alle Camere lo schema di decreto legislativo (A.G. 501), recante la riforma dell'ordinamento penitenziario, sul quale la Commissione Giustizia della Camera ha espresso un parere favorevole, con condizioni e osservazioni; allo stesso modo anche la Commissione Giustizia del Senato ha espresso un parere non ostativo con condizioni ed osservazioni. Mostrando di non voler dare seguito ad alcune delle condizioni formulate, il Consiglio dei Ministri nella seduta de1 6 marzo 2018 ha approvato, in secondo esame preliminare, lo schema di decreto A.G. 17, sul quale il 12 luglio 2018 la Commissione Giustizia della Camera ha espresso parere contrario. Nel Consiglio dei Ministri del 2 agosto 2018, il nuovo Governo Conte ha approvato, in esame preliminare, una nuova versione del decreto di riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione dell'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u) della legge delega; il 27 settembre 2018 il Consiglio dei Ministri ha definitivamente approvato i più volte richiamati decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario.

Per una valutazione in ordine alle proposte elaborate dalla Commissione di studio nominata nella scorsa legislatura dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando, si rinvia a F. Della Casa, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont*., 25 giugno 2018. Si veda, inoltre, il contributo del Presidente della Commissione G. Giostra, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont*., 4, 2018, 119-125.

tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività»[172]. Riaffermata (e rafforzata) l'equazione sicurezza/carcere il contratto prosegue enunciando le linee d'intervento: «Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema venutosi a creare a seguito dei seguenti provvedimenti: l'abrogazione e la depenalizzazione di reati, trasformati in illeciti amministrativi e civili, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l'estinzione del reato per condotte riparatorie anche in assenza del consenso della vittima, nonché i periodici "svuota carceri"», a cui si aggiunge il *favor* nei confronti delle presunzioni assolute al fine di eliminare «gli elementi di incertezza interpretativa»[173].

Il ripristino di reati ormai depenalizzati, la centralità attribuita a sanzioni detentive dalla conformazione sempre più granitica e il rifiuto di ogni intervento di natura deflattiva, disegnano un sistema penale morfologicamente antitetico all'ampia visione de-carcero-centrica che aveva ispirato lavori e proposte degli Stati Generali e, seppur in misura notevolmente più ridotta, l'approvazione della legge delega n. 103 del 2017.

In questo scenario dal forte consenso elettorale, l'assoluta genericità e vaghezza dei criteri direttivi contenuti nella delega – qui il secondo campanello d'allarme – lungi dal rappresentare solidi argini a pericolose involuzioni neo-retributive della disciplina, si trasformano in pericolosi strumenti al servizio del Governo per

[172] "Contratto per il Governo del cambiamento", par. "Certezza della pena", 23.

[173] Emblematica in tal senso la dichiarata modifica della legittima difesa (art. 52 c.p.): «In considerazione del principio dell'inviolabilità della proprietà privata, si prevede la riforma ed estensione della legittima difesa domiciliare, eliminando gli elementi di incertezza interpretativa (con riferimento in particolare alla valutazione della proporzionalità tra difesa e offesa) che pregiudicano la piena tutela della persona che ha subito un'intrusione nella propria abitazione e nel proprio luogo di lavoro» ("Contratto per il Governo del cambiamento", par. "Area penale, procedura penale e difesa sempre legittima", 22).

Sulle iniziative parlamentari in corso l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale ha espresso profonda preoccupazione in un recente comunicato, *La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino*, pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2018.

l'attuazione di un celere "cambiamento" anche in ambito penitenziario, praticabile pure per la via della integrazione/correzione dei decreti legislativi delegati già adottati, espressamente prevista dalla legge di delega del 2017.

Guardando agli interventi di riforma (in)attuati negli ultimi vent'anni è evidente come una responsabilità in ordine a questo repentino – e popolarmente condiviso *dietrofront* – gravi su tutte le maggioranze parlamentari. Le ragioni del significativo processo di arresto nello sviluppo di una cultura costituzionale della pena sembrano cioè risiedere, almeno in larga parte, nella resistenza opposta dagli eterogenei legislatori nell'attuazione di scelte aventi un forte impatto di sistema anche sul versante culturale (si pensi, su tutte, alla forza dirompente che avrebbe prodotto un cambiamento dell'architettura sanzionatoria del codice penale nel 2014).

In altri termini molti degli interventi sinora richiamati, lungi dal rappresentare una ponderata presa di coscienza in ordine alla necessità di perpetrare l'ideale rieducativo potenziando sanzioni e misure *extra moenia* – soprattutto nei confronti di soggetti profondamente de-socializzati – rispondono unicamente a fragili logiche deflattive, volte ad evitare pesanti condanne sovranazionali. È in tale assenza di introiezione al cambiamento – sia da parte delle forze politiche, sia dell'opinione pubblica – che le attuali involuzioni custodialistico-repressive trovano le proprie radici, generando un allontanamento sempre maggiore del fine imposto al sistema di esecuzione penale dal dettato costituzionale e dagli obblighi convenzionali. Del resto, come recentemente ha osservato autorevole dottrina, il perdurare del "protagonismo della pena carceraria" non discende, come in passato, dalle antiche esigenze di razionalità e scetticismo, ma in un «neo-retribuzionismo diffuso, che incanala (…) bisogni e impulsi vendicatori in una superiore istanza di giustizia compensativa. (…) Su questo humus sociale e ideal-sentimentale si innesta l'attuale populismo politico-legislativo, che non perde occasione per cercare di acquisire consensi appagando questi bisogni di "giustizia"»[174].

[174] F.C. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 7. L'Autore individua la seconda ragione al perdurare della centralità della pena detentiva carceraria in una «forte esigenza di moralizzazione sociale avvertita in particolare

3. *La tenacia della giurisprudenza costituzionale nella lunga vicenda del custodialismo obbligatorio* ante iudicatum

Risulterebbe inesaustiva un'indagine sul sovraffollamento carcerario che non facesse da ultimo cenno alla lunga e controversa vicenda della custodia cautelare in carcere; questione di centrale rilevanza sia per il fine dell'analisi (indagare le principali cause della sovrappopolazione detenuta quale fattore ostativo alla realizzazione dei principi costituzionali), sia per la metodologia proposta, che vede compenetrarsi il profilo oggettivo (metamorfosi del quadro normativo) e soggettivo (rapporto Legislatore/Corti).

Sul primo versante, rileva naturalmente la portata del fenomeno in relazione al principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza sino a sentenza definitiva di condanna (art. 27, secondo comma, Cost.): secondo gli ultimi dati disponibili i reclusi non destinatari di una pronuncia passata in giudicato ammontano al 33,4% della popolazione detenuta (circa un ristretto su tre), una percentuale assai elevata considerando che il 16,9% (un detenuto su due) è addirittura in attesa di primo giudizio[175].

I numeri risultano tuttavia meno allarmanti se confrontati con i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia il 31 maggio 2010, data in cui la popolazione carceraria ammontava a 67.601 unità di cui il 43,5% non destinataria di pronuncia definitiva di condanna (il 20,5% in attesa di primo giudizio). Quasi la metà della popolazione detenuta era dunque ristretta senza che fosse stata pronunciata una sentenza passata in giudicato.

L'ampia differenza tra le percentuali del 2010 e del 2018 risie-

di fronte alle varie manifestazione della corruzione e della criminalità degli affari: la "domanda di carcere" si alimenta dell'insofferenza verso la sopraffazione e l'arbitrio esercitato dalle varie "caste", anche a costo di dimenticare come molto spesso la pena carceraria è qui spesso destinata all'ineffettività» (7). Le possibili direttrici di riforma proposte dall'Autore sono tre: le misure alternative penitenziarie, le pene alternative non carcerarie e la giustizia riparativa (8-11).

[175] Dati relativi al 30 settembre 2018 su un totale di 59.275 detenuti (sezione "Statistiche", Ministero della Giustizia, *giustizia.it*).

Si ponga a mente anche quanto precisato in ordine al divieto per gli imputati di essere destinatari di un trattamento individualizzato e risocializzante in ragione del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva di condanna (*supra*, cap. 2, par. 1).

de, con evidenza, nella controversa metamorfosi normativa subita dalla custodia in carcere nel sistema delle misure cautelari, mutamento sospinto da rilevanti (e ripetute) pronunce della giurisprudenza costituzionale intervenute sulle novelle processual-penalistiche introdotte dal decreto-legge n. 11 del 2009[176] convertito, con modificazioni, nella legge n. 38 del 2009 (c.d. "Pacchetto sicurezza Alfano").

Il riferimento è al *favor carcerationis* ben espresso dalla nota vicenda dell'art. 275, terzo comma, del codice di rito[177], trasformato nel 2009 in un (illegittimo) archetipo delle presunzioni assolute. Ampliando disorganicamente le fattispecie cui la norma riferiva l'obbligatorietà della custodia in carcere – in precedenza riservata ai soli reati di criminalità organizzata[178] – il legislatore ha precluso al giudice una valutazione casistica delle esigenze cautelari secondo i principi costituzionali di adeguatezza, proporzionalità e "minor sacrificio necessario" della libertà, che impongono di valutare

[176] Contenente "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori".

[177] Rubricato "Criteri di scelta delle misure".

[178] In seguito alla novella del 2009 così disponeva l'articolo 275, terzo comma, c.p.p.: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, e 600-*quinquies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate».

Sulla modifica del 2009, anche in relazione alla disciplina processualistica in tema di misure cautelari personali, ampiamente G. Spangher, C. Santoriello, *Le misure cautelari personali*, 1, Torino, 2009.

Sulle ragioni dell'intervento riformatore è stato osservato: «Si sostiene che con la presunzione di pericolosità si è inteso predisporre uno scudo per i magistrati, esonerandoli dal motivare in casi di presumibile pericolosità del destinatario della misura. Io credo al contrario che i giudici debbano assumersi sempre la piena responsabilità di ogni singola decisione con riferimento al caso concreto. E comunque non vedo di quale scudo possa giovarsi il magistrato che nel decidere una misura cautelare, può omettere la motivazione su uno dei presupposti della misura. Come se i delinquenti si preoccupassero solo della motivazione e non del dispositivo che li priva della libertà» (A. Nappi, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in *Cass. pen*., 11, 2009, 4095).

l'idoneità di misure meno afflittive a fronteggiare le esigenze cautelari, applicando la custodia in carcere quale *extrema ratio*.

La giurisprudenza costituzionale, dal 2010 al 2015, ha parzialmente demolito l'impianto delineato dal pacchetto sicurezza del 2009 con una serie di declaratorie di incostituzionalità tese a restituire al giudice il potere-dovere di individuare – solo all'esito di una valutazione casistica – la misura più adeguata alle specificità cautelari della fattispecie concreta[179]. La particolarità della vicenda risiede non solo nel contenuto delle pronunce, tendenzialmente accomunate dal medesimo *iter* argomentativo, quanto anche dalla lunga serie di decisioni susseguitesi: nelle more di un intervento legislativo, la Corte ha imposto ai giudici comuni di sollevare la questione di costituzionalità, impedendo un'interpretazione costituzionalmente orientata sulle fattispecie non colpite da declaratoria di illegittimità. Nella sentenza n. 110 del 2012 il Giudice delle leggi, ponendosi in aperto contrasto con quanto sancito dalla Corte di Cassazione in una precedente pronuncia sul reato di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.)[180], ha cioè espressamente escluso che i giudici comuni potessero procedere a una sostanziale

[179] La necessità di un'individuazione casistica dei *pericula libertatis* che legittimano l'applicazione delle misure cautelari emerge, già prima della riforma, in autorevoli dottrine. Si vedano in proposito le riflessioni contenute in A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 91 ss. e G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 301 ss.

Sulla carcerazione preventiva in una prospettiva storica v. F. Cordero, *Criminalità. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, 98 ss.

[180] Nella sentenza n. 4377 del 1 febbraio 2012, la Terza sezione penale della Corte di Cassazione aveva ritenuto superabile, per mezzo dell'interpretazione adeguatrice, l'obbligatorietà della misura coercitiva carceraria basandosi sull'assunto che i principi sanciti nella precedente sentenza n. 265/2010 del Giudice delle leggi consentissero una lettura costituzionalmente orientata della disciplina, impedendo così la riproposizione della *quaestio*.

Sulla pronuncia della Suprema Corte, in diverse prospettive, cfr. M. Dogliani, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 23 marzo 2012; P. Gaeta, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida dir.*, 11, 2012, 58 ss.; M. Chiavario, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 4 aprile 2012. Si vedano, anche per un'analisi d'insieme della dottrina in materia, i contributi di L. Pace, *Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p.*, in *Dir. e soc.*, 2, 2014 e M. Ruotolo, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia*

disapplicazione della norma – attraverso un'interpretazione adeguatrice[181] – avente un'identità di vizio con altra oggetto di pre-

della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 29 maggio 2012.

[181] Come noto, il tema dell'interpretazione conforme a Costituzione, in relazione alla centralità del Giudice delle leggi in un sistema di controllo accentrato di costituzionalità, ha suscitato una vasta gamma di riflessioni in dottrina: da un lato, si avverte il timore che un eccessivo uso dello strumento interpretativo, oltre i confini del dato testuale, possa di fatto condurre all'instaurazione di un sindacato formalmente accentrato e sostanzialmente diffuso; dall'altro, è stato osservato come la Corte costituzionale non sembra aver di fatto perso quel ruolo di "guida della costituzionalità" assegnatole in via esclusiva dalla Carta fondamentale. Nel primo senso si veda in particolare G.U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. cost*., 2009, 2416. L'Autore sofferma l'attenzione sui pericoli connessi alla possibilità che anche i giudici comuni possano "manipolare" il testo normativo introducendo, di fatto, un controllo diffuso di costituzionalità con conseguente sostanziale decremento del principio della certezza del diritto. In una diversa prospettiva è stato affermato che lo stretto rapporto esistente tra Giudice delle leggi e giudice comune non si concretizza nel venir meno delle funzioni attribuite al primo ma, al contrario, nella creazione di un sindacato di costituzionalità c.d. "collaborativo", in cui la Corte conserva la sua prerogativa di unico organo a cui è costituzionalmente attribuito il compito di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma. Per converso, ai giudici comuni è affidato il compito di affiancare la Corte nell'assicurare la «superiorità globale della Costituzione su tutto l'universo normativo, attuativo e applicativo dell'ordinamento» (F. Modugno, *Inammissibilità della* quaestio legitimitatis *per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost*., 2009, 2405).

Si veda altresì E. Lamarque, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 1843 ss. Prendendo le mosse dalla teoria del sindacato collaborativo, l'Autrice pone incisivamente in luce il ruolo di guida sicura e onnipresente dei processi interpretativi della giurisprudenza comune che la Corte costituzionale assolve e, conseguentemente, la distanza della realtà italiana dal modello del sindacato diffuso. In particolare la centralità della Corte si tradurrebbe nella circostanza per cui, in generale, l'interpretazione adeguatrice dei giudici comuni sarebbe sempre basata su una precedente pronuncia del Giudice delle leggi che autorizza e guida l'attività creativa della giurisprudenza comune; saremmo cioè di fronte ad sistema incidentale di "sindacato accentrato-collaborativo".

In chiave comparatistica, il volume di V. Ferreres Comella, *Una defesa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 2011, traduzione in spagnolo del precedente lavoro in lingua inglese, *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven&London, 2009, 5 ss. L'Autore, oltre a rilevare i pericoli connessi ad un possibile uso distorto dell'interpretazione conforme a Costituzione, auspica la creazione di un sistema basato su una vera e propria divisione del lavoro nel controllo di costituzionalità tra Corte e giudici comuni.

Nell'ampia letteratura che indaga gli incerti confini dell'interpretazione adeguatri-

cedente dichiarazione di incostituzionalità. Un obbligo preclusivo dunque, a cui si affianca l'esortazione a sollevare di volta in volta l'eccezione di incostituzionalità per ogni fattispecie contenuta nel terzo comma dell'art. 275 del codice di rito[182].

La *ratio* della decisione trova evidentemente le sue radici nella natura del diritto costituzionalmente tutelato – la libertà personale – la cui qualifica di valore fondamentale dell'ordinamento è or-

ce si vedano anche, con diversità di orientamenti, M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014; E. Lamarque, *Corte Costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 129 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, op. cit., 340 ss.; Gio. Serges, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazioni con i giudici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3353 ss.; F. Modugno, *Sul problema dell'interpretazione conforme: un breve excursus*, in *Giur. it*., 2010, 1961 ss.; A. Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 388 ss.; A. Celotto, "*Limite di sagoma" e "limite di volumetria" nelle ristrutturazioni? Sulle paradossali conseguenze dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Giur. it*., 2009, 2630 ss.; R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in E. Navarretta, A. Pertici (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004, 29 ss.

In particolare sui limiti posti dal dato testuale cfr., *ex multis*, M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 6 agosto 2007, par. 5.1; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, in particolare 172 ss.; R. Romboli, *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. Carnevale, C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memorie e prospettive*, Torino, 2008, 121 ss.

Sull'uso dell'interpretazione adeguatrice nella complessa vicenda delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, v. M. Ruotolo, *Interpretare*, op. cit., 142-158. Nello stesso volume si vedano altresì le considerazioni in ordine alla questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare (134-141) e la ricostruzione di autorevoli posizioni dottrinali in tema di interpretazione conforme a Costituzione (37-56).

[182] La Corte, dopo aver ribadito che l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.) sono i principi costituzionali cui il legislatore deve obbligatoriamente conformarsi quando interviene normativamente sul sistema cautelare, afferma espressamente che «le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate»; ciò in quanto «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme (sentenza n. 219 del 2008), non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre».

mai patrimonio acquisito della cultura giuridica, tradotto espressamente in termini di inviolabilità dal dettato costituzionale (art. 13, primo comma, Cost.). Nel caso di specie, la Corte preclude al potere ermeneutico del giudice comune la modulazione interpretativa di una norma indissolubilmente legata alla libertà personale (inviolabile); utilizzare casisticamente l'interpretazione adeguatrice è infatti operazione ben diversa dal dichiarare, definitivamente e con valenza *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale della norma[183].

La riflessione non si limita al caso di specie avendo una forza intrinsecamente generale.

La *quaestio* sui confini dell'interpretazione adeguatrice meriterebbe cioè di essere estesa alla generalità dei diritti costituzionalmente garantiti[184]; tuttavia, non essendo questa la sede opportuna, sia comunque consentito un richiamo a una perplessità già espressa in altro scritto. Ci si è chiesti se, in riferimento ai diritti inviolabili, la garanzia offerta da un'interpretazione costituzionalmente orientata possa dirsi sufficiente o se non occorra una tutela più incisiva. Se è indubbio che non tutte le norme ordinamentali possono essere sottoposte al vaglio della giurisprudenza costituzionale, risultando indispensabile l'opera di interpretazione dei giudici comuni (anche a fronte di produzioni normative discontinue)[185], diverso è

[183] È stato osservato come le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità delle leggi possono considerarsi decisioni di accertamento che rimuovono uno stato di dubbio, sancendo definitivamente un vizio preesistente. Gli effetti innovativi e costitutivi sono stabiliti in via definitiva dall'art. 136, primo comma, della Costituzione. In questo senso G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, op. cit, 346. Si veda, altresì, A. Pace, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, 444.

[184] Sul rapporto tra interpretazione adeguatrice e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali cfr. M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Bari, 2009, 52 ss. e M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost*., 2006, 1643 ss.

[185] In tal senso autorevole dottrina ha affermato che «tra una produzione normativa che può rivelarsi (e che si rileva) discontinua e intempestiva e una funzione di garanzia che si vorrebbe costretta negli angusti limiti della pura e semplice dichiarazione di incostituzionalità o della interpretazione conforme a Costituzione, non vi può essere dubbio che, alla luce del valore-principio supremo di legittimità costituzionale, sia la seconda a dover prevalere, ma in tutte le sue, anche implicite, potenzialità» (F. Modugno, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 147). Sulla centralità dell'interpretazione "adeguatrice" per una diffusa

il caso in cui le norme abbiano ad oggetto il nucleo incomprimibile di un diritto inviolabile. In questa ipotesi, sembra quantomeno doveroso chiedersi se l'interpretazione adeguatrice, seppur fondata su un sentenza costituzionale, sia sufficiente o se, viceversa, trattandosi di valori fondamentali, sia necessaria la produzione di quegli effetti che, utilizzando le parole della Corte, «solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre»[186].

Venendo al profilo contenutistico è stato anticipato come le pronunce presentino un percorso argomentativo comune e convergente verso un medesimo scopo, dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, terzo comma, c.p.p. (per violazione degli artt. 3, 13, primo comma, e 27 secondo comma, Cost.), nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che tali esigenze possono essere soddisfatte con altre misure[187].

interpretazione costituzionalmente orientata dell'ordinamento, anche M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della "interpretazione conforme a…"*, in *Giur. cost*., 2007, 1206-1222, in particolare 1222. In argomento altresì A. D'ATENA, *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma – Palazzo della Consulta*, 6 novembre 2009, Roma, 2010, 348 che richiama sul punto le riflessioni di C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

[186] Corte cost., sent. n. 110 del 2012. È una riflessione posta proprio in una nota alla sentenza n. 110 del 2012 alla quale sia consentito rinviare: S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giur. it*., 3, 2013, 521 ss., in particolare 524.

Sul punto autorevole dottrina ha osservato che in questo caso la questione non risiede nell'uso dell'interpretazione adeguatrice, quanto nella «mancata interpretazione conforme non accompagnata da sollevazione di questione di costituzionalità (…)», ribadendo successivamente la centralità dell'esigenza di immediatezza della tutela pur non sostenendosi «che il giudice debba sempre "fare da solo", ma che il coinvolgimento della Corte non è necessario quando l'interpretazione "costituzionale" non è difficile, né improbabile» (M. RUOTOLO, *Interpretare*, op. cit., 130, 131).

[187] Nello stesso commento alla sentenza n. 110 del 2012 si metteva in luce come la difficoltà di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma oggetto dei giudizi di costituzionalità derivasse, oltreché dalla natura dei diritti in gioco, dalla stessa struttura delle pronunce: «pur utilizzando una formulazione formalmente additiva («nella parte in cui… non fa salva») esse si traducono in un intervento concretamente

Sono così cadute sotto il sindacato di legittimità numerose fattispecie introdotte dalla novella del 2009[188], tanto da indurre

sostitutivo basato su un accoglimento parziale, accompagnato da un'addizione: il dato normativo non presenta una lacuna giuridica ma risponde ad una precisa scelta legislativa – disciplinare le diverse fattispecie *ex* art. 275, comma 3 – con una presunzione assoluta anziché relativa; dunque, si demolisce e si ricrea. E allora, se la lacuna non è presente *ab origine* ma è creata dalla stessa Corte per essere immediatamente colmata con una norma conforme al dettato costituzionale, ne deriva che viene meno il presupposto stesso dell'applicazione analogica da parte del giudice – la lacuna normativa – rendendosi a tal punto necessario il previo intervento manipolativo (demolitorio e, contemporaneamente, di ricostruzione) che solo da una declaratoria di incostituzionalità può trarre origine» (S. Talini, *Il tentativo del funambolo*, op. cit., 524).

La riflessione riprende gli stimoli derivanti da una precedente intuizione dottrinale secondo cui, in riferimento alle ipotesi *ex* art. 275, terzo comma, c.p.p., non colpite da declaratoria di incostituzionalità, «la statuizione positiva (la custodia cautelare «è applicata») resta, facendo mancare il presupposto per l'applicazione dell'analogia. Se, diversamente, la lacuna vi fosse *ab origine*, questa, permanendo nel sistema, si sarebbe prestata ad essere colmata utilizzando direttamente, anche per altri casi analoghi, l'addizione introdotta dalla Corte costituzionale» (M. Ruotolo, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 29 maggio 2012, 15).

[188] Dalla più recente: sent. n. 48 del 26 marzo 2015, sul reato di concorso esterno in associazione mafiosa; sent. n. 232 del 23 luglio 2013, in ordine al delitto di cui all'articolo 609-*octies* c.p.; sent. n. 213 del 18 luglio 2013 sul delitto di cui all'articolo 630 c.p.; sent. n. 57 del 29 marzo 2013, a proposito dei delitti commessi mediante le condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; sent. n. 110 del 3 maggio 2012, in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i reati previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.; sent. n. 231 del 22 luglio 2011, sul delitto di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990; sent. n. 164 del 12 maggio 2011, concernente il reato di cui all'art. 575 c.p. e sentenza n. 265 del 21 luglio 2010, sui delitti sessuali di cui agli artt. 600-*bis* co. 1, 609-*bis* e 609 *quater* c.p.

Per una valutazione d'insieme dei numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale, cfr. V. Manes, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2014, 457-468; P. Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2014, 261-268; F. Giunchedi, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, 3, 2013, 113 ss.; G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4903 ss.

Sulla vicenda delle presunzioni assolute in relazione alla scelta delle misure cautelari, si richiama una più recente sentenza che si muove in una direzione parzialmente diversa. Nella pronuncia n. 17 del 2017 la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 275, quarto comma, c.p.p., sollevate, in riferimento

a parlare di «carattere meramente certificatorio dell'incostituzionalità»[189]. Se la celerità applicativa è un corollario esistenziale dei provvedimenti cautelari che «mirano "a far presto", lasciando che il problema del bene e del male (…) sia risolto successivamente con la necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo penale»[190], i ripetuti interventi della Corte ribadiscono l'obbligatorietà costituzionale del rispetto del "minor sacrificio necessario" della libertà personale[191]. Il sistema di privazione della libertà *ante iudicatum* deve strutturarsi secondo un modello di "pluralità graduata", improntarsi al principio di adeguatezza e proporziona-

agli artt. 3, 13, 24, 31 e 111 Cost., 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. Secondo il rimettente, la disposizione censurata conterrebbe una presunzione assoluta poiché al compimento del sesto anno d'età del figlio minore imporrebbe il rispristino della custodia cautelare impedendo così al giudice di apprezzare le peculiarità del caso concreto.

La Corte ha rigettato la questione ponendo l'accento sulla *ratio* del divieto legislativo di applicazione della misura cautelare carceraria in presenza di minori di età inferiore ai sei anni, ragione che risiede nella necessità di dare prevalenza alla loro integrità psicofisica sulle esigenze cautelari in un momento particolarmente significativo della crescita e della formazione. Il divieto scaturisce dunque da un legittimo giudizio di valore operato dal legislatore al quale, come nel caso di specie, spetta il compiuto di bilanciare l'interesse del minore e le esigenze di difesa sociale. Sulla sentenza cfr. 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 *Dir. pen. cont*., 5, 2017, 286-288; M. Caredda, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in *Giur. cost*., 1, 2017, 98 ss.

[189] L. Pace, *Spunti di riflessione*, op. cit., 2.

[190] A. Nappi, *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in G. Canzio, D. Ferranti, A. Pascolini (a cura di), *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 183. Nel senso di "attualità" del pericolo in termini di "urgenza", già P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 11, Padova, 1936, 17.

[191] Si vedano in dottrina: M. Ruotolo, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013, 3-33; P. Gaeta, *Una legittima estensione dei principi della Consulta*, op. cit., 58 ss.; L. Ludovici, *L'art. 297 comma 3 c.p.p. torna al vaglio della Consulta: nuova illegitttimità costituzionale per un istituto ancora molto perfettibile*, in *Giur. cost.*, 2011, 2922-3001; E. Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Leg. pen*., 3-4, 2011, 697 ss.

lità, consentire scelte individualizzate e ricorrere alla misura più afflittiva solo in ipotesi residuali, quando ogni altra cautela risulti inadeguata (art. 275, terzo comma, primo periodo). Le presunzioni assolute, afferma la Corte, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. (…) l'irragionevolezza si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»[192].

Sul punto autorevole dottrina ha affermato che «le numerose pronunce di accoglimento (…) poggiano su un chiaro denominatore comune, che rappresenta lo *starting point* del percorso argomentativo: il principio di fondo, cui è sotteso un preciso ethos costituzionale, è quello del "massimo livello di tutela dei diritti", cui fa da *pendant* il principio del minimo sacrificio possibile dei diritti fondamentali, e, nella specie, del "minor sacrificio necessario" della libertà dell'indagato in sede cautelare»[193].

Il sistema normativo-giurisprudenziale sinora delineato incontra, come noto, un'eccezione nei reati di criminalità organizzata (gli unici a cui l'obbligatorietà si riferiva *ante* 2009): la forza di intimidazione del sodalizio criminoso, la specificità del vincolo, la rigida organizzazione gerarchica e il radicamento territoriale connotano "normativamente" la fattispecie, rendendo legittima la presunzione assoluta della custodia cautelare in carcere[194]. Tuttavia,

[192] Corte cost., sent. n. 139 del 2010.

[193] V. Manes, *Lo "sciame di precedenti"*, op. cit., 457.

[194] Il riferimento è, anzitutto, all'ordinanza n. 450 del 1995: «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (…) rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato (sentt. n. 103 del 1993; n. 407 del 1992)»; per questo «la predeterminazione in via generale della necessità della cautela più rigorosa (…) non risulta in contrasto con il parametro dell'art. 3 della Costituzione». Orientamento successivamente confermato nella più volte richiamata sentenza n. 265 del 2010: la custodia cautelare è «misura più idonea a neutralizzare il periculum libertatis connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione». Ciò che rende adeguata la sola misura coercitiva più afflittiva non è la natura associativa della fattispecie, quanto le richiamate connotazioni criminologiche dei delitti di stampo

seguendo il percorso argomentativo segnato dalla giurisprudenza precedente, i giudici costituzionali hanno progressivamente eroso i confini dell'eccezione escludendo l'assolutezza nei confronti dei "reati di contesto mafioso". È stata così dichiarata l'illegittimità dell'art. 275, terzo comma, c.p.p., nella parte in cui imponeva l'applicazione della sola custodia cautelare in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., o al fine di agevolare l'attività delle associazioni contemplate dalla medesima norma[195] (Corte cost., sent. n. 57 del 2013). Il Giudice delle leggi ha dunque posto una linea esegetica che, rispetto al passato, ha avuto il pregio di stabilire una necessaria demarcazione tra fenomeno criminoso mafioso e fattispecie "comuni" aggravate ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991[196].

mafioso. Riflessione che trova conferma nella successiva sentenza n. 231 del 2011 riguardante la presunzione assoluta in ordine alla fattispecie di associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope. La Corte, dopo un richiamo alle peculiari connotazioni atte a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione assoluta in relazione ai reati di mafia, dichiara l'incostituzionalità affermando espressamente che il reato oggetto del giudizio si concreta «in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine (i delitti previsti dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990)». Si tratta cioè di un'associazione diversa dal sodalizio mafioso, basata su una «fattispecie "aperta" che, descrivendo in definitiva solo lo scopo dell'associazione e non anche le specifiche qualità di essa, si presta a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto i più diversi ed eterogenei». Sulla decisione v. L. Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi*, in *Giur. cost*., 5, 2011, 3729 ss.

La "tollerabilità" dell'adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione ai reati di associazione mafiosa è peraltro confermata dalla sentenza della Corte EDU del 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ric. n. 60851/00.

[195] Si tratta dei delitti contestati con l'aggravante prevista dall'art. 7, d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, ("Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa"), convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 12 luglio 1991.

[196] In tal senso N.E. La Rocca, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. pen*., 2, 2013 la quale richiama sul punto l'esemplificativo ragionamento della Corte di Cassazione: «le fattispecie criminose "comuni" aggravate ex art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 avendo, o potendo avere, una struttura individualistica, potrebbero non postulare necessariamente esigenze cautelari affrontabili in via esclusiva con la custodia in carcere. La circostanza aggravante in esame può accompagnare, invero, la commissione di qualsiasi fattispecie delittuosa; di talché, ove vi si volesse ricomprendere anche i reati così aggravati nella locuzione delitti

Analogo ragionamento ha condotto più di recente i giudici costituzionali a trasformare la presunzione cautelare da assoluta a relativa anche in riferimento al concorso esterno in associazione mafiosa; l'appartenenza al sodalizio criminoso, specificano i giudici, «implica un'adesione permanente», vincolo non rinvenibile nel reato oggetto del giudizio che «in un numero non marginale di casi non postula, tenuto conto delle caratteristiche dei fatti incriminati, esigenze cautelari affrontabili solo con la massima misura»; una fattispecie che «anche se collocata in un contesto mafioso, non presupponga necessariamente l'"appartenenza" non assicura alla presunzione assoluta di adeguatezza (…) un fondamento giustificativo costituzionalmente valido»[197].

di mafia, cui si fa ripetutamente richiamo nelle decisioni della Corte costituzionale, si finirebbe con l'assimilare, sotto il profilo del disvalore sociale e giuridico, manifestazioni del tutto differenti, sia con riferimento alla loro portata criminale, sia con riferimento alla pericolosità dell'agente: la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416 bis c.p., comporterebbe, infatti, una parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi, invece, senza appartenere ad esse, abbia inteso agevolare le attività delle associazioni stesse. Parificazione che sembrerebbe ingiustificata (…) laddove la presunzione in argomento è stata ritenuta ragionevole e giustificata solo in presenza di un legame associativo, peraltro connotato da specifiche caratteristiche (…) che non sembrano riscontrabili in una condotta delittuosa pur aggravata ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991» (Cass., sez. Un., sent. n. 34473 del 19 luglio 2012 su cui E. Farinelli, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 1, 2013, 303-320 e A. Montagna, *A giudizio della Corte costituzionale la compatibilità dell'aggravante mafiosa con la presunzione cautelare carceraria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 11, 2012, 1327 ss.).

Un approfondimento sui diversi orientamenti presenti nella giurisprudenza di legittimità prima della sentenza n. 57 del 2013 della Corte costituzionale è contenuta in A. Serrani, *Dalla Cassazione alla Corte costituzionale: il ridimensionamento dell'ambito applicativo del regime custodiale obbligatorio*, in *Giur. pen*., 15 giugno 2013.

Sulla pronuncia dei giudici costituzionali n. 57 del 2013 si rinvia a G. Leo, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2013.

[197] Sentenza n. 48 del 2015 su cui v. E. Aprile, *La presunzione assoluta di pericolosità non opera neppure per l'indagato per concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Cass. pen*., 3, 2015, 2241 ss. e G. Leo, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015.

La pronuncia ha posto fine alle numerose incertezze della giurisprudenza di legittimità attestata su diverse posizioni, tra le molte, Cass., sez. VI pen., 21 ottobre 2010,

I riflessi soggettivi dell'articolata vicenda della presunzione di adeguatezza della custodia in carcere emergono con chiarezza. La Corte costituzionale, anche precludendo il ricorso all'interpretazione adeguatrice da parte dei giudici comuni, individua nel legislatore l'unico attore istituzionale di un'inversione normativa costituzionalmente obbligata[198] verso un ritorno alla *ratio* originaria dei criteri di scelta delle misure cautelari che rappresenta il «vero cuore di tutto il sistema voluto dalla Costituzione: il carcere come misura eccezionale in quanto lesiva nel massimo grado della libertà personale»[199].

3.1. Il legislatore cede all'"assedio giurisprudenziale". Il reticente ritorno (legislativo) al principio del minor sacrificio necessario della libertà

Il Governo è intervenuto sulla disciplina processual-penalistica dei criteri di scelta delle misure cautelari nel 2014 con il decreto-legge n. 92 convertito, con non secondarie modificazioni, nella legge n. 117 dell'11 agosto dello stesso anno[200]. Come da più parti rilevato[201] si è trattato di un provvedimento lontano dal porsi quale adeguamento legislativo alle pronunce della giurisprudenza costituzionale e mosso – in linea con il *trend* dei richiamati decreti sul sovraffollamento – dall'urgenza di fornire una celere risposta ad altra sentenza dagli effetti ben più incisivi, la *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte Europea[202]. I giudici di Strasburgo, soffermatisi

n. 42922; Cass., sez. I pen., 22 gennaio 2014, n. 2946 e Cass., sez. VI pen., 18 giugno 2014, n. 33885.

[198] Sul punto anche G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale*, op. cit., 4897 ss.

[199] E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 1, 2014, 11.

[200] Rubricata "Disposizioni urgenti concernenti il risarcimento in favore dei detenuti, la custodia cautelare in carcere e ulteriori interventi in materia penitenziaria".

[201] Si vedano in proposito le posizioni espresse in M. Daniele, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

[202] Sulla scia della medesima sentenza il legislatore era precedentemente intervenuto in materia cautelare con il più volte richiamato d.l. n. 78 del 2013 convertito nella l. n. 94 del 2013. L'intervento, novellando l'art. 280 co. 2 c.p.p., ha prescritto

anche sulla privazione della libertà *ante iudicium*, avevano infatti ribadito la necessità di un sistema costruito intorno al principio di residualità del carcere «ridotto al minimo compatibile con gli interessi della giustizia». Ciò che le scelte legislative devono favorire è «un uso più ampio possibile delle alternative alla custodia cautelare quali ad esempio l'obbligo, per l'indagato, di risiedere ad indirizzo specificato, il divieto di lasciare o di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione su cauzione, o il controllo e il sostegno di un organismo specificato dall'autorità giudiziaria»[203].

Gli interventi della giurisprudenza – costituzionale e di Strasburgo – imponevano dunque al legislatore italiano una traduzione normativa duplice e parimenti immediata: potenziare le cautele non custodiali (richiesto dalla Corte EDU) e rimuovere il meccanismo presuntivo assoluto sui criteri di scelta delle misure cautelari (costantemente sollecitato dalla Corte costituzionale).

Nonostante l'urgenza del secondo profilo emergesse da pluriennali moniti (la prima sentenza del Giudice delle leggi è del luglio 2010), la maggioranza parlamentare non tardò nuovamente a disattenderla introducendo, in sede di conversione del d.l. n. 92 del 2014, una deroga preclusiva al potere del giudice di adottare la misura più idonea alle specificità del caso concreto, proprio nelle ipotesi di cui al terzo comma dell'articolo 275 del codice di rito.

Nel dettaglio il controverso articolo 8 del decreto-legge n. 92[204], agendo sui criteri di scelta delle misure cautelari, estendeva

l'applicabilità della custodia cautelare solo per i delitti, consumati o tentati, per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (aumentando il limite precedente di quattro anni) ovvero nel caso di delitto di finanziamento illecito dei partiti.

Va inoltre ricordata la modifica apportata dal d.l. n. 146 del 2013, convertito nella l. n. 10 del 2014 che, riguardo alle "particolari modalità di controllo" per i detenuti agli arresti domiciliari di cui all'art. 275-*bis*, co. 1 c.p.p., prevede che non vadano più disposte "se il giudice lo ritenga necessario in relazione alla natura e al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto", ma "salvo che le ritenga non necessarie".

[203] Indicazioni peraltro precedentemente inserite nel "Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia nel settore della detenzione" (Com. (2001) 327), approvato nella sua versione definitiva il 14 giugno 2011.

[204] Sul punto v. F. Viganò, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2014 e, in risposta, M. C. Gastaldo, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir. pen. cont.*, 7 luglio 2014.

il divieto di applicazione della custodia in carcere anche agli arresti domiciliari qualora il giudice – all'esito di un giudizio prognostico – ritenesse concedibile in sentenza la sospensione condizionale della pena o l'applicazione di una sanzione detentiva non superiore a tre anni (art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p.). L'intervento, in linea con la giurisprudenza costituzionale, non conteneva quindi alcuna eccezione in ordine all'estensione della novella; fu tuttavia la legge di conversione (n. 117 del 2014) a specificare che, nonostante una possibile prognosi di pena triennale, l'inapplicabilità della custodia cautelare era soggetta a cospicue deroghe tra cui le ipotesi previste dal terzo comma dello stesso articolo[205].

Dunque nonostante le significative novità deflattive apportate al sistema cautelare nel biennio 2013-2014, il decreto-legge n. 92 del 2014, per la prospettiva (soggettiva) che qui interessa, è espressione di un non secondario aggravio nella posizione assunta dal legislatore sin dal 2010; le forze parlamentari non solo disattendono i moniti costituzionali con condotte omissive (mancate riforme a seguito di ripetute declaratorie di incostituzionalità) ma con scelte normative: si interviene positivamente sulla disciplina dei criteri di scelta delle misure cautelari senza adeguarli alle indicazioni della Corte[206].

Fortunatamente le interpolazioni generate dalle pronunce della giurisprudenza costituzionale sono state tradotte in modifiche legislative con l'ampio intervento sul sistema cautelare di cui

[205] A seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 117 del 2014, l'art. 275 co. 2-*bis*, c.p.p. dispone che: «Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-*ter*, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice».

[206] Un approfondimento sulle novità introdotte al sistema cautelare dagli interventi del 2013-2014 è contenuto in A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 15 ss.

è espressione la successiva legge n. 47 del 2015 che, tra le molte novelle, ha riscritto l'art. 275, terzo comma, c.p.p. mantenendo la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere solo per i reati di associazione sovversiva (art. 270 c.p.), con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* c.p.) e di associazione per delinquere di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.)[207]. Nonostante i pluriennali ritardi, la (prevedibile) mancata opzione per una scelta più coraggiosa – eliminare ogni carcerazione "obbligatoria o quasi obbligatoria"[208] – e i molti dubbi sull'equiparazione dell'associazione sovversiva e terroristica con il sodalizio di stampo mafioso[209], il legislatore si è dunque adeguato, dopo lunghe resistenze, ai costanti interventi della Corte costituzionale[210].

[207] Pertanto l'attuale terzo comma dell'art. 275 c.p.p. prescrive che: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis e 416-bis del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Si noti come scompaiono dall'elenco delle fattispecie associative su cui permane la presunzione assoluta i reati "in associazione" non colpiti da precedente declaratoria di incostituzionalità, come l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi e lavorati esteri (art. 291-*quater* d.P.R. 43/1973), o le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 del d.lgs. n. 152/2006).

[208] In questi termini G. Illuminati, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., LIX, 2015, 1131.

[209] Si concorda sul dubbio di legittimità costituzionale in ordine all'equiparazione delle condotte di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* del codice penale sollevato da chi ha sostenuto che «le stesse non implicano necessariamente la ricorrenza di quei tratti empirici e sociologici che caratterizzano la fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p. che si fonda su un legame associativo connotato da specifiche caratteristiche quali la forza intimidatrice che promana dal medesimo vincolo e dalle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano» (V. F. D'Arcangelo, *Le misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015 n. 47)*, in *Il penalista*, Bologna, 2015, 25).

[210] Rafforza altresì il principio della residualità della custodia in carcere lo strin-

Non potendo soffermarsi sulle indubbie criticità che il sistema cautelare ancora oggi presenta anche in fase applicativa (ne sono espressione le alte percentuali richiamate), ciò che in questa sede preme mettere in luce è il ruolo svolto dal Giudice delle leggi nel processo di emersione del "significato costituzionale" dell'art. 275, terzo comma, c.p.p., che vede nella proporzionalità, adeguatezza e minor sacrificio necessario della libertà i principi inviolabili dell'assetto cautelare, la cui portata costituzionale non può essere politicamente travalicata in risposta alle istanze di sicurezza che si manifestano, con insistenza sempre maggiore, nelle recenti tendenze neo-retributive.

gente onere motivazionale contenuto nel nuovo comma 3-*bis*: «Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-bis, comma 1». Sulla novella come intervento non necessario ancora V.F. D'Arcangelo, secondo cui «la norma sembra enunciare un pleonasmo, atteso che il principio secondo cui la custodia cautelare è provvedimento adottabile solo in caso di insufficienza delle altre misure coercitive previste dal codice è già enunciato dall'art. 275, comma terzo prima parte, c.p.p. L'art. 292, comma secondo, lettera c-bis), del resto, impone, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle ragioni per le quali le esigenze cautelari non possono essere fronteggiate con altre e meno gravose misure» (*Le misure cautelari personali*, op. cit., 38).

In senso favorevole all'inserimento del comma 3-*bis* diversa voce ha sostenuto che l'importanza della novella risiede nell'affermarsi, in dottrina e giurisprudenza, di «una lettura restrittiva che, oltre a svilire l'obbligo di motivazione, limita la portata del nuovo art. 275-*bis* c.p.p. unicamente al vaglio di inidoneità degli arresti domiciliari. Ed è proprio a fronte di questi orientamenti restrittivi che l'attuale novella può acquisire un autonomo spazio applicativo: non solo tutte le volte che vorrà disporre gli arresti domiciliari, (…) ma anche tutte le volte che vorrà disporre la custodia in carcere dovrà motivare per quali ragioni ritiene la misura ex art. 275- *bis* c.p.p. non idonea» (P. Spagnolo, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 99).

Per un'analisi delle eterogenee modifiche apportate al sistema cautelare dalla legge n. 47 del 2015 cfr., con diversità di posizioni, T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 2015; P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2015; L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, in particolare il contributo di S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, 118 ss.; E. Marzaduri, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in *Leg. pen.*, 1 dicembre 2015; G. Spangher, *Un* restyling *per le misure cautelari*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2015, 530 ss. e, dello stesso Autore, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 45 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2015, 4-7.

Capitolo III

OLTRE I LIMITI DEL "NON INTERVENTO" LEGISLATIVO-APPLICATIVO: IL PROCESSO GIURISPRUDENZIALE DI EMERSIONE DEI DIRITTI

SOMMARIO: 1. *Ius positum* e resistenze. La (tri)partizione della giurisprudenza costituzionale nell'affioramento dei diritti – 2. Emersione giurisprudenziale e conformazione del diritto al lavoro: due sentenze manipolative a manifesto effetto monitorio – 2.1. Le prestazioni lavorative tra Costituzione ed esecuzione penale. Cenni – 2.2. Addizione e sostituzione nel lavoro ristretto come manifesto del bilanciamento in astratto (e in concreto) durante lo *status detentionis* – 3. L'"emersione applicativa": il diritto di accesso alle tecniche di PMA per i detenuti in regime detentivo speciale nella giurisprudenza di legittimità – 4. Il diritto a non subire tortura come posizione soggettiva legislativamente emersa ad efficacia applicativa semi-sommersa – 4.1. L'obsoleta "copertura minima": un *revival* inaspettato – 4.1.1. La copertura minima alla prova dei fatti: le condanne per Genova e Asti come conseguenze di una decennale sommersione – 4.2. Un nuovo reato dalle antiche criticità – 5. Intimità e sessualità negli istituti penitenziari: un diritto sommerso – 5.1. Il tentativo di affioramento giurisprudenziale: inammissibilità ad efficacia monitoria – 5.2. Tra sommersione ed emersione: ipotesi *pro futuro*.

1. Ius positum *e resistenze. La (tri)partizione della giurisprudenza costituzionale nell'affioramento dei diritti*

Nel capitolo di apertura e nelle riflessioni rivolte agli elementi positivi del trattamento rieducativo (artt. 1, co. 1 e 15, co. 1, o.p.)[1], è stato ampiamente messo in luce come la riforma penitenziaria rappresenti la più nitida espressione di quella volontà politico-normativa tesa a tradurre il dettato costituzionale in una nuova soggettività attiva riconosciuta alle persone ristrette che «esercita-

[1] *Supra*, cap. 1, par. 4 e cap. 2, par. 1.

no personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale» (art. 4 o.p.)[2]. Qui, lo si è detto, risiede uno dei risvolti maggiormente significavi di quell'inviolabilità che l'articolo 2, primo comma, Cost. riferisce ai diritti quali «patrimonio irretrattabile della persona»[3] anche reclusa, espressamente codificati in un corpo organico di norme sistematicamente organizzate[4].

Inizia così a diffondersi, a partire dal '75, una concreta tensione tra l'antica visione del detenuto come (s)oggetto passivo dell'esecuzione penale e l'intangibilità della sua dignità innata sfociata, per la prima volta, nelle rivolte del 1977 e nell'istituzione delle carceri speciali[5], primo esempio *post* riforma di una risposta governa-

[2] È stato più volte anticipato come a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 123 del 2018 la disposizione risulti rafforzata dal nuovo terzo comma dell'art. 1 o.p. ai sensi del quale: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno»; nonché dal quarto: «negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma).

[3] Corte cost., sent. n. 11 del 1956.

[4] Il riconoscimento espresso dei diritti alle persone sottoposte ad esecuzione penale ha posto l'ordinamento italiano anche in linea con le istanze provenienti dal diritto internazionale che da anni invocava riforme strutturali: a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (10 dicembre 1948) si diffuse in dottrina l'idea che esistesse una categoria di diritti ("umani") riconosciuti oltre il limite del "non intervento" perché spettanti ad ogni individuo in quanto tale, indipendentemente dallo *status* giuridico (P. Mirabella, *L'uomo e i suoi diritti. Una riflessione etica a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2009, 25 ss.).

Per una disamina ampia riguardo alla nascita dei diritti umani nel panorama sovranazionale, cfr. A. Marchesi, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007; 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 Comunità europee*, Milano, 2006; C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005, 151 ss.; Z. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, op. cit., 31 ss.

[5] Istituite con decreto ministeriale n. 450 del 12 maggio 1977 come "risposta edilizia" alle rivolte carcerarie in larga parte dovute alla mancata attuazione della riforma penitenziaria, le prime carceri speciali, in cui trovò applicazione l'art. 90 o.p. ("Esigenze di sicurezza"), sorsero a Favignana, l'Asinara, Cuneo, Fossombrone e Trani, a cui seguirono Novara, Termini Imerese, Nuoro e Pianosa (successivo D.M. del 21 dicembre 1977).

Un'analisi puntuale sulla riforma penitenziaria, le rivolte del '77 e l'istituzione delle carceri speciali è contenuta in M.R. Calderone, *L'articolo 41* bis *Ord. pen. e altri regimi particolari di detenzione*, in *L'Altro Diritto*, 2005, par. 3-7; G. La Greca, *Documenti*

tiva alla questione carceraria non riferibile ad istanze di sicurezza e vivibilità interna degli istituti penitenziari, quanto a un problema politico più generale: la gestione dell'ordine pubblico[6].

La giurisprudenza costituzionale non tardò a recepire i profili più preoccupanti della "nuova tensione", affermando nel 1979: «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. Si tratta di un principio 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»[7].

Ciò che emerge è la necessità di un delicato bilanciamento costituzionale tra la tutela delle esigenze di sicurezza (interna ed esterna agli istituti) e la garanzia dei diritti inviolabili dei ristretti, che porterà a costanti interventi del Giudice delle leggi soprattutto nei momenti di massima "frizione" nell'equilibrio costituzionale. Ne è nitida espressione la storica sentenza n. 349 del 1993 in cui la Corte, a seguito delle modifiche apportate alla normativa penitenziaria dalla c.d. legislazione antimafia (1991-1992), ribadisce l'intangibilità della dignità innata e della personalità di ciascun condannato: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. 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

per una riflessione sugli istituti di "massima sicurezza", in *Foro it.*, 2, 1983, 473-494; T. PADOVANI, *Ordine pubblico e Ordine penitenziario: un'evasione dalla legalità*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, op. cit., 285 ss.; in due contributi di I. CAPPELLI, *Il carcere speciale*, e A. MARGARA, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, entrambi in *Il carcere dopo le riforme. Atti del convegno di Magistratura Democratica "La realtà del carcere a due anni dalla riforma"*, Milano, 1978, rispettivamente 22 ss. e 38 ss.; F. BRICOLA, *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, in particolare il contributo di E. CARLETTI, *Carcerati e carcerieri: tutti carcerati in fondo*, 177-237.

[6] In questo senso T. PADOVANI, *Ordine pubblico e Ordine penitenziario*, op. cit., 285 ss. e G. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 319 ss.

[7] Corte cost., sent. n. 114 del 1979.

sua personalità individuale»[8]. È nel residuo di libertà che i giudici costituzionali ancorano la massima espansione del principio di umanità, quale fondamento posto dalla Costituzione a tutela di ogni individuo, prescindendo dai comportamenti messi in atto, compresa l'eventuale scelta di porsi gravemente in contrasto con i precetti giuridici su cui la Repubblica fonda la convivenza sociale.

Le coordinate di cui al terzo comma dell'articolo 27 Cost. si traducono così «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 della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà»[9]. L'umanità delle pene e il finalismo rieducativo, unitamente al principio supremo discendente dagli articoli 2 e 3 Cost., impongono cioè che «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 – [sia] 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»[10].

[8] Corte cost., sent. n. 349 del 1993 su cui M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 51-54. Ruotolo, in altro scritto, riapre la riflessione prendendo le mosse dalla successiva sentenza n. 526 del 2000, nella quale i giudici costituzionali hanno ritenuto che le perquisizioni, configurandosi quali "misure di trattamento" e attenendo alle modalità concrete di attuazione del regime carcerario, non incidono sul "residuo" di libertà del detenuto (M. Ruotolo, *L'effettività "rinnegante" della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000, 4127 ss.).

[9] Corte cost., sent. n. 26 del 1999 pubblicata in *Giur. cost.* del 1999 con note di S. Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. Fazzioli, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; C. Santoriello, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*; M. Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*.

[10] Di nuovo Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

Pone recentemente in luce la centralità della tutela della dignità soprattutto in stato di privazione della libertà personale G.M. Flick, *Elogio della dignità*, in *Rivista*

Intangibilità dei diritti, uguaglianza e inviolabilità della libertà personale costituiscono dunque i presupposti costituzionali dell'umanizzazione delle pene, quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, imponendo un arretramento del potere coercitivo esercitato dai pubblici poteri ogni qual volta consista «in trattamenti contrari al senso di umanità». È in questa osmosi che la giurisprudenza costituzionale individua il punto di bilanciamento tra "diritto alla sicurezza" e "sicurezza dei diritti"[11]: alle persone private della libertà spettano tutti i diritti (inviolabili) costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire solo in ragione di comprovate e attuali esigenze di sicurezza connaturate allo stato di detenzione[12]. Se così non fosse, la limitazione, traducendosi in un decremento meramente retributivo della sfera giuridica del condannato e in un «valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà»,[13] risulterebbe viziata da illegittimità perché «fuori dalla logica del bilanciamento che permette sì di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco, ma mai oltre il punto di estrema tensione che produca il totale sacrificio di uno di essi, che pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere»[14]. Il Giudice delle leggi, ribadendo che la dignità innata

AIC, 4, 2014, 21 novembre 2014: «non può esservi dignità senza libertà e viceversa; fermo restando che la persona conserva la propria dignità, il diritto al rispetto di essa, la propria libertà morale, anche (anzi, soprattutto) quando la sua libertà fisica o la sua capacità di autodeterminazione siano ristrette in modo illegittimo o legittimo» (25).

[11] Sulle declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza e sul problema del bilanciamento con la tutela dei diritti fondamentali, v. ampiamente M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, op. cit., 16-119, in particolare sull'"altro volto" della sicurezza come canone di certezza dei rapporti giuridici e del diritto, 83-119. In argomento si veda altresì M. Pavarini, *Il problema della sicurezza*, op. cit.

[12] Cfr., tra le più note, sentt. nn. 204 del 1974, 185 del 1985, 312 del 1985, 374 del 1987, 53 del 1993, 26 del 1999, 158 del 2001, 341 del 2006. La Corte ha ribadito l'equilibrio tra sicurezza e diritti nel corso dell'esecuzione penale anche recentemente: «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale, sia pure con le limitazioni imposte dalla particolare condizione in cui versa» (Corte cost., sent. n. 20 del 2017).

[13] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, op. cit., in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., 4.

[14] F. Modugno, *I "nuovi" diritti*, op. cit., 101 e, in senso analogo, R. Bin, *Diritti e argomenti*, op. cit., 81. Bin pone l'accento sulla necessità che il bilanciamento sia svolto sulle esigenze "in concreto", individuando con la locuzione "topografia del conflitto" «la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un

è valore supremo dell'ordinamento e, come tale, non suscettibile di entrare nel gioco del bilanciamento, individua dunque il limite costituzionale all'esercizio dei diritti fondamentali nel necessario rispetto delle esigenze di sicurezza connaturate allo "*status detentionis*"[15].

È stato tuttavia ben osservato come si tratti di un bilanciamento «assai sfumato e quasi inafferrabile, facendosi riferimento, di volta in volta, alle "finalità proprie della restrizione della libertà personale" ai limiti "ad essa inerenti"[16] ovvero alle "irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina"[17]»[18]. È in questo equilibrio costituzionale dagli evanescenti confini che l'analisi oggettivo-soggettiva si innesta.

A fronte di una giurisprudenza costituzionale che ha offerto

determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente» (62). Il riferimento alle circostanze di fatto risulta irrinunciabile in relazione al bilanciamento tra principi, posto che la prevalenza di un principio sull'altro dipende sempre dalla sussistenza di elementi fattuali che integrano la «formula di preferenza», cioè la fattispecie astratta che, una volta perfezionata, determina la produzione delle conseguenze del principio di volta in volta ritenuto prevalente (41).

Ampiamente sul bilanciamento dei diritti nel corso dell'esecuzione penale, anche per una puntuale ricostruzione bibliografica, il recente volume di A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit.; nonché il contributo di M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, op. cit., e F. Viola, *I diritti in carcere*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., il quale osserva che se la privazione della libertà di movimento in cui la reclusione consiste fosse «la privazione di un diritto-fine, come a volte la prassi carceraria o le teorie della pena inducono a credere allora la dignità umana della persona detenuta sarebbe ferita ne suo significato essenziale»; si tratta invece «della privazione (peraltro limitata e giuridicamente controllata) solo di un mezzo importante quanto si vuole, ma solo di un mezzo tra gli altri per raggiungere i beni essenziali della persona» (94).

Sul bilanciamento dei diritti nel corso dell'esecuzione penale con le esigenze di sicurezza nella giurisprudenza di legittimità, cfr. A. Pugiotto, *La "giurisprudenza difensiva" in materia di Ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 27 novembre 2015, par. 5, 6; F. Della Casa, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998, 362 ss.

[15] Il recente decreto legislativo n. 123 del 2018 è intervenuto sul punto prevedendo espressamente nel nuovo quinto comma dell'art. 1 o.p. che «Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari».

[16] Corte cost., sent. n. 341 del 2006.

[17] Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

[18] A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 72 e note nn. 71, 72.

importanti occasioni per ripensare a un sistema di esecuzione penale in grado di apprestare tutela effettiva sia ai diritti positivamente riconosciuti (ma sostanzialmente negati), sia alle posizioni normativamente ignorate (ma espressione del dettato costituzionale), la storia penitenziaria mostra un legislatore spesso silente – fino al punto di ignorare gli stessi moniti a legiferare espressi in numerose pronunce – o sospinto da logiche retributivo-securitarie di dubbia compatibilità costituzionale. In altri termini, ciò che lo studio dei diritti nel corso dell'esecuzione penale pone in risalto è un quadro in cui le maggioranze parlamentari, bene lo dimostrano le scelte compiute in materia di sovraffollamento carcerario[19], hanno spesso giustificato il decremento – o la mancata tutela dei diritti – celandosi dietro alibi di emergenza economica e sociale, concentrando altrove le priorità dell'agenda politica.

In quello che appare un consolidato "posizionamento istituzionale", il delicato bilanciamento tra esigenze di sicurezza e garanzia dei diritti è stato per lo più affidato all'opera della giurisprudenza, intervenuta – in più occasioni e con scelte coraggiose – a modellare la normativa penitenziaria in senso conforme ai principi di umanità, finalismo rieducativo e obblighi internazionali. Il consolidarsi di questa prassi, lo si è più volte esplicitato, crea tuttavia un "rapporto anomalo" tra forze politiche e Corti che imporrebbe una netta inversione di tendenza affinché, proseguendo lungo la strada aperta dalla riforma del '75, sia dato un ampio seguito legislativo al principio della «massima espansione delle libertà costituzionali»[20].

Nelle riflessioni che seguono la compenetrazione del metodo oggettivo-soggettivo trova dunque la sua più compiuta espressione. Ciò che l'analisi si propone, coerentemente con il fine enunciato nelle riflessioni introduttive, non è una ricostruzione della normativa penitenziaria in materia di diritti (già oggetto di autorevoli studi)[21], quanto un'indagine sul ruolo che i giudici hanno assunto

[19] *Supra*, cap. 2, in particolare parr. 2 e 2.4.1.

[20] L'espressione, è noto, si deve a P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., 41.

[21] Un'ampia e recente analisi su contenuto e criticità dei diritti riconosciuti ai ristretti dalla normativa penitenziaria, anche in riferimento ai criteri più controversi della richiamata legge delega n. 103 del 2017, è contenuta nei contributi pubblicati nel

nella conformazione, applicazione e interpretazione della normativa penitenziaria (profilo oggettivo) e, conseguentemente, sulle posizioni assunte dal legislatore e dalle autorità penitenziarie (profilo soggettivo). Ne discende una costruzione giuridica che, ponendo l'accento sul *modus operandi* delle Corti, giunge a una categorizzazione dei diritti secondo una triplice suddivisione: "emersi", "a effettività emersa", "sommersi"[22].

Ciò che rientra nelle prime categorie è desumibile mediante sottrazione deduttiva dalla definizione del *tertium genus*. Sono riconducibili ai "diritti sommersi" le situazioni giuridiche di vantaggio non espressamente contemplate nella normativa penitenziaria ma che, ponendosi quali espressione dei principi costituzionali di inviolabilità, dignità, umanità e rieducazione, dovrebbero trovare riconoscimento nel dettato positivo sempre nel rispetto del bilanciamento con le esigenze di sicurezza. In proposito, come autorevolmente osservato, il compito di portare avanti «le lancette dell'orologio del diritto penitenziario, più o meno ferme alla grande riforma del '75 dal punto di vista dello *ius positum*» spetterebbe al legislatore attraverso «interventi idonei ad assicurare una disciplina conforme ai tempi (…) [e] rispettosa della dignità dei reclusi»[23].

Tuttavia – qui la frizione – a fronte di una costante inerzia parlamentare, a cui sovente si affianca un'applicazione amministrativa restrittiva, il processo di emersione è stato spesso affidato alla giurisprudenza: talvolta modellando il dato normativo fino al punto di far affiorare veri e propri diritti non positivizzati ma dalle "rime obbligate"[24] (diritti emersi); talora facendo emergere l'efficacia di

volume a cura di M. Ruotolo, S. Talini, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit.

Ancora di recente sui principali interventi giurisprudenziali e dottrinali in materia, v. A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit.; A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit.

Una delle prime analisi critiche sul contenuto dei singoli diritti codificati dalla riforma penitenziaria si deve a M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 47 ss.

[22] È una categorizzazione, lo si è anticipato nelle riflessioni introduttive al presente volume, che ben può applicarsi anche in altri ambiti del diritto costituzionale trovando tuttavia nell'esecuzione penale un punto di grande interesse in ragione dell'"estrema tensione" che il bilanciamento tra sicurezza e diritti esprime (*supra*, Introduzione).

[23] M. Ruotolo, *The domestic remedies must be effective*, op. cit., 2091.

[24] Il riferimento è, naturalmente, alla celeberrima dottrina crisafulliana delle

posizioni giuridiche formalmente tipizzate ma frustrate sul piano dell'effettività; talaltra indirizzando significativi moniti nei confronti del legislatore.

Si tratta di categorie estremamente duttili che possono compenetrarsi l'un l'altra, ben potendo un diritto affiorato (in via giurisprudenziale o legislativa) restare sommerso sul piano dell'efficacia applicativa; il processo di emersione-sommersione presenta cioè diversi livelli d'intensità a seconda della tipologia del diritto su cui insiste, della Corte che interviene e della forza insita nell'azione giurisprudenziale. La compenetrazione si manifesterà in concreto nell'analisi relativa alla competenza sulle questioni inerenti il lavoro penitenziario quale diritto positivo ad efficacia emersa[25], alla procreazione medicalmente assistita per i detenuti in regime detentivo speciale come ipotesi di "emersione applicativa"[26] e, ancora, al diritto a non subire tortura quale posizione soggettiva legislativamente affiorata – su spinta giurisprudenziale – ad efficacia applicativa semi-sommersa[27].

Posta in questi termini la premessa metodologica dell'indagine preme ulteriormente precisare come, nonostante gli interventi del-

"rime obbligate": ciò che la giurisprudenza costituzionale aggiunge al testo legislativo non è da essa creato, essendo l'addizione (o la sostituzione) già presente nell'ordinamento legislativo/costituzionale; la Corte si limita a tradurre in regola espressa ciò che, allo stato latente, è già previsto; la norma aggiunta viene «trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale, o addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2, Padova, 1984, 402-409). L'espressione "rime obbligate", in luogo della più frequente "scelta costituzionalmente orientata", è utilizzata anche dalla giurisprudenza costituzionale in diverse sentenze: tra le molte, nn. 218 del 1995, 308 del 1994 e 298 del 1993.

In considerazione della centralità che la teoria riveste nell'analisi proposta, sia consentito riportare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 109 del 1986: «una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (affermazioni ribadite nella successiva sentenza n. 125 del 1988).

[25] *Infra*, cap. 3, par. 2.2.

[26] *Infra*, cap. 3, par. 3.

[27] *Infra*, cap. 3, par. 4.

la giurisprudenza abbiano sicuramente ampliato il novero dei diritti in favore delle persone ristrette, nel settore penitenziario non possa ragionarsi in termini di elenchi tassativi in riferimento alle situazioni giuridiche riconosciute. Le posizioni sommerse sono, in altri termini, categoria aperta in perpetua espansione, anche in rapporto all'evoluzione dei diritti – e alla percezione degli stessi – nella società civile. Si tratta cioè di un processo di inevitabile osmosi tra carcere e realtà esterna che impone all'interprete l'utilizzo di un metodo critico d'analisi, in grado di porre in costante relazione diritti riconosciuti nella società libera, dettato costituzionale, normativa penitenziaria e applicazione amministrativa.

Dall'ampliamento potenzialmente illimitato della categoria e dall'applicabilità del metodo oggettivo-soggettivo a ogni diritto, discendono le considerazioni inerenti alla necessaria delimitazione del campo di indagine. L'analisi verrà condotta su alcune situazioni che hanno subito un processo di emersione (o di mancato affioramento) particolarmente significativo, anche in relazione alla posizione assunta dal legislatore o, in taluni casi, dalle autorità amministrative. Non si tratta, qui la seconda premessa, di una scelta compiuta sul grado di importanza delle ipotesi trattate – basti pensare alla recente emersione del diritto a una sanzione determinata per gli internati[28] o alla negazione del diritto a una pena effettiva-

[28] Sul punto si rinvia all'ampia bibliografia indicata nella precedente nota n. 44 del primo capitolo.

In argomento vale la pena ricordare un recente tentativo di emersione del diritto a una tutela effettiva della salute mentale nel corso dell'esecuzione penale ad opera degli schemi di decreto redatti, nella scorsa legislatura, dalla c.d. Commissione Giostra in attuazione della legge delega n. 103 del 2017. In particolare, muovendo dalle conclusioni del Tavolo 10 degli Stati Generali, veniva proposta l'aggiunta delle parole «o psichica» nell'articolo 147 c.p. (rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena); l'inserimento dell'art. 11-*bis* o.p. in riferimento alla necessità che l'accertamento delle infermità psichiche fosse espletato presso le sezioni di istituti per infermi e minorati (art. 65 o.p.) o presso idonea struttura indicata dal competente dipartimento di salute mentale. Lo schema di decreto conteneva altresì una significativa modifica dell'art. 65 o.p.: qualora non fosse applicabile una misura alternativa alla detenzione che consenta un adeguato trattamento terapeutico-riabilitativo delle persone con infermità psichica, o non sia possibile il rinvio dell'esecuzione, «le pene detentive sono eseguite in sezioni speciali finalizzate a favorire il trattamento terapeutico e il superamento delle suddette condizioni»; le sezioni avrebbero dovuto essere ad esclusiva competenza sanitaria così previlegiando le esigenze terapeutiche anche nella gestione intramuraria del fenomeno.

mente rieducativa per i condannati all'ergastolo ostativo[29] –

L'inserimento delle nuove sezioni negli istituti penitenziari avrebbe inoltre garantito la coniugazione dell'esecuzione detentiva con il necessario supporto terapeutico e riabilitativo nei confronti dei detenuti affetti da infermità di natura psichiatrica.

Le modifiche della c.d. Commissione Giostra non sono tuttavia state riproposte nei nuovi schemi di decreto approvati in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 27 settembre 2018: il d.lgs. n. 123 del 2018, pur riscrivendo l'art. 11 o.p., non ha dunque consentito l'emersione del diritto a una tutela effettiva della salute mentale nel corso dell'esecuzione penale.

Un ampio approfondimento sulle novelle proposte nella scorsa legislatura in attuazione della legge delega n. 103 del 2017 è contenuto in M. Iannucci, G. Brandi, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2018, 89-131. Sulle problematiche inerenti all'infermità psichica in carcere v. M. Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 182-185, la quale rileva che il 46% dei farmaci utilizzati nelle strutture penitenziarie è associato a patologie di natura psichiatrica (183).

Sulla nuova formulazione dell'art. 11 o.p. si rinvia alla successiva nota n. 89 del presente capitolo.

[29] Per un'ampia riflessione sulle molteplici criticità dell'ergastolo, non solo ostativo, in riferimento al dettato costituzionale si rinvia all'intera seconda parte del volume di F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena*, op. cit., 79-147 nonché al più recente C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, in particolare 63-165. Nel volume Andrea Pugiotto analizza, e confuta, eterogenee argomentazioni a sostegno dell'utilità e della legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, istituto che "schiaccerebbe" i detenuti tre volte «perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza in quanto ostativi; stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro» (66). In argomento, tra i molti, v. anche S. Marcolini, *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 68-76; Aa.Vv., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito. Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss.; i due contributi di L. Ferrajoli, *Ergastolo e diritti fondamentali* e M. Palma, *"Fine pena mai". Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?*, entrambi pubblicati in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1992, rispettivamente 79 ss. e 61 ss.

L'indagine intorno alla relazione tra ergastolo ostativo e tortura è stata recentemente ripresa nel volume di E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 147 ss.

La giurisprudenza costituzionale in materia di ergastolo, sia comune sia ostativo, ha sostanzialmente avallato la costituzionalità dell'istituto nelle due note pronunce di rigetto n. 264 del 1974 e n. 135 del 2003 (*supra*, cap. 1, par. 5), limitandosi ad un ampliamento degli strumenti concedibili al condannato al fine di assicurare una seppur ridotta prospettiva di reinserimento nel consesso sociale (sentt. nn. 274 del 1983 e 161 del 1997). Una parziale inversione di tendenza sembra essere contenuta nella recente pronuncia n. 149 del 2018 in cui, osserva autorevole dottrina, «per la prima volta una dichiarazione di illegittimità costituzionale investe frontalmente una forma di ergasto-

quanto sulla capacità di ciascuna delle vicende di porsi quale caso

lo» (E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza*, op. cit.), contemplata dall'art. 58-*quater*, quarto comma, o.p. nei confronti dei condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 289-*bis* c.p. e art. 630 c.p.) che abbiano cagionato la morte della vittima (v. *supra*, cap. 2, par. 1).

Sulla giurisprudenza di Strasburgo in materia cfr. F. Fiorentin, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen, cont*., 3, 2018, 5-19; D. Ranalli, *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo tra astratto "diritto alla speranza" e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. penit. crim*., 1, 2015, 289 ss.; D. Galliani, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2013; A. Esposito, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. penit. crim*., 15, 2012, 153-186.; F. Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e articolo 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, 26 giugno 2012.

Sul meccanismo preclusivo all'accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis* o.p. v., tra i molti, 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 M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 397-408; L. Caraceni, C. Cesari, sub *Art. 4*-bis, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 53 ss.; F. Fiorentin, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4*-bis *e 41*-bis *della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen*., 3, 2003, 439 ss.

Come noto, la Corte costituzionale ha colpito il meccanismo di cui all'art. 4-*bis* o.p. in riferimento al mantenimento del rapporto con i figli. Nella sentenza n. 239 del 2014 il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità della preclusione nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.), quale istituto preposto alla tutela del minore a mantenere un rapporto con la figura materna. Tuttavia, specifica la Corte, neanche l'interesse del bambino a fruire in modo continuativo dell'affetto della madre, 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». Come avvenuto in materia di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere (*supra*, cap. 2, par. 3) e di presunzioni assolute in tema di recidiva (*supra*, cap. 2, par. 2.3), la declaratoria di incostituzionalità non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura, ma nel rendere la preclusione assoluta e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione. Sulla sentenza n. 239 del 2014 cfr. A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit., 216 ss.; F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4* bis *ord.penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

In analoga direzione muove la più recente sentenza n. 76 del 2017 ancora in riferimento alla detenzione domiciliare speciale. Il rimettente dubitava 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 espiazio-

esemplare sia di differenti tipologie e livelli di emersione-sommer-

ne della pena ivi previste così vanificando la *ratio* della detenzione domiciliare speciale volta, come specificato nella sentenza n. 239 del 2014, a mantenere vivo il legame tra madri detenute e figli.

La Corte ritiene la questione fondata: «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». Nella disposizione censurata il legislatore «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)».

Sulla sentenza n. 76 del 2017, cfr. G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont*., 5, 2017, 321-329; P. Sechi, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost*., 2017, in particolare 737, 738.

Sull'estensione del meccanismo di cui all'art. 4-*bis* o.p. va infine posta in risalto la preoccupante previsione contenuta nell'art. 2, terzo comma del recente d.lgs. n. 121 del 2018 riguardante il procedimento per l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità a carico di minorenni ai sensi del quale: «Fermo quanto previsto all'articolo 1, comma 1, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno si applica l'articolo 4-bis, commi 1 e 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni».

Infine sul regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p., introdotto con la legge n. 663 del 1986, modificato con l'aggiunta del secondo comma dal d.l. n. 306 del 1992 e successivamente stabilizzato nell'ordinamento dalla legge n. 279 del 2002 poi riformata dalla legge n. 94 del 2009, la bibliografia è amplissima; cfr., *ex plurimis* e su differenti aspetti: L. Pace, *La libertà personale e il governo dell'insicurezza sociale*, op. cit., 408-430; l'intera terza parte del volume F. Corleone, A. Pugiotto, *Volti e maschere della pena*, op. cit., 161-221; A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale del 41* bis*: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012; P. Corvi, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, 2010. Per una riflessione ampia sull'istituto, prima dell'intervento di riforma ad opera della l. n. 94 del 2009, v. anche S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41* bis, Roma*,* 2007. Sulla qualificazione del regime di 41-*bis* o.p. come ipotesi di tortura cfr. E. Nicosia, *Il c.d. 41* bis *è una norma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 1240 ss. e, più di recente, E. Scaroina, *Il delitto di tortura,* op. cit., 137-146.

In riferimento all'irrigidimento del bilanciamento in favore delle esigenze di sicurezza volto a impedire ogni contatto tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza, v. M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, op. cit., in particolare 24-27 e, dello stesso Autore, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 213-228 con relativa appendice di aggiornamento pubblicata in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 279 del 23 dicembre 2002.

In argomento la giurisprudenza costituzionale è amplissima, si vedano tra le tante,

sione, sia del rapporto particolarmente anomalo tra giurisprudenza e forze parlamentari. Una relazione in cui il Giudice delle leggi, affiancato dalla giurisprudenza sovranazionale e di legittimità, ha spesso assunto la veste di attore principale nell'ampliamento costituzionalmente orientato del perimetro dei diritti nel corso dell'esecuzione penale. È tuttavia un ruolo, lo si è ripetuto più volte, ben lontano dalla posizione attribuita dal Costituente alle istituzioni della Repubblica – Legislatore *in primis* – nella rimozione di quegli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona» (art. 3, secondo comma, Cost.).

Il principio di uguaglianza sostanziale, unitamente all'umanità delle pene e al finalismo rieducativo, impone dunque una ridefinizione della disciplina penitenziaria attraverso il più ampio pro-

le sentt. nn. 349 del 1993; 351 del 1996; 212 e 376 del 1997; 26 del 1999; 417 del 2004; 341 del 2006; 38 del 2009; 190 del 2010; 56 del 2011; 135 e 143 del 2013 nonché la 122 del 2017 (alcune ampiamente richiamate come esemplari del bilanciamento).

Si veda da ultimo la recentissima sentenza n. 186 del 2018 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera f) o.p. limitatamente alle parole «e cuocere cibi» specificando che «non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella", (…) si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-*bis* ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale».

In riferimento alla giurisprudenza della Corte Strasburgo con riguardo alla compatibilità del regime con gli articoli 3, 8 e 13 della Convenzione EDU, *ex plurimis*, sentt. *Paolello c. Italia* del 24 settembre 2015, ric. n. 37648/02; *Vincenzo Guidi c. Italia* del 27 marzo 2008, ric. n. 28320/02; *Enea, Argenti, Campisi c. Italia*, dell'11 luglio 2006, ric. n. 24358/02; *Labita c. Italia*, del 6 aprile 2000, ric. n. 26772/85; *Messina c. Italia* del 28 settembre 2000, ric. n. 25498/94.

Si veda, da ultimo, la recentissima sentenza *Provenzano c. Italia* del 25 ottobre 2018, ric. n. 55080/13 in cui i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'articolo 3 della Convenzione per aver rinnovato l'applicazione del regime detentivo speciale nonostante le deteriorate condizioni di salute del ricorrente (v. sul punto anche la nota n. 44 del quarto capitolo).

In argomento cfr. V. Manca, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41*-bis *Ord. Pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giur. pen*., 2015; C. Minnella, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo sul regime carcerario* ex *art. 41*bis *ord. pen. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2004, 197-235.

Sul regime detentivo speciale in riferimento alle problematiche inerenti alla tutela giurisdizionale si tornerà in seguito (*infra*, cap. 4, par. 2).

cesso (legislativo) di emersione dei diritti, percorso che vede nelle limitazioni strettamente necessarie al perseguimento del contro interesse alla sicurezza l'unico argine costituzionalmente legittimo.

2. *Emersione giurisprudenziale e conformazione del diritto al lavoro: due sentenze manipolative a manifesto effetto monitorio*

2.1. Le prestazioni lavorative tra Costituzione ed esecuzione penale. Cenni

– Art. 1, primo comma, Cost: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro».

– Art. 4 Cost: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

– Art. 35, primo comma, Cost. «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni».

* * *

È noto come negli articoli di apertura del dettato costituzionale il lavoro costituisca un irrinunciabile momento di formazione dell'identità «per tutti i cittadini»[30]: la scelta libera e secondo le attitudini di ciascuno svolge cioè una funzione di promozione della dignità rivolta – in termini di diritto-dovere – al consesso sociale, concorrendo «al progresso materiale o spirituale» (art. 4, secondo comma, Cost.) della Repubblica del quale è valore fondante (art. 1, primo comma, Cost.)[31]. Non un dovere giuridico bensì

[30] La centralità del lavoro in relazione alla vita in società ha radici lontane ritrovandosi già nel XVII secolo nelle opere di numerosi autori, fra tutti, J. LOCKE, *Due trattati sul governo e altri scritti politici* (1689), rist. Torino, 1982, 25 ss.

[31] Sul lavoro quale fondamento della Repubblica non solo in senso giuridico ma

morale, espresso mediante lo svolgimento di qualsiasi attività volta allo sviluppo della società tutta[32].

Lontano dal porsi quale strumento utile al solo conseguimento dei mezzi necessari per la propria sussistenza, il lavoro diviene elemento funzionale all'affermazione della personalità individuale e collettiva di ogni cittadino[33]; i pubblici poteri, promotori dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.), devono dunque favorirlo «garantendo le condizioni che [lo] rendano effettivo» (art. 4, primo comma, Cost.) e tutelando «tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.). Fondando e plasmando la struttura democratica della Repubblica, esso trova nelle disposizioni costituzionali la protezione espressa di molteplici corollari quali, fra i molti, la giusta retribuzione «proporzionata alla quantità e qualità del (…) lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare (…) un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36, primo comma, Cost.); l'irrinunciabilità del diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite (art. 36, terzo comma, Cost.); l'eguaglianza fra lavoratori e lavoratrici (art. 37, primo comma, Cost.); la riserva di legge in materia di giornata lavorativa ed età minima per poter svolgere attività di lavoro salariato (art. 36, secondo comma e 37 secondo comma, Cost.); il

anche politico e culturale, v. G. Ferrara, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2005.

[32] Lo sviluppo complessivo della società tramite il lavoro è ben espresso anche nell'art. 38, primo comma, Cost.: «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale». La previsione trova un riflesso nella normativa penitenziaria nel nuovo art. 25-*ter* o.p., introdotto dal d.lgs. n. 124 del 2018, ai sensi del quale: «L'amministrazione penitenziaria è tenuta a rendere disponibile a favore dei detenuti e degli internati, anche attraverso apposite convenzioni non onerose con enti pubblici e privati, un servizio di assistenza all'espletamento delle pratiche per il conseguimento di prestazioni assistenziali e previdenziali e l'erogazione di servizi e misure di politica attiva del lavoro».

Sulla previdenza sociale in carcere v. R. Ciccotti, F. Pittau, *Problematica del lavoro e della previdenza in carcere*, in *Lav. e prev. oggi*, 2, 1984, 2016 ss. In tema di assistenza in caso di infortuni sul lavoro penitenziario G. Galli, *Assicurazione contro gli infortuni e responsabilità dell'amministrazione penitenziaria nel lavoro carcerario*, in *Riv. giur. lav*., 1, 1998, 187 ss.

[33] C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica* (*natura giuridica, efficacia, garanzie*), in *Raccolta di scritti*, 3, Milano, 1972.

diritto al mantenimento e a ogni forma di previdenza sociale (art. 38, secondo comma, Cost.)[34].

L'articolo 15 dell'ordinamento penitenziario, individuando nell'attività lavorativa un centrale elemento positivo del trattamento rieducativo (primo comma) e prevedendo, salvo casi di impossibilità, che al condannato debba essere «assicurato» (secondo comma)[35], ben esprime l'irrinunciabilità – a rilevanza costituzionale – del lavoro quale valore fondante la personalità (individuale e collettiva) di ciascun recluso[36] nonché, contemporaneamente, quale esplicito dovere gravante sui pubblici poteri chiamati ad "assicurarlo". Disancorato dalla visione retributiva contenuta nel Regolamento del 1931[37], il lavoro post-riforma si spoglia dunque

[34] Vanno altresì menzionate le disposizioni costituzionali in materia di libertà collettive inerenti all'organizzazione sindacale (art. 39, primo comma, Cost.) – e al relativo potere in capo ai sindacati registrati di stipulare contratti collettivi di lavoro (art. 39, quarto comma, Cost.) – nonché di garanzia del diritto di sciopero (art. 40 Cost.).

[35] Sul trattamento rieducativo dei condannati e gli elementi positivi su cui si fonda, anche alla luce del recente d.lgs. n. 123 del 2018 che ha ampliato la formulazione dell'art. 15 o.p., v. *supra*, cap. 2, par. 1.

In particolare sul lavoro durante l'esecuzione penale come fattore di risocializzazione nonché quale condizione necessaria per lo sviluppo di specifiche competenze professionali, v. C. ERRA, *Lavoro penitenziario*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 567-568 ss.

[36] La centralità del lavoro emerge anche in riferimento agli imputati ammessi «a loro richiesta (…) a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica» (art. 15, terzo comma, o.p.).

[37] Opposte le caratteristiche del lavoro penitenziario sotto la vigenza del Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931. Come emerso nel capitolo di apertura, i due pilastri su cui la normativa penitenziaria fondava il trattamento si rinvenivano nell'assoluta separazione dalla realtà esterna e nella delimitazione delle attività consentite alle c.d. "tre medicine" (pratiche religiose, istruzione e lavoro), rivolte al mantenimento di un clima di ordine e disciplina all'interno dell'istituto e a un'adesione coatta all'ideologia del trattamento carcerario (G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, op. cit., 68-69. *Supra*, cap. 1, par. 3). Lo svolgimento di un'attività lavorativa obbligatoria aveva dunque una funzione afflittivo-retributiva; è stato in proposito osservato come i detenuti fossero considerati dei *minoris iuris* rispetto allo Stato-datore di lavoro, al quale spettava un'alta funzione di educazione e tutela nell'interesse collettivo di tutti i cittadini, come a un austero *pater familias* (U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Padova, 1976, 94).

Sulle origini storiche del lavoro carcerario, v. D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e*

di qualunque connotazione afflittiva, affermandosi quale elemento centrale del trattamento e del percorso rieducativo[38].

La nuova "conformazione costituzionale" delle prestazioni lavorative è ben espressa nel successivo articolo 20 o.p., recentemente riformato dal d.lgs. n. 124 del 2018, il quale conferma che negli istituti penitenziari deve essere favorita in ogni modo la destinazione dei detenuti e degli internati a un lavoro (primo comma) non avente carattere afflittivo e remunerato (secondo comma), che deve riflettere nell'organizzazione e nei metodi quelli del lavoro nella società «al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale» (terzo comma)[39].

fabbrica, op. cit.; sul lavoro penitenziario prima della riforma del '75 anche G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, op. cit., 297 ss.

[38] In ordine al capovolgimento della disciplina delle prestazioni lavorative nel corso dell'esecuzione penale, v. ancora M. Pavarini, *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere riformato*, op. cit., 131 ss.

[39] In considerazione della centralità che l'art. 20 o.p. assume nel percorso rieducativo delle persone recluse è utile riportarne integralmente alcune disposizioni così come modificate dal d.lgs. n. 124 del 2018: «Negli istituti penitenziari e nelle strutture ove siano eseguite misure privative della libertà devono essere favorite in ogni modo la destinazione dei detenuti e degli internati al lavoro e la loro partecipazione a corsi di formazione professionale. A tal fine, possono essere organizzati e gestiti, all'interno e all'esterno dell'istituto, lavorazioni e servizi attraverso l'impiego di prestazioni lavorative dei detenuti e degli internati. Possono, altresì, essere istituite lavorazioni organizzate e gestite direttamente da enti pubblici o privati e corsi di formazione professionale organizzati e svolti da enti pubblici o privati (primo comma). Il lavoro penitenziario non ha carattere afflittivo ed è remunerato (secondo comma). L'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono 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 (terzo comma). Presso ogni istituto penitenziario è istituita una commissione composta dal direttore o altro dirigente penitenziario delegato, dai responsabili dell'area sicurezza e dell'area giuridico-pedagogica, dal dirigente sanitario della struttura penitenziaria, da un funzionario dell'ufficio per l'esecuzione penale esterna, dal direttore del centro per l'impiego o da un suo delegato, da un rappresentante sindacale unitariamente designato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale e un rappresentante unitariamente designato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello territoriale (…) (quarto comma). La commissione di cui al comma 4, dandone adeguata pubblicità, provvede a: a) formare due elenchi, uno generico e l'altro per qualifica, per l'assegnazione al lavoro dei detenuti e degli internati, tenendo conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato di detenzione e di internamento, dei carichi familiari e delle abilità lavo-

La riforma del '75, dunque, non si limita a modificare la fisio-

rative possedute, e privilegiando, a parità di condizioni, i condannati, con esclusione dei detenuti e degli internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'articolo 14-bis; b) individuare le attività lavorative o i posti di lavoro ai quali, per motivi di sicurezza, sono assegnati detenuti o internati, in deroga agli elenchi di cui alla lettera a); c) stabilire criteri per l'avvicendamento nei posti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, nel rispetto delle direttive emanate dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (quinto comma). Gli organi centrali e territoriali dell'amministrazione penitenziaria stipulano apposite convenzioni di inserimento lavorativo con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire opportunità di lavoro a detenuti o internati (ottavo comma). La durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro e sono garantiti il riposo festivo, il riposo annuale retribuito e la tutela assicurativa e previdenziale. Ai detenuti e agli internati che frequentano i corsi di formazione professionale e svolgono i tirocini è garantita, nei limiti degli stanziamenti regionali, la tutela assicurativa e ogni altra tutela prevista dalle disposizioni vigenti» (tredicesimo comma).

Rispetto alla precedente formulazione scompare la previsione contenuta nel terzo comma che prevedeva: «Il lavoro è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro». Sul punto la dottrina aveva tuttavia ben osservato come l'obbligo di lavoro fosse rivolto all'Amministrazione penitenziaria nel favorire, con ogni mezzo necessario, l'attività lavorativa e la partecipazione dei detenuti a corsi di formazione professionale all'interno degli istituti penitenziari. In proposito era stato precisato come l'obbligatorietà in riferimento al lavoro «piuttosto che nell'accezione tecnico-giuridica del termine, dovesse essere inteso nel senso dell'indicazione di una linea programmatica e del dovere del detenuto di tener conto delle occasioni di lavoro che gli vengono offerte» (R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, in *Arg. dir. lav*., 2007, 21).

Ne discendeva, anche sotto la vigenza della precedente formulazione, l'importanza di una potenziale scelta astensionista da parte del detenuto: «qualora fosse consentito alla controparte pubblica di costringere il cittadino a lavorare, il diritto si dequalificherebbe perdendo la sua connotazione originaria» (S. ANASTASIA, P. GONNELLA, *Patrie Galere. Viaggio nell'Italia dietro le sbarre*, Roma, 2005, 87). Sull'ormai risolta questione dell'obbligatorietà del lavoro penitenziario, v. anche D. CHINNI, *Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale*, in M. RUOTOLO, S. TALINI, (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 65-68; M. R. MARCHETTI, sub *art. 20*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 270 ss. al quale si rinvia in riferimento ai diversi orientamenti sul punto.

Nella nuova formulazione permane invece l'assimilazione del lavoro ristretto alle prestazioni nel mondo libero su cui, cfr. A. MARGERA, *Il lavoro del detenuto*, in *Quale giust*., 1971, 332; S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 925 ss.; M. PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 200 ss.

Ben maggiori perplessità desta l'inserimento del nuovo art. 20-*bis* o.p. ("Lavoro di pubblica utilità") ai sensi del quale: «I detenuti e gli internati possono chiedere di essere ammessi a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito nell'ambito di progetti di pubblica utilità, tenendo conto anche delle specifiche professionalità e attitudini lavorative (primo comma). La partecipazione ai progetti può consistere in attività

nomia del lavoro penitenziario da fattore di costrizione a diritto

da svolgersi a favore di amministrazioni dello Stato, regioni, province, comuni, comunità montane, unioni di comuni, aziende sanitarie locali, enti o organizzazioni, anche internazionali, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato (…). Le attività relative ai progetti possono svolgersi anche all'interno degli istituti penitenziari e non possono in alcun caso avere ad oggetto la gestione o l'esecuzione dei servizi d'istituto (secondo comma). Le attività di cui al comma 2 possono essere organizzate dall'amministrazione penitenziaria anche affidando la direzione tecnica a persone estranee all'amministrazione, ai sensi dell'articolo 20-bis (terzo comma). La partecipazione a progetti di pubblica utilità deve svolgersi con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dei condannati e degli internati (quarto comma). (…)».

Sulle criticità in ordine all'estensione del lavoro di pubblica utilità non può che concordarsi con chi ha rilevato – in riferimento all'art. 21, comma 4-*ter*, o.p. il cui primo periodo è stato abrogato dal d.lgs. n. 124 del 2018 – preoccupanti profili di incostituzionalità di prestazioni lavorative a titolo volontario e gratuito. In particolare è stato osservato che non deve ingannare «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 deve 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. (…). 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. Ma tali vie non possono scoprirsi elusive dei principi costituzionali in materia, 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 si rinunci all'attuazione del principio lavorista in carcere» (D. Chinni, *Lavorare come se liberi*, op. cit., 87-88).

In materia di retribuzione occorre da ultimo precisare che lo stesso d.lgs. n. 124 del 2018 ha riformulato l'art. 22 o.p. ("Determinazione della remunerazione") come segue: «La remunerazione per ciascuna categoria di detenuti e internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è stabilita, in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, in misura pari ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi».

Sull'annosa questione della riduzione della retribuzione in riferimento al lavoro penitenziario, cfr. D. Chinni, *Lavorare come se liberi*, op. cit., 72-77 e 83-89; G. Caputo, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015, 13 ss.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 173-177; G. Tranchia, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, op. cit., 152 ss.; G. Galli, *Sulla retribuzione del lavoro dei detenuti*, in *Giur. cost*., 1, 1993, 504.

soggettivo del lavoratore detenuto[40], intervenendo espressamente anche sulle modalità di organizzazione delle prestazioni, ponendo in capo ai pubblici poteri un espresso obbligo di garanzia secondo forme e modi che riflettano le caratteristiche del lavoro all'esterno. Riflettere non significa tuttavia riprodurre pedissequamente. Il necessario bilanciamento costituzionale tra esigenze di sicurezza e protezione dei diritti durante l'esecuzione penale determina cioè un'assimilazione – non un'identicità speculare – tra lavoro penitenziario e prestazioni erogate nel mondo libero; il primo, ben lo esprime la giurisprudenza costituzionale, presenta delle «peculiarità derivanti dalla inevitabile connessione tra profili del rapporto di lavoro e profili organizzativi, disciplinari e di sicurezza, propri dell'ambiente carcerario; per cui è ben possibile che la regolamentazione di tale rapporto conosca delle varianti o delle deroghe rispetto a quella del rapporto di lavoro in generale»[41].

Coerentemente con le premesse poste, esula dagli scopi della presente indagine un'analisi sulle numerose criticità (anche applicative)[42], connesse alla garanzia del diritto al lavoro in carcere nonché sulle multiformi "frizioni" tra normativa giuslavorista e disciplina penitenziaria, su cui peraltro autorevoli dottrine si sono già ampiamente interrogate[43].

[40] Sull'importanza di riferirsi al lavoratore detenuto (e non al detenuto lavoratore), nel percorso di ri-affermazione della soggettività ristretta v. G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, op. cit.

[41] Corte cost., sent. n. 158 del 2001, che riprende sul punto la precedente pronuncia n. 1087 del 1988 (*infra* cap. 3, par. 2.2).

[42] Il riferimento è naturalmente alla scarsa offerta di lavoro all'interno degli istituti penitenziari che, oltre a contraddire il dettato costituzionale e le disposizioni penitenziarie, porta con sé opinabili "fenomeni applicativi" quali la parcellizzazione di un'unica prestazione lavorativa tra più detenuti attraverso celeri rotazioni o l'esclusiva offerta di prestazioni poco professionalizzanti. Il problema non può che risiedere – inevitabilmente – anche nelle difficoltà di garantire adeguate prestazioni lavorative all'interno di un sistema carcerario estremamente sovraffollato (*supra*, cap. 2, in particolare par. 2).

Sono criticità ben analizzate dal Tavolo 8 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Lavoro e formazione" che, nella relazione pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia, ha elaborato diverse proposte «al fine di ovviare alle gravi insufficienze registratesi negli ultimi anni, sia con riguardo al numero di detenuti occupati in attività di lavoro e formazione, sia in riferimento alle strumentazioni necessarie per lo svolgimento delle attività utili a questo fine» (in *giustizia.it*).

[43] Per un approfondimento sul lavoro penitenziario, soprattutto in relazione ai

Ciò che in questa sede preme mettere in luce è, piuttosto, come – affermata la preminente posizione del diritto al lavoro sia nella Carta Fondamentale, sia nel percorso di reinserimento sociale dei condannati – la giurisprudenza costituzionale (e non solo) sia intervenuta a plasmarne disciplina e contenuto in due occasioni esemplari per la vicenda oggettivo-soggettiva: nella prima facendo emergere un diritto costituzionalmente "irrinunciabile" ma sommerso da una decennale lacuna normativa; nella seconda incidendo sull'irragionevole decremento della tutela giurisdizionale a seguito di una modifica legislativa non costituzionalmente orientata.

Entrambe le pronunce, lo si vedrà, sembrano altresì produrre un effetto che va ben al di là del processo di emersione dei diritti oggetto dei giudizi sottoposti all'attenzione della Corte.

2.2. Addizione e sostituzione nel lavoro ristretto come manifesto del bilanciamento in astratto (e in concreto) durante lo status detentionis

Se «il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi» (art. 36, terzo comma, Cost.) e «l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli (…) nella società libera» (art. 20, quinto comma, o.p.)[44],

caratteri di specificità rispetto alle prestazioni svolte all'esterno cfr., tra i molti, A. Bonomi, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, op. cit., 129-136; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 171-187; ampiamente M. Vitali, *Il lavoro penitenziario,* Milano, 2001; M. Pavarini, *La nuova disciplina del lavoro dei detenuti*, op. cit., 193 ss. e, dello stesso Autore, *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, op. cit., 151 ss.; M. Barbera, *Lavoro carcerario*, in *Dig. comm*., VIII, Torino, 1992, 212; S. Arbia, *Lavoro carcerario, specialità del trattamento e diritti del detenuto*, in *Il diritto del lavoro*, 2, 1989, 245 ss.; S. Kostoris, *Lavoro carcerario*, in *Nov. dig. it. (app.)*, IV, Torino, 1983, 754 ss.; F. Ciccotti, R. Pittau, *Il lavoro in carcere – aspetti giuridici e operativi*, Milano, 1987; E. Fassone, *Sfondi ideologici*, op. cit., 158; G. Tranchina, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro carcerario*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, op. cit., 143.

In riferimento alle difficolta relative alla garanzia delle libertà collettive in carcere, tra cui i diritti sindacali, v. recentemente T. Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 231-261, in particolare sulle problematiche inerenti alla libertà di associazione e ai diritti sindacali v. 254-256.

[44] Come anticipato, a seguito del d.lgs. n. 124 del 2018, la disposizione che preve-

la normativa penitenziaria ha tollerato oltremodo una lacuna presente sin dall'originaria formulazione dell'art. 20, comma 16, o.p.: «la durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro e, alla stregua di tali leggi, sono garantiti il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale».

Nonostante il dettato costituzionale attribuisca a ogni lavoratore il diritto al riposo e alle ferie retribuite nei termini dell'irrinunciabilità[45] – sottraendoli cioè al potere dispositivo della persona perché funzionali al recupero delle energie psicofisiche – la normativa penitenziaria era sul punto rimasta silente, generando non pochi contrasti in dottrina fra coloro che si mostravano inclini ad un'applicazione estensiva della disciplina giuslavorista[46] e quanti, pur considerando illegittima la lacuna, non ritenevano possibile un ampliamento della normativa in via interpretativa[47].

Malgrado l'acceso dibattito e le numerosi sollecitazioni sottoposte alle forze parlamentari per adeguare la normativa penitenziaria all'art. 36, terzo comma, Cost. ad intervenire – a distanza di oltre venticinque anni dalla riforma – è stata la giurisprudenza costituzionale con l'ormai celebre sentenza n. 158 del 22 maggio 2001. Il caso si presentava simile a molti altri: un detenuto ristretto presso la Casa Circondariale di Agrigento aveva presentato reclamo al magistrato di sorveglianza lamentando, tra le altre doglianze, il mancato godimento delle ferie e la relativa corresponsione dell'indennità sostitutiva in riferimento ad attività lavorative svolte alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria. Lungimirante la scelta del giudice *a quo* di rimettere la questione (pluridecennale) al giudizio della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'art. 20, comma 16, o.p., per violazione dell'art. 36, terzo comma, Cost.: «anche il detenuto-lavoratore», scrive il giudice della

de l'assimilazione del lavoro penitenziario alle prestazioni lavorative nella società libera è oggi contenuta nel terzo comma dell'art. 20 o.p.

[45] L'irrinunciabilità del diritto è ribadita anche dall'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE.

[46] In tal senso R. Pessi, *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici*, in *Diritto del lavoro*, 1978, 112.

[47] G. Pera, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, 66.

sorveglianza, «può, pur con gli inevitabili limiti derivanti dalla restrizione carceraria, utilizzare il periodo feriale per ritemprare le energie usurate dal lavoro». Sarebbe illogico, prosegue il rimettente, riconoscere al ristretto il solo diritto al riposo settimanale negandogli le ferie, trattandosi entrambi di istituti costituzionalmente "irrinunciabili" rispondenti, nella sostanza, alle medesime finalità. Compromesso risulterebbe altresì l'art. 27, terzo comma, Cost.: «negare al detenuto che svolge attività lavorativa all'interno dell'istituto (…) il diritto ad usufruire di un periodo continuativo di riposo, rende il lavoro penitenziario sicuramente più afflittivo e, quindi, impedisce allo stesso di svolgere la sua funzione rieducativa».

La Corte costituzionale, ritenendo entrambi i parametri violati, giudica la questione fondata con una sentenza additiva la cui portata si spinge al di là del diritto sommerso oggetto del giudizio.

Nella sua chiarezza logico-giuridica la pronuncia sembra cioè configurarsi come una sorta di archetipo di quel bilanciamento in astratto e in concreto che il legislatore dovrebbe operare – sia tramite scelte positive sia omissive – ogni qual volta decida di intervenire (o non) sulla disciplina di un "diritto ristretto", o su parte di esso. In altri termini la centralità della sentenza n. 158 del 2001, almeno ai fini dell'indagine qui proposta, non risiede esclusivamente nell'effetto additivo-emersivo operato dalla Corte sul diritto alle ferie e al riposo settimanale da più parti acclamato[48], quanto anche nel costituire una sorta di "manifesto del bilanciamento" rivolto al legislatore in riferimento al processo di garanzia-limitazione dei diritti nel corso dell'esecuzione penale.

Il procedimento è nitido: dopo aver definito in astratto le esigenze da contemperare nell'equilibrio costituzionale (diritto-sicurezza), il bilanciamento si risolve apportando la "variante" o la "limitazione" solo se – e nella misura in cui – la modifica o la decurtazione, siano funzionali ad apprestare un'effettiva tutela al

[48] Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 177-179; F. Della Casa, *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 2001, 246 ss.; A. Morrone, *Il diritto alle ferie dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2001, 1264 ss.

"controinteresse della sicurezza" valutato in concreto. I confini del diritto coincidono, dunque, con (la potenziale) esigenza di sicurezza che ne argina (eventualmente) la massima espansione costituzionale.

Nel caso di specie la Corte individua il primo interesse nel lavoro generalmente inteso, divenuto nel '75 «elemento del trattamento rieducativo (…) e valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche (…) [nella] valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo»[49]; il contro-interesse risiede, naturalmente, nei «profili organizzativi, disciplinari e di sicurezza, propri dell'ambiente carcerario» che ben possono giustificare una «regolamentazione (…) [con] delle varianti o delle deroghe rispetto a quella del rapporto di lavoro in generale» senza tuttavia «affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato».

Posti in astratto i termini del bilanciamento, la Corte li risolve in concreto riferendoli al solo segmento del lavoro penitenziario concernente il diritto alle ferie e al riposo settimanale retribuito, che integra «una di quelle "posizioni soggettive"[50] che non pos-

[49] Degno di nota il riferimento della Corte costituzionale alla dimensione della tutela sovranazionale offerta al lavoro: «Il crescente favore del legislatore nei confronti dell'impegno lavorativo dei detenuti si è via via manifestato attraverso l'introduzione di nuove opportunità, in linea anche con le indicazioni espresse nella Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 12 febbraio 1987, relativa alle regole penitenziarie europee, secondo cui il lavoro carcerario dovrebbe, per organizzazione e regole giuridiche, avvicinarsi il più possibile alle normali condizioni del lavoro libero».

[50] I giudici costituzionali si riferiscono espressamente alla richiamata sentenza n. 26 del 1999 in cui la Corte solennemente afferma: «l'idea secondo la quale la restrizione della libertà personale comporta come conseguenza il disconoscimento delle "posizioni soggettive", attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria, è estranea al vigente ordinamento costituzionale, atteso che questo è basato sul primato della persona umana e dei suoi diritti». Nella stessa sentenza il Giudice delle leggi pone altresì in rilievo come la restrizione della libertà personale non possa mai comportare una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità delle autorità amministrative: «l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà» (*supra*, cap. 3, par. 1 e *infra*, cap. 4, par. 1).

sono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione», costituendo una garanzia funzionale «ad assicurare il soddisfacimento di primarie esigenze del lavoratore, fra le quali in primo luogo la reintegrazione delle energie psicofisiche». Ovviamente, prosegue la Corte, «le rilevanti peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportano che le concrete modalità (…) devono essere compatibili con lo stato di detenzione»[51]. È del tutto evidente, come affermato in dottrina in risposta alle tante ilarità diffusesi sui "detenuti in vacanza", che la sentenza implichi «semplicemente la possibilità, riconosciuta a tutti dalla Costituzione, di riposarsi periodicamente, continuando a percepire la retribuzione». In quelle ilarità c'è «molto del nostro qualunquismo, ma non solo. C'è il disprezzo per il diverso, per l'emarginato, per il debole e soprattutto la volontà di non capire, di non fare alcuno sforzo per capire»[52].

Ciò considerato, prosegue la Corte, «la garanzia del riposo annuale imposta in ogni rapporto di lavoro subordinato, per esplicita volontà del Costituente non consente deroghe e va perciò assicurata "ad ogni lavoratore senza distinzione di sorta"[53] (…), dunque anche al detenuto, sia pure con differenziazione di modalità».

I giudici costituzionali rompono un assordante silenzio legislativo: legittimo è sostenere l'esistenza di una "differenziazione nelle modalità" di fruizione delle ferie in ragione delle condizioni detentive; incostituzionale è la negazione *tout court* di un diritto riconosciuto dalla Costituzione come irrinunciabile per ogni lavoratore, peraltro in assenza di concrete esigenze di sicurezza idonee a limitarne integralmente il godimento[54].

[51] È un diritto che necessiterà «di tutti gli adattamenti che si rendono utili sotto il profilo delle modalità attuative, per assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione» (M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., 55).

[52] ID., Postilla a *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 239, 240.

[53] La Corte richiama sul punto la sentenza n. 189 del 1980.

[54] Nonostante i giudici costituzionali si riferiscano esclusivamente al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dirette dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria, deve ritenersi che la decisione possa estendersi, a meno di non voler incorrere in evidenti violazioni del principio di ragionevolezza, alla generalità dei detenuti e degli internati che assumano la veste di lavoratori subordinati, indipendentemente dalla specifica tipologia di lavoro penitenziario. La precisazione rileva, in particolare, con riferi-

Il pregio della pronuncia, a parere di chi scrive, risiede dunque nel conseguire un duplice risultato. Il primo immediato e diretto, consistente nell'emersione giurisprudenziale del diritto alle ferie e al riposo settimanale retribuito per il lavoratore detenuto[55]; il secondo, con portata generale e differita, si rinviene nella conformazione della pronuncia. La trasparenza del richiamato tornante argomentativo si pone cioè come un chiaro monito giurisprudenziale, rivolto al legislatore, in ordine al bilanciamento costituzionale che deve orientare sia il processo di affioramento dei diritti, sia l'evoluzione di posizioni già codificate (si pensi, a titolo esemplificativo, alla metamorfosi del diritto alla comunicazione o alla *privacy* a seguito degli sviluppi tecnologici)[56].

La semplicità espositiva del bilanciamento è tuttavia inversamente proporzionale alla sua complessità applicativa, dietro la quale si celano spesso i comportamenti omissivi o le scelte inco-

mento ai reclusi che svolgono attività lavorativa alle dipendenze di imprese pubbliche o private o di cooperative sociali operanti all'interno del carcere.

[55] Nella sentenza n. 158 del 2001 la Corte, in vista di una maggiore equiparazione tra lavoro carcerario e libero, si è spinta ben oltre a quanto stabilito nella precedente sentenza n. 1087 del 1988 nella quale i giudici costituzionali avevano assunto una posizione decisa con riferimento alla legittimità delle disposizioni della normativa penitenziaria in materia di determinazione del compenso spettante ai detenuti lavoratori e alle relative decurtazioni. Nello specifico il Giudice delle leggi aveva dichiarato non fondata – in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost. – la questione di legittimità costituzionale posta sull'art. 22 o.p., nella parte in cui prevedeva che la mercede dei lavoratori detenuti potesse essere inferiore, anche se nel limite dei due terzi, rispetto al trattamento economico previsto dai contratti collettivi nazionali. Facendo leva sulle differenze ontologiche esistenti tra le forme di lavoro intramurario e le prestazioni libere, la Corte aveva ritenuto legittima la disciplina in riferimento all'attività lavorativa prestata alle dirette dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria mettendo tuttavia in luce come, anche tale forma di lavoro, debba essere protetta alla stregua dei precetti costituzionali di cui agli artt. 35 e 36 Cost.

Sulla questione relativa alla retribuzione del lavoro nel corso dell'esecuzione penale, anche in riferimento alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 124 del 2018 all'art. 22 o.p., v. nota n. 39 del presente capitolo.

[56] Si rinvia, sul punto, a due contributi pubblicati nel recente volume M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., di I. Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*, 273-300 e A. Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, 301-334. Sulla libertà di comunicazione in carcere si veda altresì A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, op. cit., 107-121.

stituzionali delle maggioranze parlamentari, costringendo la giurisprudenza a riequilibrarne, o ridefinirne, il baricentro. Non sorprende, dunque, che l'intervento delle Corti si sia reso necessario anche per definire alcune questioni che la sentenza n. 158 del 2001 aveva lasciato aperte, rivolgendo al legislatore il compito di specificare le possibili diversificazioni nel godimento del diritto nel corso dell'esecuzione penale.

Si pensi alla questione di corrispondere, o meno, al lavoratore detenuto l'indennità sostitutiva al termine del rapporto di lavoro con l'Amministrazione penitenziaria. In assenza di un'espressa indicazione legislativa parte della dottrina aveva ritenuto il diritto alle ferie e l'indennità sostitutiva come istituti ad alternatività applicativa; viceversa, secondo un diverso orientamento, la sentenza avrebbe fatto emergere l'irrinunciabilità del solo diritto al riposo annuale, trovando il corrispettivo economico una giustificazione solo ove, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, si fosse accertata una violazione del diritto alle ferie da parte del datore di lavoro[57].

Nell'assenza di una regolamentazione legislativa, la questione ha trovato parziale risposta – giacché non riferita allo *status detentionis* – nella giurisprudenza di legittimità che ha riconosciuto la spettanza dell'indennità sostitutiva da ferie non godute a tutti i lavoratori, a prescindere da un'eventuale responsabilità del datore di lavoro «in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato»[58]. L'adeguamento della normativa penitenziaria ai principi costituzionali è così affidata, in via suppletiva, all'interpretazione giurisprudenziale la cui forza, nella vicenda del riposo retribuito, si estende dalla previsione del diritto (processo di emersione in senso stretto) sino alle vicende attuative, la cui regolamentazione sarebbe

[57] Il dibattito dottrinale in ordine all'indennità sostitutiva riferita alle prestazioni lavorative svolte alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria è ben descritto in G. Vanacore, *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore*, in *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*, Modena, 2001.

[58] Corte Cass., sez. lav., sent. n. 18168 del 26 luglio 2013. L'affermazione si riferisce «al riposo con recupero delle energie psicofisiche, alla possibilità di dedicarsi maggiormente alle relazioni sociali o all'opportunità di svolgere attività ricreative».

tuttavia dovuta spettare a decisioni di natura politica secondo il richiamato bilanciamento[59].

Parzialmente diversa, ma parimenti rilevante ai fini dell'analisi del rapporto Corti-Legislatore nella garanzia del diritto al lavoro in carcere, è la successiva sentenza n. 341 del 2006 con la quale i giudici costituzionali si sono pronunciati in ordine alle garanzie giurisdizionali in materia di controversie nascenti da lavoro penitenziario. Il carattere di specialità del processo di affioramento risiede nella circostanza che la Corte, a differenza del giudizio precedente, non interviene (colmandola) su una lacuna normativa ma incide – applicando le regole del bilanciamento – sulla sfera degli effetti di un diritto positivo (al lavoro) la cui effettività risultava costituzionalmente frustrata; può parlarsi, in tal senso, di diritto tipizzato ad "efficacia emersa"[60].

Nel caso di specie il Giudice delle leggi risolve il giudizio attraverso una nuova applicazione esemplare delle regole del bilanciamento che cinque anni prima aveva rivolto, ammonendolo, al legislatore tramite la sentenza n. 158; se al lavoratore detenuto devono riconoscersi i medesimi diritti spettanti ai lavoratori liberi, l'irragionevolezza della disciplina si coglie ogni qual volta la normativa penitenziaria preveda differenziazioni nelle ordinarie forme di tutela, non fondate sulle peculiarità dello stato di detenzione e sulle esigenze di sicurezza valutate in concreto.

La questione riguardava le modifiche apportate dalla richia-

[59] Sul punto il tredicesimo comma dell'art. 20 o.p., recentemente riformato ad opera del d.lgs. n. 124 del 2018, prevede espressamente che: «La durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro e sono garantiti il riposo festivo, il riposo annuale retribuito e la tutela assicurativa e previdenziale. (…)».

In materia di assistenza per l'accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali lo stesso decreto ha inserito l'art. 25-*ter*. o.p. ai sensi del quale: «L'amministrazione penitenziaria è tenuta a rendere disponibile a favore dei detenuti e degli internati, anche attraverso apposite convenzioni non onerose con enti pubblici e privati, un servizio di assistenza all'espletamento delle pratiche per il conseguimento di prestazioni assistenziali e previdenziali e l'erogazione di servizi e misure di politica attiva del lavoro».

[60] Si anticipa come grazie ai numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale e di Strasburgo, tutti i diritti codificati nella riforma penitenziaria possono definirsi "ad efficacia emersa". Sul punto ampiamente *infra* cap. 4, par. 1.

mata legge n. 663 del 1986 (c.d. Gozzini) in ordine all'attribuzione al magistrato di sorveglianza – e non al giudice del lavoro secondo il rito di cui agli artt. 409 ss. c.p.c. – della competenza a decidere su alcune delicate questioni afferenti al rapporto lavorativo in istituto[61], secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p.[62]; scelta che aveva suscitato non poche perplessità in ordine alla scarsa capacità del modello processuale descritto di garantire adeguatamente la tutela giurisdizionale dei lavoratori detenuti[63].

[61] Così l'art. 69, comma 6, lett. a) dell'ordinamento penitenziario dopo la modifica apportata dalla legge n. 663 del 1986: «il magistrato di sorveglianza decide con ordinanza impugnabile solo per Cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter*, 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 dell'attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali».

[62] È noto come l'art. 14-*ter* o.p., contenente la disciplina del reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare di cui all'articolo precedente, si risolva in un rito estremamente semplificato rispetto alla procedura descritta dal codice civile in materia di lavoro (artt. 409 ss. c.p.c.): «Avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare può essere proposto dall'interessato reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento (primo comma). Il tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo (secondo comma). Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare memorie (terzo comma)».

La Corte costituzionale, in più occasioni, ha precisato che la scelta del legislatore in favore del rito camerale non risulta in sé illegittima, lo diventa nell'eventualità in cui non assicuri lo scopo e la funzione del processo, compreso il diritto alla difesa e al contraddittorio (*ex plurimis*, Corte cost., sent n. 543 del 1989 e ord. n. 121 del 1994).

[63] Ben lo rileva la Corte d'Appello di Roma, secondo cui la procedura dinnanzi al magistrato di sorveglianza «è configurata come reclamo entro dieci giorni avverso un provvedimento dell'amministrazione che non è sempre riscontrabile nelle controversie lavorative», inoltre «il magistrato di sorveglianza può solo pronunciarsi sulla fondatezza o meno del reclamo, ma non può emettere ad esempio provvedimenti di condanna» (sent. n. 3405 del 2004). Ciò, prosegue la Corte, è emblematico della diversa natura di tale procedimento rispetto al rito del lavoro: «il primo impugnatorio, il secondo di tutela dei diritti soggettivi nel rapporto bilaterale a prestazioni corrispettive».

Non è questa la sede per un'esauriente disamina della disciplina processuale del rito del lavoro, rendendosi tuttavia necessaria una definizione dei tratti maggiormente caratterizzanti. Il procedimento, svolto dinanzi al Tribunale monocratico in funzione di giudice del lavoro, si fonda sui principi di immediatezza, oralità e concentrazione: i termini processuali sono abbreviati rispetto al rito ordinario, vigono rigide preclusioni che obbligano le parti ad enunciare le proprie difese e indicare i mezzi di prova sin dagli

Sul punto era intervenuta la Corte di Cassazione, legittimando in più occasioni la competenza del magistrato di sorveglianza su ogni aspetto civilistico inerente alle controversie in materia di lavoro penitenziario, precisando come il contesto processuale delineato dal combinato disposto degli artt. 69, sesto comma, lett. a) e 14-*ter*, o.p. fosse idoneo ad assicurare un'effettiva giustiziabilità dei diritti sia del detenuto sia dell'Amministrazione penitenziaria[64].

Di diverso avviso parte della giurisprudenza di merito. Nonostante l'orientamento espresso dai giudici di legittimità, la Corte d'Appello di Roma propose un'interpretazione diversa della disciplina, prefigurando una competenza concorrente del giudice del lavoro e di sorveglianza secondo una libera scelta del lavoratore detenuto tra una garanzia «"interna" all'organizzazione carceraria e l'ordinaria tutela prevista per tutti i lavoratori, nel rispetto della regola *electa una via non datur recursus ad alteram*»[65]. La legge Gozzini, in altri termini, avrebbe offerto un rimedio ulteriore al detenuto, introducendo una procedura che si affianca, senza sostituirlo, al rito del lavoro[66].

atti introduttivi del processo che dovrebbe comunque esaurirsi in un'unica udienza. A differenza del rito ordinario, al giudice è riconosciuta la possibilità di esercitare d'ufficio ampi poteri istruttori. Centrale, infine, la clausola di provvisoria esecutorietà delle sentenze di condanna per i crediti derivanti da prestazioni lavorative.

Per un esame dettagliato della disciplina descritta dagli artt. 409 ss. c.p.c. v., tra i molti, C. Punzi, *Il processo civile – Sistema e problematiche*, 2, Torino, 2010, 258 ss.

[64] Corte Cass., sez. lav., n. 8055 del 1991 con nota di F. Nisticò, *Il lavoro dei detenuti: terapia, redenzione, salario*, in *Foro it.*, 14, 1991, 2353, 2354-2359, 2360 e Corte Cass., sez. Un., n. 490 del 1999 su cui 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. e, degli stessi Autori, *Ancora in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro penitenziario*, in *Giur. it*., 2005, 1136 ss. nonché M. Izzo, *Nota a C. Cass., 21/7/1999, n. 490*, in *Il Foro it.*, 1, 2000, 434-437.

Di interesse come la Suprema Corte fondasse la legittimità dell'intervento riformatore proprio sul carattere giurisdizionale dei procedimenti instaurati dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza secondo quanto sancito dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999 di cui si è detto (*supra*, cap. 3, par. 1) e su cui si tornerà ampiamente (*infra*, cap. 4, par. 1).

Una puntuale ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali presenti prima della sentenza n. 341 del 2006 è contenuta in M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., note nn. 38 e 183.

[65] Richiamata sent. n. 3405 del 2004 e successiva sent. n. 3756 dello stesso anno.

[66] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 69.

Nella perdurante assenza di un intervento legislativo chiarificatore, la questione – come nel 2001 – ha trovato definizione nella sentenza dalla Corte costituzionale n. 341 del 27 ottobre 2006[67]. Complice il diffuso stato di incertezza tra giurisprudenza di merito e di legittimità, la controversia, riguardante l'accertamento della natura subordinata del rapporto lavorativo, era stata istaurata dal detenuto dinanzi al giudice del lavoro, dichiaratosi incompetente in favore del magistrato di sorveglianza che, ritenendosi a sua volta non competente, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera *a*) o.p. in relazione al disposto degli artt. 3, primo comma[68], 24, primo e secondo comma[69], 27, terzo comma, 81[70], quarto comma, 97[71] e 111 della Costituzione.

L'*iter* logico-giuridico della pronuncia si pone come nuovo

[67] Che la questione fosse inscindibilmente connessa al percorso argomentativo seguito dalla Corte in relazione alla garanzia del diritto al riposo retribuito è peraltro testimoniato dal richiamo, nel *considerato in diritto*, alla precedente pronuncia n. 158 del 2001 nella parte in cui prevede che il lavoro «si pone come uno dei mezzi di 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».

[68] In ordine all'irragionevole differenziazione delle forme di tutela tra lavoratori liberi e ristretti.

[69] Il modello processuale descritto nell'art. 14-*ter* o.p., non contemplando una partecipazione diretta del detenuto e dell'Amministrazione penitenziaria, si porrebbe in contrasto con i primi due commi dell'art. 24 Cost.; inoltre, prevedendo per il solo lavoratore – e non anche per l'Amministrazione – la possibilità di impugnare l'ordinanza mediante ricorso per Cassazione, la disposizione violerebbe il principio di parità tra le parti di cui all'art. 111, secondo comma, Cost.

[70] L'Amministrazione penitenziaria, rileva il rimettente, pur essendo il datore di lavoro, rimane estranea al procedimento assumendo «un ruolo improprio di interposizione e garanzia», posizione che comporterebbe a suo carico «tutti gli oneri nascenti dal rapporto di lavoro, compresi quelli retributivi e previdenziali». L'autorità amministrativa si troverebbe, dunque, nella condizione di dover ricorrere ad azioni di recupero delle eventuali somme erogate, senza aver previsto la necessaria copertura legislativa, ponendosi in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 81 Cost.

[71] L'art. 97 Cost. risulterebbe violato sotto un duplice profilo. La disciplina della competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza contrasterebbe con il principio dell'efficiente organizzazione e funzionamento degli uffici giudiziari (in caso di trasferimento del detenuto, infatti, l'Autorità giudicante risulterebbe determinata in base al luogo di detenzione al momento del reclamo e non, invece, al tempo dell'esecuzione dell'attività lavorativa come l'art. 677 c.p.p prescrive). In secondo luogo, il principio del buon andamento subirebbe una lesione ad opera della scelta legislativa di attribuire la

manifesto del bilanciamento tra diritti e sicurezza nel corso dell'esecuzione penale.

La Corte, accertata l'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata[72], sintetizza «tre punti fermi» in materia di garanzie lavorative in carcere: la «necessaria tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro instauratisi nell'ambito penitenziario»; la possibilità che il legislatore limiti tali diritti solo ove vi siano concrete esigenze «in rapporto alla condizione restrittiva della libertà personale»; l'«illegittimità di ogni "irrazionale ingiustificata discriminazione" con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini»[73].

(Ri)stabiliti i termini del bilanciamento in astratto, i giudici li applicano alla disciplina della norma oggetto del giudizio: prevedendo un rito camerale estremamente semplificato, tipico dei procedimenti dinnanzi al giudice della sorveglianza, la disposizione non assicura al lavoratore detenuto – e all'Amministrazione penitenziaria – il corretto espletamento del diritto di difesa e al contraddittorio tra le parti. Il procedimento di cui all'art. 14-*ter* o.p., richiamato dall'art. 69, sesto comma, lett. a), comprime dunque in modo illegittimo le garanzie giurisdizionali riconosciute ai lavoratori liberi, venendo l'irragionevolezza in rilevo «anche per l'assenza di esigenze specifiche di limitazione legate alla corretta esecuzione della pena». Eventuali criticità organizzative, derivanti dalle difficoltà di garantire il contraddittorio e la difesa in giudizio «possono essere affrontate e risolte in modo razionale dall'amministrazione penitenziaria, senza che sia indispensabile attuare per legge il sacrificio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

Dunque, ribadendo che deve riconoscersi al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella scelta degli istituti processuali e nel-

cognizione di «questioni specialistiche» ad un magistrato «la cui preparazione professionale concerne materie completamente diverse».

[72] L'impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione è dovuta alla perentorietà della formulazione dell'art. 69, sesto comma, lettera a) o.p. che «lega indissolubilmente la competenza del magistrato di sorveglianza alla procedura camerale di cui all'art. 14-*ter* o.p., tipica di questo giudice per scelta del legislatore».

[73] Sul punto la Corte richiama quanto precedentemente affermato nella sentenza n. 49 del 1992.

la disciplina delle competenze[74], la Corte giunge a dichiarare l'incostituzionalità della norma: non limitandosi a «individuare una specifica competenza in capo ad un determinato ufficio giudiziario, ma detta[ndo], con stretta consequenzialità, regole processuali inidonee (…) ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali» la scelta si pone in contrasto con gli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma e 111, secondo comma, della Costituzionale[75-76].

[74] Su tutte la sentenza n. 295 del 1995 in cui i giudici costituzionali hanno chiaramente affermato la necessità di riconoscere al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali, «col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati».

La stessa discrezionalità ha condotto la Corte a pronunciare una sentenza additiva di principio, anziché apportare direttamente l'addizione, nella nota pronuncia n. 26 del 1999 in materia di diritto alla tutela giurisdizionale (*infra*, cap. 4, par. 1).

[75] Sulla sentenza n. 341 del 2006, cfr. D. Chinni, *Lavorare come se liberi*, op. cit., 79-83; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 68-72; F. Della Casa, *Un significativo salto di qualità in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur. cost*., 2006, 4664 ss.; P. Torretta, *Il diritto alle garanzie (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione 341/2006 della Corte Costituzionale*, in *Forum quad. cost.*, 2006.

In generale sugli effetti delle sentenze sostitutive v., tra i molti, F. Modugno, *Corollari del principio di legittimità costituzionale e sentenze sostitutive della Corte*, in *Giur. cost*., 1, 1969, 91 ss.

[76] Preme precisare che nel 2009 il Magistrato di sorveglianza di Nuoro aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 35, 14-*ter* e 71 o.p. «nell'interpretazione vigente che attribuisce al magistrato di sorveglianza la competenza a decidere in ordine alle lesioni dei diritti e delle posizioni giuridiche dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria», per presunto contrasto con gli artt. 3, 24, primo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma, 11, primo e secondo comma e 113 Cost. In particolare il giudice *a quo*, chiamato a decidere sui reclami proposti da due detenuti a norma dell'art. 14-*ter* o.p, aveva rilevato come la sentenza n. 341 del 2006 avesse introdotto una rilevante eccezione al principio secondo cui tutto ciò che attiene al trattamento penitenziario fosse demandato alla cognizione della magistratura di sorveglianza, indipendentemente dalla natura dei diritti e degli interessi coinvolti e a prescindere dagli strumenti processuali disponibili. I giudici costituzionali nel rigettare la *quaestio*, ben rilevano come la sentenza n. 341 del 2006 afferisca esclusivamente alle controversie di lavoro nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti, ossia a situazioni giuridiche per le quali nell'ordinamento generale è istituito un giudice specializzato: tale pronuncia, quindi, non ha di fatto inciso sul riparto di competenze tra magistratura di sorveglianza e giudice del lavoro (Corte cost., sent. n. 266 del 23 ottobre 2009).

Dubbi analoghi sul mantenimento dell'assetto delineato nel 2006 erano sorti in se-

Le considerazioni sinora esposte consentono una riflessione conclusiva sulla conformazione dei due interventi della giurisprudenza costituzionale che si spinge ben oltre l'oggetto sottoposto al giudizio della Corte. Focalizzando l'attenzione sulla struttura delle pronunce (e non sul profilo contenutistico), entrambe sembrano assumere una forma ibrida, fino al punto da poterle definire "sentenze manipolative a manifesto effetto monitorio". Se, in termini generali, qualsiasi pronuncia di accoglimento – non solo manipolativa – possiede, almeno implicitamente, una valenza monitoria[77], in taluni casi tale ammonimento appare fortemente accentuato: il bilanciamento in astratto compiuto nell'*iter* argomentativo della Corte non appare cioè funzionale esclusivamente alla risoluzione della questione sottoposta al suo giudizio, rivolgendosi – in termini di regole costituzionali sul *modus operandi* – all'azione del legislatore futuro.

È quanto accade nelle sentenze nn. 158 del 2001 e 341 del 2006. Il Giudice delle leggi non si "accontenta" di far emergere il diritto attraverso la significativa manipolazione che l'addizione (riposo lavorativo) o la sostituzione (efficacia della tutela) produce sul dato testuale, volendo ottenere qualcosa in più. Riproponendo costantemente nel testo delle sentenze il modello di bilanciamento da adottare in relazione alle esigenze di sicurezza e alla tutela dei diritti nel corso dell'esecuzione penale, addirittu-

guito all'introduzione del reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* o.p., (*supra*, cap. 2, par 2.4 e *infra* cap. 3, par. 3.1): consentendo una ben più ampia partecipazione delle parti rispetto al modello delineato dall'art. 14-*ter* o.p. la disciplina, in considerazione della generica formulazione dell'art. 69 o.p., avrebbe potuto comportare una riemersione della competenza del magistrato di sorveglianza. I dubbi sono stati dissipati dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha ribadito la competenza in via esclusiva del giudice del lavoro.

In tal senso ancor prima della sentenza autorevole dottrina aveva auspicato che, in considerazione dei caratteri di specificità della materia e per essere solo tangenzialmente normata dalla disciplina penitenziaria, la tutela continuasse ad essere offerta dal rito ordinario disciplinato dal codice di procedura civile (M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., 71, 72).

[77] Sull'efficacia monitoria delle sentenze del Giudice delle leggi si veda, ampiamente, L. PEGORARO, *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, 1984 nonché, anche in riferimento alle autorevoli dottrine richiamate, M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento", ovvero il "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1, 1982, 926 ss.

ra schematizzandone «tre punti fermi»[78], i giudici costituzionali sembrano cioè inviare un significativo ammonimento alle forze parlamentari.

In altri termini ciò che le sentenze mirano a conseguire è un effetto congiunto: interno ed esterno. Il primo – evidente, immediato e auto-applicativo – è conseguenza diretta della manipolazione della disposizione censurata ad opera dalla Corte (da cui scaturisce l'emersione); il secondo – differito nel tempo e ad efficacia sospensivamente condizionata – risiede nella nitida e costante ripetizione (persino schematica) dei termini del bilanciamento in astratto diretto – a mo' di monito – alle future scelte delle forze parlamentari in materia di tutela dei diritti nel corso dell'esecuzione penale.

La particolare attenzione rivolta dalla giurisprudenza costituzionale alla disciplina delle prestazioni lavorative in carcere, risulta altresì significativa in ragione della posizione di "subordinazione-soggezione" assunta dal ristretto. Al naturale subordine nei confronti del datore di lavoro, si associa cioè un ulteriore stato di soggezione derivante dalla coincidenza tra quest'ultimo e l'organo preposto a vigilare sulla privazione della sua libertà personale (l'Amministrazione penitenziaria). Non è certamente questa la sede per immaginare un nuovo modello processuale in grado di tenere in debita considerazione l'accentuazione del suddetto vincolo di subordinazione; ragionare in questa direzione appare tuttavia utile per dirigere gli sforzi interpretativi verso una complessa ridefinizione della normativa penitenziaria, che sappia fornire ampio seguito agli "ammonimenti di sistema" contenuti nelle richiamate sentenze manipolative.

3. *L'"emersione applicativa": il diritto di accesso alle tecniche di PMA per i detenuti in regime detentivo speciale nella giurisprudenza di legittimità*

Se il dato normativo può subire una diretta metamorfosi giurisprudenziale esclusivamente a seguito di un intervento manipola-

[78] Corte cost., sent. n. 341 del 2006.

tivo "a rime obbligate" da parte del Giudice delle leggi, non tutti i processi di emersione sono riconducibili alle sentenze dei giudici costituzionali. In effetti, lo si è anticipato, in un settore come quello penitenziario in cui il legislatore compie non di rado scelte lontane dal dettato costituzionale – anche rifugiandosi dietro ponderati silenzi[79] – il corretto bilanciamento tra sicurezza e diritti, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa, è stato spesso affidato all'opera della giurisprudenza intesa nel suo complesso; si pensi alla centralità delle decisioni della Corte EDU nel (tentato) processo di emersione del diritto a uno spazio detentivo dignitoso[80] o, lo si vedrà a breve, su quello a non subire tortura[81].

Il coinvolgimento "a più livelli" delle Corti nell'affioramento dei diritti nel corso l'esecuzione penale, risulta tanto più significativo se l'attenzione è posta sulle situazioni in cui il fattore giustificativo della negazione non si rinviene in una lacuna normativa, o in un'illegittima scelta del legislatore – come nelle vicende sinora richiamate – quanto in un diniego di natura applicativo-interpretativa. Il diritto non è sommerso in senso stretto, cioè normativamente non previsto (come nelle ipotesi delle ferie o dell'intimità-sessualità intramuraria[82]), ma negato a causa di un'illegittima compressione della sua estensione applicativa, spesso ad opera delle autorità amministrative.

Emblematico, in proposito, il ruolo assunto dal Giudice di legittimità nell'emersione (applicativa) del diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA) per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale[83], come parte

[79] Ne sono nitida espressione le vicende del diritto alle ferie e al riposo settimanale retribuito, il diritto a non subire tortura (*infra*, cap. 3, par. 4) e, ancora oggi, la questione relativa al riconoscimento dell'intimità-sessualità intramuraria (*infra*, cap. 3, par. 5).

[80] *Supra*, cap. 2, in particolare parr. 2.3 e 2.4.

[81] *Infra*, cap. 3, par. 4.

[82] *Infra*, cap. 3, par. 5.

[83] Sul regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. si vedano le considerazioni espresse in ordine alle caratteristiche del sodalizio criminoso riguardo all'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere (*supra*, cap. 2, par. 3), i riferimenti contenuti nella precedente nota n. 29 del presente capitolo nonché le considerazioni concernenti il problema della tutela giurisdizionale (*infra*, cap. 4, par. 2).

In questa sede è tuttavia necessario ricordare che, in riferimento ai detenuti sot-

della più ampia tutela offerta alla genitorialità dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione[84].

Rinviando a un momento successivo l'analisi della normativa penitenziaria in materia di affettività nel corso dell'esecuzione penale[85], in questa sede è sufficiente precisare che, attualmente, la disciplina della PMA – contenuta nella legge n. 40 del 2004[86] – riserva l'accesso alle tecniche di fecondazione alle coppie di mag-

toposti al regime, si verifica un forte irrigidimento del bilanciamento a favore delle esigenze di sicurezza: i diritti costituzionali subiscono una grave compressione ma ogni restrizione deve pur sempre trovare la sua ragione d'essere nell'interruzione dei contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza. In caso contrario la limitazione, assumendo una natura puramente retributiva, risulta viziata da illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3 e 27, terzo comma, Cost.

Esemplificativa in tal senso la recente sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018 in ordine all'illegittimità costituzionale del divieto di cuocere cibi sancito dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera f), o.p.

[84] Sul diritto alla genitorialità nel quadro costituzionale cfr., *ex multis*, F. Paterniti, *Lo status costituzionale dei figli*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno del Gruppo di Pisa di Catania 7-8 giugno 2013*, Napoli, 2013, 84 ss.; A. D'Aloia, A. Romano, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione*, in Aa.Vv., *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011, 6 ss.; C. Bergonzini, sub *art. 30*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, op. cit., 311-318; E. Lamarque, sub *art. 30*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, op. cit., 622-639; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, 2 ss.; C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione Italiana*, Padova, 1954, 150.

[85] *Infra*, cap. 3, par. 5.

[86] Sulla disciplina della PMA in relazione al diritto alla genitorialità, cfr. G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, op. cit., 125-131; E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo 2, in Aa.Vv., *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1537-1602; E. Giacobbe, *Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam*., 2006, 761 ss.

Per un'analisi della legge n. 40 del 2004 all'indomani della sua approvazione v. C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004, 265 ss.; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 156 ss.

Una disamina delle vicende normative e giurisprudenziali riferite alla legge n. 40 del 2004 è contenuta in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 367 ss.; E. Dolcini, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU, e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2011.

giorenni di genere diverso, coniugate o conviventi, quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, rimanendo l'ambito applicativo circoscritto ai soli casi di sterilità o infertilità[87].

Ancor prima della legge n. 40, un'autorizzazione di accesso alla PMA era stata concessa – nel 2001 – dal Ministero della Giustizia nei confronti di un noto esponente della criminalità organizzata, dopo una battaglia legale iniziata nel 1983. La figlia nacque nel 2007, provocando numerose polemiche in ordine alla circostanza che le cause impeditive della procreazione si rinvenivano non in condizioni di sterilità o infertilità di un membro della coppia, bensì nel "fine pena mai" del detenuto. In seguito all'entrata in vigore della legge n. 40 nel 2004, e in assenza di specificazioni in ordine allo stato detentivo, l'Amministrazione penitenziaria era intervenuta sul punto chiarendo che il ricorso alla PMA dovesse ritenersi consentito nei soli casi «di sterilità o infertilità debitamente certificati»[88], non rappresentando l'impossibilità oggettiva di intrattenere rapporti sessuali con il *partner* una particolare condizione di accesso alle tecniche.

Il contenuto della circolare fu tuttavia smentito in fase applicativa, traducendosi in numerosi dinieghi all'accesso sia da parte delle stesse amministrazioni penitenziarie, sia della magistratura di sorveglianza; indicativo, in tal senso, il caso da cui trae origine la nota sentenza n. 7791 del 2008 in cui i giudici di legittimità hanno per la prima volta affermato l'esistenza – o meglio l'estensione – del diritto di accesso alle tecniche di PMA nei confronti dei detenuti ristretti secondo le prescrizioni di cui all'art. 41-*bis* o.p.

[87] Ai sensi del primo comma dell'art. 4 ("Accesso alle tecniche"): «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita 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».

Circa i requisiti necessari per accedere alla PMA, l'art. 5 specifica che: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

[88] Circolare DAP, n. 260689 del 10 febbraio 2006.

Il ricorrente, in regime detentivo speciale, aveva promosso ricorso dinnanzi al Magistrato di sorveglianza de L'Aquila avverso un provvedimento di diniego dell'Amministrazione, circa l'accesso alla fecondazione *in vitro*, nonostante la documentata condizione di infertilità della moglie. Nel dettaglio il detenuto lamentava di aver ottenuto un'autorizzazione al prelievo del proprio liquido seminale al fine di consentire alla *partner* di accedere alla PMA sia dal G.U.P. del Tribunale di Palermo sia dal Presidente della Corte di Assise. Nonostante i provvedimenti accertassero la sussistenza dei presupposti di legge per l'accesso alle tecniche, l'Amministrazione penitenziaria aveva negato l'autorizzazione al prelievo adducendo, a sostegno del diniego, «la massima tutela del nascituro che la legge n. 40/2004 postula, nel caso concreto non realizzabile data la situazione di detenzione del genitore», nonché l'esistenza di generiche «finalità preventive connesse alla custodia dei soggetti inseriti nel circuito del 41-*bis* o.p.».

Avverso il provvedimento amministrativo il detenuto presenta ricorso davanti al magistrato di sorveglianza de L'Aquila, il quale dichiara la propria incompetenza con una motivazione difficilmente compatibile con gli artt. 4 e 69 dell'ordinamento penitenziario: atteso che le tecniche di PMA «non implicano alcuna uscita né dall'istituto né dalla propria cella, [esse] non possono qualificarsi come trattamento sanitario di cui all'art. 11 o.p.»[89], la materia sa-

[89] Il magistrato di sorveglianza fonda la propria incompetenza sul secondo comma dell'art. 11 o.p., a norma del quale (prima della modifica apportata del d.lgs. n. 123 del 2018): «Ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura. (…)». Sulla formulazione *ante* riforma v. A. Bernasconi, sub *art. 11*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, op. cit., 124 ss.

Come anticipato, l'art. 11 o.p. ("Servizio sanitario") è stato recentemente riformato ad opera del d.lgs. n. 123 del 2018, ai sensi della nuova disposizione: «Il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria (primo comma). Garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati (secondo comma). La carta dei servizi sanitari di cui al decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, per i detenuti e gli internati, adottata da ogni azienda sanitaria locale nel cui ambito è ubicato un istituto penitenziario, è messa a disposizione dei detenuti e degli internati con idonei mezzi di pubblicità (terzo comma). Ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai

rebbe dunque rimessa alla «esclusiva competenza del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria».

servizi sanitari presso gli istituti, gli imputati sono trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura, con provvedimento del giudice che procede. Se il giudice è in composizione collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari; provvede il pubblico ministero in caso di giudizio direttissimo e fino alla presentazione dell'imputato in udienza per la contestuale convalida dell'arresto in flagranza. Se è proposto ricorso per cassazione, provvede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Per i condannati e gli internati provvede il magistrato di sorveglianza. Il provvedimento può essere modificato per sopravvenute ragioni di sicurezza ed è revocato appena vengono meno le ragioni che lo hanno determinato (quarto comma). Quando non vi sia pericolo di fuga, i detenuti e gli internati trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi e di cura possono non essere sottoposti a piantonamento durante la degenza, salvo che sia necessario per la tutela della incolumità personale loro o altrui (quinto comma). Il detenuto o l'internato che si allontana dal luogo di diagnosi o di cura senza giustificato motivo è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del codice penale (sesto comma). All'atto dell'ingresso nell'istituto il detenuto e l'internato sono sottoposti a visita medica generale e ricevono dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute. Nella cartella clinica il medico annota immediatamente ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subìto violenze o maltrattamenti e, fermo l'obbligo di referto, ne dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza. I detenuti e gli internati hanno diritto altresì di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute durante il periodo di detenzione e all'atto della rimessione in libertà. Durante la permanenza nell'istituto, l'assistenza sanitaria è prestata con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai bisogni di salute del detenuto, e si uniforma ai princìpi di metodo proattivo, di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d'integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria e di garanzia della continuità terapeutica (settimo comma). Il medico del servizio sanitario garantisce quotidianamente la visita dei detenuti ammalati e di quelli che ne fanno richiesta quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica. L'Amministrazione penitenziaria assicura il completo espletamento delle attività sanitarie senza limiti orari che ne impediscono l'effettuazione. Il medico competente che effettua la sorveglianza sanitaria della struttura penitenziaria, secondo le disposizioni attuative del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, controlla l'idoneità dei soggetti ai lavori cui sono addetti. In ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere (ottavo comma). Quando i detenuti e gli internati sono trasferiti è loro garantita la necessaria continuità con il piano terapeutico individuale in corso (nono comma). Ai detenuti e agli internati che, al momento della custodia cautelare in carcere o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, abbiano in corso un programma terapeutico ai fini di cui alla legge 14 aprile 1982, n. 164, sono assicurati la prosecuzione del programma e il necessario supporto psicologico (decimo comma). Nel caso di diagnosi anche sospetta di malattia contagiosa sono messi in atto tutti gli interventi di controllo per evitare insorgenza di casi secondari, compreso l'isolamento. Il direttore dell'istituto è immediatamente informato dell'isolamento e ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza (undicesimo comma). I detenuti e gli internati, possono richiedere di essere visitati a proprie spese da un esercente di una professione sanitaria di loro fiducia. L'autorizzazione per gli

Ne consegue il ricorso per Cassazione in cui il ricorrente denuncia l'illegittima compressione di un suo diritto inviolabile – alla genitorialità – e, contemporaneamente, l'assenza di adeguate forme di tutela azionabili dinnanzi alla magistratura di sorveglianza, con la conseguenza che una posizione costituzionalmente garantita rimane priva del necessario carattere di giustiziabilità[90].

imputati è data dal giudice che procede, e per gli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, per i condannati e gli internati è data dal direttore dell'istituto. Con le medesime forme possono essere autorizzati trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da effettuarsi a spese degli interessati da parte di sanitari e tecnici di fiducia nelle infermerie o nei reparti clinici e chirurgici all'interno degli istituti, previ accordi con l'azienda sanitaria competente e nel rispetto delle indicazioni organizzative fornite dalla stessa (dodicesimo comma). Il direttore generale dell'azienda unità sanitaria dispone la visita almeno due volte l'anno degli istituti di prevenzione e di pena, allo scopo di accertare, anche in base alle segnalazioni ricevute, l'adeguatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive e le condizioni igieniche e sanitarie degli istituti (tredicesimo comma). Il direttore generale dell'azienda unità sanitaria riferisce al Ministero della salute e al Ministero della giustizia sulle visite compiute e sui provvedimenti da adottare, informando altresì i competenti uffici regionali, comunali e il magistrato di sorveglianza (quattordicesimo comma)».

In ordine alla mancata emersione del diritto a una tutela effettiva della salute mentale nel corso dell'esecuzione penale si rinvia alla precedente nota n. 28 del presente capitolo.

La bibliografia sulle eterogenee criticità connesse alla tutela della salute, fisica e mentale, nel corso dell'esecuzione penale è ampia: cfr., tra i molti, M. Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane*, op. cit., 165-196; M. Esposito, *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Milano, 2007; A. Carnevale, A. Di Tillio, *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Milano, 2006; 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 ss.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 137-159 e, dello stesso Autore, *Dignità e carcere*, op. cit., 83-96; G. La Greca, *La salute del detenuto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3, 1995, 384 ss.

In argomento si vedano anche le proposte elaborate dal Tavolo 10 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Salute e disagio psichico", la maggior parte delle quali non recepite dal recente decreto di riforma (la relazione del Tavolo 10 è pubblicata in *giustizia.it*).

Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr. F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017; 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 *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014.

[90] A sostegno del ricorso il detenuto richiama altresì la giurisprudenza della Corte EDU (sent. *Musumeci c. Italia* del 11 gennaio 2005, ric. n. 33695/96) e una precedente pronuncia della Corte di Cassazione sui rapporti intercorrenti tra Magistratura di Sorveglianza e discrezionalità della Pubblica amministrazione (Corte Cass., sez. I pen., 3 febbraio 2004, n. 14487).

Il Giudice di legittimità ritiene il ricorso fondato[91]. Circa i dinieghi opposti al ricorrente, la Corte ribadisce che l'azione amministrativa deve improntarsi al principio di proporzionalità la cui presunta violazione deve sempre potersi far valere davanti a un organo avente natura giurisdizionale; il magistrato della sorveglianza, «sostanzialmente rifugiandosi nel *non liquet*», ha dunque illegittimamente omesso di dichiararsi riguardo a una situazione giuridica soggettiva garantita (e negata in via amministrativa), «in relazione alla quale il giudice è sempre chiamato a pronunciarsi valutandone la tutelabilità concreta»[92].

In ordine al merito del ricorso i giudici di legittimità, prendendo le mosse dalla giurisprudenza costituzionale, ribadiscono che il trattamento penitenziario deve essere individualizzato, conforme ad umanità e assicurare il rispetto della dignità della persona; 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 (…) ed il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona», ne discende «che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto». La mancata garanzia del diritto di accesso alle tecniche di PMA è pertanto illegittima, non potendosi adottare «restrizioni non giustificabili con le esigenze predette di rispetto della dignità e dell'umanità della persona»[93].

[91] Corte Cass., sez. I pen., sent. del 20 febbraio 2008 n. 7791.

[92] Sul punto i giudici di legittimità richiamano la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999 che, come ampiamente ricordato, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non prevedevano una tutela di natura giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale. Pronuncia che ha trovato il pieno consenso della Suprema Corte nella sentenza a sezioni Unite del 10 giugno 2003, n. 25079.

Sulla giustiziabilità dei diritti nel corso dell'esecuzione penale come posizione emersa su impulso giurisprudenziale, v. *infra*, cap. 4, par. 1.

[93] Considerazioni peraltro ribadite dalla stessa Corte di Cassazione nella successiva sentenza n. 46728 del 2011.

I giudici di legittimità non si sono invece espressi in ordine ai diritti del nascituro e sull'esigenza del minore di essere cresciuto ed educato attivamente dal padre, invocati dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria a sostegno del diniego al prelievo.

La Suprema Corte, successivamente tornata in argomento, ha esteso l'applicabilità della procreazione medicalmente assistita anche ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale affetti da malattie virali con elevato rischio di trasmissione al *partner* e al feto[94]; situazione in cui, affermano i giudici di legittimità, «il detenuto (...) può essere autorizzato al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie, sussistendo le condizioni di legge, di accedere alla procreazione medicalmente assistita: il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale»[95]. Lo stato detentivo non costituisce – e non può costituire – una condizione ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dalla legge senza che vi siano concrete esigenze di sicurezza a giustificarne la limitazione.

Ciò che le richiamate sentenze mostrano è, dunque, un processo di emersione giurisprudenziale che insiste sull'efficacia applicativa del diritto, resosi necessario da una negazione concreta di una posizione soggettiva astrattamente tutelabile[96]. L'accesso alle tecniche di PMA è riconosciuto dalla legge alla generalità dei consociati senza che sia presente nella normativa penitenziaria un'espressa previsione ostativa alla sua garanzia, come invece avviene – ad esempio – in riferimento alla sessualità intramuria[97]; la negazione ha, dunque, natura esclusivamente applicativa, rispondendo a un bilanciamento del tutto decentrato a favore di evanescenti esigenze di sicurezza peraltro operato dalle autorità amministrative. Riemergono le forti criticità espresse in relazione all'ampio potere

Ai fini di una contestualizzazione della sentenza n. 7791 del 2008 della Suprema Corte nel più generale ambito del diritto all'affettività in carcere, *infra*, cap. 3, par. 5.

[94] Corte Cass., sent. n. 11259 del 2009.

[95] Nel caso di specie il ricorso era stato promosso da un detenuto recluso in regime detentivo speciale affetto da epatopatia HCV, al quale l'autorizzazione all'accesso era stata negata per la presunta impossibilità di applicare le "linee guida" del decreto del Ministero della Salute che consentono l'accesso alla PMA anche alle coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili al *partner* o al feto.

[96] Si tornerà in seguito su un episodio di emersione applicativa anomala in relazione al diritto alla tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive spettanti alle persone detenute (*infra*, cap. 4, par. 1).

[97] Come si avrà ampiamente modo di osservare, l'ostatività normativa risiede nell'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia sui colloqui ai sensi dell'art. 18, secondo comma, o.p. (*infra*, cap. 3, par. 5.1).

discrezionale spesso assunto dall'Amministrazione penitenziaria in ordine al godimento dei diritti costituzionali fino al punto, come nel caso in esame, di negarne la concreta garanzia[98].

Un'ultima riflessione scaturisce dalla natura della posizione soggettiva sottoposta al processo di emersione giurisprudenziale, in termini di maggiore incidenza del fenomeno. Se l'affioramento ad opera dei giudici (costituzionali, europei e di legittimità) pone un imperativo significativo garantendo – seppur con intensità differenti – l'applicabilità *pro futuro* del diritto, i lunghi tempi che l'emersione giurisprudenziale spesso richiede rischiano di pregiudicarne definitivamente la tutela. Il riferimento è soprattutto a quei diritti, come la filiazione o la salute, ontologicamente condizionati dai mutamenti biologici o clinici che si producono nel corpo o nella psiche della persona, per i quali un necessario corollario di garanzia non può che risiedere nell'immediatezza della tutela, possibile solo ove tutti gli "attori" chiamati ad operare nell'esecuzione penale – amministrazione penitenziaria *in primis* – ancorino, sin dal principio, le proprie decisioni sul corretto bilanciamento costituzionale tra esigenze di sicurezza e protezione dei diritti costituzionali.

4. *Il diritto a non subire tortura come posizione soggettiva legislativamente emersa ad efficacia applicativa semi-sommersa*

È noto come per lungo tempo la mancata introduzione del reato di tortura nell'ordinamento penale italiano abbia costituito una delle più gravi violazioni degli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese; nonostante la ratifica di tutti i trattati che sin dalla fine del secondo conflitto mondiale hanno tentato di arginare il fenomeno, il Legislatore ha inserito un autonomo reato di tortura nel codice penale solo nel luglio 2017[99].

[98] *Supra*, cap. 1, par. 4.1. Emblematica, sul punto, anche la c.d. vicenda Rai Sport-Rai Storia che condurrà al noto conflitto di attribuzioni tra Ministero della Giustizia e Tribunale di Sorveglianza di Roma risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 135 del 2013 (*infra*, cap. 4, par. 3).

[99] Art. 613-*bis* c.p., inserito dalla legge n. 110 del 14 luglio 2017 ("Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano").

Troppo tardi (e troppo poco) a fronte di un'inerzia parlamentare pluridecennale che l'autorità giudiziaria ha faticosamente, e del tutto inefficacemente, tentato di arginare ricorrendo a "fantasiosi" combinati fra le differenti ipotesi di reati comuni presenti, inidonei a sanzionare i comportamenti riconducibili alla nozione internazionale di tortura come dimostrano le sentenze dei giudici nazionali e di Strasburgo di cui si dirà a breve.

Evidente, dunque, come per lungo tempo il diritto a non subi-

Prima dell'intervento del 2017 il Legislatore, con la legge n. 6 del 2002, di conversione del d.l. n. 421 del 2001 relativo all'operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan, aveva provveduto ad inserire una prima fattispecie di tortura nel Codice penale militare di guerra nell'art. 185-*bis* ("Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali"): «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». L'art. 185-*bis* c.p.m.g. è stato successivamente modificato dalla legge n. 15 del 2002 che ha innalzato il minimo edittale a due anni di reclusione militare, lasciando invariato il limite massimo della pena.

L'introduzione della disposizione si deve alla profonda indignazione pubblica seguita agli eventi ricordati come i "fatti di Somalia", risalenti al 1996: una lunga serie di abusi psichici e fisici (di natura anche sessuale) perpetrati da alcuni membri dell'Esercito Italiano in danno di numerosi civili somali nel corso delle missioni di pace delle Nazioni Unite UNISOM I e II. Oltre alla Commissione governativa d'inchiesta istituita per far luce sull'accaduto, della vicenda si occupò anche la Commissione Difesa del Senato che nella Relazione finale dichiarò espressamente: «in Somalia si è avuta una vera e propria *escalation* di irregolarità comportamentali che, per quanto episodiche, hanno enfatizzato carenze di controllo sulla disciplina e sul morale» (Senato della Repubblica, doc. XVII, n. 12, del 2 giugno 1999, in *senato.it*. Per una più ampia ricostruzione degli episodi di violenza v. E. Gallo, *La relazione dell'8 agosto 1997 sui fatti di Somalia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1148 ss.). Le "irregolarità" menzionate nella relazione integravano vere e proprie ipotesi di tortura, tanto che la stessa Commissione auspicava «l'introduzione del reato nel codice penale italiano», accompagnata da una «riformulazione anche del codice militare»; quest'ultima richiesta venne soddisfatta due anni più tardi con l'introduzione dell'art. 185-*bis* c.p.m.g. Nonostante la formulazione non fosse esente da critiche, soprattutto in ordine alla sua genericità, la disposizione è rimasta fino al 2017 l'unica ipotesi di tortura espressamente condannata dall'ordinamento italiano.

Per un approfondimento sull'art. 185-*bis* c.p.m.g., anche in riferimento ai profili applicativi maggiormente problematici, cfr. G. Lanza, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 2011, 761-764; A. Lanzi, T. Scovazzi, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. inter.*, 3, 2004, 685 ss. e R. Rivello, *Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, 6, 2002, 25 ss.

re tortura[100] abbia rappresentato l'archetipo delle posizioni soggettive sommerse, potendosi in questa sede solo nuovamente concordare con le autorevoli dottrine che ne hanno individuato il nucleo essenziale di protezione nel quarto comma dell'art. 13 della Costituzione, quale (unica) norma costituzionale che impone un puntuale obbligo di repressione penale nei confronti di «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»[101]. Il principio è stato definito «importantissimo» nel disegno costituzionale a tutela dell'inviolabilità di ciascuno, sancendo «non solo la illiceità di condotte (…) a carico dei ristretti, che, proprio per l'esistenza dello stato di restrizione, sono più possibili o facili a verificarsi, ma l'obbligo di sanzionarle»[102]; lo Stato, esercitando i poteri nei limiti imposti dal dettato costituzionale diviene dunque «il custode delle persone cui ha limitato la libertà dovendo garantire che nessun atto di ulteriore afflizione verrà perpetrato nei loro confronti»[103].

Nella prospettiva che qui interessa, l'analisi su questo diritto "in negativo" trova preminente rilevanza non tanto nel significa-

[100] Definito recentemente come diritto di libertà dalla tortura da Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 336. Secondo l'Autore il diritto a non subire tortura e il diritto dalla libertà della tortura avrebbero portata diversa: il primo parrebbe indicare un mera posizione soggettiva del torturato posta «a fondamento di una pretesa del singolo a non essere torturato (…) non comportando necessariamente l'obbligo, da parte dello Stato, di reprimere la tortura»; il secondo avrebbe invece portata più ampia potendo 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 (…) – di adoprarsi affinché la libertà oggetto del diritto sia effettiva e garantita anche con azioni di tipo repressivo» (361, 362).

[101] Sul punto preme ricordare che il recente d.lgs. n. 123 del 2018 ha inserito un riflesso ordinamentale della disposizione costituzionale prevedendo nel nuovo terzo comma dell'art. 1 o.p. che a «ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno».

[102] V. Onida, *Relazione*, in *I diritti dei detenuti e la Costituzione. Atti del Convegno nazionale del Coordinamento enti e associazioni di volontariato penitenziario*, Roma, 2009, 61.

Sulla necessità di punire le condotte di tortura come obbligo discendente dall'ampia formulazione del quarto comma dell'art. 13 Cost., *supra*, cap. 1, par. 3.3.2.

[103] Recentemente C. Martinelli, sub *art. 13*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, 1, Bologna, 2018, 100.

tivo ruolo propulsivo assunto dalla giurisprudenza – soprattutto sovranazionale – in ordine al processo (legislativo) di affioramento nello *ius positum*, quanto nel consentire una valutazione in concreto della distanza che sovente intercorre tra formale emersione e sostanziale sommersione dell'efficacia costituzionale. Il diritto a non subire tortura ben mostra cioè le insidie celate in "interventi manifesto", quali scelte parlamentari sospinte unicamente da gravi condanne giurisprudenziali anziché da una rinnovata coscienza costituzionale nel processo di affioramento dei diritti[104], come peraltro confermano le recenti critiche mosse all'art. 613-*bis* c.p. dal Comitato ONU contro la Tortura su cui si tornerà a breve[105].

Comprendere la pericolosa discrepanza tra emersione formale (astratta previsione normativa) e sommersione sostanziale (inefficacia in concreto) del nuovo reato impone dunque di valutarne l'(in) idoneità ad adempiere sia al dovere costituzionale di "punire" ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà personale, sia ai puntuali obblighi internazionali di contrasto alla tortura che occorre brevemente richiamare come parametro oggettivo dell'indagine, la cui vincolatività discendente direttamente dall'art. 117, primo comma, della Costituzione.

L'esigenza di una forte tutela dei diritti inerenti alla sfera psico-fisica dell'individuo – nonché di istituire organismi idonei a garantirne l'effettività – è divenuta oggetto di attenzione da parte della comunità internazionale a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale, quando maggiore era avvertita l'esigenza di impedire il ripetersi delle brutalità con cui il "secolo breve"[106] si era drammaticamente inaugurato. Già nella Dichiarazione Universale

[104] La riflessione presenta ampi tratti di analogia con le considerazioni espresse a proposito degli interventi adottati dal legislatore italiano sul sovraffollamento carcerario come diritto a uno spazio detentivo dignitoso (*supra*, cap. 2, parr. 2.2 e 2.3).

[105] Il riferimento è alle osservazioni conclusive del Comitato ONU contro la Tortura, pubblicate il 6 dicembre 2017 a seguito della valutazione del quinto e sesto rapporto periodico dell'Italia (CAT/C/ITA/5-6) nell'ambito degli incontri tenutisi a Ginevra il 14 e 15 novembre del 2017 (CAT/C/SR.1582 e 1585). *Infra*, cap. 3, par. 4.2.

[106] La celebre espressione si deve a E. Hobsbawm, *Il secolo breve. 1914-1991*, New York, 1994.

In proposito è stato osservato come il solenne riconoscimento dell'inviolabilità di alcuni diritti si era reso necessario «poiché gli eventi di immani proporzioni della seconda guerra mondiale erano ancora vividi nella coscienza collettiva», sentita era dunque

dei diritti dell'uomo (di seguito, DUDU)[107], prima Carta a individuare con puntualità un embrionale nucleo di diritti umani, il potere pubblico assume un ruolo funzionale alla loro protezione, garantendone – mediante misure progressive di carattere nazionale e internazionale – l'universale ed effettivo riconoscimento e rispetto[108]. In questa direzione l'articolo 5 dispone che «nessun individuo potrà essere sottoposto a trattamento o punizioni crudeli, inumani o degradanti»[109]; non una proibizione espressa di tortura, dunque, ma indubbiamente un vivido antecedente del ben più incisivo divieto inderogabile contenuto nell'articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della libertà fondamentali (1950) di cui ampiamente si è detto: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»[110]. La Convenzione prevedendo un divieto che, già da tempo, avrebbe

«l'urgenza di ancorare quei diritti a elementi difficilmente soggetti alle oscillazioni delle alternanze al potere» (G. DOSSETTI, *Costituzione e resistenza*, Roma, 1995, 195).

A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., ben rileva come le pratiche di tortura non fossero un'esperienza sconosciuta per molti Costituenti, richiamando sul punto P. CALAMANDREI, *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, in *Il Ponte*, 1949, 228 ss. e mettendo in luce come l'intero terzo fascicolo della Rivista fosse una «testimonianza collettiva e generazionale della piena coscienza che i Padri Costituenti avevano – per esperienza diretta – della condizione carceraria e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti» (133).

[107] Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948.

[108] Preambolo alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

[109] Per molti la DUDU ha rappresentato il primo passo verso un'ideale "Carta internazionale dei diritti umani", unitamente ai due richiamati Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici del 1966. Si tratta tuttavia di un atto a forte natura ideologica, i suoi articoli consistendo perlopiù in chiare e sintetiche affermazioni di principio, lasciano a successivi trattati il compito di tradurne il contenuto in disposizioni pattizie idonee a imporre obblighi giuridici, specificare diritti e garantirne la piena tutela giurisdizionale.

Assai rilevanti nell'evoluzione della protezione dalle condotte di tortura anche le quattro convenzioni di Ginevra, introdotte nell'ordinamento italiano con la legge n. 1739 del 1951; in ogni testo la comunità internazionale sceglie di inserire un articolo pressoché identico, il "*common article*" 3, ai sensi del quale: «sono e rimangono vietate, in qualsiasi tempo e luogo (…): a. le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b. la cattura di ostaggi; c. gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti». L'ampia formulazione offre una tutela orizzontale dagli atti di tortura nei confronti di ogni persona che si trovi coinvolta in un conflitto armato per ragioni di servizio o casualità.

[110] Sulla portata dell'art. 3 nel sistema convenzionale, v. *supra*, cap. 2, par. 2.

dovuto essere ampiamente acquisito dalla cultura internazionale dei diritti, non contiene una nozione delle condotte riconducibili alla fattispecie[111], definizione puntualmente fornita nel noto art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura (CAT)[112] firmata a New York il 10 dicembre 1984: il termine «designa qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate»[113].

[111] In ordine all'inderogabilità del divieto, alla previsione ad opera dei giudici di Strasburgo di pervasivi obblighi positivi e negativi in capo agli Stati Parte e sui criteri discretivi delle condotte riconducibili all'interno dell'art. 3 della Convenzione, si rinvia alle ampie riflessioni precedenti (*supra*, cap. 2, par. 2).

Una dettagliata analisi dell'inderogabilità del divieto di tortura nel diritto internazionale è contenuta in C. Fioravanti, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost*., 2004, 555-561.

[112] Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 27 giugno del 1987 e ratificata dall'Italia il 1° febbraio 1989.

Per gli opportuni approfondimenti sull'ampia nozione di tortura offerta dalla CAT si rinvia a un recente contributo di A. Bonomi, *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1, 2018, 23 aprile 2018 4-7, nonché ad A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 4, 1993, 979 ss., in particolare nota 22. Lo stesso Autore, in diverso scritto, pone in luce le forti criticità derivati dall'aver introdotto la CAT nell'ordinamento italiano tramite lo strumento dell'ordine di esecuzione, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. inter*., 2, 1999, 468, 469.

[113] Aggiunge il secondo periodo dell'art. 1: «Il presente articolo lascia impregiudicato ogni strumento internazionale e ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia».

La definizione, completa e calzante, contempla tanto l'ipotesi di condotta "inquisitoria"[114], diretta a estorcere una confessione, quanto le torture inflitte a scopo sanzionatorio o intimidatorio nei confronti di persona sospettata di aver commesso un reato o già condannata. Quanto alla conformazione, il delitto si configura come un reato proprio – essendo essenziale la qualifica di pubblico ufficiale, o il suo consenso «espresso o tacito» qualora l'esecutore materiale sia un terzo – sorretto da un ampio dolo specifico, individuato nel fine di ottenere informazioni, punire per un atto commesso dalla vittima o da terzi, ovvero per «qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione».

Puntualmente definita la fattispecie, la Convenzione impone ai contraenti di vigilare «affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del diritto penale» (art. 4) precisando, al paragrafo 2, che «ogni Stato rende queste trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità». Significativo in tal senso, il Protocollo opzionale[115] alla Convenzione (OPCAT) del 2002 – ratificato dall'Italia, con dieci anni di ritardo, nel 2012[116] – contenente pervasivi obblighi positivi fra i quali il dovere di garantire l'accesso a tutti i luoghi di detenzione e istituire un organo indipendente di vigilanza e garanzia sull'osservanza dei divieti posti dalla Convenzione, impegno adempiuto in Italia nel 2013 con

[114] Riguardo all'(in)utilità della tortura inquisitoria due illustri Autori del passato hanno scritto: «i tormenti non sono un mezzo per scoprire la verità, ma bensì un mezzo che spinge l'uomo ad accusarsi reo di un delitto, lo abbia ovvero non lo abbia commesso» (P. Verri, *Osservazioni sulla tortura* (1777), rist. Milano, 2006, 136). E ancora, «l'esito (…) della tortura è un affare di temperamento e di calcolo, che varia in ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità; tanto che con questo metodo un matematico scioglierebbe meglio che un giudice questo problema: data la forza dei muscoli e la sensibilità delle fibre d'un innocente, trovare il grado di dolore che lo farà confessar reo di un dato delitto» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., 16).

Sulla centralità della figura di Cesare Beccaria nell'evoluzione del pensiero giuridico moderno, v. *supra*, cap. 1, par. 2.

[115] Nonostante la natura opzionale e integrativa – trovandosi i fondamenti del divieto di tortura già nella Convenzione – il Protocollo amplia sensibilmente le forme di tutela specialmente sul piano della prevenzione, contenendo un obbligo positivo di istituire un'autorità indipendente a garanzia delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale.

[116] Legge n. 195 del 9 novembre 2012 su cui F. Persana, *L'adesione dell'Italia al Protocollo opzionale del 18 dicembre 2002 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti*, in *Resp. civ. e prev*., 2, 2013, 713 ss.

l'istituzione dell'Autorità Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale[117].

Come avvenuto per la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, alla CAT segue un analogo atto adottato in seno al Consiglio d'Europa, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura firmata a Strasburgo il 26 novembre del 1987 ed entrata in vigore, insieme ai due Protocolli addizionali, il primo marzo del 2002. Diversamente dalla DUDU, il Consiglio d'Europa sceglie la strada della prevenzione, istituendo il più volte richiamato Comitato Europeo per la prevenzione della Tortura (CPT)[118], di cui la Convenzione delinea lo Statuto operativo[119].

Tra le fonti internazionali del diritto a non subire tortura merita infine un richiamo espresso lo Statuto della Corte Penale Internazionale firmato a Roma nel 1998[120] ed entrato in vigore il pri-

[117] *Supra*, cap. 2, par. 2.4.1 e *infra*, cap. 4, par. 3.1.

[118] È compito del Comitato vigilare allo scopo di prevenire le pratiche di tortura e di altre punizioni o trattamenti crudeli, inumani o degradanti attraverso visite in ogni luogo in cui si trovino persone ristrette nella propria libertà per ordine della pubblica autorità (art. 2). Essendo l'accento posto sulla condizione di privazione della libertà personale, senza prevedere un elenco tassativo dei luoghi a cui il CPT abbia accesso, rientrano nell'ampia formulazione dell'art. 2 non solo gli spazi "tradizionali" della detenzione – istituti penitenziari, ospedali psichiatrici giudiziari, celle di sicurezza di questure e caserme etc. – ma tutte le situazioni nelle quali, in forza di un provvedimento «di pubblica autorità», si trovino persone private della libertà. Si pensi ai padiglioni giudiziari degli ospedali o ai centri di detenzione amministrativa per migranti, luoghi nei quali a una condizione di concreta riduzione della libertà non corrispondono le garanzie previste dalla normativa penitenziaria (sul punto v. note nn. 44 e 92, cap. 1).

Nei rapporti del Comitato antecedenti al 2017 l'esortazione a introdurre il reato di tortura nell'ordinamento italiano è costante; si veda in particolare CPT/Inf(2013)33 del 19 novembre 2013 e la risposta del Governo italiano sulla presunta "copertura minima" contenuta nella successiva nota n. 133 del presente capitolo.

[119] Merita menzione anche il "*Corpus* di principi per la tutela di tutte le persone sottoposte a una qualsiasi forma di detenzione o di reclusione", adottato dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel dicembre 1988, il cui Principio n. 6 afferma: «nessuna persona sottoposta a una qualsiasi forma di detenzione o di reclusione sarà sottoposta a tortura o a pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti. (…) nessuna circostanza, di qualunque tipo essa sia, può essere invocata come giustificazione per la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, disumani o degradanti». Il successivo Principio stabilendo che «Gli Stati dovrebbero vietare per legge qualsiasi atto contrario ai diritti o ai doveri enunciati in questi principi, prevedere per tali atti le appropriate sanzioni e condurre indagini imparziali in caso di denuncia», ribadisce l'importanza dell'obbligo sovranazionale di repressione del fenomeno.

[120] Lo Stato italiano ha ratificato con insolita prontezza lo Statuto (legge n. 232

mo luglio del 2002 con un alto numero di ratifiche[121]. Lo Statuto, aprendosi con l'istituzione della Corte con sede a L'Aja, ne afferma la giurisdizione «sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, motivo di allarme per l'intera comunità» e individuati, *ratione materiae*, in genocidio, crimini contro l'umanità, di guerra e di aggressione (art. 5)[122].

Le pratiche di tortura, ponendosi quali comportamenti trasversali potenzialmente insiti in ogni categoria criminosa prevista dallo Statuto[123], sono definite nell'art. 7, par. 2, lett. e) a norma del quale per tortura «s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati»: la somiglianza con il modello delineato dall'articolo 1 della Convenzione di New York è parziale, non delineandosi un reato proprio sorretto da dolo specifico, a favore del

del 1999), tuttavia alla celerità iniziale non è seguita un'azione altrettanto incisiva nell'adeguamento della legislazione nazionale: la legge di adeguamento allo Statuto, n. 237 del 2012, è stata approvata tredici anni più tardi con non poche criticità sulle quali si rinvia all'ampia riflessione di E. Guarducci, C. Tucciarelli, *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012*, in *federalismi.it*, 1, 2013, 1 ss. Sui problemi di attuazione dello Statuto prima della legge n. 237 del 2012 v. anche V. Zanetti, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale: alcuni snodi costituzionali*, in *Quad. cost*., 4, 2010, in particolare 773-798.

Un approfondimento su origini e funzionamento della Corte Penale Internazionale è contenuto in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002.

[121] È nota tuttavia la mancata adesione di diversi Stati politicamente e militarmente influenti come Stati Uniti, Cina e Israele.

[122] Un'ampia ricostruzione, anche bibliografica, riguardo ai crimini oggetto della giurisdizione della Corte Penale Internazionale è contenuta in G. Gioffredi, *Globalizzazione, nuove guerre e diritto internazionale*, Trento, 2012, 133 ss.

[123] In primo luogo la tortura è contemplata alle lett. b) e c) dell'art. 6, che individua il crimine di genocidio: qualora siano commessi in modo sistematico e contro un determinato gruppo «nazionale, etnico, razziale o religioso», tortura e altri trattamenti crudeli possono configurarsi come reato-mezzo necessario alla perpetrazione del crimine di genocidio. In secondo luogo, alla lett. f) dell'art. 7, par. 1, la tortura è qualificata come crimine contro l'umanità, così come gli «altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale» (lett. k).

requisito oggettivo più ampio della custodia o del controllo sulla vittima[124].

4.1. L'obsoleta "copertura minima": un revival *inaspettato*

L'esame condotto sulle principali fonti sovranazionali ben mostra come la tortura sia annoverata della comunità internazionale fra le violazioni dei diritti fondamentali così gravi da escluderne ogni deroga in ragione di circostanze politiche o sociali, tanto da farne rientrare il divieto fra le norme dello *jus cogens*[125]. Il diritto a non subire tortura è cioè inserito nel "nocciolo duro" della tutela dei diritti umani, un nucleo incomprimibile di previsioni e obblighi in cui il diritto umanitario (o *ius in bello*, oggetto privilegiato delle Convenzioni di Ginevra) si intreccia con lo *human rights law*, quale complesso di previsioni internazionali volte alla protezione dei diritti di ogni individuo[126].

È stato tuttavia efficacemente osservato come alla crescente

[124] Sul punto v. P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, 213-215.

[125] Il riferimento è ai principi generalmente accettati e riconosciuti dalla comunità internazionale come inderogabili e non modificabili, se non mediante l'adozione di nuove norme di diritto internazionale aventi la stessa natura (definizione contenuta nell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, adottata il 22 maggio 1969). Sul punto cfr. F. Trione, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, 27 ss.; A. Marchesi, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in L. Zagato e S. Pinton (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, 8-11.

Che il divieto di tortura – unitamente ad altri principi universalmente affermati quali il diritto alla vita, a un equo processo e alla parità di genere – sia annoverato fra le norme che compongono un'ipotetica "Costituzione materiale" dell'ordinamento internazionale, è peraltro confermato in diverse decisioni degli organi internazionali; v. Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, sent. *Prosecutor v. Furundzjia*, 10 dicembre 1998, n. IT-95-17/IT nonché Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. *Al-Adsani c. Regno Unito*, del 21 novembre 2000, ric. 35763/96.

[126] Un'ampia ricostruzione dei rapporti tra il diritto umanitario e la disciplina internazionale dei diritti umani è contenuta in E. Greppi, *Diritto internazionale dei conflitti armati e diritti umanitari: profili di una convergenza*, in *Riv. com. inter.*, 1996, 473 ss. Un approfondimento sulla nozione di tortura in ambito internazionale, peraltro con ampi riferimenti alla legge n. 110 del 2017, è contenuta in F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. inter.*, 1, 2018, 151 ss.

sensibilità internazionale, non sia corrisposta una sostanziale diminuzione delle pratiche di tortura nel mondo, la cui individuazione (e repressione) è resa sempre più ardua dalla diffusione di nuovi potenziali strumenti di abuso[127], tanto più insidiosi in quanto studiati per ridurre al minimo le tracce fisiche delle gravi vessazioni[128].

Se, per un verso, le resistenze sostanziali alla positivizzazione del diritto a non subire tortura hanno trovato un flebile alibi nella scarsa pervasività della normativa internazionale, spesso non sorretta da incisivi meccanismi coercitivi[129], per l'altro si mostrano come l'espressione più nitida di una radicata coscienza politico-istituzionale che predilige la negazione del fenomeno anziché – come il quadro sovranazionale imporrebbe – la sua decisa rimozione[130]. È in tale negazione di matrice ideologica che sembra ancorarsi la tenace scelta del legislatore italiano di non introdurre, per quasi settant'anni dall'art. 13, quarto comma, Cost. una fattispecie criminosa *ad hoc* nell'impianto codicistico; nonché, dal 2017, di comprimerne fortemente le potenzialità applicative.

Tuttavia prima di rivolgere l'attenzione al presunto sfasamento tra emersione del diritto e sommersione della sua effettività in concreto, la recente riapertura del dibattito pubblico intorno alla

[127] Si pensi, in particolare, alla diffusione di strumenti quali *spray* urticanti o pistole elettriche (c.d. *taser*), quest'ultime recentemente entrate a far parte delle dotazioni degli organi di pubblica sicurezza in diverse provincie italiane. Rientrano nella categoria anche le pratiche di privazione del sonno e di *waterboarding* che, pur provocando acute sofferenze, non lasciano alcun segno materiale sul corpo della vittima.

[128] Si è parlato in proposito di «carattere evolutivo» del concetto di tortura (F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GIANNELLI, M.P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia,* Roma, 2004, 171).

[129] Gli atti internazionali fondano gran parte della propria forza sulla mera *moral persuasion*, con il rischio di vedere disattese anche le formulazioni più solenni come le prescrizioni contenute nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

[130] Per un'esaustiva ricostruzione comparatistica delle diverse forme di repressione del crimine di tortura in alcune esperienze europee, cfr. GIU. SERGES, *L'introduzione dei reati di Tortura in Italia ed in europa*, op, cit., 7-15 nonché il recente volume di E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, op. cit., 169 ss. L'Autrice pone altresì in luce la perdurante attualità del dibattito intorno al divieto di tortura in Italia anche in relazione ad istituti su cui il fenomeno inevitabilmente si ripercuote tra cui il sovraffollamento carcerario, il regime detentivo speciale e l'ergastolo ostativo. L'ampiezza del tema non ne consente la trattazione in questa sede rinviandosi al volume anche in riferimento all'ampia ricostruzione delle posizioni dottrinali in materia (97-168).

necessità di un ritorno al quadro normativo *ante* reato, di cui si fanno spesso portavoce alcuni esponenti del Governo[131], impone un breve richiamo alle ragioni – giuridiche e fattuali – che hanno indotto dottrina e giurisprudenza a respingere con forza l'obsoleta teoria che rinviene nel codice penale le norme idonee a reprimere le condotte integranti la fattispecie internazionale di tortura, sì da escludere la necessità dell'emersione del reato (c.d. tesi della copertura minima)[132]. È noto come tale ricostruzione sia stata a lungo invocata dai rappresentanti del Governo italiano dinnanzi agli organi sovranazionali[133] pur palesandosi, in diverse occasioni, la scarsa credibilità della posizione, tanto da indurre il Relatore per l'Italia nel Comitato ONU contro la tortura a parlare, efficacemente, di «frammenti sparsi della definizione» nel codice penale[134].

[131] È nota la posizione più volte pubblicamente espressa dal *leader* della Lega e attuale Ministro dell'Interno, Matteo Salvini, sulla necessità di abrogare il reato di tortura introdotto nella scorsa legislatura, nonché la recente presentazione alla Camera (luglio 2018) di un disegno di legge rivolto a tal fine da parte dell'on. Giorgia Meloni con il dichiarato intento di consentire alle forze di pubblica sicurezza di svolgere "correttamente" il proprio lavoro.

Sul punto risulta tanto più attuale la riflessione espressa dalla dottrina che ritiene l'immagine delle forze di pubblica sicurezza offuscata dal «processo di immedesimazione – simbolica, dunque possente e profonda – tra lo Stato e gli apparati deputati alla sua sicurezza. (…) dove l'obiettivo di restringere l'ambito di applicazione del divieto di tortura rivela (…) la finalità di non "legare troppo le mani" alle forze dell'ordine». Viceversa perseguendo efficacemente le condotte di tortura «ad essere difesa – e non offesa – sarà la disciplina e l'onore con i quali tutti gli altri suoi funzionari adempiono al dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della sua Costituzione (art. 54 Cost.)» (A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 143, 144).

[132] In dottrina si è parlato dell'esistenza di una «batteria di norme repressive» (G. Amato, sub *art. 13 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, op. cit., 28).

[133] Ne sono esempio il documento "*Committee against Torture*, CAT/C/25/Add. 4, n. 5", e l'emblematica risposta del Governo italiano alla raccomandazione CPT/Inf(2013)33: «Per quanto riguarda il reato di tortura, (…) vorremmo ribadire quanto segue: l'articolo 606 e le altre disposizioni, contenute nella stessa sezione del codice penale, tutelano la persona contro un arresto illegale, una indebita restrizione della libertà personale, l'abuso di ufficio contro i detenuti e i prigionieri, le ispezioni illegali e le ricerche personali. Queste tutele sono integrate dalle disposizioni di cui agli articoli 581 (percosse), 582 (lesioni personali), 610 (violenza privata, nel caso in cui la violenza o la minaccia non siano considerate come un reato diverso) e 612 (minaccia) del codice penale. A maggior ragione, le disposizioni di cui agli articoli 575 (omicidio) e 605 (sequestro di persona)».

[134] Gil Lavendra, *Committee against Torture*, CAT/C/SR. 214, n. 19.

Nel dettaglio uno dei maggiori ostacoli alla possibilità di sanzionare adeguatamente gli atti di tortura – a cui si affiancano le difficoltà di sussumere i comportamenti sotto le diverse fattispecie penali – si rinviene nell'esiguità del trattamento sanzionatorio e nei brevissimi tempi di prescrizione[135]. Così nei reati di percosse e lesioni (artt. 581 e 583 c.p.), fra loro distinti unicamente in rapporto all'entità del danno fisico cagionato, possono effettivamente ricondursi condotte riferibili a pratiche di tortura, essendo l'ambito applicativo della norma rivolto ad ogni maltrattamento che consista in un generico atto di violenza fisica. Tuttavia, oltre alla richiamata esiguità dei termini di prescrizione, le pene per

[135] In proposito è stato autorevolmente affermato che «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 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 cosi per non assicurare nel concreto l'effettività della risposta sanzionatoria. Per un verso, la CAT impone pene "adeguate alla gravità del reato": una pena lieve, dunque soggetta a termini di prescrizione brevi, espone al rischio dell'impunità, in aperta violazione di quell'obbligo. Per altro verso, lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale ha risolto il problema annoverando la tortura tra i crimini contro l'umanità, dunque imprescrittibili. Altrettanto è chiamato a fare il legislatore italiano» (A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 139). Andrea Pugiotto ben rileva come all'imprescrittibilità del reato dovrebbe affiancarsi la c.d. giurisdizione universale «che consente di sottoporre il presunto autore di atti di tortura alle "autorità competenti per lo svolgimento dell'azione penale", indipendentemente dal luogo dove il reato è stato commesso», secondo quanto previsto dall'art. 7 CAT, nell'ordinamento italiano dalla legge n. 498 del 1988 e dalla giurisprudenza di Strasburgo nella sentenza *Jones e a. c. Regno Unito* del 14 gennaio 2014, ric. nn. 34356/06 e 40528/06 (145 e nota n. 97).

La questione relativa ai tempi di prescrizione del reato è stata messa in luce dal CAT anche nella *List of issues* all'Italia del 2010 (CAT/C/ITA/Q/6), mentre la giurisprudenza della Corte EDU sul punto ha affermato che «in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione, così come l'amnistia e la grazia non dovrebbero essere tollerate in questo ambito» (sent. *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11. *Infra*, cap. 3, par. 4.1.1).

In argomento le richiamate osservazioni del Comitato ONU contro la tortura sul quinto e sesto rapporto periodico dell'Italia (CAT/C/ITA/5-6) manifestano apertamente la preoccupazione per il regime di prescrizione applicabile alla tortura. Il Comitato ha quindi raccomandato al legislatore di garantire che il delitto di tortura non sia soggetto ad alcuna prescrizione al fine di evitare rischi di impunità per i colpevoli (parr. 12-13, su cui v. *infra*, par. 4.2).

le "ipotesi lievi" risultano macroscopicamente inadeguate; mentre l'applicazione delle sanzioni più elevate, per le lesioni gravi o gravissime, è subordinata all'aver cagionato nella vittima rilevanti danni permanenti o comunque duraturi[136], che non sempre si producono nei casi di abusi delle autorità sulle persone private della libertà. In proposito è stato nuovamente osservato come «la sempre maggiore "raffinatezza" delle pratiche di tortura, che nelle sue manifestazioni più moderne mira non tanto a cagionare alla vittima un dolore esclusivamente fisico quanto a spezzarne la resistenza psichica e morale»[137], conduce a escluderne la punibilità in numerose occasioni[138].

L'art. 572 c.p. ("Maltrattamenti contro familiari o conviventi"), contenente un trattamento sanzionatorio severo e lunghi tempi di prescrizione, risulta evidentemente inadeguato sia in ragione alla tipologia di rapporto richiesto dalla norma tra autore e vittima – familiari o conviventi – sia per l'abitualità delle condotte, espressione di una «pratica reiterata e sistematica» cioè protratta «per un

[136] Prescrive l'art. 583 c.p.: «La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni: 1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni; 2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo. La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva: 1) una malattia certamente o probabilmente insanabile; 2) la perdita di un senso; 3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella; 4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso».

[137] A. Marchesi, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali*, op. cit., 1999, 470.

[138] Si pensi al richiamato fenomeno del *waterboarding*, o alle c.d. "tecniche di deprivazione sensoriale" (incappucciamento, privazione del sonno, assoggettamento continuo a forti rumori o musica alta, razionamento del cibo, "posizioni da *stress*"), espressamente riconosciute come ipotesi di tortura nella nota sentenza della Corte EDU *Irlanda c. Regno Unito*, del 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71: pur generando nella vittima sofferenze molto acute non producono quei danni permanenti alla salute che il codice penale italiano qualifica come elementi costitutivi dei reati di lesioni e percosse.

Inidonea risulta altresì la fattispecie di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.: «chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni». La nebulosità e l'indeterminatezza della condotta sanzionata comportano un'estrema difficoltà nell'applicazione in concreto della fattispecie alle ipotesi di tortura.

periodo di tempo significativo»[139]. Quanto all'ipotesi che punisce «chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno» (art. 612 c.p. "Minaccia"), le difficoltà applicative discendono, naturalmente, dalla necessità in sede probatoria di documentare l'"ingiustizia", requisito quanto mai evanescente e difficilmente dimostrabile soprattutto nel corso delle operazioni di pubblica sicurezza.

Ancora, nel reato di sequestro di persona (art. 605 c.p.), assistito da pene rigorose specie se aggravato per essere «commesso con abuso della qualità di pubblico ufficiale» (secondo comma), l'inidoneità risiede nell'applicabilità della fattispecie alle sole ipotesi in cui la privazione della libertà personale sia arbitraria e non assistita da necessità di sicurezza pubblica; il reato, dunque, non può perfezionarsi nei casi – assai più frequenti – di abusi commessi nei confronti di persone detenute o comunque ristrette nella libertà in forza di un provvedimento (almeno inizialmente) legittimo.

Più adeguata, in considerazione della natura di reato proprio accolta nella nozione internazionale di tortura, parrebbe la tutela offerta dai delitti commessi dai pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni. Il riferimento, evidentemente, è agli articoli 606 e seguenti del codice penale[140] quale complesso di norme volte a reprimere gli abusi compiuti dai rappresentanti dei pubblici poteri. È noto, tuttavia, come l'applicazione delle fattispecie in numerosi procedimenti penali riguardanti gravi ed accertati casi di tortura[141] abbia fatto emergere l'inidoneità delle condotte descritte ad offrire una sufficiente copertura penale al fenomeno. In particolare l'art. 608 c.p., ritenuto da alcuni il risvolto codicistico del quarto com-

[139] Corte Cass., sez. VI pen., sent. 21 maggio 2012, n. 30780.

Come si dirà a breve il caso darà luogo alla recente condanna della Corte EDU *Cirino e Renne c. Italia*, del 26 ottobre 2017.

[140] Arresto illegale, indebita limitazione della libertà personale, abuso di autorità contro persone arrestate o detenute, perquisizione o ispezione personale arbitraria.

[141] I reati furono applicati nei processi relativi ai fatti commessi nella scuola Diaz e nella caserma Nino Bixio di Bolzaneto durante il G8 di Genova nel luglio del 2001, per i quali l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU in riferimento all'inidoneità delle disposizioni ordinamentali a reprimere le condotte corrispondenti alla nozione internazionale di tortura nonché per l'inefficacia delle indagini eseguite (*infra*, cap. 3, par. 4.4.1).

ma dell'art. 13 Cost. (ancorché nell'originaria formulazione risalente al 1930)[142], palesa l'inadeguatezza applicativa sia sul versante sistematico – la collocazione nel Capo dedicato ai delitti contro la libertà personale ne circoscrive la riferibilità alle sole misure che incidano sulla stessa, senza potervi ricomprendere le indebite compressioni della libertà morale[143]– sia sul piano sanzionatorio – la pena della reclusione «fino a trenta mesi» appare macroscopicamente insufficiente a garantire un efficacie effetto preventivo e deterrente[144]. Analogamente il reato di abuso d'ufficio del pubblico ufficiale – o dell'incaricato di pubblico servizio – (art. 323 c.p.), subordinando la punibilità al verificarsi dell'ingiusto danno o vantaggio, configura un tipico reato di evento[145] che rende assai difficile la dimostrazione dei fatti, specie a distanza di tempo come spesso accade nelle ipotesi di tortura[146].

[142] Art. 608 ("Abuso di autorità contro arrestati o detenuti"): «Il pubblico ufficiale, che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente, è punito con la reclusione fino a trenta mesi (primo comma). La stessa pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale rivestito, per ragione del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita (secondo comma)».

[143] Si rinvia a F. Viganò, *Commento all'art. 608*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 608 e A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., il quale rileva che l'articolo è «posto a presidio della sola libertà personale del ristretto, non include[ndo] condotte quali le percosse, le lesioni, le ingiurie, le molestie sessuali, i maltrattamenti» (138).

[144] Pone inoltre in luce un'applicazione giurisprudenziale assai ridotta P. Lobba, *Punire la tortura in Italia*, op. cit., 223, in particolare nota n. 215. Lo stesso Autore, in ordine alla "copertura minima" afferma che la necessità «di una figura *ad hoc* non sorgeva tanto in relazione a delle – benché non del tutto mancanti – lacune di protezione penale, dato che gli atti di tortura già potevano rimanere imbrigliati, per la gran parte, nella trama punitiva preesistente. Tale esigenza (…) si coglieva nella palese inidoneità di fattispecie che ne fotografavano singoli assi di lesività a dar conto della gravità d'insieme dell'opera criminosa, che supera grandemente la somma algebrica (o normativa) di tali elementi offensivi considerati in isolamento» (224).

[145] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., 246.

[146] La disposizione è stata utilizzata anche nei confronti di medici e altri membri del personale sanitario coinvolti in episodi di maltrattamenti su persone private della libertà. Il ruolo della scienza medica nella repressione dei comportamenti corrispondenti alla fattispecie di tortura assume un ruolo assai rilevante sia perché medici e sanitari, specialmente se operanti in strutture penitenziarie o padiglioni giudiziari di ospedali pubblici, sono coloro che più facilmente si trovano a riscontrare tracce di abusi e maltrattamenti; sia «perché nelle esperienze dei regimi totalitari del secolo scorso – ma

La ricostruzione degli eterogenei reati, seppur nella sua forma più sintetica e certamente non esaustiva, pone in luce come la presunta "copertura minima" delle ipotesi di tortura mediante i "frammenti" contenuti nel codice, sia del tutto inidonea a riprodurre (o meglio a ricomporre) la complessa fattispecie penale integrante il crimine come descritto dalle fonti sovranazionali. In proposito autorevole dottrina ha sintetizzato le criticità della «batteria di norme repressive» nella natura spesso comune dei reati, nell'irrilevanza della violenza psicologica e dell'inflizione intenzionale di dolore e sofferenze, nell'inadeguatezza del trattamento sanzionatorio, nonché nella procedibilità spesso sottoposta a querela di parte e nei brevi termini di prescrizione[147]. L'impianto codicistico, valutato nella sua complessità, palesa dunque un'inidoneità giuridica e fattuale nel reprimere con efficacia le condotte di tortura; del resto la stessa espressione "copertura minima" mal si concilia con l'ampia formulazione dell'art. 13, quarto comma, Cost. che sembra piuttosto esigere una copertura "massima" del fenomeno.

Sommergere nuovamente il diritto a non subire tortura, come alcuni esponenti del panorama politico apertamente propongono, non può allora che ricondurre a quell'inefficacie *caos* applicativo delle «armi spuntate»[148] che, oltre a porre nuovamente l'Italia in una posizione di accertata violazione del dettato costituzionale e dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, rischia di opacizzare definitivamente – se non di oscurare – l'immagine dei pubblici poteri minando la fiducia nella correttezza del loro operato.

anche di quello attuale – non sono mancati medici che hanno prestato la propria scienza alla brutalità dei torturatori, rianimando le vittime per permettere di proseguire l'interrogatorio o, semplicemente, voltando lo sguardo davanti agli episodi di cui fossero testimoni diretti o indiretti» (A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2005, 77. Sul punto v. anche le riflessioni di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, op. cit., 112 ss.).

147 A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 138, 139.

148 Così L. BUSCEMI ha descritto il complesso di disposizioni che pubblici ministeri e giudici erano chiamati a combinare – e faticosamente interpretare – prima dell'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano (*La tortura fisica e psichica è indegna di un paese civile*, in *ristretti.it*, novembre 2009).

4.1.1. La copertura minima alla prova dei fatti: le condanne per Genova e Asti come conseguenze di una decennale sommersione

– «Anziché ricondurre l'insieme dei fatti a un'unica fattispecie – un caso di tortura – abbiamo dovuto considerarli uno per uno: uno sputo, un calcio, il taglio di una ciocca di capelli, così da inquadrarli via via come lesione, lesione grave o violenza privata a seconda dei casi. Con questa frammentazione, si è corso il rischio di perdere di vista l'insieme».

* * *

Con queste parole il P.M. Ranieri Miniati[149] ha descritto il tortuoso *iter* processuale per addivenire alla condanna dei responsabili dei noti fatti di tortura verificatesi a Genova nel luglio 2001 presso la Caserma Nino Bixio di Bolzaneto durante il G8[150]. La frammentarietà del codice penale, di là dal riferirsi a semplici casi di scuola, si è infatti manifestata in numerosi procedimenti penali avviati nei confronti di pubblici ufficiali, la maggior parte conclusisi per intervenuta prescrizione, assoluzione per inesistenza della fattispecie incriminatrice o in condanne inadeguate rispetto alla gravità delle condotte accertate in sentenza[151].

In una nota pronuncia della Corte di Cassazione, ancora riguardo ai "fatti di Genova"[152], i giudici di legittimità osservano

[149] Le dichiarazioni sono riportate in V. AGNOLETTO, L. GUADAGNUCCI, *L'eclissi della democrazia. Le verità nascoste sul G8 2001 a Genova*, Milano, 2011, 152.

[150] Le novantatré persone sottoposte ad arresto (di cui solo dodici sarebbero stati convalidati dal G.I.P.) nella notte del 20 luglio 2001 presso le scuole Diaz-Pertini di Genova, furono trasferite – insieme a molte altre fermate nel corso della giornata – nelle caserme di Forte S. Giuliano e Nino Bixio di Bolzaneto e ivi trattenute per oltre quarantotto ore senza possibilità di comunicare con l'esterno e sottoposte a violenze fisiche e psicologiche che nelle parole di Antonio Cassese, confermate dalle condanne di Strasburgo, erano da qualificarsi come «vere e proprie torture» (*Come punire quelle torture*, in *La Repubblica*, 20 marzo 2008). La vicenda processuale e i fatti, successivamente definiti da Amnesty International come «la più grave sospensione dei diritti umani in un Paese occidentale dopo la Seconda guerra mondiale», sono puntualmente descritti in 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. ita. dir. e proc. pen*., 2009, 1803 ss.

[151] Un efficacie resoconto degli episodi di tortura in Italia è contenuta in L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, 2011.

[152] Corte Cass., sent. 5 luglio 2012, n. 38085; in analoga direzione Corte Cass.,

in motivazione che «le violenze perpetrate dalla polizia nel corso dell'intervento presso la scuola Diaz-Pertini sono state di una gravità inusitata», dirette contro persone all'evidenza disarmate, dormienti o sedute con le mani alzate; una «violenza non giustificata e (…) [esercitata con finalità] punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime». Per la Corte, dunque, le condotte non possono che definirsi quali «tortura o trattamenti inumani o degradanti» ai sensi dell'art. 3 della richiamata Convenzione[153].

Quanto all'inadeguatezza della "copertura minima", nella requisitoria della sentenza di primo grado i pubblici ministeri chiariscono che «una normativa *ad hoc* avrebbe probabilmente previsto pene più severe» e, di conseguenza, «non sarebbe scattata la prescrizione» per molti gravi reati, rimasti di fatto impuniti.

È solo una delle molte pronunce in cui la magistratura lamenta espressamente l'impotenza dell'accusa dinnanzi alla lampante inadeguatezza degli strumenti penali a disposizione, confermata anche in numerosi rapporti del Comitato Europeo per la prevenzione della tortura diretti all'Italia[154]. Ad ulteriore dimostrazione dell'in-

sent. 14 luglio 2013, n. 3708813. I casi sono giunti sino ai giudici di Strasburgo che, come si dirà a breve, hanno condannato l'Italia nel 2015 e nel 2017 per violazione dell'art. 3 della Convenzione sia in riferimento ai fatti avvenuti nelle scuole Diaz-Pertini di Genova sia nella caserma Nino Bixio di Bolzaneto.

Sulle sentenze della Cassazione si vedano due contributi di A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012 e, sulla pronuncia n. 3708813 del 14 luglio 2013, *La sentenza della Cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013. Più ampiamente della stessa Autrice, *C'è un giudice a Strasburgo*, op. cit., 1801-1843.

[153] Nella stessa pronuncia la Suprema Corte respinge tuttavia l'eccezione di incostituzionalità sollevata dalla Procura generale di Genova riguardo agli artt. 157 c.p. e 1 della legge n. 241 del 2006, nella parte in cui non escludono dalla prescrizione e dall'indulto «i delitti, comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno, integranti condotte in violazione dell'art. 3 CEDU». La ragione della mancata sollevazione della questione, chiariscono i giudici di legittimità, risiede nell'impossibilità per il Giudice delle leggi di adottare sentenze che incidono «*in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità».

[154] Ben lo rileva Mauro Palma, attuale Presidente del collegio dell'Autorità Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà e già Presidente del CPT: «"Il maltrattamento inflitto è di tale intensità che può essere considerato come tortura".

sufficienza della normativa codicistica le note vicende del carcere di Asti laddove «la tortura è avvenuta, ma non è perseguibile»[155]; un caso certamente diverso, ma ulteriore grave episodio che avrebbe dovuto riportare al centro del dibattito pubblico la questione del reato sommerso e – più in generale – delle violenze fisiche e morali commesse sulle persone private della libertà personale.

Nel gennaio 2012 il Tribunale penale di Asti ha assolto cinque agenti di polizia penitenziaria in relazione a una lunga serie di abusi e maltrattamenti compiuti in danno di due detenuti ristretti nell'istituto penitenziario della città, risalenti al biennio 2004-2005[156]. Nel proscioglimento – frutto di una controversa scelta di derubricare i reati di abuso di autorità e maltrattamenti aggravati in ipotesi di abuso di ufficio generico e lesioni personali[157] – il giudice, pur ritenendo ampiamente provati i fatti ammessi dagli stessi imputati in conversazioni telefoniche nonché da alcuni colleghi sentiti in qualità di testimoni, chiarisce che «potrebbero agevolmente essere qualificati come tortura» tanto più grave per l'instaurazione «di un sistema di connivenza con molti agenti della Polizia penitenziaria e (…) dirigenti»[158]. Tuttavia, prosegue il magistrato,

Questa cauta, diplomatica, ma chiara, affermazione conclude spesso la descrizione di gravissimi episodi di maltrattamento, riportati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura nei suoi Rapporti» (M. Palma, *Bolzaneto. Lo Stato della tortura*, in *antigone.it*, 13 marzo 2008).

[155] Id., in *Il Manifesto*, del 19 aprile 2012.

[156] Trib. pen. Asti, sent. n. 78 del 30 gennaio 2012.

[157] Il reato di lesioni personali è stato dichiarato improcedibile per l'assenza della querela di parte – che non deve stupire in considerazione della condizione di soggezione delle vittime, ancora detenute all'epoca del processo – mentre l'abuso di ufficio si è estinto per intervenuta prescrizione. Interessante l'interpretazione estensiva proposta dai giudici della Cassazione del reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. ritenuto tuttavia inadeguato per punire gli autori delle condotte (già citata sent. Corte Cass., del 27 luglio 2012, n. 30780).

[158] Nelle motivazioni della decisione, pubblicate il 7 febbraio 2012, sono descritte una serie di pratiche di tortura, si parla di «violenze fisiche» a cui si aggiungono «privazioni del sonno (i detenuti venivano picchiati soprattutto di notte), del cibo, dell'acqua e dei servizi». Ancora, il quadro di violenze e intimidazioni era «scientifico e sistematico. (…) È provato al di là di ogni ragionevole dubbio che ad Asti vigevano misure eccezionali volte a intimidire e (…) punire i detenuti aggressivi (…) e a "dimostrare" a tutti gli altri carcerati che chi non rispettava le regole era destinato a pesanti ripercussioni».

Un'ampia riflessione sulla tortura nel contesto detentivo, che prende le mosse dal caso di Asti, è contenuta in. P. Buffa, *Tortura e detenzione: alcune considerazioni in tema*

«prendendo atto della mancanza di una fattispecie penale idonea al caso di specie» (e ritenendola, quindi, l'unica via percorribile), non può che addivenirsi all'assoluzione degli agenti. Caso ancora diverso, ma altrettanto emblematico, è la morte del giovane Federico Aldrovandi il 25 settembre del 2005; nell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna, che dopo una lunga vicenda processuale ricostruisce gli eventi che condussero alla morte del diciottenne ferrarese, i giudici qualificano espressamente la condotta degli agenti di polizia come «integrante gli estremi del crimine (…) di tortura»[159].

Le "sollecitazioni" provenienti dalla magistratura italiana[160], tanto più significative in ragione della gravità dei fatti puntualmente descritti nelle sentenze, non hanno tuttavia trovato risposta in Parlamento; ad intervenire, ancora una volta, la giurisprudenza, in questo caso di Strasburgo[161]. Nella storica sentenza *Cestaro c. Italia* del 7 aprile 2015[162], pronunciata in riferimento alle vicende della scuola Diaz di Genova, la Corte EDU ha condannato l'Italia non solo per le gravissime torture subite dai manifestanti[163] ma – per i profili che maggiormente interessano l'ef-

di abusi, maltrattamenti e violenze in ambito detentivo, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2017, 125-180. L'Autore, attraverso l'analisi di diversi episodi che mostrano parallelismi e sovrapposizioni, pone in luce come «questo genere di violenza non sia tanto, o solo, frutto di una maligna e perversa predisposizione dei suoi autori quanto, piuttosto, generata da una serie di concause di contesto nel quale si inserisce anche la dimensione soggettiva che ne viene fortemente influenzata» (126).

[159] Ord. n. 2013/1281 del 21 maggio 2013.

[160] Ben rileva autorevole dottrina, dopo un richiamo agli episodi più eclatanti di tortura e alle osservazioni del CPT, che il fenomeno riguarda lo Stato italiano: «Non importa (giuridicamente) in quale misura, perché qualsiasi misura è sufficiente a giustificarne l'obbligo di penalizzazione» (A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 137).

[161] L'intervento della Corte EDU a seguito della pluridecennale inerzia del legislatore italiano, si pone in linea di continuità con le riflessioni compiute in relazione al diritto a uno spazio detentivo dignitoso (*supra*, cap. 2, par. 2.4.1).

[162] Ric. n. 6884/11.

[163] La Corte, dopo aver escluso qualsiasi nesso di causalità tra la condotta del detenuto e l'uso della forza da parte degli agenti di polizia, osserva che i maltrattamenti contestati «sono stati inflitti al ricorrente in maniera totalmente gratuita e (…) non possono essere considerati un mezzo utilizzato in maniera proporzionata da parte delle autorità per raggiungere lo scopo perseguito. (…) Le tensioni che, come afferma il Governo, avrebbero caratterizzato l'irruzione della polizia nella scuola Diaz-Pertini si

fettività del processo di emersione – in ragione dell'assenza nella legislazione interna di strumenti adeguati a reprimere e punire le condotte illecite, coadiuvata dalla mancanza di indagini efficaci. Affinché un'inchiesta sia effettiva nella pratica, i giudici europei richiedono quale «condizione preliminare» l'adozione da parte dello Stato di «disposizioni di diritto penale che puniscono le pratiche contrarie all'articolo 3». In effetti, prosegue la Corte «l'assenza di una legislazione penale sufficiente per prevenire e punire effettivamente gli autori di tali atti (…) può impedire alle autorità di perseguire le offese a questo valore fondamentale delle società democratiche, di valutarne la gravità, di pronunciare pene adeguate e di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire eccessivamente la sanzione, a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo»[164].

La "copertura minima" delle fattispecie penali presenti nel codice mostra un'ontologica inadeguatezza: essendo «innegabile il carattere strutturale del problema», la Corte rammenta che gli obblighi positivi imposti dall'articolo 3 della Convenzione comportano il dovere di istituire un quadro giuridico adatto, soprattutto attraverso la previsione di disposizioni penali efficaci[165].

possono spiegare non tanto con ragioni obiettive, quanto piuttosto con la decisione di procedere ad arresti mediatizzati e con l'adozione di modalità operative non conformi alle esigenze della tutela dei valori derivanti dall'articolo 3 della Convenzione e dal diritto internazionale pertinente».

[164] L'obbligo positivo di avviare una procedura di inchiesta effettiva, tempestiva e imparziale, derivante implicitamente dall'art. 3 della Convenzione, è stato affermato dalla Corte EDU nella sentenza *Assenov c. Bulgaria* del 28 ottobre 1998, ric. n. 24760/94. Nei confronti dell'Italia cfr. sentt. *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012, ric. 40020/03; *San Argimiro Isasa c. Spagna*, 28 settembre 2010, ric. 2507/07; *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, ric. 26772/95. Sulla necessità che la legislazione interna degli Stati si doti di una puntuale disciplina di diritto penale idonea a punire le pratiche contrarie all'articolo 3 della Convenzione, v. *Gäfgen c. Germania*, del 30 giugno 2008, ric. n. 22978/05.

La giurisprudenza di Strasburgo sul punto è amplissima, per un'esaustiva ricostruzione, v. A. Gori, *Articolo 3 CEDU: trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, op. cit., cap. 2, par. 2.4.2, la quale sulla ricostruzione dello *standard* richiesto dalla Corte in materia di onere della prova richiama A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, op. cit., 238-239 e A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo*, op. cit., 1801.

[165] Sulla sentenza *Cestaro c. Italia* e, più in generale, sulle condanne pronunciate per le torture avvenute nel corso del G8 di Genova nel 2001, cfr. F. Viganò, *La difficile*

Come la condanna *Sulejmanovic c. Italia* per la sentenza *Torreggiani*[166], il caso *Cestaro* ha rappresentato il precedente giurisprudenziale delle più recenti condanne pronunciate dalla Corte EDU, il 26 ottobre 2017[167], in ordine alle torture perpetrate nel carcere di Asti[168] e nella caserma di Bolzaneto[169]. Seguendo la direzione aperta nel 2015 i giudici europei, pur «prendendo atto» del nuovo art. 613-*bis* del codice penale, ritengono pienamente integrata la fattispecie di tortura rilevando, contestualmente, una carenza punitiva e dissuasiva del diritto penale interno nonché, nei casi di Genova, un'assenza di cooperazione da parte delle forze di pubblica sicurezza durante lo svolgimento delle indagini.

Alla pubblicazione delle sentenze ha fatto seguito il comunicato stampa dell'Autorità Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale: «la prima forma di prevenzione consiste nell'inviare inequivoci messaggi che maltrattamenti e tortura non sono minimamente tollerati o coperti, bensì perseguiti penalmente e disciplinarmente»[170].

È dunque sull'idoneità o meno della nuova fattispecie di tortura a perseguire tali scopi che occorre interrogarsi per valutare il processo di emersione dell'unico «delitto costituzionalmente necessario»[171].

battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015; C. Pezzimenti, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura*, in *Giur. it.*, 7, 2015, 1709 ss.; F. Zacchè, *Dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo d'introdurre il delitto di tortura*, in *Forum quad. cost.*, 22 aprile 2015.

[166] Ampiamente *supra*, cap. 2, par. 2.3.

[167] Si veda, ancora in relazione ai fatti di Genova 2001, la più recente sentenza della Corte EDU *Bartesaghi e altri c. Italia* del 22 giugno 2017, ric. nn. 12131/13 e 43390/13 descritta in F. Cancellaro, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017, 322-326.

[168] Sent. *Cirino e Renne c. Italia*, ric. nn. 2539/13 e 4705/13.

[169] Sentt. *Azzolina ed altri c. Italia*, ric. nn. 28923/09 e n. 67599/10 e *Blair e altri c. Italia*, ric. nn. 1442/14, 21319/14 e 21911/14.

[170] Comunicato stampa "*Sentenze della Corte EDU, azione preventiva e nessuna tolleranza*" del 26 ottobre 2017, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

[171] P. Gonnella, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, op. cit.

4.2. Un nuovo reato dalle antiche criticità

– Art. 1 d.d.l. S.10 del 15 marzo 2013[172]: «Dopo l'articolo 608 del codice penale è inserito il seguente: "Art. 608-*bis*. (Tortura). Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge ad una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

La pena è aumentata se ne deriva una lesione personale, è raddoppiata se ne deriva la morte.

Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che istiga altri alla commissione del fatto, o che si sottrae volontariamente all'impedimento del fatto o vi acconsente tacitamente"».

– Art. 613-*bis* c.p. ("Tortura"): «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.

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, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

[172] Titolato "Introduzione del reato di tortura nel codice penale" e presentato al Senato della Repubblica dal sen. Luigi Manconi (in *senato.it*).

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

* * *

Nessuna posizione sommersa come il diritto a non subire tortura ha visto così numerosi tentativi di emersione nella legislazione italiana[173]. Negli ultimi trent'anni – a partire dall'entrata in vigore della Convenzione di New York – in Parlamento si sono avvicendati decine di progetti di legge miranti all'introduzione del reato nella normativa penale, senza tuttavia superare il vaglio di entrambe le Camere sino al 14 luglio del 2017. A seguito della sentenza europea *Cestaro c. Italia* il legislatore italiano, uscendo da lunghi anni di stallo parlamentare, ha portato a termine il processo (legislativo) di emersione con la legge n. 110 la cui approvazione è stata tuttavia fortemente osteggiata, e non votata, dal suo stesso promotore, sen. Luigi Manconi, che aveva presentato il disegno di legge il primo giorno della legislatura (15 marzo 2013)[174].

[173] Nel solo biennio 2001-2002 in Parlamento furono presentati ben sette disegni di legge tesi all'introduzione del reato di tortura ad opera di rappresentanti di diversi gruppi parlamentari; l'*iter* dei d.d.l. non giunse tuttavia a compimento a causa degli insanabili contrasti che si sollevarono già in seno alle diverse Commissioni e, maggiormente, nel corso del dibattito parlamentare. Una dettagliata ricostruzione delle differenti proposte di legge, sino al 2014, è contenuta in F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont*., 25 settembre 2014, in particolare 4 ss. Il lungo *iter* parlamentare che ha condotto all'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano è ripercorso nel recente volume di E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, op. cit., 239-252.

[174] Il sen. Luigi Manconi nel giorno dell'approvazione del disegno di legge al Senato ha motivato la scelta di non votare il testo in quanto «stravolto» rispetto alla versione originale, «un provvedimento pessimo» che «non rispetta i requisiti e lo spirito profondo che aveva animato le Convenzioni e i trattati internazionali sul tema» (intervista a *Il Fatto Quotidiano* del 17 maggio 2017, in *ilfattoquotidiano.it*.).

Non era la prima volta che il promotore del disegno di legge si esprimeva in tal senso, denunciando nel corso della tortuosa *navette* parlamentare il mutamento della conformazione del reato definendolo, già nel luglio 2015, «schiettamente pessimo» (L.

Da più parti è stata in effetti rilevata una macroscopica inadeguatezza dell'intervento su cui non può che concordarsi: la nuova fattispecie, disciplinata dall'art. 613-*bis* c.p., non sembra cioè idonea sia a ricomprendere nella sua sfera applicativa il complesso ventaglio di condotte illecite descritte dalla normativa sovranazionale, sia a rispondere efficacemente all'ampia tutela costituzionale offerta dal quarto comma dell'art. 13 della Costituzione, che impone di erodere ogni spazio di impunità nei confronti delle violenze fisiche e morali sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà[175].

Lo rivela, anzitutto, la differente collocazione nel codice penale rispetto all'originaria proposta di legge: pur situandosi nello stesso Titolo XII ("Dei delitti contro la persona"), il nuovo articolo non è inserito nelle condotte contro la libertà personale (sez. II) bensì nei reati contro la libertà morale (sez. III), così depotenziando la nuova fattispecie *in primis* sotto il profilo sistematico, stante la collocazione fra i reati "minori".

MANCONI, *L'impossibilità di avere una buona legge contro la tortura*, in *Il Manifesto*, 24 luglio 2015).

Sulle ultime modifiche apportate al reato di tortura prima della sua approvazione definitiva v. J.M. RAMPONE, *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2017, 29 ottobre 2017, nota n. 27.

[175] La legge n. 110 del 2017 introduce anche il divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute mediante tortura «salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale» (art. 191, comma 2-*bis*, c.p.p.); nonché il divieto di espulsione o respingimento di cittadini stranieri verso paesi in cui potrebbero essere sottoposti a tortura o altri trattamenti inumani (art. 19, comma 1.1., d.l. n. 286 del 1998). Il nuovo comma è espressione del noto principio di *non refoulement*, di cui all'articolo 3 della Convenzione di New York: «nessuno Stato parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura». In argomento v. A. SACCUCCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di* non refoulement, in *I diritti dell'uomo*, 2, 2008, 35 ss.

Infine l'art. 4 della legge n. 110 del 2017 esclude, coerentemente con le previsioni internazionali, l'immunità diplomatica per i «cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale (primo comma). 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 (secondo comma)».

Assai più criticabile e discussa – sul piano giuridico, ontologico e politico – è la diversa natura di reato comune attribuita al nuovo delitto; l'eventuale qualifica professionale dell'autore (pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio) rileva esclusivamente come aggravante nel secondo comma[176], discostandosi dalla declinazione in ambito internazionale «che chiama in causa la responsabilità di membri dell'apparato statale»[177] nonché dalle intenzioni dei Costituenti. In effetti recente dottrina ha osservato come «alla luce dei lavori dell'Assemblea Costituente, appare evidente che l'idea fosse punire il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio) autore di atti di violenza fisica o morale»[178], richiamando sul punto l'intervento dell'on. Tupini, nella seduta del 10 aprile 1947 su quello che sarebbe divenuto l'art. 13, quarto comma, Cost.: «Noi (…) teniamo in modo speciale a questa disposizione, che del resto altri colleghi hanno giustamente apprezzata ed esaltata, e desideriamo che rimanga così com'è nel testo della nuova Costituzione per ragioni di umanità e 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. Ecco perché vogliamo dare al legislatore futuro una direttiva precisa, al fine di assicurare ai cittadini, qualunque sia il motivo della loro detenzione, il pieno rispetto della loro integrità e dignità personale».

Criticamente sulla trasformazione della natura del reato si è espressa più volte anche l'Unione delle Camere Penali Italiane (UCPI) definendola «un grave errore», rischiando la condotta prevista di «sovrapporsi a quelle prese in considerazione da altri

[176] Natura propria è stata invece attribuita al seguente art. 613-*ter* c.p. ("Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura"): «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga 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».

Sulla nuova fattispecie v. E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, op. cit., 307 ss.

[177] A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 138.

[178] È quanto rileva M. Ruotolo, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2.

reati già esistenti»; al contrario «quel che deve essere chiaramente e severamente sanzionato è proprio (…) che la persona nelle mani dello Stato sia sottoposta a violenze fisiche o morali, per il particolare disvalore che tale fattispecie dimostra»[179].

La previsione del reato di tortura come fattispecie comune appare effettivamente criticabile. Risultato di una complessa mediazione tra opposte forze politiche, ed espressione della volontà di non introdurre una disposizione percepita come simbolicamente discriminatoria nei confronti delle forze di pubblica sicurezza[180], la diversa natura del reato finisce per «devitalizzarne l'essenza»[181]. Rinunciando alla definizione di tortura come espressione dell'abuso coercitivo dei pubblici poteri – chiaramente condivisa nella normativa internazionale – si snatura la condotta che, perdendo uno dei suoi elementi caratterizzanti assomiglia «troppo a quei reati ordinari da cui ci si propone invece di tenerla distinta»[182], contravve-

[179] Comunicato diffuso il 6 marzo 2014. Già in una precedente occasione la delegazione della Giunta UCPI, ricevuta dalla Commissione Giustizia della Camera il 26 settembre 2013, aveva ribadito come fosse «doveroso, in ossequio al precetto costituzionale dell'art. 13, penultimo comma e della Convenzione internazionale in materia, introdurre nel sistema tale reato. Deve però trattarsi di un reato proprio, ovverosia commissibile solo dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio (...) punibile anche se realizzato in forma omissiva» (entrambi i testi sono pubblicati in *camerepenali.it*).

[180] «Può essere accettato che la tortura sia un delitto generico, ma mai che sia un delitto proprio ed esclusivo di agenti dello Stato» (P. Gonnella, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 43). Si rinvia in proposito alle riflessioni contenute nella precedente nota n. 131 del presente capitolo.

[181] L. Manconi, *L'impossibilità di avere una buona legge contro la tortura*, op. cit.

[182] A. Marchesi, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, op. cit., 34. Sul punto è stato altresì osservato come l'adozione di un reato proprio avrebbe comunque avuto un'amplissima estensione chiamando «in causa qualunque pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio: il poliziotto o il carabiniere che arresta, il procuratore che interroga, l'agente penitenziario che tiene in custodia, il direttore del carcere che sovrintende alla detenzione, il medico del carcere o di un CIE, il dirigente di polizia che dirige le operazioni di ordine pubblico, il ministro degli Interni che le autorizza» (A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 145).

Sulla qualificazione del reato di tortura come fattispecie comune anziché propria, cfr. anche P. Lobba, *Punire la tortura in Italia*, op. cit., 229-232, il quale si sofferma sui possibili rapporti tra il primo comma dell'art. 613-*bis* c.p. e la circostanza aggravante contenuta nel comma successivo; I. Marchi, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613*-bis *c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, 155 ss.; 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*, 2, Bari, 2016, 891-896.

nendo anche alle indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo[183]. È stato altresì recentemente osservato come la natura comune si ponga in antitesi con lo stesso quarto comma dell'art. 13 Cost.: «identifica[ndo] i torturati quali persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà (…) sottintende che le violenze siano perpetrate dall'autorità di pubblica sicurezza»[184].

Assai contestabile, nonché in grado di erodere ampi spazi di applicazione della fattispecie, si mostra inoltre il requisito delle azioni plurime inserito nella tipizzazione dell'elemento oggettivo: «il fatto è commesso mediante più condotte». La modifica al testo originale della proposta (non sconosciuta nel dibattito parlamentare)[185], oltre ad aggravare l'onere probatorio già difficoltoso in ordine alla dimostrazione della "gravità" delle violenze o minacce, sembra avallare – e di fatto lasciare impunite – le azioni rientranti nella fattispecie di tortura laddove siano compiute mediante un solo atto. Sul punto è stato recentemente osservato che, grazie alla formulazione plurima della condotta, potenzialmente anche «un redivivo Torquemada[186] 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»[187].

[183] A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo*, op. cit., 1823.

[184] A. Bonomi, *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, op. cit., 9. L'Autore richiama sul punto A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Introduzione alla Costituzione*, Roma-Bari, 1987, 78 e C. Martinelli, sub *art. 13*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana.*, op. cit., 100.

[185] Nel marzo 2004 l'on. Lussana propose un emendamento che inseriva la «reiterazione delle condotte» come elemento necessario per integrare la fattispecie di tortura; la modifica dell'elemento oggettivo nel senso della pluralità delle azioni condusse allo stallo del dibattito parlamentare e al successivo ritiro del disegno di legge.

[186] Il riferimento è naturalmente a Tomás de Torquemada, noto religioso e primo Grande inquisitore in Spagna.

[187] Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura*, op. cit., 385. In argomento, con visioni differenti, cfr. P. Lobba *Punire la tortura in Italia*, op. cit., 226, 227 il quale si interroga anche sulle condotte omissive (228); I. Marchi, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014, 9. In ordine alla necessità che le azioni illecite avvengano con almeno due atti, Paolo Lobba riporta l'esemplificativo resoconto stenografico della seduta al Senato del 14 luglio 2016: «La locuzione al plurale "violenze e minacce gravi" implica che non potrà mai ritenersi sussistente la tortura se vi è un unico atto. Gli atti devono essere plurimi, quindi non uno solo» (nota n. 232).

Ulteriore e significativa riduzione nella portata applicativa dell'art. 613-*bis* c.p. risiede nella conformazione dell'elemento soggettivo. Il perfezionamento del reato esige che l'autore abbia agito «con crudeltà» non essendo sufficiente l'inflizione di un trattamento inumano o degradante di particolare efferatezza; all'evanescenza della condizione corrisponde inevitabilmente un nuovo aggravio sul fronte probatorio dovuto alle difficoltà di dimostrarne l'esistenza nella sfera psichica dell'autore. Analoga critica concerne il requisito che vede integrata la tortura esclusivamente qualora la condotta produca un «verificabile trauma psichico» così imponendo all'accusa la prova di un ulteriore elemento "incorporale", nebuloso ed inevitabilmente discrezionale[188].

Rilevano, infine, la mancata imprescrittibilità del reato[189] e la volontà parlamentare di fondare il rapporto tra soggetto attivo e passivo sull'affidamento all'altrui «custodia, potestà, vigilanza, controllo» e, non anche, sull'altrui «autorità». La scelta, prevedibile in seguito al passaggio da reato proprio a comune, pone alcuni dubbi in ordine all'effettiva capacità della nuova fattispecie di trovare concreta applicazione in tutte le "zone grigie" del diritto penale – che l'esperienza storica mostra come maggiormente cri-

[188] Sul punto i giudici di Strasburgo hanno chiarito che il rispetto degli obblighi imposti dall'art. 3 della Convenzione non possa tradursi in fattispecie penali contrastanti con il principio di legalità (art. 7 CEDU); ipotesi che si verifica ogni qual volta la descrizione delle condotte penali sia affidata ad elementi vaghi o eccessivamente indeterminati (sent. *Myumyun v. Bulgaria*, del 3 novembre 2015, ric. n. 67258/13).

Sulla conformazione dell'elemento soggettivo rileva – in rapporto all'originaria formulazione del d.d.l. e alla definizione offerta dalla Convenzione di New York – l'esclusione del dolo specifico. In proposito occorre precisare che nelle ultime proposte presentate nelle Commissioni l'elemento soggettivo imponeva che le violenze o minacce fossero compiute «al fine di ottenere (...) informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose». Venendo meno la clausola di chiusura «nonché su qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione», l'inserimento della specificazione avrebbe probabilmente rischiato di limitare ulteriormente la portata applicativa della norma, imponendo agli inquirenti la difficile prova delle finalità degli autori; oltre a poter avallare, di fatto, condotte di tortura attuate per mera crudeltà o volontà di sopraffazione.

[189] Si rinvia sul punto alle puntuali argomentazioni di Andrea Pugiotto riportate nella precedente nota n. 135 del presente capitolo nonché alle riflessioni in ordine ai numerosi casi di impunità dovuti alla prescrizione delle condotte criminose (*supra*, cap. 3, par. 4.1.1).

tiche – nelle quali la vittima è sottoposta a un potere tanto più suscettibile di gravi abusi quanto più informale ed esercitato *de facto*[190-191].

Che le modifiche apportate al testo originario del disegno di legge implichino una sostanziale rinuncia del legislatore italiano a introdurre un effettivo diritto a non subire tortura tramite una norma autenticamente «capace di erodere gli spazi di impunità di cui hanno (…) potuto godere gli apparati statali della sicurezza»[192], è altresì dimostrato dalle recenti osservazioni mosse all'Italia dal Comitato ONU contro la Tortura[193]. Pur prendendo atto del nuovo art. 613-*bis* c.p., i commissari ne rilevano gravi difformità strutturali – rispetto agli obblighi convenzionali – sia per l'assenza di ogni riferimento allo scopo della condotta, sia con riguardo alla mancata qualifica soggettiva dell'autore quale appartenente ai pubblici poteri. Alla difformità strutturale, rileva il Comitato, si affianca una differenziazione applicativa *in peius*: i «superflui» elementi costitutivi della fattispecie (ulteriori a quelli contenuti nella CAT), nonché la prescrittibilità del reato, riducono fortemente la portata applicativa della norma, comportando un elevato rischio di impunità per i colpevoli.

[190] Stante la soggettività della percezione del dolore – e le difficoltà di provare una sofferenza "ulteriore" di là da quella legittima – appare invece condivisibile la scelta di non inserire nella formulazione del terzo comma la specificazione proposta nel corso dei lavori parlamentari secondo cui la «sofferenza deve essere ulteriore rispetto a quella che deriva dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti».

[191] Per i necessari approfondimenti sui principali profili critici dell'introduzione dell'art. 613-*bis* c.p., anche in riferimento alla definizione internazionale di tortura contenuta nell'art. 1 della CAT, cfr. A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost*., 2, giugno 2018, 389 ss.; F. Lattanzi, *La nozione di tortura*, op. cit., in particolare 169 ss.; A. Colella, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Dir. pen. cont*., 26 aprile 2018; E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, op. cit., 253 ss.; A. Bonomi, *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, op. cit.; P. Lobba, *Punire la tortura in Italia*, op. cit., 224-250; J.M. Rampone, *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto*, op. cit.; Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura*, op. cit., 382-391.

[192] A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 145.

[193] Rese note il 18 dicembre 2017 e contenenti le valutazioni in ordine al quinto e sesto rapporto periodico dell'Italia (CAT/C/ITA/5-6) presentato nell'ambito degli incontri tenutisi a Ginevra il 14 e 15 novembre 2017 (CAT/C/SR.1582 e 1585). Le osservazioni sulla definizione e la repressione delle condotte di tortura sono contenute nei parr. 10-13.

Il Comitato raccomanda dunque al legislatore italiano di rimuovere celermente le eterogenee criticità emerse nel corso della valutazione: «*The State party should bring the content of article 613* bis *of the Criminal Code into line with article 1 of the Convention by eliminating all superfluous elements and identifying the perpetrator and the motivating factors or reasons for the use of torture (…). The Committee draws the State party's attention to its general comment No. 2 (2007) on the implementation of article 2, in which it states that serious discrepancies between the Convention's definition and that incorporated into domestic law create actual or potential loopholes for impunity*» (par. 11)[194].

Le recenti raccomandazioni delle Nazioni Unite riportano la riflessione lungo i binari delle considerazioni già espresse con riguardo al diritto a uno spazio detentivo conforme a dignità[195], marcandone un preoccupante punto di contatto. Se la genesi del processo di emersione non è sospinta da una ponderata presa di coscienza in ordine alla necessità giuridica, morale, etica e culturale di rimuovere una (così grave) lacuna a rilevanza costituzionale, l'intervento parlamentare rischia di tradursi in un pericoloso "specchietto per le allodole" posto unicamente come risposta alle sentenze sovranazionali. Pur rispondendo ai dettami del processo democratico, essendo il diritto racchiuso in una legge formale espressione piena della volontà parlamentare, l'emersione – sotto il profilo sostanziale – risulterà gravemente "controbilanciata" da una serie di resistenze, poste sotto forma di ostacoli applicativo-normativi, inserite nel dato testuale sì da ridurne l'ambito di operatività.

Il diritto a non subire tortura, utilizzando le categorie proposte, si trasforma dunque da archetipo di posizione giuridica sommersa a caso esemplare di diritto (legislativamente) emerso ad efficacia

[194] Nei paragrafi successivi il Comitato richiede altresì all'Italia di aumentare le forme di prevenzione nazionale e locale potenziando le raccomandazioni formulate dall'Autorità Garante delle persone detenute o private della libertà nonché assicurando un'adeguata indipendenza strutturale e finanziaria dei Garanti territoriali (parr. 14, 15, su cui *infra*, cap. 4, par. 3.1).

Un sintetico ma esaustivo resoconto delle ulteriori raccomandazioni formulate dal Comitato ONU è contenuta in F. Cancellaro, *Pubblicate le Osservazioni del Comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 301-305.

[195] *Supra*, cap. 2, par. 2.4.1.

semi-sommersa, risultando la sua sfera di effettività gravemente compromessa in ragione delle considerazioni sinora condotte. In un periodo storico-politico come quello attuale, in cui larghissima parte dell'attività parlamentare (e dell'opinione pubblica) si concentra su interventi diretti a contrastare gli effetti della crisi economica – arrivando, spesso, a qualificare la protezione dei diritti inviolabili come un *surplus* non urgente in tempi di austerità –, i pericoli che si celano dietro gli ingannevoli processi di emersione risultano ben più insidiosi di quelli riferibili alle posizioni ancora sommerse. L'affioramento normativo, infatti, conduce inevitabilmente a un affievolimento del dibattito pubblico e politico intorno alla garanzia del diritto, con il grave rischio di un progressivo sedimentarsi degli effetti semi-sommersi.

Verosimilmente spetterà ancora una volta alla giurisprudenza il compito di assottigliare, ove possibile, il forte disequilibrio tra formale emersione e sostanziale sommersione, giungendo a soluzioni che progressivamente consentano di reprimere efficacemente una condotta che rappresenta, sin dalla sua connotazione etimologica[196], una realtà incompatibile con ogni sistema che ponga le sue fondamenta, giuridiche e sociali, nella protezione della dignità umana.

5. *Intimità e sessualità negli istituti penitenziari: un diritto sommerso*

Ben emerge dalle riflessioni sinora condotte, come la privazione della libertà personale produca un'estrema tensione a

[196] «"Tortura" viene dal verbo "torcere", che esprime l'atto del piegare con la forza, deformandolo, un corpo (...). Nel suo stesso nome è già incluso il concetto di "torto", che è alla lettera l'opposto di "diritto". Nello Stato di diritto, dunque, la tortura non ha mai cittadinanza né può ambire ad ottenerla» (A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, op. cit., 131). L'Autore richiama sul punto le riflessioni di M. PALMA, *La tortura è alla pagina web*, in P. GONNELLA, A. MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006, 16 e di M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 73. In ordine all'etimologia e al significato tecnico-giuridico della parola "tortura" recentemente GIU. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, op. cit., 338-345.

rilevanza costituzionale tra esigenze contrapposte; il baricentro del bilanciamento oscilla ora in direzione del diritto, ora della sicurezza senza tuttavia dover produrre il totale sacrificio di uno degli interessi in gioco che ne pregiudicherebbe «la sua ineliminabile ragion d'essere»[197]. La ricerca di questo peculiare, quanto complesso, punto di equilibrio è tanto più significativa nel corso di un'esecuzione penale esclusivamente intramuraria ove più forte è «la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà»[198] e dalla parziale perdita del potere decisionale ceduto – assieme alla libertà – ai pubblici poteri. Il detenuto si trova cioè in una condizione di minorità e dipendenza, godendo di una limitata libertà di azione, perdendo la capacità di autodeterminazione anche nei gesti quotidiani, regolati da altri[199].

L'analisi della sessualità ristretta, come diritto esemplare delle posizioni soggettive ancora sommerse, prende le mosse proprio dalla perdita del potere decisionale in una delle dimensioni più intime e profonde della persona, in quel che si palesa non già come uno squilibrio di dubbia compatibilità costituzionale tra diritto e sicurezza, quanto come una ponderata rinuncia normativa al bilanciamento. Ciò che la pena detentiva ingenera nella sfera giuridica del condannato – nonché indirettamente nella posizione del *partner*, "vittima dimenticata" della sentenza di condanna[200] – è una condizione di deprivazione sessuale coatta che assume, *de facto*, la

[197] L'espressione, ripresa anche all'inizio del presente capitolo, si deve a F. Modugno, *I "nuovi" diritti*, op. cit., 101, e, in senso analogo, R. Bin, *Diritti e argomenti*, op. cit., 81.

[198] Corte cost., sent. n. 26 del 1999 (*supra*, cap. 3, par. 1 nonché ampiamente *infra*, cap. 4, par. 1).

[199] A. Pugiotto, *Progettare lo spazio della pena*, op. cit., 73 che sul punto richiama L. Manconi, *La cella del prigioniero bambino*, in *L'Unità*, 7 gennaio 2012.

Sulla necessità di un percorso di responsabilizzazione del detenuto come elemento propedeutico al reinserimento sociale, si veda la più volte richiamata relazione del Tavolo 2 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicata a "Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza", in particolare 13-16 (in *giustizia.it*).

[200] J. Matthews, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983.

In relazione agli effetti "bilaterali" della pena che si ripercuotono sul nucleo familiare della persona ristretta, cfr. A. Luzzago, S. Pietralunga, *L'incidenza negativa della detenzione dei genitori sui figli*, in *Rass. penit. crim.*, 1992, 297 ss.; C. Albano, *La famiglia del detenuto come vittima*, in *Riv. serv. soc.*, 4, 1985, 32 ss.

fisionomia di una conseguenza accessoria della sanzione[201], il cui protrarsi nel tempo comporta gravi disagi psicofisici e comportamentali[202] che inevitabilmente si riversano sul quel percorso di reinserimento sociale che l'art. 27, terzo comma, Cost. pone quale fine ultimo di ogni pena[203].

Si pensi, in proposito, anche alla menzionata giurisprudenza costituzionale che, in tema di necessaria proporzionalità tra sanzione irrogata e condotta[204], ha ben rilevato come una punizione percepita dal condannato nei termini di mera vessazione «ingenera (…) la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo»[205].

Affermazione, questa, che ben può estendersi alla negazione (illegittima) di un diritto, discendente dagli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.[206],

[201] Sul punto è stato autorevolmente osservato come «la castrazione legale, sessuale e affettiva, non si salda solamente nel carcere a vita. È una vera e propria pena accessoria che accompagna qualunque altra condanna alla reclusione intramuraria» (A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena*, op. cit., 75).

[202] È quanto rilevato da numerosi sociologi: cfr., tra i molti, F. CERAUDO, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. SOFRI, F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999; G.M. GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton, 1958; D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941. Si osserva in particolare come l'assoluta deprivazione sessuale, favorendo processi di regressione e deresponsabilizzazione, aumenti esponenzialmente il sentimento di oppressione ed emarginazione della persona, effetti inconciliabili con una pena umana, risocializzante e rispettosa della dignità della persona (e dei suoi familiari). In proposito Gresham Sykes osserva che nel carcere moderno le privazioni e le frustrazioni immateriali «possono essere tanto dolorose quanto i maltrattamenti fisici che hanno sostituito»; la distruzione della psiche, pur non lasciando segni evidenti, «non è meno spaventosa dell'afflizione del corpo» (G.M. SYKES, *The society of Captives*, op. cit., tr. it. contenuta in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, op. cit., 242).

Un'ampia riflessione, anche dottrinale, di carattere sociologico sulla detenzione e le dinamiche familiari è contenuta in C. BARGIACCHI, *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, in *L'Altro Diritto*, 2002, cap. 3.

Si vedano in argomento anche le proposte elaborate dal Tavolo 6 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Mondo degli affetti e territorializzazione della pena" (in *giustizia.it*).

[203] In proposito è stato autorevolmente affermato: «una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità» (G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen*., 1951, 376).

[204] *Supra*, cap. 1, par. 5.1.

[205] Corte cost., sent. n. 236 del 2016.

[206] La giurisprudenza costituzionale ha chiaramente affermato che la sfera ses-

senza che siano presenti esigenze di sicurezza tali da giustificarne una compressione *tout court*, difficilmente compatibile anche con gli scopi della riforma penitenziaria che, già all'art. 1, esalta la continuità dei rapporti con la realtà esterna: «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale (…)» (secondo comma)[207].

Più specifici – e chiara espressione dell'osmosi tra recupero sociale e tutela dei legami affettivi – gli articoli 15 e 28 dell'ordinamento penitenziario: «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto (…) agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia» (art. 15, primo comma, o.p.)[208]; durante l'esecuzione penale particolare cura è dedicata a «mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie» (art. 28)[209]. La disposizione, indubbiamente utopica nell'attribuzione alla detenzione di un ruolo "migliorativo" sui rapporti personali, ben esprime tuttavia l'assoluta preminenza attribuita alla tutela della dimensione affettiva nel percorso di reinserimento sociale del condannato divenendo, al medesimo tempo, parametro ed elemento positivo su cui modellare l'individualizzazione del trattamento.

La stessa Corte di Cassazione ha chiaramente affermato che, integrando il mantenimento delle relazioni familiari un diritto

suale si pone quale imprescindibile fattore di svolgimento della personalità (sent. n. 161 del 1985); il diritto di disporne liberamente è dunque «senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire» (Corte cost., sent. n. 561 del 1987).

Sulla sessualità come diritto inviolabile nella giurisprudenza di legittimità cfr., *ex multis*, Corte Cass., sentt. n. 12836 del 23 marzo 2013; n. 2311 del 2 febbraio 2007; n. 9801 del 10 maggio 2005.

[207] Testo così modificato dal d.lgs. n. 123 del 2018.

Analogamente la formulazione previgente disponeva, al sesto comma: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

[208] Sull'ampliamento della formulazione dell'art. 15 o.p. ("Elementi del trattamento") ad opera del d.lgs. n. 123 del 2018, *supra* cap. 2, par. 1.

[209] Rubricato "Rapporti con la famiglia".

In argomento F. Siracusano, sub *art. 28 ord. penit.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 330 ss.

soggettivo funzionale al processo rieducativo, l'adozione di generalizzate restrizioni incidenti su tale sfera comporta «un'ulteriore aggravio nel grado di privazione della libertà personale»[210], che richiede necessariamente il rispetto delle garanzie poste dall'art. 13, secondo comma, Cost. essendo i rapporti affettivi «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».

Emblematico, in proposito, anche l'articolo 14-*quater*, quarto comma, o.p.: le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con i prossimi congiunti; e, soprattutto, il successivo art. 42, secondo comma, o.p.: «Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga»[211]. La previsione è stata ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 che ha premesso al primo comma dell'art. 14 o.p. il seguente: «I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari».

Si tratta, come noto, del principio di territorialità delle pena, declinabile anche in termini di diritto, la cui effettività è oggi rinnegata – in fatto – da quel fattore ostativo avente portata generale sull'individualizzazione e la garanzia dei diritti ampiamente individuato nel sovraffollamento carcerario[212]. Nonostante il dato testuale riferisca la territorialità alla dimensione affettiva, non può negarsi che il suo disconoscimento incida significativamente anche

[210] Corte Cass., Sez. Un. pen., sent. n. 6754 del 2003.

[211] Testo così riformulato ad opera del d.lgs. n. 123 del 2018. In analoga direzione la precedente formulazione dell'art. 42 o.p. prevedeva che «nei trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie».

[212] *Supra*, cap. 2, in particolare par. 2.

su altre posizioni soggettive garantite dalla normativa penitenziaria; si pensi, in proposito, al diritto ad essere visitati da un medico di propria fiducia[213] o alle difficoltà di proseguire le attività di studio o lavoro[214] iniziate in istituto dopo la scarcerazione in ragione della lontananza rispetto al luogo di residenza.

Sul diritto all'affettività come elemento positivo del trattamento, perno attorno a cui ruota il processo di risocializzazione del condannato, si innestano gli istituti che la legislazione penitenziaria finalizza al raggiungimento degli scopi prefigurati dagli artt. 15 e 28 dell'ordinamento penitenziario. Dalla semplice lettura del loro enunciato emerge, tuttavia, un primo profilo di grave criticità: la manifesta inidoneità quantitativa a cui si affianca, lo si dirà a breve, un'inadeguatezza qualitativa su cui si innesta la sommersione del diritto all'intimità-sessualità.

Ma occorre procedere con rigorosa progressione logica.

La normativa penitenziaria dispone che i colloqui visivi all'interno degli istituti siano garantiti sei volte al mese, abbiano durata di un'ora[215] e si svolgano «in appositi locali sotto il controllo a vista

[213] Diritto confermato nel riformato art. 11 o.p. che al dodicesimo comma prevede: «I detenuti e gli internati possono richiedere di essere visitati a proprie spese da un esercente di una professione sanitaria di loro fiducia (…)».

[214] Del diritto al lavoro nel corso dell'esecuzione penale si è detto ampiamente (*supra*, cap. 3, par. 2.1); un'analisi in ordine alle criticità a rilevanza costituzionale del diritto all'istruzione, quale elemento positivo del trattamento ai sensi dell'art. 15 o.p., è contenuta nel contributo di C. Tomba, *Il diritto all'istruzione e alla cultura*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 91-127.

Sul punto è intervenuto il recente d.lgs. n. 123 del 2018 che ha sostituito il quarto comma dell'art. 19 o.p. con il seguente: «Sono agevolati la frequenza e il compimento degli studi universitari e tecnici superiori, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore, nonché l'ammissione di detenuti e internati ai tirocini di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92».

Lo stesso decreto prevede l'inserimento, dopo il secondo comma dell'art. 19, dei seguenti: «Tramite la programmazione di iniziative specifiche, è assicurata parità di accesso delle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale. Speciale attenzione è dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali».

[215] Art. 37 reg. esec. ("Colloqui"): «I colloqui dei condannati, degli internati e quelli degli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado sono autorizzati dal direttore dell'istituto. I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi» (primo comma).

e non auditivo del personale di custodia» (art. 18, secondo comma, o.p.); a sua volta la corrispondenza telefonica «avviene con le modalità e le cautele previste dal regolamento» (art. 18, terzo comma, o.p.) il quale specifica che i condannati possono essere autorizzati dal direttore ad effettuare telefonate «con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse (…) una volta alla settimana (…)[216]. (…) La durata

L'elenco delle persone che il detenuto è legittimato ad incontrare mostra con chiarezza la perdita di gran parte del potere decisionale: la persona non è libera di scegliere, è la legge a determinare quali siano i legami meritevoli di tutela stabilendone tempi e modalità di godimento.

All'ottavo comma, l'art. 37 reg. esec. limita il numero dei colloqui a quattro al mese «quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-*bis* della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto».

Sulla disciplina dei colloqui è più volte intervenuta la giurisprudenza di legittimità specificando che i provvedimenti idonei ad incidere sulle istanze riguardanti le visite dei familiari in carcere, potendosi risolvere in un inasprimento del grado di afflittività della pena, incidono sui diritti soggettivi dei detenuti risultando pertanto ricorribili in Cassazione (Corte Cass., sez. I pen., sentt. nn. 26835/2011 e 47326/2011). In riferimento ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p., la stessa giurisprudenza di legittimità ha stabilito che il tempo del colloquio mensile possa essere prolungato fino a due ore qualora i familiari, residenti in un comune diverso da quello dell'istituto di detenzione, non abbiano fruito dell'incontro nel mese precedente alla richiesta (Corte Cass., sez. I pen., sentt. nn. 52545/2014, 39537/2013, 49732/2013, 49733/2013, 49734/2013).

[216] Coerentemente con la disciplina dei colloqui visivi, il secondo comma dell'art. 39 del regolamento di esecuzione limita ulteriormente il numero delle telefonate a due al mese (sempre della durata di dieci minuti) nei confronti di coloro che siano ristretti per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis*, primo comma, o.p. La Corte di Cassazione, a due anni di distanza dall'approvazione del nuovo Regolamento, ha legittimato la differenziazione del regime: «le disposizioni limitative dei colloqui che riguardano i detenuti sottoposti al regime carcerario di cui all'art. 4-*bis* o.p. (...), sono pienamente legittime e si integrano con il regime differenziato stabilito, per esigenze di sicurezza pubblica, nei confronti dei reclusi che, in relazione al titolo di reato, si presumono particolarmente pericolosi» (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 13079/2002). Si tratta, tuttavia, di un orientamento che genera non poche perplessità: non si comprende come l'esigenza di tutelare la sicurezza, nel senso di impedire i contatti tra detenuti e organizzazione criminale di appartenenza, possa dirsi soddisfatta mediante una limitazione meramente quantitativa del numero degli incontri. È una logica non dissimile da quella utilizzata dalla Corte costituzionale per dichiarare, nella sentenza n. 143 del 2013, l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), o.p., nella parte in cui prevedeva una riduzione numerica dei colloqui con i difensori.

Sulla centralità della pronuncia, anche in riferimento alle tecniche di bilanciamento tra diritti e sicurezza, v. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica*, op. cit, 24-27 e,

massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti» (art. 39, secondo e sesto comma, reg. esec.).

Se le disposizioni erano apparse idonee a metà degli anni '70 e all'inizio del nuovo millennio a garantire adeguatamente i contatti con la dimensione affettiva all'esterno del carcere, è di tutta evidenza come le medesime previsioni, soprattutto a seguito degli sviluppi nel settore tecnologico e alla radicale trasformazione della popolazione ristretta, mostrino oggi un'indubbia inadeguatezza[217].

Ben lo rileva la relazione del Tavolo 2 degli Stati Generali dell'esecuzione penale: oltre ad auspicare il raggiungimento – in tempi brevi – di una «sostanziale "liberalizzazione"» della corrispondenza telefonica, nonché di un aumento numerico e temporale dei colloqui visivi, il Tavolo specifica che «allo scopo di prevenire l'"analfabetismo informatico" del detenuto (spesso privo di nozioni di base e incapace di un utilizzo appropriato di strumenti entrati prepotentemente nelle attività quotidiane di ogni cittadi-

dello stesso Autore, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, in *Giur. cost*., 3, 2013, 2176 ss. In argomento v. altresì V. Manes, V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont*., 3 luglio 2013.

Sui familiari del detenuto sottoposto a regime speciale grava anche l'onere di ricevere la telefonata non direttamente nella propria abitazione, bensì nel carcere più vicino al luogo di residenza della famiglia (sottolinea l'incidenza di questo aspetto A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41*-bis, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena*, op. cit., 202).

Il panorama delle disposizioni del Regolamento di esecuzione incidenti sui rapporti con la famiglia è vastissimo, si richiamano, ancora, l'art. 14 in tema di ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di 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. Un'analisi ampia è contenuta in P. Canevelli, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 2000; B. Galgani, *Il nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria*, in *Leg. pen*., 4, 2000, 851 ss.

[217] All'inadeguatezza quantitativa dei contatti telefonici si aggiungono le difficoltà di natura pratica; 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. Le complicazioni aumentano in riferimento ai detenuti stranieri per i quali è necessaria un'autorizzazione da parte delle autorità consolari.

no), appare opportuno consentire l'ampio uso delle tecnologie informatiche all'interno del carcere, non solo come strumento di studio ma anche per svago e per i contatti con la famiglia (uso della posta elettronica e colloqui via Skype)»[218]. Ciò anche in ragione dell'assenza di territorialità della pena e delle modifiche intervenute nella popolazione carceraria[219], oggi in larga parte composta da migranti per i quali le conversazioni telefoniche rappresentano l'unico strumento di contatto con le famiglie e i luoghi di provenienza[220]. Le indicazioni non hanno tuttavia trovato riscontro nel recente d.lgs. n. 123 del 2018 il quale si limita a prevedere che

[218] Relazione del Tavolo 2 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza", proposte nn. 7 e 8, 5-7. Si vedano altresì le ampie riflessioni compiute su colloqui e corrispondenza anche nella Relazione del Tavolo 6 dedicato a "Mondo degli affetti e torritorializzazione", in particolare 14-6 (entrambi pubblicati in *giustizia.it*). Sul punto anche la sezione IX, *Collegamenti audiovisivi*, del volume G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, op. cit., 213-224.

[219] Sull'attuale percentuale di migranti in carcere si rinvia alla nota n. 57 del secondo capitolo.

[220] Nonostante l'inidoneità numerica e spesso fattuale dei colloqui, la Corte di Cassazione ha espressamente ribadito come il diritto soggettivo al «mantenimento delle relazioni affettive familiari, è elemento essenziale del trattamento» che trova nell'istituto dei colloqui la sua principale forma di espressione, costituendo «la condizione di effettività del diritto stesso» (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 52544 del 2014).

In generale sulla disciplina degli incontri visivi e della corrispondenza, cfr. C. Santinelli, sub *art. 18*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 200 ss.; C. Bargiacchi, *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, op. cit., cap. 2; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 75-99.; M. De Pascalis, *Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1996, 384 ss.; P. Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, op. cit., 175 ss.; E. Bernardi, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali alla persona*, in *Rass. ita. dir. proc. pen*., 1983, 1433 ss.

Riguardo ai colloqui si pensi anche alla centralità di predisporre negli istituti penitenziari spazi e locali adeguati ad agevolare le relazioni affettive tra detenuti e familiari, come la presenza di aree verdi in grado di diminuire – soprattutto in relazione all'incontro con i figli – l'impatto con la realtà carceraria. In questa direzione si muove la circolare dell'Amministrazione penitenziaria n. 3478 del 1998, che stimola la realizzazione di spazi all'aperto mettendo in luce 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». Successivamente è intervenuta la circolare n. 037764 del 24 aprile del 2010 con la quale è stato chiesto alle direzioni «il massimo impegno nell'adozione, anche in via sperimentale, di tutte le possibili misure, organizzative ed

dopo il sesto comma dell'art. 18 o.p. siano aggiunti i seguenti: «Ogni detenuto ha diritto a una libera informazione e di esprimere le proprie opinioni, anche usando gli strumenti di comunicazione disponibili e previsti dal regolamento.

L'informazione è garantita per mezzo dell'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento».

Ancora a tutela dei legami familiari, l'art. 30 dell'ordinamento penitenziario dispone che possono essere concessi permessi nei casi «di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente (primo comma)[221]. (…) eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità (secondo comma)» o permessi premio (art. 30-*ter* o.p.), che consentono al ristretto – con regolare condotta e non socialmente pericoloso – di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro[222]. I fattori ostativi all'ampio utilizzo degli istituti

operative, atte a valorizzare, nei limiti della normativa vigente, gli spazi ed i momenti di affettività».

Il *report* del Tavolo 1 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, dedicato a "Spazio della pena: architettura e carcere", ha tuttavia rilevato, salvo rare eccezioni, una diffusa inadeguatezza delle strutture penitenziarie (spesso ospitate in antichi edifici) rispetto ai fini della normativa anche in ragione, lo si è detto, della scarsità delle risorse finanziarie destinate alla ristrutturazione degli istituti. Riemergono, in questa sede, le forti criticità espresse in relazione all'eterogeneità delle condizioni di detenzione nei diversi carceri del territorio nazionale che, inevitabilmente, si traducono in una disparità di trattamento in ordine alla garanzia dei diritti difficilmente compatibile con i principi di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. (*supra*, cap. 2, par. 1).

Nella direzione di un miglioramento degli spazi dedicati ai colloqui con la famiglia si muove il recente d.lgs. n. 123 del 2018 che ha aggiunto i seguenti due periodi al secondo comma dell'art. 18 o.p.: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici».

Sul permanere dell'inidoneità dell'attuale formulazione dell'art. 18 o.p. a far emergere il diritto all'intimità-sessualità intramuraria si tornerà a breve.

Un'ampia riflessione sulla centralità di progettare gli spazi architettonici del carcere secondo una visione funzionale al finalismo rieducativo delle pene è contenuta in S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, 2011.

[221] Quanto agli imputati il d.lgs. n. 123 del 2018 ha sostituito il secondo e terzo periodo del primo comma dell'art. 30 o.p. con il seguente: «Agli imputati il permesso è concesso dall'autorità giudiziaria competente a disporre il trasferimento in luoghi esterni di cura ai sensi dell'articolo 11».

[222] Art. 30-*ter*, primo comma, o.p.: «Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose,

si celano nella controversa, e molto spesso negata, possibilità per la magistratura di sorveglianza di concedere i permessi ordinari anche per eventi positivi che si producono nella vita del detenuto, nonché nella residualità dell'art. 30-*ter* o.p. in ragione della natura premiale[223] e dell'inapplicabilità nei confronti dei ristretti in attesa di giudizio.

Quanto alla prima questione, inerente al significato da attribuire all'enunciato «(…) eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità», il secondo comma dell'art. 30 o.p. è stato interpretato, per oltre quaranta anni, nel senso di ricondurre nel suo alveo di applicazione solo episodi di natura negativa. Negli ultimi dieci anni, tuttavia, la giurisprudenza – sia di merito, sia di legittimità – ha mostrato una prima apertura, interpretando in taluni casi il termine "gravità" nel suo più ampio significato di "rilevanza-im-

il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione». Il collegamento funzionale tra permessi premio e percorso rieducativo è stato messo in luce dalla giurisprudenza costituzionale quale «strumento (…) spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro», volti a «perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa» (Corte cost., sent. n. 403 del 1997).

La previsione di permessi esterni, aventi natura più ampia rispetto agli ordinari di cui all'art. 30 o.p., era già emersa durante la stesura della riforma penitenziaria del '75 concretizzandosi in due posizioni: alcuni ritenevano vi fosse la necessità di concedere brevi permessi per fronteggiare impreviste esigenze di carattere familiare; altri, per attenuare l'isolamento affettivo derivante dalla detenzione, proponevano la concessione di brevi periodi di libertà destinati a favorire il mantenimento delle relazioni familiari, anche al fine di ridurre gli effetti derivanti dalla deprivazione sessuale. Entrambe le istanze non vennero accolte nella riforma, che codificò all'interno dell'art. 30 o.p. esclusivamente i permessi per "eventi familiari di particolare gravità". L'introduzione dei permessi premio avvenne più tardi ad opera della più volte richiamata legge n. 663 del 1986 (c.d. Gozzini).

Sulla natura dei permessi *ex* art. 30-*ter* o.p. si è espressa la giurisprudenza costituzionale affermando che rappresentano «un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria» e, allo stesso tempo, «uno strumento di rieducazione, in quanto consentono un iniziale reinserimento del condannato in società, essendo quindi parte integrante del trattamento rieducativo» (Corte cost., sent. n. 118 del 1990).

[223] Si rinvia sul punto alle considerazioni già espresse in merito alla legge n. 251 del 2005 (c.d. ex-Cirielli) tesa a ridurre drasticamente la concessione delle misure premiali (*supra*, cap. 2, par. 2).

portanza" dell'evento. Nella sentenza n. 36329 del novembre 2015 la Corte di Cassazione ha specificato che «tra gli eventi famigliari di particolare gravità ai quali è subordinata la concessione dei permessi (…) rientrano non soltanto eventi luttuosi o drammatici, ma anche avvenimenti eccezionali, e cioè non usuali, particolarmente significativi nella vita di una persona, perché idonei ad incidere profondamente nel tratto esistenziale del detenuto e pertanto nel grado di umanità della detenzione e nella rilevanza per il suo percorso di recupero». Seguendo analoga direzione ermeneutica, i giudici di legittimità hanno recentemente concesso il permesso ordinario a un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale per assistere alla nascita del figlio concepito mediante fecondazione medicalmente assistita[224].

L'estensione interpretativa dell'art. 30, secondo comma, o.p. è stata tuttavia negata in altre occasioni come in riferimento al permesso volto alla consumazione del matrimonio[225] o, più di recente, alla partecipazione alle nozze del proprio figlio: «la natura di evento lieto e conviviale, che caratterizza ordinariamente la celebrazione di un matrimonio appare idonea a escludere quella carica di eccezionale tensione emotiva che deve – normativamente – connotare l'evento familiare di particolare gravità»[226]. Prendendo atto degli eterogenei orientamenti presenti nella giurisprudenza, che inevitabilmente si ripercuotono sulla frammentarietà della tutela del diritto all'affettività, sia consentito il richiamo a una recente riflessione, in cui è stata ipotizzata la proposizione di una questione di costituzionalità volta a stabilizzare il risultato della "estensione interpretativa" per gli eventi familiari di particolare rilevanza. Ciò che al Giudice delle leggi si propone di dichiarare, per il tramite di specifica questione sollevata da parte della magistratura di sorveglianza, è un'illegittimità costituzionale di tipo sostitutivo, con ri-

[224] Corte Cass., sez. I pen., 26/05/2017, n. 48424, su cui v. L. Amerio, *41*bis *e permessi di necessità: il "carcere duro" non può impedire al detenuto di essere presente alla nascita del figlio*, in *Giur. pen.*, 11, 2017.

Sul processo di "emersione applicativa" del diritto di accesso alle tecniche di PMA per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. ad opera della giurisprudenza di legittimità, v. ampiamente *supra*, cap. 3, par. 3.

[225] Corte Cass., sez. I pen., 05/02/2013, n. 11581.

[226] Corte Cass., sez. I pen., 14/12/2017 n. 55797.

guardo all'art. 30, secondo comma, o.p. «nella parte in cui prevede la parola "gravità" anziché "rilevanza"» per violazione degli artt. 2, 3 secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31 e 117, primo comma (in riferimento agli artt. 8 e 12 Cedu), Cost. Oppure, sì da evitare un effetto demolitorio, una pronuncia additiva che fondi l'incostituzionalità dell'art. 30, secondo comma, o.p., «nella parte in cui, dopo la parola "gravità", non prevede le parole "o rilevanza"»[227].

Di là dagli articoli citati, molte altre disposizioni della normativa penitenziaria sono dedicate al mantenimento, miglioramento o ristabilimento dei legami affettivi; si pensi al diritto di informare prontamente i familiari dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 o.p.), all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 o.p.), alla possibilità per i prossimi congiunti di richiedere i benefici penitenziari e le misure alternative (art. 57 o.p.)[228] o,

[227] È una riflessione proposta in occasione degli incontri dedicati a "L'evoluzione del sistema penitenziario alla luce delle Carte fondamentali dei diritti" organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura dall'11 al 13 giugno 2018 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre. Un maggiore approfondimento della questione è contenuto nel contributo scritto dell'intervento al quale sia consentito rinviare: S. Talini, *Gli articoli 18 e 30 dell'ordinamento penitenziario tra interpretazione conforme a costituzione e possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018, 179-181.

In argomento si rileva come gli schemi di decreto elaborati nella scorsa legislatura dalla c.d. Commissione Giostra in attuazione della legge delega n. 103 del 2017, avrebbero offerto concretezza normativa all'interpretazione estensiva elaborata da parte della giurisprudenza di legittimità, prevedendo la concessione dei permessi – ad esclusione dei detenuti sottoposti a regime detentivo speciale – anche per eventi familiari "di particolare rilevanza". Sul punto v. A. Ciavola, *I permessi per ragioni familiari*, in G. Giostra, P. Bronzo, (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, op. cit., 245. Si rinvia, nello stesso volume, all'intera sezione XII dedicata al "L'affettività", 237-262. Analoga modifica non è invece contenuta nei recenti decreti legislativi di riforma.

Sulla disciplina dei permessi ordinari, anche in relazione agli sviluppi interpretativi della giurisprudenza, cfr. L. Amerio, V. Manca, *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità* ex *art. 30 O.P. sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. pen.*, 4, 2018; F. Fiorentin, sub *art. 30 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 344-351. Si vedano, sul punto, anche le proposte elaborate dal già richiamato Tavolo 6 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Mondo degli affetti e territorializzazione della pena" (in *giustizia.it*).

[228] In seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 123 del 2018 l'art. 57 ("Legittimazione alla richiesta di misure") è formulato come segue: «Le misure alternative e quelle di cui agli articoli 30, 30-ter, 52, 53 e 54 nonché all'articolo 6 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, possono essere richieste dal con-

ancora, all'art. 61 del Regolamento di esecuzione, specchio regolamentare dell'art. 28 o.p., a norma del quale «particolare attenzione è dedicata ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale»[229]. Previsioni che, naturalmente, trovano ampia collocazione anche nella "Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati"[230], documento che esemplifica per reclusi e familiari quanto indicato nella normativa vigente anche in rife-

dannato, dall'internato, dai loro prossimi congiunti, dal difensore, ovvero proposte dal gruppo di osservazione e trattamento». Analoga attenzione alla dimensione affettiva è posta dal nuovo ultimo comma dell'art. 58 o.p., modificato dallo stesso decreto, ai sensi del quale: «Le attività di controllo sono svolte con modalità tali da garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento di attività lavorative».

[229] L'originario schema dell'art. 61 del Regolamento di esecuzione, rubricato "Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento", conteneva un particolare permesso volto a consentire ai ristretti, qualora non vi fossero contrapposte esigenze di sicurezza, di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore continuative in apposite unità abitative all'interno dell'istituto di detenzione sì da consentire l'emersione del diritto alla sessualità intramuraria in via regolamentare. Il processo trovò tuttavia un fermo e incontestabile arresto nel parare espresso dal Consiglio di Stato (adunanza del 17 aprile 2000): i giudici rilevarono l'inconciliabilità della previsione con l'obbligatorietà del controllo a vista sui colloqui di cui al secondo comma dell'art. 18 o.p. La scelta di introdurre il permesso contenuto nello schema di decreto presuppone, dunque «l'intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata».

Ancora in riferimento alla disciplina regolamentare, si rileva il superamento di una logica di tipo premiale riguardo agli istituti volti a mantenere, ristabilire o migliorare le relazioni affettive, evoluzione di cui è espressione lo stesso art. 61: se il secondo comma, lett. b), dell'art. 76 del precedente regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 431 del 1976) annoverava le visite tra le "ricompense" che il direttore poteva concedere ai detenuti particolarmente meritevoli (si pensi all'assidua partecipazione alle attività trattamentali), la nuova formulazione prescinde da ogni riferimento al "premio" ponendo l'istituto unicamente in relazione alle valutazioni svolte dagli operatori penitenziari. Sul punto si rinvia alla bibliografia contenuta nella precedente nota n. 216 del presente capitolo.

[230] Art. 69, secondo comma, reg. esec.: «All'atto dell'ingresso, a ciascun detenuto o internato è consegnata la carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, contenente l'indicazione dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, delle strutture e dei servizi ad essi riservati», il cui contenuto è stato stabilito con decreto del Ministro della Giustizia il 5 dicembre 2012, in attuazione del d.P.R. n. 136 dello stesso anno.

rimento ai legami personali (numero dei colloqui visivi e telefonici, modalità di ingresso in istituto, svolgimento degli incontri etc.)[231].

Osservando la posizione che il legislatore del '75 ha attribuito al diritto all'affettività – elemento positivo del trattamento, funzionalmente rivolto a rendere effettivo il percorso di reinserimento sociale – difficile per l'interprete non volgere lo sguardo a un paradosso normativo a rilevanza costituzionale: l'assenza di norme a tutela dell'espressione anche fisica dell'affettività che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per tutti i detenuti cui non è consentito l'accesso ai permessi premio all'esterno, consacrando il fenomeno dei c.d. "matrimoni bianchi" che vedono la celebrazione dell'atto non seguita dalla consumazione dello stesso.

Uno degli aspetti più innovativi della riforma – la volontà che le relazioni familiari continuino a incidere sulle condizioni psicofisiche del ristretto e sulle prospettive di vita futura – si sgretola sotto la forza oppositiva della lacuna normativa che, a distanza di oltre quarant'anni, mantiene forza granitica nella legislazione penitenziaria. Il (non) dato normativo mostra così il volto più gretto di una classe politica che, celandosi dietro generiche esigenze gestionali e di sicurezza, nega alla sessualità la sua dimensione «naturale, necessaria e ineliminabile della persona», riducendola a gentile «concessione, un di più, se non un vizio: il vizio»[232]. Che la quarantennale sommersione del diritto discenda da una ponderata e costante volontà parlamentare, lo dimostra la mancata approvazione dei numerosi disegni di legge presentati in materia, caduti nel dimenticatoio parlamentare per l'impossibilità di giungere a una condivisione di scopi tra le forze politiche[233].

[231] Un'esaustiva ricostruzione della normativa penitenziaria in materia di relazioni affettive e familiari è contenuta in C. Bargiacchi, *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, op. cit., cap. 1. In argomento anche M. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. pen*, 1, 2017; l'intero volume curato dal Ministero della Giustizia, *La dimensione dell'affettività in carcere*, *Quaderni ISSP*, 13 giugno 2015; C. Brunetti, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2008, 107 ss.; E. Di Somma, *L'affettività in carcere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 864 ss.

[232] A. Sofri, *Il sesso del prigioniero mandrillo*, in *ristrettiorizzonti.it*.

[233] Da un esame complessivo delle proposte si rileva, oltre alla somiglianza di intitolazioni (la più ricorrente è "Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di relazioni affettive"), analogia di contenuti e, conseguentemente, piena convergenza di

Nel senso di una metamorfosi della normativa vigente sembrava muovere la richiamata delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario[234] che, al comma 85, lett. n), dell'articolo 1 prescrive «la garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio»[235]. Tuttavia, già all'indomani dell'intervento, si era osservato come la formulazione assai ampia della disposizione, genericamente riferi-

obiettivi: abrogazione del carattere di obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia sui colloqui e predisposizione di locali idonei al godimento del diritto alla sessualità-intimità con i familiari. Tra le molteplici proposte attenzione particolare merita la n. 3420 presentata il 24 luglio 2012, su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante, in seguito alla proposizione della questione di costituzionalità di cui si dirà a breve. Il disegno di legge, teso ad un rinnovamento del quadro normativo offerto dall'ordinamento penitenziario, mirava ad introdurre le seguenti modifiche: "Art. 1 1. All'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni: a) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Particolare cura è altresì dedicata a coltivare i rapporti affettivi. A tale fine i detenuti e gli internati hanno diritto ad una visita al mese della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro ore con le persone autorizzate ai colloqui. Le visite si svolgono in locali adibiti o realizzati a tale scopo, senza controlli visivi e auditivi»; b) alla rubrica dell'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «e diritto all'affettività». Art. 2. 1. All'articolo 30, secondo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Analoghi permessi possono essere concessi per eventi familiari di particolare rilevanza». Art. 3. 1. All'articolo 30-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «8-*bis*. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del comma 8, il magistrato di sorveglianza può concedere, oltre ai permessi di cui al comma 1, un ulteriore permesso della durata di dieci giorni per ogni semestre di carcerazione per coltivare specificatamente interessi affettivi». Art. 4 1. All'articolo 18, della legge 26 luglio 1975, n. 354, il quinto comma è sostituito dal seguente: «Per ciascun colloquio ordinario non effettuato è concesso ai detenuti e agli internati un colloquio telefonico aggiuntivo, con le persone autorizzate, della durata di quindici minuti. La telefonata può essere effettuata con costo a carico del destinatario»".

In analoga direzione le precedenti proposte di legge, tra le quali: 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.

[234] Art. 1, comma 85, lett. n), legge delega n. 103 del 2017 per le "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario" (*supra*, cap. 2, par. 2.4.1).

[235] Ponendosi in linea di continuità con le richiamate proposte degli Stati Generali dell'esecuzione penale il delegato, alla lett. i), prescrive «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».

ta alla dimensione affettiva, lasciasse presagire il mantenimento del "cono d'ombra" dell'intimità-sessualità intramuraria[236], confermata sia dai lavori della c.d. Commissione Giostra sia dal recente d.lgs. n. 123 del 2018; non eliminando l'obbligatorietà del controllo a vista il decreto si limita ad aggiungere i seguenti due periodi al secondo comma dell'art. 18 o.p.: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto (…)».

La riprova di una volontà in negativo in ordine alla mancata emersione della dimensione anche fisica dell'affettività, quale specifica declinazione di un diritto costituzionalmente tutelato, si pone in un difficile rapporto di coerenza anche con «la tendenza del regime penitenziario europeo»[237], ben espressa nella garanzia offerta dalla Convenzione EDU al rispetto della vita privata e familiare e al matrimonio (artt. 8 e 12) e, più specificamente, nelle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa (Racc. n. 1340 del 1997 e Racc. 11 gennaio 2006). Quest'ultime, seppur prive di efficacia vincolante, ben esprimono l'esigenza che le normative nazionali offrano piena tutela all'individualità del detenuto anche attraverso la protezione della sua sfera sessuale. Alla Raccomandazione n. 1340 sulla necessità di predisporre all'interno degli istituti luoghi nei quali i ristretti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli, si accompagna la successiva regola del 2006: «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali» (n. 24, quarto comma). La disposizione, di per sé rilevante per il riferimento alla "normalità" delle relazioni familiari – comprensiva anche la dimensione intima – è illustrata nel commento in calce, contenente una rilevante specificazione quanto ai tempi: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate», la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i *partner*».

[236] S. Talini, *L'affettività ristretta*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 228, 229.

[237] Letteralmente il Tribunale di Sorveglianza di Firenze nell'ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 (*infra*, cap. 3, par. 5.1).

Analogamente la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra le posizioni garantite ai detenuti il diritto a «una vita affettiva e sessuale, attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi». Indicazione ribadita più di recente dalle c.d. "Regole di Bangkok"[238] che prescrivono il divieto di adottare, tramite provvedimenti disciplinari, misure in grado di incidere sui contatti con il mondo esterno e – più in generale – la necessità di prevedere strumenti idonei a far fronte alle difficoltà derivanti dalla reclusione in un istituto lontano dal proprio domicilio (nn. 23, 26 e 28), anche attraverso la garanzia di forme di colloqui prolungati (regola n. 52)[239].

Conferma la "tendenza del regime penitenziario sovranazionale" – nonché l'irragionevolezza di una negazione *tout court* del diritto in ragione di contrapposte esigenze di sicurezza – anche uno sguardo comparatistico alle molteplici e multiformi esperienze normative esistenti pure al di fuori dell'area comunitaria. Da legislazioni in cui la dimensione intima è garantita attraverso colloqui prolungati e non controllati (è il caso, ad esempio, di Croazia e Albania) si giunge a soluzioni più complesse, in cui sono predisposte unità abitative interne agli istituti penitenziari con camere matrimoniali, servizi e cucina (Norvegia, Danimarca e, seppur in forme molto diverse, persino Armenia, Brasile e alcuni Stati degli U.S.A.). Nell'Unione Europea sono undici i Paesi che hanno introdotto una normativa in tal senso: in Spagna, nella regione della Catalogna, la legge concede 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)[240]. In Svizzera gli incontri in assenza del controllo visivo sono stati introdotti già nei primi anni '80, si

[238] "Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati", adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010.

[239] La stessa regola n. 52 prevede, nel caso di madri detenute con figli in affidamento, la predisposizione di meccanismi che facilitino gli incontri in ragione del preminente interesse del minore sulle esigenze di pubblica sicurezza.

[240] L'ordinamento spagnolo definisce "*partner*" la persona che si presenta regolarmente ai colloqui ordinari intrattenendo con il detenuto rapporti di natura sentimentale; non è dunque necessaria una relazione di coniugio o convivenza stabile.

svolgono in appositi monolocali arredati e sono sorvegliati unicamente dall'esterno a una distanza non inferiore a quindici metri[241].

L'ampio riconoscimento del diritto all'intimità-sessualità intramuraria anche in Stati spesso accusati di sistematiche violazioni dei diritti umani sulle persone detenute (si pensi all'esperienza brasiliana o armena), dimostra come la consapevolezza che la dimensione intima non possa essere disgiunta dalla sfera affettiva sia largamente diffusa. Se, analogamente alle ferie dei lavoratori detenuti[242], la condizione detentiva comporta una fisiologica differenziazione nelle modalità di godimento, la protezione costituzionale della dignità e dell'inviolabilità dei diritti impone il divieto di adottare «"trattamenti penitenziari" (…) incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà»[243] e ciò si verifica ogni qual volta il legislatore rinunci irragionevolmente al bilanciamento.

5.1. Il tentativo di affioramento giurisprudenziale: inammissibilità ad efficacia monitoria

La granitica sommersione dell'intimità-sessualità intramuraria nella normativa italiana ha trovato nella scarsa pervasività della giurisprudenza interna e sovranazionale in materia un involontario alleato. L'analisi soggettiva del diritto mostra come le Corti, almeno sino ad oggi, non si siano pronunciate con sentenze diret-

[241] Particolarmente articolata è l'esperienza del Canton Ticino: ai detenuti che non possono accedere ai congedi esterni è garantito lo svolgimento di diverse tipologie di colloqui che vanno dal c.d. "colloquio gastronomico" con la famiglia, al "colloquio pollicino", un incontro privato tra detenuto e figli.

Sull'esperienza del Cantone v. A. La Villa, *Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà del Canton Ticino tra prassi e norma*, in *Quaderni ISSP*, *La dimensione affettiva in carcere*, op. cit., 73-96 e S. Privitera, *L'esperienza Svizzera, in particolare quella del Cantone Ticino*, in *ristretti.it*.

Anche in Belgio e Francia sono in corso sperimentazioni sul diritto alla sessualità intramuraria attraverso la predisposizione di Unità di Visita Familiare (UVF) predisposte all'interno degli istituti penitenziari.

Per una breve descrizione di alcune esperienze normative estere sia consentito il rinvio a S. Talini, *L'affettività ristretta*, op. cit., 224-227. Sul punto anche A. Pugiotto, *Progettare lo spazio della pena*, op. cit., 79-81.

[242] *Supra*, cap. 3, par. 2.2.

[243] Corte cost., sent. n. 26 del 1999 (*supra*, cap. 3, par. 1 e *infra*, cap. 4, par. 1).

tamente incidenti sull'omissione legislativa o in grado di imporre – in termini di cogenza – un intervento parlamentare. Nell'assenza di pervasività della giurisprudenza (ma non di puntuali moniti), si adagia il disvalore morale che il legislatore attribuisce alla sessualità in carcere, di cui la lacuna normativa resta la più nitida espressione.

È noto come nell'aprile 2012 il Tribunale di Sorveglianza di Firenze abbia tentato di far emergere il diritto in via giurisprudenziale chiedendo alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità dell'art. 18, secondo comma, o.p. «nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento dei rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner (legato con un rapporto coniugale o con stabile rapporto di convivenza, sul quale si è innestata o meno una situazione familiare)»[244].

Il rimettente rileva anzitutto l'inadeguatezza degli istituti presenti nella normativa penitenziaria[245]: «la soluzione al problema (…) deve passare attraverso il riconoscimento più ampio e naturale dell'affettività: la concessione di permessi (…) per l'intera famiglia di trascorrere, all'interno del carcere e senza controllo visivo del personale, uno o più giorni, evitando così le ammissioni al solo sesso fra *partner*». In linea con la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2006, alla predisposizione di idonei locali negli isti-

[244] Ordinanza di rimessione n. 132 del 2012.

[245] Sul punto la Corte di Cassazione ha espressamente affermato 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 permesso premio «in quanto 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» (Corte Cass., sent. n. 48165 del 2008).

La sentenza è coerente con una precedente pronuncia del 1992: «il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere. Tale esclusione è una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato (…) il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendole un diritto civico della sua personalità privata» (Corte Cass., sent. n. 1553 del 1992 e, nello stesso senso, Corte Cass., ord. n. 1524 dello stesso anno).

tuti, deve dunque accompagnarsi un lasso temporale adeguato: avendo cura di attuare la sola coordinata inerente allo spazio, si introdurrebbe un diritto viziato nel godimento risultando il mero atto sessuale fra *partner* umiliante e degradante[246].

Quanto ai destinatari dell'intimità intramuraria il giudice *a quo*, prendendo le mosse dalla natura unitaria ma non indissolubile del diritto, identifica la sfera affettiva nell'ampio «rapporto detenuto-famiglia»; limitando i profili applicativi della sessualità alle ipotesi in cui, «dentro l'affettività», sussista un rapporto di coniugio o convivenza stabile[247]. Definiti i confini normativi del diritto sommerso – e richiamata la nota sentenza n. 26 del 1999 dalla Corte costituzionale[248] – il rimettente osserva come non sia «possibile costituzionalmente inibire il diritto al rapporto sessuale»; il diniego, come spesso accade nel sistema penitenziario, «poggia su una costante sorveglianza di principio (…)», non trovando giustificazione in esigenze connaturate allo stato detentivo. L'impossibilità di sottrarsi al controllo visivo durante i colloqui, specifica ancora l'ordinanza, impone (di fatto) un'astinenza sessuale coatta che, il più delle volte, lascia quali uniche, degradanti alternative

[246] Nell'ordinanza di rimessione la necessaria combinazione dei due aspetti (spazio e tempo), conformemente alla normativa sovranazionale, «fa riferimento a una completezza che attiene alla normalità maggiore possibile e che quindi non può ignorare gli aspetti più intimi del rapporto». Inoltre, specifica il giudice *a quo*, «spesso, nella realtà del nostro paese, le modalità dei colloqui in spazi ristretti ed affollati limitano fortemente anche la sola espressione di affetto fra le persone»; ne deriva che «anche il semplice colloquio è limitato e limitante (…) e determina il rischio dell'inaridimento dei rapporti con il resto della famiglia».

[247] La questione affettiva, si legge nell'ordinanza, «riguarda il rapporto detenuto-famiglia e la soluzione dentro l'affettività del problema sessuale fra detenuto e coniuge o convivente stabile (…) vale soltanto quando quel rapporto sussista». I rapporti di convivenza, specifica il giudice, devono valutarsi secondo i criteri del diritto di famiglia: diversità di sesso dei membri della coppia, assenza di matrimonio, coabitazione qualificata (cioè diretta a realizzare una comunanza di vita materiale e spirituale, simile a quella matrimoniale), riconoscimento sociale dell'unione e stabilità della relazione.

La limitazione dei destinatari del diritto alla sessualità intramuraria, pur ponendo forti dubbi in ordine alla sua compatibilità costituzionale – ben messi in luce anche nella sentenza del Giudice delle leggi in risposta alla *quaestio* – mostra chiaramente come il rimettente fosse mosso dall'intenzione di bilanciare esigenze di sicurezza e riconoscimento del diritto riducendone l'ambito di operatività.

[248] *Supra*, cap. 3, par. 1 e *infra*, cap. 4, par. 1.

«il sesso immaginato e negato, che ha come conseguenza il sesso solitario[249] o un'omosessualità indotta».

Il rimettente solleva dunque quattro eccezioni di incostituzionalità. Violati, *in primis*, i principi di libertà-dignità dell'individuo (artt. 2 e 3 Cost.)[250], umanità e rieducazione delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.): «la scelta negazionista» del legislatore italiano conduce «a pratiche che avviliscono profondamente la persona del detenuto, nel momento in cui dovrebbe essere garantita la sua promozione umana» mediante una «pena che attui (…) finalità rieducative, risocializzanti e socialmente inclusive»[251]. L'omissione si porrebbe in contrasto anche con le disposizioni che impongono alla Repubblica di favorire, proteggere e agevolare la genitorialità e la formazione di ogni famiglia e, con essa, i rapporti instauratisi al suo interno (artt. 29, primo comma e 31 Cost.)[252]; nonché con l'art. 32 Cost. a causa delle «nocive ricadute di ordine fisico e psicologico» provocate dalla deprivazione sessuale a cui si aggiunge «un'intensificazione dei rapporti a rischio»[253].

Ciò premesso, si chiede al Giudice delle leggi una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 18, secondo comma, o.p. «nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei collo-

[249] Si veda sul punto l'esemplificativa testimonianza dell'ergastolano Carmelo Musumeci in A. Pugiotto, *Progettare lo spazio della pena*, op. cit., 75, 76.

[250] *Supra*, cap. 1, par. 3.3.1.

[251] Il costante controllo visivo e la deprivazione sessuale, in assenza di esigenze di sicurezza tali da giustificare la compressione assoluta della sessualità, ledono il dettato costituzionale il quale – esigendo una pena umana, rieducativa e risocializzante – non può che rivolgersi alla dimensione affettiva nella sua forma più completa, volta a «mantenere, migliorare o ristabilire relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie» (art. 28 o.p.).

[252] Su cui v. nota n. 84 del presente capitolo.

[253] La dichiarazione di incostituzionalità, secondo il rimettente, conseguirebbe dunque un duplice risultato: limitare il sentimento di frustrazione connaturato alla nozione di astinenza (riducendo anche il numero di rapporti a rischio), garantire contemporaneamente il rispetto della persona (eliminando l'effetto umiliante che discende dalla sola soddisfazione fisica del desiderio sessuale).

Sul diritto alla salute v. note nn. 28 e 89 del presente capitolo.

Riguardo ai rischi di trasmissione di malattie infettive e in ordine alla necessità di misure specifiche per prevenire il contagio, si veda la relazione elaborata del Tavolo 10 degli Stati Generali dell'esecuzione penale dedicato a "Salute e disagio psichico" (in *giustizia.it*).

qui impedisce la effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento dei rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner (legato con un rapporto coniugale o con stabile rapporto di convivenza, sul quale si è innestata o meno una situazione familiare)»[254].

La Corte, con la sentenza n. 301 del 2012, ha dichiarato la questione inammissibile stante un mancato controllo sulla rilevanza e la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore. L'obbligatorietà del controllo a vista sui colloqui trova ragione in «interessi generali di sicurezza sociale, ordine pubblico e prevenzione dei reati», esigenze che «non potrebbero essere (…) totalmente sacrificate in nome (…) [dell']intimità affettiva e sessuale, ma andrebbero – al più – bilanciate con esse. Non sarebbe, perciò, ipotizzabile la rimozione pura e semplice della norma dall'ordinamento e, con essa, di ogni forma di controllo sui colloqui, senza provocare "irrimediabili danni sistemici"». La circostanza che l'articolo 18, secondo comma, o.p. renda di fatto impossibili i rapporti sessuali «è solo un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei controlli».

Il *petitum* dell'ordinanza, proseguono i giudici, sarebbe comunque incongruo all'effetto auspicato dal rimettente: «un in-

[254] Il giudice *a quo* sembra optare, quantomeno formalmente, per una pronuncia di accoglimento parziale traducibile, sotto il profilo sostanziale, in un intervento sostitutivo. Forse il rimettente, più chiaramente, avrebbe potuto chiedere una sentenza additiva, ossia la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 18, secondo comma, o.p. nella parte in cui non prevede la possibilità per il detenuto di incontrare il *partner* in luoghi sottratti al controllo a vista del personale di custodia. Tale soluzione, pur non formalmente espressa, era tuttavia desumibile dal complesso dell'ordinanza: l'intervento sostitutivo, infatti, mirando ad affiancare – non ad eliminare – ai casi di obbligatorietà del controllo a vista la possibilità di escludere tale controllo al ricorrere di determinate condizioni, sostanzialmente non potrebbe che configurarsi come un intervento additivo, che trova nella sentenza di accoglimento parziale il suo naturale presupposto. Il verso dell'addizione appariva dunque desumibile interpretando la richiesta del giudice rimettente.

Sono considerazioni espresse in un commento all'ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 al quale sia consentito rinviare: S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in *Forum quad. cost.*, 18 ottobre 2012, in particolare 7-11. In argomento anche C. Renoldi, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2012, 215 ss.

tervento puramente e semplicemente ablativo (…) si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo», presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche al processo di bilanciamento che vede contrapposti l'emersione del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate alla condizione di privazione della libertà personale. La scelta di limitarne il riconoscimento alle sole coppie unite da un rapporto di coniugio o convivenza stabile preclude inoltre alla Corte di pronunciarsi con una sentenza additiva di principio, trattandosi di una soluzione che «oltre a non apparire coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice *a quo*: talora "per eccesso", talaltra "per difetto», imporrebbe ai giudici una scelta di fondo tutt'altro che costituzionalmente obbligata[255].

Di là dai motivi processuali che hanno indotto il Giudice delle leggi a dichiarare l'inammissibilità della questione, sui quali si tornerà a breve, non può tacersi la forza monitoria assunta della sentenza. Per i giudici costituzionali la *quaestio* evoca «una esigenza reale e fortemente avvertita, (…) che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio (…) la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria. Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali (…) e dell'esperienza comparatistica».

A consolidamento del monito la Corte richiama il reiterato apprezzamento espresso dalla Corte EDU nei confronti delle legi-

[255] Sull'inammissibilità di interventi additivi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore la giurisprudenza è ormai molto ampia; si veda, a titolo esemplificativo, la pronuncia n. 134 del 2012, nella quale la Corte costituzionale specifica come la questione debba dichiararsi inammissibile perché «si richiede una addizione normativa che, essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili, non costituisce una soluzione costituzionalmente obbligata, ed eccede i poteri di intervento di questa Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore».

Criticamente sulla sentenza n. 301 del 2012, v. F. Fiorentin, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. cost*., 6, 2012, 4726 ss.

slazioni nazionali che, all'interno della dimensione affettiva, tutelano il diritto ad una vita sessuale intramuraria, orientamento della giurisprudenza europea peraltro non menzionato nell'ordinanza di rimessione.

In effetti i giudici di Strasburgo, pur escludendo l'esistenza di un obbligo positivo in capo agli Stati contraenti di riconoscere un autonomo diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli articoli 8 e 12 della Convenzione[256], hanno più volte manifestato il proprio *favor* nei confronti degli interventi normativi rivolti in tale direzione, valutando «positivamente i percorsi di riforma (…) tesi al miglioramento delle condizioni detentive attraverso l'agevolazione delle visite coniugali (…)»[257]. Considerazioni ribadite nella sentenza *Dickson c. Regno Unito*: «mentre la Corte ha espresso approvazione per l'evoluzione in favore delle visite coniugali, essa non ha ancora interpretato la Convenzione in senso tale da affermare che richieda agli Stati Parte di provvedere in merito a tali visite»[258]. Significativa, al riguardo, anche l'equiparazione della convivenza stabile al rapporto di coniugio: «una coppia che convive da molti anni costituisce una "famiglia" quanto alle finalità dell'art. 8 della Convenzione e ha diritto alla medesima tutela a prescindere dal fatto che la loro relazione si svolga al di fuori del matrimonio»[259].

[256] Art. 8 CEDU ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare"): «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza (primo comma). Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» (secondo comma).

Art. 12 CEDU ("Diritto al matrimonio"): «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

[257] Corte EDU, sent. *Aliev c. Ucraina* del 29 aprile 2003, ric. n. 41220/98.

[258] Corte EDU, sent. *Dickson c. Regno Unito* del 4 dicembre 2007, ric. n. 44362/04. Si vedano inoltre, Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro c. Regno Unito*, ric. nn. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980, *Draper c. Regno Unito*, ric. n. 8186/78 nonché Commissione EDU, 3 ottobre 1978, *X. e altro c. Svizzera*, ric. n. 8166/78.

[259] Corte EDU, sent. *Petrov c. Bulgaria* del 22 maggio 2008, ric. n. 15197/02.

5.2. Tra sommersione ed emersione: ipotesi pro futuro

La valorizzazione dei principi costituzionali in materia penitenziaria, unitamente alla giurisprudenza della Corte EDU e al monito che il Giudice delle leggi ha espressamente rivolto al legislatore nella sentenza n. 301 del 2012, avrebbe imposto l'inserimento nell'agenda parlamentare di un celere intervento teso all'emersione del diritto all'intimità-sessualità intramuraria, tanto più in un contesto di profondo ripensamento degli spazi della pena detentiva a seguito dalla sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*[260].

Nonostante l'ampio movimento culturale di cui sono espressione gli Stati Generali dell'esecuzione penale, si è detto come la legge delega n. 103 del 2017, genericamente riferita all'ampliamento della «garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e [al]la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio», difficilmente avrebbe condotto a un'emersione legislativa della sessualità intramuraria, effettivamente non presente nel recente d.lgs. n. 123 del 2018 che, non incidendo sull'obbligatorietà del controllo a vista, si limita a prevedere l'agevolazione di colloqui «in una dimensione riservata» (peraltro «ove possibile»)[261]. Prendendo atto di una rinnovata volontà in negativo delle forze politiche, e ribadendo che la sommersione del diritto incide significativamente sulla sfera più intima di ciascun ristretto aumentando il sentimento di umiliazione e frustrazione nel corso

[260] *Supra*, cap. 2, par. 2.3.

[261] Un'importate apertura verso forme più ampie di garanzia del diritto all'affettività intramuraria è invece contenuta nel recente d.lgs. n. 121 del 2018 che in materia di colloqui e tutela dell'affettività nei confronti dei minorenni prescrive all'art. 19: «Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone di cui al comma 1 (terzo comma). Le visite prolungate si svolgono in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico (quarto comma). Il direttore dell'istituto verifica la sussistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscono i contatti con le persone indicate ai commi precedenti. Verifica altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l'ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali (quinto comma). Sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio (sesto comma)».

dell'esperienza detentiva[262], sembra percorribile – a normativa invariata – una duplice via.

In primis, come suggerito in un recente contributo[263], potrebbe ipotizzarsi la proposizione di una nuova questione di costituzionalità al Giudice delle leggi ancora con riguardo all'opportunità di mantenere un'obbligatorietà assoluta dei controlli visivi sui colloqui; significativi dubbi sorgono cioè in riferimento alla circostanza che la sicurezza possegga, almeno in questo caso, una forza tale da poter giustificare l'assolutezza di un obbligo fortemente incidente sull'espressione dell'affettività – intesa come intimità – precludendo una valutazione di tipo casistico ad opera della magistratura di sorveglianza.

In quello che appare non già come uno squilibrio tra esigenze a rilevanza costituzionale, ma vera e propria assenza di bilanciamento tra sicurezza e garanzia del diritto, ciò che si propone di sottoporre all'attenzione della Corte è l'irragionevolezza della mancata previsione della possibilità che il colloquio, ove le esigenze del caso concreto lo consentano, si svolga in assenza del controllo a vista degli agenti di custodia. In linea con le argomentazioni del richiamato filone della giurisprudenza costituzionale teso a rimuovere le presunzioni assolute di pericolosità in favore di valutazioni di tipo casistico[264], la magistratura potrebbe richiedere alla Corte

[262] Si pensi anche agli effetti indiretti della negazione della sessualità intramuraria sul diritto alla genitorialità, tanto più incidente sulle donne detenute in ragione dei tempi biologici assai più ridotti di quelli maschili in ordine al concepimento e alla successiva gestazione. Sul punto si rinvia alla riflessione compiuta riguardo alle peculiarità dei diritti fisiologicamente condizionati dai mutamenti biologici o clinici che si producono nel corpo della persona, *supra*, cap. 3, par., 3.

Sulle peculiarità della detenzione femminile v., ampiamente, E. CAMPELLI, F. FACCIOLI, V. GIORDANO, T. PITCH, *Donne in carcere*, Milano, 1992.

[263] S. TALINI, *Gli articoli 18 e 30 dell'ordinamento penitenziario tra interpretazione conforme a costituzione e possibili questioni di legittimità costituzionale*, op. cit., 183,184.

[264] Sull'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere e in materia di preclusioni assolute nei confronti dei soggetti recidivi, v. ampiamente *supra*, cap. 2, parr. 2.2 e 3.1. Si vedano in proposito anche le sentenze nn. 239 del 2014 e 76 del 2017 riguardo alla concessione della detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.) per le detenute madri condannate per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. (nota n. 29 del presente capitolo).

La bibliografia in materia di automatismi legislativi è contenuta nella precedente nota n. 144 del secondo capitolo.

una declaratoria di incostituzionalità, mediante sentenza additiva, dell'art. 18, secondo comma, o.p. – per violazione degli artt. 2, 3 secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31 e 117 primo comma (in riferimento agli artt. 8 e 12 della CEDU), Cost. – nella parte in cui «nel prevedere che i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che tale esigenza di controllo a vista non sussista».

L'accoglimento della *quaestio* consentirebbe di tramutare la presunzione di pericolosità, di cui è espressione l'attuale formulazione del secondo comma dell'art. 18 o.p., da assoluta a relativa rendendo possibile, riguardo alle specificità del caso concreto, un'alternativa all'obbligatorietà del controllo a vista. Del resto, come recentemente osservato, la tendenza manifestata dalla giurisprudenza costituzionale a ridurre la portata degli automatismi legislativi altro non mostra «che il bisogno di rendere quanto più è possibile flessibili discipline normative connotate da eccessiva rigidezza, preservando a un tempo la sfera del giudice menomata dal meccanismo legislativo e salvaguardando i diritti che possono essere tutelati adeguatamente solo dando modo al giudice di somministrare giustizia caso per caso»[265].

La manipolazione additiva (con effetto sostitutivo) consentirebbe sia di garantire un'affettività – intesa come intimità – «il più possibile normale» nelle sue espressioni relazionali; sia, in una visione più ampia della normativa penitenziaria, di porre le necessarie premesse di sistema per un successivo intervento – anche di natura regolamentare – che definisca modalità, spazi e tempi per l'emersione del diritto alla sessualità.

Tuttavia le ragioni del mancato riconoscimento della possibilità di intrattenere rapporti fisici all'interno delle mura penitenziarie non si rinvengono, lo si è detto, solo in resistenze di tipo giuridico (o di natura organizzativa degli spazi) quanto, piuttosto, in un giudizio di forte disapprovazione morale sulla sessualità in carcere di

[265] A. Ruggeri, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, 18 maggio 2017, 14.

cui è espressione la lacuna normativa. Difficilmente, dunque, potrà immaginarsi – almeno nel breve periodo – un intervento legislativo rivolto in questa direzione; ciò anche in assenza di quella cogenza e pervasività che la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale ha avuto nei processi di emersione dei tanti diritti sinora richiamati.

Ma il rispetto della discrezionalità del legislatore, può spingersi sino al punto di avallare – seppure *de facto* – il protrarsi di una negazione direttamente incidente sulla dignità della persona? Guardando alla deprivazione sessuale come a una condizione generativa di un (innegabile) effetto umiliante e degradante su corpo e psiche del ristretto, direttamente discendente dalla carcerazione, senza che vi siano esigenze di sicurezza tali da giustificane l'assolutezza[266], sembra quantomeno lecito domandarsi se l'astinenza coatta – spesso protratta per lunghi periodi di tempo – non assuma piuttosto la fisionomia di una vera e propria violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizione della libertà e, come tale, rilevante anche ai sensi dell'art. 13, quarto comma, della Costituzione[267].

Se, indiscutibilmente, non è la categoria dei diritti sommersi a porsi in un rapporto di potenziale contrasto con il richiamato parametro costituzionale – basti pensare alla mancata garanzia dei diritti sindacali o di sciopero per i lavoratori detenuti[268] – la deprivazione assoluta di una funzione vitale del corpo che incide sulla psiche del ristretto, frustrandone istinti naturali e connaturati alla sua qualifica di persona, potrebbe essere ricompresa nell'ampia formulazione («ogni violenza fisica o morale») utilizzata dai Costituenti nel quarto comma dell'articolo 13 Cost.[269].

[266] Sul punto si ponga nuovamente a mente la diffusione del diritto all'intimità-sessualità intramuraria nelle principali esperienze normative non soltanto europee (*supra*, cap. 3, par. 5).

[267] Si ricorda che il d.lgs. n. 123 del 2018 ha recentemente inserito l'espresso divieto di ogni violenza fisica e morale sulle persone private della libertà personale nel riformulato terzo comma dell'art. 1 o.p.

[268] In argomento, v. T. GUARNIER, *Libertà collettive e detenzione penale*, op. cit., 254-256.

[269] Del resto se i Costituenti avessero voluto punire esclusivamente le ipotesi di tortura non avrebbero utilizzato una formulazione ampia come quella accolta nel penultimo comma dell'art. 13 della Costituzione.

Sulle condotte riconducibili alla disposizione, tale da ricomprendere non solo le

Volendo percorrere tale strada – di certa tortuosità – il compito di "punire la violenza", indirettamente perpetrata su psiche e corpo del detenuto tramite l'omissione legislativa, spetterebbe, in una visione di sistema, al Giudice delle leggi tramite la declaratoria di incostituzionalità. L'inammissibilità dichiarata nella sentenza n. 301 del 2012 non sembra infatti poter precludere una futura riproposizione ed eventuale accoglimento della questione[270], tanto più se l'immobilismo parlamentare incide significativamente sulla dignità della persona. Si pensi al comunicato che accompagna la richiamata decisione n. 279 del 2013 sul sovraffollamento carcerario: i giudici costituzionali pur dichiarando inammissibile la quesitone sul rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena – stante la pluralità di soluzioni percorribili, la cui scelta spetta al legislatore – ammoniscono che sarebbe intollerabile «il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella pronuncia»; in assenza di un tempestivo intervento parlamentare la Corte, se nuovamente investita 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»[271].

È una logica argomentativa che ben potrebbe estendersi anche all'emersione della sessualità intramuraria quale diritto il cui diniego assoluto – oltre al presunto superamento di quella soglia di gravità che permettere di distinguere il trattamento inumano e degradante da ipotesi ben più gravi – appare del tutto inconciliabile anche con il finalismo rieducativo assegnato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione ad ogni pena[272]. Del resto non va dimenticato che la stessa giurisprudenza costituzionale, già a metà degli anni '80, affermava «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale (…) [come] aspetto e fattore di svolgimento della personalità» che i «membri della collettivi-

ipotesi corrispondenti alla fattispecie di tortura,v. *supra* cap. 1, par. 3.3.2. nonché cap. 3, par. 4.

[270] In ordine alla riproposizione della questione in seguito alla pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale v., per tutti, L. CARLASSARE, *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, 1, Padova, 1985, 133 ss.

[271] Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013 v. *supra*, cap. 2, par. 2.3.

[272] Sull'osmosi tra l'art. 27, terzo comma, Cost. e il quarto comma dell'art. 13 Cost. v. *supra* cap. 1, par. 3.3.2.

tà sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale»[273]; dunque, essendo la sessualità «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto»[274].

Volgendo lo sguardo agli eterogenei apporti che la Corte EDU ha fornito nell'ampliamento del sistema di garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale, non è escluso inoltre che il processo emersivo dell'intimità-sessualità possa derivare anche da una futura evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo. In proposito è stato recentemente osservato che i diritti presenti nella Convenzione Europea, come anche in altri strumenti internazionali, «sono descritti in termini estremamente ampi, così che l'interpretazione evolutiva operata dalla Corte possa manifestarsi con grande facilità, sulla spinta di una crescita evidente e rapida che in diversi campi caratterizza la società europea e la sua cultura». Proprio l'articolo 8 della Convenzione, concernente il rispetto della vita privata e familiare, rappresenta «l'esempio maggiore di diritto che ha manifestato una grande attitudine a darsi contenuti via via più ampi e vari (…). Al suo ambito è stato [addirittura] ricondotto il diritto a non subire interferenze da un ambiente inquinato»[275].

Qualora la spinta decisiva all'emersione dell'intimità-sessualità intramuraria provenisse da futuri sviluppi della giurisprudenza (come parrebbe probabile stante la ferma posizione espressa dal legislatore italiano sul punto), dovrebbe guardarsi, ancora una volta, ai pericoli celati dietro ai conseguenti interventi legislativi non sospinti da una rinnovata cultura costituzionale delle pene e del bilanciamento tra sicurezza e diritti che essa impone. Riaffiorerebbero, in altri termini, le preoccupanti considerazioni espresse in ordine agli effetti applicativi semi-sommersi del diritto a non subire tortura[276] quale esempio di formale emersione legislativa della posizione soggettiva fortemente frustrata sotto il profilo dell'efficacia sostanziale.

[273] Corte cost., sent. n. 161 del 1985.

[274] Corte cost., sent. n. 561 del 1987.

[275] V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Quest. giust*., 1, 2015.

[276] *Supra*, cap. 3, par. 4.2.

In attesa di futuri sviluppi giurisprudenziali (o legislativi) in materia, può solo augurarsi che ciò non accada, ricordando in proposito le parole di chi ha sostenuto che l'attuale castrazione sessuale[277] «non è solo una privazione: non è cioè l'assenza, la mancanza di qualcosa. Non è un vuoto, una mutilazione. Perfino la mutilazione è una versione eufemistica della realtà. Nella realtà, in quel vuoto cresce una distorsione, una tortura, (…) una deformazione che lo riempie fino a forzarne le pareti e farlo esplodere in malattia, pazzia, dolore senza controllo, mania e abiezione. Desiderio sessuale, e amore, non sono un di più della vita umana, da far comparire e scomparire con misure regolamentari o materiali. Sono altrettanto incancellabili e naturali che il pensiero o il battito cardiaco. Forzatelo, e crescerà storto e forte come una pianta nana»[278].

[277] In questi termini A. Pugiotto, *Progettare lo spazio della pena*, op. cit., 74 ove la negazione della dimensione sessuale, essenziale nell'età adulta, è considerata come ulteriore manifestazione del processo regressivo che approda all'infantilizzazione del detenuto (72-74).

[278] A. Sofri, *Il sesso del prigioniero mandrillo*, op. cit.

Capitolo IV

LA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELL'ESECUZIONE PENALE: TUTELE AD EFFETTIVITÀ EMERSA

SOMMARIO: 1. Magistratura di sorveglianza e giurisdizionalità. Un'emersione anomala – 2. L'involuzione del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. – 3. Vincolatività delle decisioni e obbligo di ottemperanza quali corollari della giurisdizionalità del procedimento di sorveglianza – 3.1. L'affioramento normativo: tra effettività ed ineffettività delle forme di tutela – 4. Brevi riflessioni di sistema.

1. *Magistratura di sorveglianza e giurisdizionalità. Un'emersione anomala*

Nella riflessione condotta sulla riforma penitenziaria quale parametro oggettivo dell'indagine[1], è stato anticipato come il legislatore del '75 non si sia limitato a codificare un corpo organico e sistematico di posizioni attive di cui le persone ristrette restano titolari, prevedendo – già negli articoli di apertura – che detenuti e internati «esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale» (art. 4 o.p.). Alla titolarità dei diritti corrisponde, dunque, un analitico impianto normativo volto ad assicurarne l'esercizio in concreto, attraverso la giustiziabilità dinnanzi alla più volte richiamata Magistratura di sorveglianza[2], in ossequio ai principi costi-

[1] *Supra*, cap. 1, par. 4.

[2] Per un'analisi d'insieme sull'istituzione della Magistratura di sorveglianza cfr., tra i molti, G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 415 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, op. cit.; A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, in particolare M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, 135 ss.; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998; B. FERRERO, C. DE SANTIS, *Procedimenti e provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza*, Padova, 1995; A. MARGARA, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, in

tuzionali di libertà-dignità della persona (art. 2 e 3 Cost.), diritto alla difesa (art. 24 Cost.), giusto processo (art. 111 Cost.) e tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113 Cost.).

La codificazione della c.d. giurisdizionalizzazione, quale ampia espressione del «diritto ad avere diritti» anche nel corso dell'esecuzione penale, si traduce cioè nella legittimazione in capo a ciascun condannato ad agire in giudizio al fine di ottenere una tutela effettiva, non solo delle posizioni riconosciute dalla normativa penitenziaria ma, più ampiamente, dal dettato costituzionale in costante evoluzione interpretativa[3].

Tuttavia, come più volte emerso nel corso della trattazione, il formale riconoscimento della giustiziabilità ad opera della legge n. 354 del 1975 non ha risolto la questione relativa all'effettiva esplicazione dei principi costituzionali. Analogamente a quanto avvenuto riguardo al riconoscimento della titolarità di posizioni attive in capo ai ristretti, già all'indomani della riforma si era parlato di una «carta dei diritti non azionabili»[4], manifestandosi la tendenza

AA.VV., *Il carcere dopo le riforme. Atti del convegno di Magistratura Democratica. La realtà del carcere a due anni dalla riforma*, Milano, 1979, 41 ss.

In particolare il ruolo del magistrato di sorveglianza è stato descritto come «non marginalizzato e neppure intrusivo, ma presente, presenza giudiziaria e non di amministrazione attiva, con la pienezza dei suoi poteri di vigilanza, di prospettazione e di intervento dispositivo, come organo di garanzia della legalità dell'attività penitenziaria e del rispetto dei diritti del detenuto» (A. FIORILLO, N. MAZZAMUTO, *Alessandro Margara maestro della Sorveglianza*, in F. CORLEONE (a cura di), *Alessandro Margara – La giustizia e il senso di umanità*, Fiesole, 2015, 17).

Sul sistema previgente alla riforma del 1975 e sulla giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale come espressione del dettato costituzionale, v. *supra*, cap. 1, par. 4.3.

[3] Si pensi in proposito, al riconoscimento delle ferie e del riposo settimanale retribuito, diritti originariamente non positivizzati all'interno della normativa penitenziaria del '75 ed emersi grazie alla possibilità di farne valere l'assenza dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza e, per il suo tramite, alla Corte costituzionale (*supra*, cap. 3, par. 2.2).

[4] S. SENESE, *Magistratura di sorveglianza e garanzie nel carcere*, in G. COTTURRI, M. RAMAT (a cura di), *Quali garanzie*, Bari, 1983, 349.

Rilevava l'inidoneità degli strumenti a disposizione dei giudici della sorveglianza, già nel 1979, A. MARGARA, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, op. cit. Più recentemente v. M. BORTOLATO, *Le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust*., 2010, 47 ss.

Ancora sulla figura "in evoluzione" del Magistrato di sorveglianza v. F. GIANFILIP-

a depotenziare la portata innovativa della giurisdizionalizzazione – sia sotto il profilo legislativo, sia sul piano amministrativo – sino al punto di considerare le decisioni della Magistratura di sorveglianza quali meri "suggerimenti" privi di forza cogente[5].

La questione, come noto, si è imposta nel dibattito politico-parlamentare a seguito della sentenza *Torreggiani*[6], con la quale i giudici di Strasburgo hanno indicato all'Italia l'indifferibile necessità di adottare rimedi aventi natura preventiva e compensativa sorretti da un giudizio di ottemperanza su cui si avrà modo di tornare[7]. Coerentemente con i presupposti dell'indagine, ciò che preme mettere in luce, quale grave espressione del rapporto anomalo che sovente intercorre tra Legislatore e Corti, è l'articolato – e spesso dimenticato – percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale (e non solo) in materia di effettività dei diritti nel corso dell'esecuzione penale; cammino che avrebbe imposto un intervento parlamentare in materia ben più tempestivo dei decreti adottati nel biennio 2013-2014. Le sentenze che hanno condotto all'emersione dell'efficacia dei singoli diritti – si pensi alla questione relativa alla competenza nelle controversie nascenti da lavoro penitenziario[8] – mostrano cioè solo il volto parziale di una giuri-

PI, *Tra gusci di noce e tende di cielo: un percorso per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Quest. Giust.*, 2, 2015, 90-95 il quale rileva come «l'ordinamento penitenziario, nella sua evoluzione quarantennale, ha apprestato strumenti giuridici sempre più efficaci per la tutela dei diritti delle persone detenute. La strada da compiere non è però priva di insidie e richiede, innanzitutto, di mettersi in cammino per conoscere direttamente chi vive e come si vive dentro le mura» (90).

[5] In proposito è stato osservato come le autorità amministrative si siano spesso nascoste dietro una formulazione delle disposizioni penitenziarie prive di «una forza perentoria espressa» lasciando l'Amministrazione penitenziaria libera di adeguarsi, o meno, all'enunciato normativo (A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, op. cit., 7).

[6] Ampiamente *supra*, cap. 2, par. 2.3.

[7] Sull'introduzione dei rimedi preventivi e compensativi nell'ordinamento penitenziario v. *supra*, cap. 2, par. 2.4 e *infra*, cap. 4, par. 3.

[8] *Supra*, cap. 3, par. 2.2.

Su un versante diverso – quello della giurisprudenza di legittimità – ma ancora in riferimento all'ineffettività delle decisioni della magistratura, si pensi alla richiamata sentenza della Corte di Cassazione n. 7791 del 2008 in materia di accesso alle tecniche di PMA per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. A fronte del diniego opposto dalle autorità amministrative nei confronti di un'autorizzazione al prelievo concessa dal G.U.P. del Tribunale di Palermo e dal Presidente della Corte d'Assise, la Suprema Corte ha ribadito che l'azione amministrativa deve improntarsi al principio

sprudenza costituzionale tesa alla più ampia valorizzazione della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale.

In altri termini, la sentenza *Torreggiani* si pone quale ultimo (decisivo) tassello di un articolato percorso intrapreso dal Giudice delle leggi volto ad affermare, a fronte di inerzie legislative e dinieghi amministrativi, la giustiziabilità in concreto dei diritti e, al contempo, la perentoria vincolatività delle decisioni adottate dalla Magistratura di sorveglianza. In questa direzione può dunque guardarsi alla generalità delle posizioni riconosciute in capo alle persone ristrette come "diritti ad effettività emersa", cioè a statuizioni soggettive la cui giustiziabilità in concreto è il risultato di un *iter* giurisprudenziale estremamente complesso[9].

I giudici costituzionali, già alla fine degli anni '90, ne hanno segnato un momento di svolta risolvendo con la più volte richiamata pronuncia n. 26 del 1999, l'annosa questione inerente all'assenza di un procedimento avente natura giurisdizionale nei confronti dei reclami generici (art. 35 o.p) rivolti al Magistrato di sorveglianza e riguardanti atti dell'Amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti dei detenuti[10].

Nel dettaglio l'articolo 35 o.p. contemplando un procedimen-

di proporzionalità la cui presunta violazione deve sempre potersi far valere davanti a organo avente natura giurisdizionale; in ordine a una situazione giuridica soggettiva garantita «il giudice è sempre chiamato a pronunciarsi valutandone la tutelabilità concreta» (*supra*, cap. 3, par. 3).

[9] Definizione proposta nel contributo S. Talini, *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti*, op. cit., 434.

[10] Ai sensi dell'art. 35 o.p.: «I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell'istituto, al provveditore regionale, al capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e al Ministro della giustizia; 2) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 3) al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti; 4) al presidente della giunta regionale; 5) al magistrato di sorveglianza; 6) al Capo dello Stato».

La formulazione è stata ampliata ad opera del d.l. n. 146 del 2013, convertito dalla l. n. 10 del 2014, che ha inserito tra i destinatari della procedura anche il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale istituito, dallo stesso decreto, presso il Ministero della Giustizia (*infra*, cap. 4, par. 3.1).

In generale sulla disciplina contenuta nell'art. 35 o.p. cfr.: E. Valentini, *Il reclamo: casi e forme*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, op. cit., 209 ss.; M. G. Coppetta, sub *art.* 35, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 390 ss.; M. D'agnolo, *Diritti del dete-*

to *de plano*, senza formalità, che consente al detenuto di rivolgere – anche in forma orale – istanze o reclami al giudice della sorveglianza, non sarebbe sorretto, secondo il rimettente[11], da forme di tutela giurisdizionale analoghe a quelle previste dell'art. 69, sesto comma, o.p.[12], traducendosi in trattamento irragionevole e discriminatorio[13]. In altri termini, specifica il giudice *a quo*, «la procedura nel caso di reclami che prospettano la lesione "immediata e diretta" di beni o di diritti costituzionalmente garantiti (…) risulta irragionevole in rapporto con le garanzie di giurisdizionalità che l'art. 69 o.p. riconosce nelle decisioni sui reclami in materia di lavoro e di disciplina carceraria. Tale procedura deroga inoltre, al principio di "giurisdizionalizzazione" dell'esecuzione penale, imperniata sulla figura del magistrato di sorveglianza». Così argomentate le doglianze la questione di costituzionalità viene sollevata riguardo all'art. 69, sesto comma, o.p., nella parte in cui non prevede che la procedura descritta dall'art. 14-*ter* o.p.[14] possa essere applicata

nuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi, in A. Scalfati (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, op. cit., 109 ss.

[11] Magistrato di sorveglianza di Padova, adito con reclamo generico da due detenuti reclusi presso il carcere cittadino avverso un provvedimento di diniego della Direzione dell'istituto a ricevere riviste e giornali in ragione del loro contenuto osceno così violando, secondo i ricorrenti, il diritto all'informazione tutelato dall'art. 21 della Costituzione.

[12] Nella formulazione risalente all'epoca della pronuncia, l'art. 69, sesto comma, o.p. disponeva la competenza in capo al magistrato di sorveglianza di decidere «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 (…), condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa».

Si è detto ampiamente come la disciplina introdotta dalla legge n. 663 del 1986 sia stata successivamente colpita da declaratoria di incostituzionalità, ad opera della sentenza n. 341 del 2006, nella parte in cui prevedeva la competenza del magistrato di sorveglianza, anziché del giudice del lavoro, sulle controversie nascenti da prestazioni lavorative svolte alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria (*supra*, cap. 3, par. 2.2).

[13] Sulla questione relativa all'assenza di vincolatività in fatto delle decisioni del Magistrato di sorveglianza nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria ancor prima della pronuncia della Corte costituzionale n. 26 del 1999, v. F. Della Casa, *La magistratura di sorveglianza*, op. cit., 58 ss.

[14] Ai sensi dell'art. 14-*ter* o.p. «Avverso il provvedimento che dispone o proroga il

anche al reclamo generico avente ad oggetto la presunta lesione di diritti costituzionalmente garantiti, per contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché con il diritto alla difesa (art. 24 Cost.).

L'11 febbraio del 1999 la Corte dichiara la questione fondata, con una sentenza destinata a porsi quale nuovo orizzonte costituzionale in materia di valorizzazione della dignità di ciascun ristretto, giustiziabilità in concreto dei diritti e, contemporaneamente, emblema della negligenza del Legislatore.

Sul primo versante i giudici rilevano come i principi posti dai Costituenti nell'art. 27, terzo comma, Cost. 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 della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà». L'umanità delle pene e il finalismo rieducativo, unitamente agli articoli 2 e 3 della Costituzione, impongono che «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 – [sia] dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli in-

regime di sorveglianza particolare può essere proposto dall'interessato reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento (primo comma). Il tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo (secondo comma). Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare memorie. (terzo comma). Per quanto non diversamente disposto si applicano le disposizioni del capo II-*bis* del titolo II (quarto comma)».

La giurisprudenza costituzionale si è più volte espressa nel senso di riconoscere natura giurisdizionale piena al procedimento; sul punto cfr. sentenze nn. 26 del 2009, 190 del 2010, nonché le ordinanze nn. 220 del 2010 e 56 del 2011.

In relazione alle caratteristiche procedurali del rito descritto dall'art. 14-*ter* o.p., v. L. Cesaris, sub *art. 14-ter o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 170 ss.

violabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»[15].

Proseguendo lungo la via tracciata dalla giurisprudenza precedente nel riconoscere una soggettività inviolabile ai ristretti[16], la forza innovatrice della sentenza n. 26 del 1999 risiede, innegabilmente, nella valorizzazione della relazione sinergica intercorrente tra formale statuizione nello *ius positum* ed effettività della tutela, rappresentando la previsione in astratto di un diritto e la sua giustiziabilità in concreto un *unicum* costituzionale non divisibile[17]. Al

[15] Sulla centralità assunta dalla sentenza n. 26 del 1999 nella giurisprudenza costituzionale in materia di bilanciamento tra esigenze di sicurezza e inviolabilità dei diritti, v. *supra*, cap. 3 par. 1.

[16] Si pensi alla pronuncia n. 114 del 1979: «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. Si tratta di un principio 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». O, ancora, alla sentenza n. 349 del 1993: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. 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» (*supra*, cap. 3, par. 1).

[17] La matrice unitaria della previsione dei diritti e delle corrispondenti forme di tutela, era stata valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni, senza tuttavia colpire frontalmente le norme relative agli strumenti azionabili dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza. Sul punto i giudici costituzionali ricordano: «ogni volta che è stata sottoposta al controllo di costituzionalità una normativa riconducibile all'ambito del "trattamento" in carcere e alla relativa gestione amministrativa (…) si è ribadita l'esigenza costituzionale della garanzia della giurisdizione, escludendosi ogni potere dell'amministrazione penitenziaria libero da controlli, a fronte dei diritti dei detenuti (sentt. nn. 349 e 410 del 1993; 227 del 1995; 351 del 1996)».

Ampiamente, sul rapporto tra titolarità dei diritti e forme di tutela nel corso dell'esecuzione penale, v. A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, op. cit., in particolare sulla necessità di una tutela giurisdizionale dei diritti 238 ss. In argomento cfr., tra i molti, M. Ruotolo, *The domestic remedies must be effective*, op. cit., 2084 ss.; A. Mari, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen*., 2012, 259 ss.; F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti*, op. cit., 2810 ss.; A. Pulvirenti, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 335 ss.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, op. cit., 189 ss.

Un'ampia riflessione in ordine alla più generale questione dell'effettività dei diritti nella giurisprudenza costituzionale è contenuta in G. Silvestri, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009.

riconoscimento della titolarità dei diritti, afferma la Corte, «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 della Costituzione e caratterizzanti lo stato democratico (…): 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».

Il reclamo generico, traducendosi in una decisione assunta al di fuori di ogni formalità processuale, sprovvista di forza cogente e reclamabilità, è privo dei requisiti minimi della giurisdizionalità, risolvendosi in uno strumento che – ancorché rivolto al giudice della sorveglianza – non si discerne da un'ordinaria doglianza informale[18]. Gli articoli 35 e 69 o.p. sono dunque illegittimi «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»[19].

Accertata l'incostituzionalità, la Corte ritiene tuttavia di non poter giungere in via interpretativa all'addizione richiesta dal rimettente stante la varietà dei modelli processuali previsti[20]. Secon-

[18] Nel dettaglio la Corte costituzionale chiarisce che lo strumento disciplinato dall'art. 35 o.p. è privo di qualsiasi forma di incontro tra le parti, l'accoglimento del reclamo si risolve in una semplice segnalazione o sollecitazione diretta all'Amministrazione penitenziaria.

Sulle criticità del contraddittorio in materia di sorveglianza, cfr. P. Corso, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in Aa.Vv., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 14 ss.; F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 12 ss.; S. Lorusso, *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce dell'art. 111 Cost.*, in Aa.Vv., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria. Atti del Convegno. Ferrara, 13-15 ottobre 2000*, Milano, 2002, 115 ss.

[19] Per i riferimenti bibliografici riguardo alla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999, v. nota n. 9, cap. 3.

[20] Oltre al reclamo generico di cui all'art. 35 o.p., ricorda il Giudice delle leggi, nell'ordinamento penitenziario il legislatore ha introdotto «caso per caso, in relazione a esigenze singolarmente considerate e secondo gradi diversi di articolazione e completezza degli schemi processuali di volta in volta utilizzabili: (*a*) dal (…) rimedio *ex* art. 14-*ter* dell'ordinamento penitenziario – di cui il giudice rimettente chiede una genera-

do i giudici costituzionali la questione, seppur fondata, non può legittimare una pronuncia di tipo manipolativo: «non resta dunque che dichiarare l'incostituzionalità della omissione e contestualmente chiamare il legislatore all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione»[21].

È evidente, tuttavia, come l'adozione di una sentenza additiva di principio – priva di un effetto manipolativo diretto – abbia generato una profonda incertezza in ordine al procedimento da applicare in riferimento ai reclami generici; scelta difficilmente condivisibile in termini di necessaria tempestività ed omogeneità della giustiziabilità effettiva dei diritti. La Corte, constatando l'esistenza di un celere procedimento di natura giurisdizionale – contenuto nell'art. 14-*ter* o.p. – avverso gli atti dell'Amministrazione penitenziaria in materia disciplinare, avrebbe verosimilmente goduto di un margine costituzionalmente adeguato per una scelta ben più coraggiosa: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, sesto comma, o.p. nella parte in cui non prevedeva che la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p. si applicasse anche al reclamo generico aven-

lizzazione – apprestato sia per la decisione del magistrato di sorveglianza sui reclami dei detenuti in materia di lavoro e in quella disciplinare, in base all'impugnato art. 69 della legge n. 354 del 1975, sia per le controversie dinanzi al tribunale di sorveglianza ai fini del controllo dei provvedimenti che impongono il regime di sorveglianza particolare a norma dell'art. 14-*bis* della legge citata, sia, infine, per il controllo giurisdizionale del tribunale sui provvedimenti del Ministro di grazia e giustizia che dispongono il regime detentivo di particolare rigore previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, della stessa legge, in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica; (*b*) al rimedio dinanzi al collegio (tribunale di sorveglianza o corte d'appello), previsto negli artt. 30-*bis* e 30-*ter* della legge di ordinamento penitenziario, in tema di mancata concessione di permessi e permessi-premio cui, con la sentenza n. 227 del 1995 di questa Corte, è stato riconosciuto carattere giurisdizionale; (*c*) al mezzo di verifica, ancora dinanzi a un giudice collegiale, del mancato computo nel periodo di detenzione del tempo trascorso in permesso-premio o licenza (art. 53-*bis*, comma 2, della legge n. 354), riconfigurato, a seguito della sentenza n. 53 del 1993 di questa Corte, attraverso la sostituzione del modulo semplificato dell'art. 14-*ter* con quello disciplinato dal nuovo codice di rito negli artt. 678 e 666».

[21] La giurisprudenza costituzionale ha ribadito il necessario rispetto della discrezionalità politica in ordine alla scelta dei mezzi processuali in numerose occasioni: «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» (Corte cost., sent. n. 295 del 1995). Analogamente cfr. sentt. n. 253 del 1994 e n. 471 del 1992, nonché ord. nn. 550 del 1987 e 170 del 1986.

te ad oggetto la lesione immediata e diretta dei diritti[22]. Del resto lo stesso articolo 113 della Costituzione, richiamato in sentenza dal Giudice delle leggi (e non dal rimettente), sembrava consentire un'addizione diretta sulle norme censurate, prescrivendo la necessità di una tutela giurisdizionale «contro gli atti della pubblica amministrazione» (primo comma) la quale «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti» (secondo comma).

Il riconoscimento della rima obbligata[23] avrebbe assunto una valenza tanto più significativa a fronte di una prevedibile inerzia delle forze parlamentari ben poco inclini, come più volte emerso, ad un tempestivo intervento volto a rimuovere le situazioni di accertata incostituzionalità rilevate dai moniti della Corte in materia di esecuzione penale. Gli stessi giudici costituzionali hanno mostrato consapevolezza dell'anomalia di sistema invitando la giurisprudenza, ad appena un anno di distanza dalla sentenza n. 26 del 1999, a «concretizzare il principio affermato» nella precedente pronuncia[24].

In effetti nelle more di un intervento legislativo, che sarebbe giunto solo a seguito della sentenza *Torreggiani*, la questione è stata parzialmente risolta – in linea con le indicazioni dei giudici costituzionali – dalle Sezioni Unite della Suprema Corte che, nel febbraio 2003[25], hanno ritenuto applicabile ai reclami generici il rito di cui all'art. 14-*ter* o.p, atteso che «il ricorso all'art. 666 c.p.p.[26] (...)

[22] In questo senso M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, op. cit., 66. Lo stesso Autore, in opera diversa, rileva come debba riferirsi 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 potendo distinguersi, per ciò che riguarda la garanzia della tutela giurisdizionale, tra diritti aventi e non aventi fondamento costituzionale (M. Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost*., 1999, 203).

[23] Sulla celebre espressione di Vezio Crisafulli v. nota n. 24, cap. 3.

[24] Corte cost., sent. n. 526 del 2000.

[25] Corte Cass., sent. n. 25079 del 26 febbraio 2003.

[26] Si tratta, come noto, del procedimento di sorveglianza descritto dall'art. 678 c.p.p. – che rinvia all'art. 666 c.p.p. ("Procedimento di esecuzione") – in cui i principi costituzionali del contraddittorio e del diritto di difesa trovano massima espressione. Ai sensi dell'art. 666 c.p.p. «Il giudice dell'esecuzione procede a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato o del difensore (primo comma). Se la richiesta appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera

appare un modello esorbitante la necessaria semplificazione della

riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice o il presidente del collegio, sentito il pubblico ministero, la dichiara inammissibile con decreto motivato, che è notificato entro cinque giorni all'interessato. Contro il decreto può essere proposto ricorso per cassazione (secondo comma). Salvo quanto previsto dal comma 2, il giudice o il presidente del collegio, designato il difensore di ufficio all'interessato che ne sia privo, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso alle parti e ai difensori (…) (terzo comma). L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. L'interessato che ne fa richiesta è sentito personalmente; tuttavia, se è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione (quarto comma). Il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio (quinto comma). Il giudice decide con ordinanza. Questa è comunicata o notificata senza ritardo alle parti e ai difensori, che possono proporre ricorso per cassazione. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni sulle impugnazioni e quelle sul procedimento in camera di consiglio davanti alla corte di cassazione (sesto comma) (…)».

Il recente d.lgs. n. 123 del 2018 ha apportato una serie di modifiche all'art. 678 c.p.p. prevedendo: 1) la sostituzione del primo comma con il seguente: «Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere, e il tribunale di sorveglianza, nelle materie di sua competenza, se non diversamente previsto, procedono, a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato, del difensore o di ufficio, a norma dell'articolo 666. Quando vi è motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona, procedono comunque a norma dell'articolo 667, comma 4»; 2) che il comma 1-*bis* sia sostituito dal seguente: «Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, e il tribunale di sorveglianza, nelle materie relative alle richieste di riabilitazione, alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova, anche in casi particolari, alla dichiarazione di estinzione del reato conseguente alla liberazione condizionale e al differimento dell'esecuzione della pena nei casi previsti dal primo comma, numeri 1) e 2), dell'articolo 146 del codice penale, procedono a norma dell'articolo 667, comma 4»; 3) l'inserimento dopo il comma 1-bis del seguente «1-ter. Quando la pena da espiare non è superiore a un anno e sei mesi, per la decisione sulle istanze di cui all'articolo 656, comma 5, il presidente del tribunale di sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designa il magistrato relatore e fissa un termine entro il quale questi, con ordinanza adottata senza formalità, può applicare in via provvisoria una delle misure menzionate nell'articolo 656, comma 5. L'ordinanza di applicazione provvisoria della misura è comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato e al difensore, i quali possono proporre opposizione al tribunale di sorveglianza entro il termine di dieci giorni. Il tribunale di sorveglianza, decorso il termine per l'opposizione, conferma senza formalità la decisione del magistrato. Quando non è stata emessa o confermata l'ordinanza provvisoria, o è stata proposta opposizione, il tribunale di sorveglianza procede a norma del comma 1. Durante il termine per l'opposizione e fino alla decisione sulla stessa, l'esecuzione dell'ordinanza è sospesa»; 4) l'inserimento dopo il comma 3 dei se-

procedura, da attuarsi attraverso il pronto intervento del magistrato di sorveglianza così da omettere, almeno in parte, gli indugi della seriazione generale prevista dal codice di procedura penale»[27].

Nonostante la centralità dell'indirizzo ermeneutico espresso dalla Cassazione, a cui la successiva giurisprudenza di legittimità ha saputo adeguarsi[28], è noto come per anni si sia protratto nell'ordinamento un problema attinente alla certezza del diritto cui la Suprema Corte ha dovuto porre rimedio mediante un'emer-

guenti: «3.1. Quando ne fa richiesta l'interessato l'udienza si svolge in forma pubblica. Si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 471 e 472. 3.2. L'avviso di fissazione dell'udienza, notificato all'interessato, contiene, a pena di nullità, l'avvertimento della facoltà di parteciparvi personalmente. Se l'interessato detenuto o internato ne fa richiesta, il giudice dispone la traduzione. Si applicano in ogni caso le forme e le modalità di partecipazione a distanza nei procedimenti in camera di consiglio previste dalla legge. La partecipazione all'udienza avviene a distanza anche quando l'interessato, detenuto o internato, ne fa richiesta ovvero quando lo stesso è detenuto o internato in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice. Ove lo ritenga opportuno, il giudice dispone la traduzione dell'interessato».

L'articolato rito della sorveglianza si applica, con alcune specificità, anche al reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* o.p. introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 (*infra*, cap. 4, par. 3.1). Sul punto lo stesso d.lgs. n. 123 del 2018 ha modificato il primo comma dell'art. 35-*bis* o.p. prevedendo, al secondo periodo, la sostituzione della parole: «e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» con le seguenti: «e ne fa dare avviso, oltre che al soggetto che ha proposto reclamo, anche all'amministrazione interessata, a cui è comunicato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste».

Per un primo commento sulle novità in materia di rafforzamento delle forme di pubblicità dell'udienza di sorveglianza, razionalizzazione delle procedure e modifica delle competenze in tema di ricoveri ospedalieri, permessi, colloqui e misure alternative alla detenzione, v. F. Fiorentin, *Riforma penitenziaria. Nuove regole nei tribunali di sorveglianza*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 2018.

[27] Corte Cass., Sez. Un. sent. n. 25079 del 26 febbraio 2003, su cui cfr. V. Minnella, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. penit. crimin.*, 2, 2004, 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.

Una ricostruzione della giurisprudenza in materia, anche in relazione all'annosa questione della risarcibilità del danno derivante dal trattamento penitenziario, è contenuta in G. Fiorelli, *Reclamo e risarcibilità da danno penitenziario: un brusco dietro front*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 3, 2012, 1195 ss.

[28] Corte Cass., sent. n. 46269 del 2007.

sione applicativa dai profili anomali. Guardando al *dictum* della sentenza del 2003 è evidente come il tratto differenziale rispetto alla pronuncia n. 7791 del 2008, in materia di PMA[29], risieda in un'estensione interpretativa sospinta unicamente da una consolidata "emergenza applicativa" a seguito dell'inerzia parlamentare, emergenza a cui la Corte ha posto rimedio dilatando l'alveo di applicazione dell'art. 69, sesto comma, o.p. ben oltre i confini dell'enunciato.

In altri termini la Suprema Corte, prendendo atto del protrarsi del silenzio legislativo sul punto, non ha potuto esimersi dal compiere quella scelta interpretativo-estensiva che la stessa Corte costituzionale aveva ritenuto di non poter adottare quattro anni prima, legittimando, riguardo ai reclami generici, l'applicazione del procedimento di cui all'art. 14-*ter* o.p.

L'anomalia giuridico-istituzionale assume, dunque, una preoccupante fisionomia tripartita coinvolgendo – a più livelli – Corte costituzionale, Giudice di legittimità e Legislatore: alla radice della distorsione vi è il mancato esercizio di quella discrezionalità politica in ordine alla scelta del procedimento giurisdizionale da applicare ai reclami generici che la giurisprudenza costituzionale aveva imposto alle forze parlamentari nella sentenza n. 26 del 1999[30].

La prima riforma normativa in materia, lo si è anticipato più volte, è intervenuta a distanza di quasi quindici anni con l'introduzione degli artt. 35-*bis* e *ter* nell'ordinamento penitenziario ad opera dei decreti-legge nn. 146 del 2013 e 92 del 2014. Rinviando alle pagine che seguono alcune riflessioni sugli istituti introdotti, è il caso di anticipare come le novelle siano lontane dal porsi quale puntuale – seppur tardiva – presa di coscienza da parte delle forze

[29] In relazione all'accesso alle tecniche di PMA per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale la Suprema Corte, a fronte dei dinieghi opposti da diverse autorità amministrative, ha confermato l'applicabilità dei presupposti contenuti nell'art. 4 della legge n. 40 del 2004: lo stato detentivo non costituisce, e non può costituire, una condizione ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dalla legge senza che vi siano concrete esigenze di sicurezza a giustificarne la limitazione.

Sull'emersione applicativa del diritto all'accesso alle tecniche di PMA, v. ampiamente *supra*, cap. 3, par. 3.

[30] Circa la discrezionalità politica riguardo alla scelta dei mezzi processuali, si rinvia alla nota n. 21 del presente capitolo.

parlamentari in ordine alle criticità emerse nella giurisprudenza nazionale; il ricorso alla decretazione d'urgenza appare, piuttosto, come ulteriore espressione della volontà politica di evitare, celermente, una pesante condanna da parte della Corte di Strasburgo.

2. *L'involuzione del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41*-bis *o.p.*

Prima di volgere lo sguardo al secondo profilo del diritto all'effettività dei diritti – la vincolatività delle decisioni adottate dalla Magistratura di sorveglianza – non può tacersi il permanere nell'ordinamento italiano di un'allarmante zona di confine, riguardo agli effetti semi-sommersi della tutela giurisdizionale nei confronti dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p.[31].

Si tratta, come noto, di un ambito in cui i giudici costituzio-

[31] A norma dell'art. 41-*bis*, secondo comma, o.p. «Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare 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, 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. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-*bis*».

Il provvedimento ha durata di quattro anni, prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi di anni due, qualora risulti ancora attuale la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza.

La dottrina tende ad individuare nel regime detentivo speciale una finalità preventiva la cui efficacia travalica i confini della singola applicazione; cfr. T. Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza,* Padova, 1994, 186 e, più in generale, il recente contributo di V. Manca, *La finalità preventiva dell'art. 41*-bis *O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni* de iure condendo, in *Arch. pen.,* 1, 2018.

Sull'introduzione dell'articolo 41-*bis* o.p. e il differente atteggiarsi del bilancia-

nali – almeno in tempi più recenti – non hanno assunto un ruolo decisivo nel processo di (ri)affioramento del diritto, a seguito delle alterne vicende riformatrici che, al dichiarato fine di contrastare la criminalità organizzata, hanno progressivamente eroso ampi spazi di garanzia riducendo il controllo di sindacabilità giurisdizionale. La massima espansione del diritto alla giustiziabilità (e del suo processo di emersione) trova dunque un argine di dubbia costituzionalità nell'assenza di un analogo grado di affioramento nei confronti di una categoria di detenuti individuata esclusivamente in base al titolo di reato.

Il sostanziale avvallamento da parte della giurisprudenza costituzionale delle ultime scelte normative compiute in materia, conduce la trattazione in una direzione parzialmente diversa dallo scopo delineato nelle premesse dell'analisi, volta ad indagare il rapporto anomalo intercorso tra Corti, Legislatore e autorità amministrative anche riguardo all'effettività dei diritti. La centralità del tema, a cui si affianca la singolare involuzione del processo di affioramento, impone purtuttavia un richiamo a quelli che appaiono, ancora oggi, i profili semi-sommersi delle garanzie giurisdizionali spettanti ai detenuti in regime speciale, spesso posti nei termini dell'incostituzionalità da parte di autorevoli dottrine[32].

mento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti, si rinvia alla precedente nota n. 29 del terzo capitolo.

[32] Limitando la trattazione all'analisi del diritto all'effettività dei diritti, esula dalla presente indagine un approfondimento sugli eterogenei profili critici delle restrizioni discendenti dall'applicazione del regime sui diritti previsti dalla normativa penitenziaria. I riferimenti per un'analisi ampia del fenomeno, anche in relazione all'art. 4-*bis* o.p. e all'ergastolo ostativo, sono contenuti nella nota n. 29 del terzo capitolo.

Circa la questione di compatibilità costituzionale con l'art. 27, secondo comma, Cost. in ordine all'applicabilità del regime speciale anche nei confronti dei detenuti non definitivi, la Corte costituzionale ha escluso il contrasto con la presunzione di non colpevolezza, affermando che il 41-*bis* o.p. non anticipa la sanzione penale, avendo funzione «di cautela in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata» (Corte cost., sent. n. 376 del 1997). Sulla pronuncia v. L. Cesaris, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41*-bis *comma 2 ord. penit. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 3179 ss. In argomento anche P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 120 ss.; C. Fiorio, *La presunzione di non colpevolezza,* in Aa.Vv., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 138 ss.

Aspetto diffusamente dibattuto riguarda il provvedimento che dispone o proroga il regime. Come noto, la formulazione dell'art. 41-*bis* o.p., in seguito alle novelle introdotte nel biennio 1991-1992, non conteneva alcuna indicazione in ordine ai mezzi di impugnazione riguardo ai decreti ministeriali applicativi della sospensione trattamentale; lacuna che per autorevole dottrina è sintomatica dell'immediata volontà legislativa di «esautorare la magistratura di sorveglianza dal settore della differenziazione dei detenuti appartenenti all'area della criminalità organizzata»[33].

Nonostante l'ordinamento penitenziario prevedesse un procedimento per reclamo avverso il provvedimento che dispone la sorveglianza particolare (art. 14-*ter* o.p.), la Corte di Cassazione aveva in più occasioni legittimato l'assenza di analogo strumento nei confronti del regime detentivo speciale: la inoppugnabilità del provvedimento amministrativo che applica la sospensione delle regole del trattamento risiedeva, secondo i giudici di legittimità, nella natura dell'atto «eminentemente amministrativa, volto a garantire l'ordinato e tranquillo svolgersi della convivenza civile fuori dall'istituto, che può essere messa in pericolo anche da soggetti detenuti, a causa dei collegamenti che essi sono in grado di mantenere con l'esterno»[34].

L'assenza di un controllo giurisdizionale su una decisione destinata ad incidere significativamente del trattamento penitenziario, è stata successivamente censurata dalla Corte costituzionale: «affermato che nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti[35], occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, co-

[33] F. Della Casa, *La magistratura di sorveglianza: organizzazione, competenze, procedure*, Torino, 1994, 20.

[34] Corte Cass., sez. I pen., n. 6754 del 27 febbraio 1993. Un'esaustiva riflessione in ordine alle problematiche inerenti all'insindacabilità del provvedimento che dispone il regime speciale è contenuta in N. De Rienzo, *Il regime sospensivo previsto dall'art. 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in A. Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 124 ss.

[35] Sul punto i giudici costituzionali richiamano la nota sentenza n. 349 del 1993 (*supra*, cap. 3, par. 1).

stituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario»[36]. In assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare i presupposti applicativi del provvedimento deve pertanto riconoscersi «a 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»; anche in considerazione del «contenuto largamente coincidente» dei due regimi aventi una «notevole identità di presupposti, stante l'ampia possibilità di applicare il regime di sorveglianza particolare a qualsiasi detenuto, sulla base dei precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti nello stato di libertà»[37].

Non è tutto. Allo stesso giudice della sorveglianza la giurisprudenza costituzionale attribuisce il compito di bilanciare in concreto le esigenze di sicurezza e la garanzia dei diritti, potendo sindacare il contenuto dell'atto amministrativo in termini di proporzionalità tra le limitazioni adottate e la loro funzionalità nel recidere i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza[38].

L'emersione giurisprudenziale del diritto alla tutela giurisdizionale in riferimento sia ai presupposti applicativi del regime spe-

[36] Corte cost., sent. n. 410 del 1993.

[37] In senso contrario all'utilizzo del rito di cui all'art. 14-*ter* o.p., autorevole dottrina ha sostenuto che la natura prettamente amministrativa del provvedimento applicativo del regime speciale avrebbe imposto una reclamabilità dinnanzi alla giustizia amministrativa (M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati ai sensi del 41*-bis *in relazione al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14*-bis *della legge 26.7.75 n. 354 modificato dalla legge 7.8.92 n. 356*, in *CSM Quaderni,* 80, 1995, 750 ss.).

A seguito della sentenza n. 410 del 1993 la Corte di Cassazione ha mostrato alcune resistenze in ordine all'applicabilità del procedimento di cui all'art. 14-*ter* o.p. Sul punto, anche in riferimento alle indicazioni giurisprudenziali, v. L. CESARIS, sub *art. 14-ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, op. cit., 479 ss.

[38] Anche nella successiva sent. n. 351 del 1996 la Corte costituzionale ha specificato che il regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis*, secondo comma, o.p. trova la propria giustificazione in «esigenze emergenti di ordine e sicurezza non già interne ai singoli stabilimenti carcerari (…) ma esterne, e dunque attinenti alla lotta alla criminalità organizzata» (sulla pronuncia v. C. FIORIO, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3050 ss.).

ciale, sia al suo contenuto, si è tradotta in un inconsueto affioramento normativo ad opera della legge n. 279 del dicembre 2002[39] con l'introduzione dei commi 2-*quinquies*[40] e 2-*sexies*[41] nell'art. 41-*bis* o.p. Accanto alla previsione di un autonomo procedimento di gravame esperibile avverso il decreto che applica o proroga il regime speciale – modellato sulle articolate forme del giudizio di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.) – il legislatore attribuisce espressamente all'organo giurisdizionale la competenza a decidere in ordine alla «sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento» nonché «sulla congruità del [suo] contenuto rispetto alle esigenze» descritte al secondo comma. Inoltre, in deroga al criterio generale dettato dall'art. 677 c.p.p., il comma 2-*quinquies* individuava quale organo territorialmente competente sulla deci-

[39] Nella direzione di offrire una risposta normativa all'emersione giurisprudenziale del diritto a una tutela giurisdizionale, si veda anche la precedente legge n. 11 del 1998 che, nel comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis* o.p., ha attribuito la competenza a decidere sui reclami avverso i decreti ministeriali al Tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di assegnazione del detenuto, territorialmente competente anche in caso di successivo trasferimento.

[40] Ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quinquies*, o.p. come introdotto dalla legge n. 279 del 2002: «Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o confermata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il provvedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto al quale il detenuto o l'internato è assegnato. Il reclamo non sospende l'esecuzione. Il successivo trasferimento del detenuto o dell'internato non modifica la competenza territoriale a decidere».

[41] Secondo l'originaria formulazione del comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* o.p. «Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-quinquies, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2. Il procuratore generale presso la corte d'appello il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento e va trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione. Qualora il reclamo sia stato accolto con la revoca della misura, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo. Con le medesime modalità il Ministro deve procedere, ove il reclamo sia stato accolto parzialmente, per la parte accolta».

sione del reclamo il tribunale di sorveglianza «che ha giurisdizione sull'istituto al quale il detenuto o l'internato è assegnato».

L'insolita e celere traduzione normativa dell'emersione giurisprudenziale riguardo alla tutela giurisdizionale, in una forma persino più garantista del *dictum* della Corte costituzionale[42], è stata tuttavia fortemente temperata dalle successive "involuzioni sommersive" ad opera della legge n. 94 del 2009 che ha agito, *in primis*, sul sistema delle attribuzioni. Al dichiarato fine di ridurre la difformità tra i giudicati[43], nonché per ragioni di efficienza e risparmio delle risorse, il legislatore ha accentrato la competenza a decidere tutti i reclami avverso i provvedimenti ministeriali di disposizione o proroga[44] del regime speciale in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma[45]. La deroga al principio del *locus custodiae*, oltre a sollevare forti dubbi di irragionevolezza[46], pone un problema di

[42] Il legislatore del 2002, in luogo alla procedura semplificata di cui all'art. 14-*ter* o.p., ha previsto l'applicazione del rito di sorveglianza (art. 666 e 678 c.p.p.) quale procedimento che assicura il più ampio diritto alla difesa e al contraddittorio tra le parti (artt. 24 e 111 Cost.).

Rilevante anche l'assenza di quegli "ostacoli normativi" che sovente il legislatore introduce nel dato testuale per circoscrivere l'applicabilità della norma introdotta (si rinvia sul punto alle considerazioni espresse in relazione all'emersione legislativa del diritto a non subire tortura nell'ordinamento italiano, v. *supra*, cap. 3, par. 4.2).

[43] In questo senso, nel corso dell'*iter* parlamentare, l'intervento del sen. Vizzini: «la previsione di una competenza funzionale in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma in materia di reclami, si rende necessaria per evitare che vi possa essere una eccessiva eterogeneità di orientamenti giurisprudenziali da parte dei diversi tribunali e dunque, affinché le disposizioni del legislatore possano essere attuate correttamente in una maniera finalmente uniforme» (Scheda del Servizio Studi del Senato sul d.d.l. contenente "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", in *Senato della Repubblica. Disegni di legge e relazioni, XVI legislatura*, stamp. n. 733-B, maggio 2009, 127, 195).

Sulla modifica, cfr. P. Corvi, *Trattamento penitenziario*, op. cit., 199 ss.; A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41*-bis *ord. penit.*, in S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica, le riforme del 2009*, Torino, 2009, 461 ss.

[44] Sulle problematiche relative alle modalità di proroga del regime detentivo speciale si veda G. Spangher, L. Filippi, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 186 ss.

[45] Autorevole dottrina individua nella volontà di ridurre l'ampia tutela dei diritti operata dai singoli Tribunali di Sorveglianza uno dei motivi dell'accentramento delle competenze in capo al Tribunale di Roma (A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41*-bis, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena*, op. cit., 206).

[46] M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 136-138.

costituzionalità in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost. posto che la valutazione sul percorso rieducativo del detenuto – anche al fine di un'eventuale declassificazione – viene sottratta al giudice di prossimità e affidata alla sorveglianza di Roma spesso lontana dall'istituto di detenzione[47]. A ciò si aggiunga che le diversità interpretative rispondono, spesso, alla necessaria differenziazione delle valutazioni giudiziali in ordine alle specificità di ciascun detenuto, trovando comunque un argine fisiologico nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

Le criticità in ordine all'accentramento della competenza sono state ben rilevate dal Tavolo 2 degli Stati Generali che ha proposto la rimozione dell'«anomalia processuale» mediante «il ripristino della competenza dei Tribunali di sorveglianza che hanno giurisdizione sull'istituto di pena di assegnazione del detenuto», sì da garantire il rispetto «del principio del giudice naturale (art. 25 Cost) [eliminando] una "specialità" che non incontra alcuna giustificazione nelle finalità proprie del regime differenziato (…), finendo persino per privare il Tribunale di sorveglianza di Roma di informazioni individualizzanti importanti conosciute invece dai magistrati di sorveglianza sul territorio»[48].

Sul diverso profilo dei poteri di cognizione in ordine alla congruità del contenuto del provvedimento sospensivo, la riforma del 2009 ha soppresso ogni riferimento testuale, attribuendo al Tribunale di sorveglianza il solo potere di decidere riguardo alla sussistenza, o meno, dei presupposti applicativi del regime speciale. L'impossibilità di operare un sindacato giurisdizionale sulle singole restrizioni, tramite un bilanciamento in concreto da parte del giudice, appare in larga parte imputabile alla standardizzazione del contenuto del provvedimento. La novella del 2009, sostituendo nel comma 2-*quater* la locuzione «può comportare» con «prevede», implica l'automatica sottoposizione a tutte le limitazioni indicate nella disposizione. All'impossibilità di individualizzare la scelta delle misure applicabili nei confronti dei singoli detenuti,

[47] L. Cesaris, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010, 19.

[48] Tavolo 2 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Relazione illustrativa, in *giustizia.it*, 38.

il legislatore del 2009 fa dunque corrispondere – quale contro riflesso – l'abrogazione del potere discrezionale della magistratura di sorveglianza su un atto ormai divenuto a contenuto tassativo e vincolato[49].

Il sindacato giurisdizionale sul provvedimento ministeriale che dispone il regime speciale ha, dunque, natura strettamente formale, limitandosi a valutarne la sussistenza dei presupposti applicativi, ivi compreso l'eventuale eccesso di potere in punto di ragionevolezza della scelta adottata[50].

L'impianto delineato dalla riforma del 2009 è stato avallato – seppur con una non secondaria indicazione interpretativa – dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 190 del 2010 che ha rigettato la questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Roma in ordine all'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, o.p. «nella parte in cui non consente la presentazione di un reclamo, per difetto di congruità del contenuto, avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato a norma del comma 2 dello stesso articolo»[51].

Il Giudice delle leggi, dichiarando l'inammissibilità, specifica che la prospettazione offerta «è frutto della mancata ricostruzione sistematica del quadro normativo»; il giudice *a quo* «non ha preso in considerazione un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, basata sulla constatazione della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. pen. (…) quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti»[52]. Il venir meno di ogni riferimento alla

[49] Si è parlato di «neutralizzazione della discrezionalità dei tribunali di sorveglianza» (C. Fiorio, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4*-bis *e 41*-bis *ord. penit.*, in A. Bargi (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 1161).

[50] In argomento, ampiamente, F. Fiorentin, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2013, 188-201.

[51] Questione sollevata in riferimento agli artt. 13, secondo comma, 24, primo comma e 113, primo e secondo comma, della Costituzione. Nella specie il reclamo era riferito alla limitazione della permanenza all'aperto del detenuto a un massimo di due ore al giorno a seguito della modifica apportata dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), o.p.

[52] Corte cost., sent. n. 190 del 2010. Riguardo alla permanenza all'aperto la Corte ha precisato che la «riduzione del limite massimo di due ore decisa con i provvedimenti

sindacabilità delle misure adottate non ha, dunque, «certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto».

La pronuncia, seppur apprezzabile nella parte in cui ribadisce il permanere di un controllo giurisdizionale sui limiti interni ed esterni del provvedimento sospensivo, avrebbe probabilmente potuto tradursi in una risposta maggiormente coraggiosa riguardo all'illegittimità di un'applicazione tassativa e automatica delle restrizioni previste dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p. In effetti la presunzione assoluta di adeguatezza dell'intero novero delle limitazioni contenute nella disposizione, sembra porsi in un difficile rapporto di coerenza non solo con la più volte richiamata giurisprudenza costituzionale in materia di illegittimità di automatismi assoluti in favore di un bilanciamento in concreto operato dal giudice[53], quanto anche in relazione alla declinazione al singolare del termine "condannato" contenuta nell'art. 27, terzo comma, Cost. La disposizione costituzionale, guardando al detenuto come singolo, sembra consacrare l'illiceità di discipline fondate, come l'art. 41-*bis* o.p., su meccanismi presuntivi che guardano alla categoria e non alla persona. In altri termini, la previsione di restrizioni

applicativi può essere sempre oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza, da parte di singoli detenuti, per violazione di un diritto soggettivo (quale, ad esempio, il diritto alla salute), nell'ambito del perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti».

Sulla pronuncia v. F. Della Casa, *Interpretabile* secundum Costitutionem *la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2511 ss.

Un'analisi della pronuncia nel contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di bilanciamento tra sicurezza e diritti nel corso dell'esecuzione penale, è contenuta in M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, op. cit., 21-22 il quale rileva che «sono piuttosto note le sentenze che hanno dichiarato l'inammissibilità di questioni poste con riferimento a presunte preclusioni legislative nell'accesso a benefici penitenziari, ritenute "superabili" alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, basata sull'ineludibile funzione rieducatrice della pena (sentt. nn. 189 e 291 del 2010)» (nota n. 79).

[53] Si pensi alla questione della custodia cautelare in carcere (*supra*, cap. 2, par. 3), alle presunzioni in relazione alle circostanze attenuanti per i soggetti recidivi (*supra*, cap. 2, par. 2.2) o, ancora, all'illegittimità della previsione di una soglia temporale automatica per l'accesso ai benefici penitenziari contenuta nell'art. 58-*quater*, quarto comma, o.p. recentemente censurata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2018 (*supra*, cap. 2, par. 1 e nota n. 5).

standardizzate in ragione del solo titolo di reato (o del regime applicato), sembra contraria all'obbligo costituzionale di individualizzazione anche in riferimento alle misure concernenti le effettive esigenze di sicurezza singolarmente valutate[54].

A ciò si aggiunga che l'applicazione del regime speciale, fortemente incidente sul grado di privazione della libertà personale, non è disposta tramite atto motivato dell'autorità giudiziaria ma con decreto del Ministro della Giustizia, ponendo forti dubbi di costituzionalità in ordine al rispetto della riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 13, secondo comma, Cost[55]. Sul punto non può che concordarsi con chi ha recentemente sostenuto che «non vale obiettare (…) 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»[56].

[54] Sulla declinazione del termine "condannato" al singolare e "pena" al plurale nella formulazione del terzo comma dell'art. 27 Cost. si vedano anche le riflessioni contenute nel cap. 1, par. 4.2.

Proprio in riferimento al regime detentivo speciale, autorevole dottrina ha escluso la legittimità di presunzioni assolute in materia di misure restrittive della libertà personale: «se il soggetto destinatario delle norme è la persona, si deve partire dal principio di massima espansione delle libertà, enunciato da Paolo Barile e recepito dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza. Ogni compressione della libertà deve essere strettamente commisurata all'esecuzione di una pena detentiva inflitta in sede giurisdizionale. Ogni altra restrizione avrebbe solo un valore afflittivo supplementare, lesivo dello *status libertatis* che il condannato mantiene anche in carcere» (G. Silvestri, *Prefazione* a C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo*, op. cit., XII).

[55] *Supra*, cap. 1, par. 3.3.2.

[56] L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale*, op. cit., 422.

In argomento anche A. Pennisi, *Diritti del detenuto*, op. cit., 64 nonché il Tavolo 16 degli Stati Generali ("Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo") secondo cui la competenza del Ministro della Giustizia in odine all'applicazione del regime detentivo speciale non appare «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» (Relazione illustrativa, in *giustizia.it*, 26).

Sul punto rileva anche la recentissima sentenza della Corte EDU *Provenzano c. Italia* del 25 ottobre 2018, ric. n. 55080/13, in cui i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'articolo 3 della Convenzione in riferimento al rinnovo

Rileva, infine, la necessità più volte emersa in dottrina[57] di un controllo puntuale sulla congruità del contenuto del provvedimento sospensivo anche in ragione delle ampie "aree grigie" esistenti nell'elenco tipizzato di cui al comma 2-*quater*; la formulazione estremamente generica di alcune restrizioni lascia cioè un margine troppo elevato alla discrezionalità del potere amministrativo in ordine alla scelta delle limitazioni da eseguire in concreto. Basti pensare all'evanescenza contenutistica delle prescrizioni che consentono l'adozione «di misure di elevata sicurezza interna ed esterna» (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a, o.p.)[58] o, ancora, «di tutte le necessarie misure di sicurezza (…) volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti» (lett. f)[59]. In proposito autorevole dottrina ha

dell'applicazione del regime detentivo speciale nonostante le deteriorate condizioni di salute del ricorrente. La Corte, premettendo che l'essenza della Convenzione è la protezione effettiva della dignità umana, ha osservato che «assoggettare un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive (...), imposte dalle autorità carcerarie a loro discrezione, senza fornire sufficienti e rilevanti ragioni basate su una valutazione individualizzata di necessità, minerebbe la sua dignità umana e violerebbe il diritto enunciato all'articolo 3». Non essendo presente nell'ordine di estensione delle misure un'«autonoma valutazione da parte del Ministro della Giustizia della situazione cognitiva del ricorrente» e poiché a tale circostanza è dedicato uno «spazio limitato», la Corte afferma che «è difficile (...) accertare in che maniera e con quale approfondimento tali circostanze furono tenute in conto nel valutare la necessità dell'estensione delle restrizioni. Pertanto, la Corte non può che concludere che nella motivazione dell'ordine non vi è prova sufficiente che sia stato fatto un genuino accertamento dei mutamenti rilevanti nella situazione del ricorrente, in particolare del suo critico declino cognitivo. Tenuto conto di ciò, la Corte non è persuasa che il Governo abbia dimostrato in modo convincente che, nelle circostanze particolari del caso, l'estensione dell'applicazione del regime del 41-bis nel 2016 fosse giustificata».

[57] P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, op. cit., 213.

[58] Il Tavolo 2 degli Stati Generali, in considerazione della genericità della formulazione «idonea a vanificare l'obbiettivo perseguito dal legislatore di enumerare puntualmente le limitazioni possibili alle ordinarie regole di trattamento», ne aveva proposto la sostituzione con il seguente testo: «La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 ha lo scopo esclusivo di prevenire contatti con l'organizzazione di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate e prevede» (Relazione illustrativa, in *giustizia.it*, 17).

[59] Come anticipato la Corte costituzionale, nella recentissima sentenza n. 186 del 2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera

sostenuto che «almeno sino a quando la norma penitenziaria conterrà deleghe "in bianco" a favore del Ministro della giustizia, la giurisdizione di sorveglianza, quale giudice dei diritti del detenuto, sarà chiamata a verificare il rispetto di tali limiti da parte dell'esecutivo. Interpretazioni di segno diverso saranno inevitabilmente, ricondotte a Costituzione»[60].

La presunzione di congruità introdotta dalla riforma del 2009, affiancata dall'accentramento di competenza al Tribunale di Roma in ordine alla sottoposizione (e proroga) al regime speciale, ha dunque in larga parte (ri)sommerso il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale in riferimento a determinate tipologie d'autore. Il sostanziale avallo interpretativo ad opera della giurisprudenza costituzionale rende peraltro difficilmente ipotizzabile – in tempi neo-retributivi[61] – un ritorno al sistema *quo ante.* La volontà legislativa di cristallizzare l'attuale formulazione del 41-*bis* o.p. è stata peraltro recentemente confermata nella legge delega n. 103 del 2017. Nonostante il Tavolo 2 degli Stati Generali si fosse mosso nella direzione di ripristinare il controllo giurisdizionale anche sul contenuto dell'atto sospensivo proponendo – al contempo – l'attenuazione di alcune rigidità del regime[62], la delega ha impedito ogni prospettiva di modifica, anteponendo all'enunciazione dei principi e criteri direttivi l'espressione «Fermo restando quanto previsto

f), o.p. limitatamente alle parole «e cuocere cibi», specificando che «non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella", (…) si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-*bis* ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale».

[60] C. Fiorio, *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2268.

[61] Sul punto, v. *supra*, cap. 2, par. 2.4.1.

[62] Tra le altre proposte formulate dal Tavolo 2 in materia di 41-*bis* o.p.: porre rimedio all'eccessiva durata del regime differenziato spesso prolungato in ragione di mere difficoltà gestionali; aumentare la permanenza all'aperto e la durata dei colloqui visivi e telefonici (su cui v. *supra*, parr. 3-5 e Relazione illustrativa, in *giustizia.it*, 12).

Rileva sul punto anche la proposta del Tavolo 16 riguardo a un riordino costituzionalmente orientato dell'attuale «regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione» (Relazione illustrativa, in *giustizia.it*, 4).

dall'art. 41-*bis*», così tradendo «la carica ideale espressa dagli Stati Generali»[63].

3. *Vincolatività delle decisioni e obbligo di ottemperanza quali corollari della giurisdizionalità del procedimento di sorveglianza*

Tornando alla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999, al riconoscimento della natura giurisdizionale dei procedimenti che si instaurano dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza avrebbe dovuto conseguire – accanto al tempestivo intervento del legislatore in ordine ai reclami generici – il rispetto di un suo fisiologico corollario: la vincolatività dei provvedimenti adottati dai giudici nei confronti delle autorità amministrative chiamate ad applicarli, con particolare riguardo, naturalmente, all'Amministrazione penitenziaria.

Viceversa è più volte emerso nel corso della trattazione come al riconoscimento giudiziale dell'esistenza (o della violazione) di un diritto, sia spesso corrisposta una forte resistenza applicativa da parte dell'amministrazione. Emblematico, al riguardo, il richiamato episodio da cui trae origine la sentenza della Corte di Cassazione n. 7791 del 2008; nonostante fosse stata concessa al detenuto un'autorizzazione all'accesso alle tecniche di PMA da parte del G.U.P. di Palermo, la direzione dell'istituto aveva opposto un divieto assoluto al prelievo in ragione della «massima tutela del nascituro che la legge n. 40/2004 postula, nel caso concreto non realizzabile data la situazione di detenzione del genitore», nonché dell'esistenza di generiche «finalità preventive connesse alla custodia dei soggetti inseriti nel circuito del 41-*bis* o.p.»[64]. All'accertamento giudiziale di un diritto costituzionalmente garantito (alla genitorialità), non era dunque seguita un'esecuzione materiale del

[63] L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale*, op. cit., 429. L'Autore prosegue affermando che la delega rappresenta «un'occasione mancata per operare quella bonifica costituzionale e quell'operazione di recupero di coerenza costituzionale auspicato durante gli Stati Generali dell'esecuzione penale» (430).

[64] Sulla vicenda v. ampiamente *supra*, cap. 3, par. 3.

provvedimento da parte delle autorità amministrative, costringendo il detenuto a ricorrere in Cassazione.

Non si è trattato di un episodio isolato, riscontrandosi una diffusa carenza di vincolatività – *de facto* – delle decisioni adottate della Magistratura di sorveglianza, tanto da indurre i giudici costituzionali a ribadire, in una pronuncia di inammissibilità a dieci anni di distanza dalla sentenza n. 26 del '99, che le decisioni del giudice della sorveglianza non costituiscono 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»[65].

Nonostante la chiarezza espositiva della Corte, la consolidata prassi amministrativa di non ottemperare ai provvedimenti della magistratura ha trovato nuova conferma, nonché parziale risposta, nel conflitto di attribuzioni sollevato dal Tribunale di sorveglianza di Roma nei confronti del Ministero della Giustizia, risolto dal Giudice delle leggi con la nota sentenza n. 135 del 2013. Il ricorrente, detenuto in regime detentivo speciale, aveva presentato reclamo avverso un provvedimento che inibiva ai ristretti di cui all'art. 41-*bis* o.p[66], la visione dei canali tematici "Rai Sport", "Rai Storia" e "MTV" lamentando, in seguito al distacco del segnale televisivo, la lesione del diritto all'informazione garantito dall'art. 21 della Costituzione ed espressamente tutelato anche dagli artt. 18 e 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario[67].

[65] Corte cost., sent. n. 266 del 2009.

Riguardo alla centralità della pronuncia per l'affermazione della necessaria vincolatività delle decisioni della Magistratura di sorveglianza, cfr. M. MARCHESELLI, *Tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2010, 95 ss.; C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, 3766 ss.

Muove in analoga direzione la successiva sentenza n. 190 del 2010 e le ordinanze n. 220 del 2010 e 56 del 2011.

[66] Sul regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. si rinvia alle riflessioni contenute nel precedete paragrafo nonché alla nota n. 29, cap. 3.

[67] Sul diritto all'informazione e alla riservatezza nel corso dell'esecuzione penale si vedano i due contributi di I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza* e A. TURTURRO, *Il diritto alla riservatezza*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., rispettivamente 273-299 e 301-333.

Il giudice del reclamo, ritenendo insussistenti le ragioni di sicurezza atte a giustificare la limitazione – non veicolando le due emittenti Rai messaggi dall'esterno (a differenza di MTV «effettivamente adusa alla riproduzione in video di messaggi inviati dal pubblico»)[68] – aveva disposto l'annullamento del provvedimento, ordinando il ripristino dello *status quo ante* riguardo ai canali "Rai Sport" e "Rai Storia". Alla mancata ottemperanza dell'ordine, era seguito l'avallo del Ministro della Giustizia che, su proposta del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, aveva espressamente disposto – con decreto del 14 luglio 2011 – la «non esecuzione» del provvedimento giudiziale adottato in esito al reclamo[69].

Il Magistrato di sorveglianza di Roma, interpellato nuovamente dal detenuto, sollevava dunque conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, chiedendo alla Corte costituzionale di dichiarare – in via definitiva – la natura vincolante dei provvedimenti adottati dalla Magistratura di sorveglianza nei confronti delle autorità amministrative annullando, conseguentemente, il decreto ministeriale di non attuazione.

I giudici costituzionali, dichiarato ammissibile il conflitto[70], lo risolvono con la sentenza n. 135 del 7 giugno 2013: «non spetta al Ministro della giustizia e ad alcun organo di Governo disporre che non venga data esecuzione ad un provvedimento del magistrato di sorveglianza, assunto a norma degli artt. 14-*ter*, 35 e 69» dell'ordinamento penitenziario.

Il Giudice delle leggi rileva, *in primis*, come l'esecuzione tardiva dell'ordine da parte della Direzione dell'istituto a seguito del-

[68] Riguardo al bilanciamento operato dal giudice tra esigenze di sicurezza e tutela del diritto all'informazione, v. M. Ruotolo, *The domestic remedies must be effective*, op. cit., 2084 ss. e, dello stesso Autore per una più ampia descrizione della vicenda, *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost*., 2012, 684 ss.

[69] L'ordine del Magistrato di sorveglianza è stato eseguito dalla Direzione dell'istituto solo a seguito della proposizione del conflitto di attribuzioni dinnanzi alla Corte costituzionale.

[70] Corte cost., ord. n. 46 del 2012, su cui G. Boldi, *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti: un problema di effettività* (con postilla di Marco Ruotolo), in *federalismi.it*, 6, 2013, 20 marzo 2013 e M. Gialuz, *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministro della giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2012.

la proposizione del conflitto[71] non comporta la cessazione della materia del contendere, non essendo sufficiente a porre rimedio al provvedimento di diniego da parte dell'Amministrazione penitenziaria. La nota di ottemperanza, osserva la Corte, non possiede efficacia *ex tunc* e non equivale in sé al riconoscimento da parte delle autorità amministrative della vincolatività dei provvedimenti giudiziali adottati, non risolvendo la questione che il conflitto impone di chiarire.

Ciò premesso, proseguono i giudici, l'Amministrazione ben 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 «ineffettiva una tutela giurisdizionale esplicitamente prevista dalle leggi vigenti e costituzionalmente necessaria»[72].

Sul punto la Corte ribadisce l'esistenza di un rapporto osmotico tra giurisdizionalità del giudizio di sorveglianza e vincolatività dei provvedimenti adottati: «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[73].

[71] Esecuzione comunicata al Magistrato di sorveglianza tramite nota dell'11 giugno 2012.

[72] La Corte, sul punto, fa riferimento alla precedente sentenza n. 26 del 1999 (*supra*, cap. 4, par. 1).

[73] Si ponga a mente la richiamata pronuncia n. 266 del 2009 in cui i giudici costituzionali avevano già ampiamente 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».

Nel dichiarare la mancata spettanza all'autorità amministrativa del potere di non eseguire le ordinanze del magistrato di sorveglianza – e ribadendo la vincolatività delle sue decisioni – la Corte precisa altresì come non sussistano esigenze «generali o particolari attinenti all'organizzazione penitenziaria» tali da giustificare la menomazione del diritto di cui all'art. 21 Cost.; l'inottemperanza è, dunque, illegittima perché in contrasto con il sistema delle attribuzioni costituzionali e con la garanzia di una tutela effettiva dei diritti. Argomentazioni peraltro ribadite nella successiva sentenza n. 279 dello stesso anno: «il legislatore, per porre termine a residue ambiguità dell'ordinamento penitenziario, dovrebbe completare il sistema apprestando idonei strumenti esecutivi in modo da rendere certa l'ottemperanza dell'amministrazione alle decisioni della magistratura di sorveglianza»[74].

Il conflitto di attribuzioni del 2013 richiama, sul punto, la pronuncia della Corte EDU *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio dello stesso anno, ultimo tassello (sovranazionale) del lungo *iter* giurisprudenziale che, parallelamente all'affioramento del diritto a uno spazio conforme a dignità[75], ha condotto all'emersione dell'effettività dei diritti, imponendo al legislatore l'introduzione di puntuali rimedi aventi natura preventiva e compensativa nella normativa penitenziaria. Nel dettaglio uno dei ricorrenti, ritenendo le condizioni detentive contrarie al divieto di cui all'art. 3 della CEDU, aveva tempestivamente adito il magistrato di sorveglianza che, accertata la grave situazione di sovraffollamento dell'istituto, imponeva alla Direzione – e al Ministero della Giustizia – di adottare tempestivi provvedimenti volti a far cessare l'infrazione. Alla decisione non aveva tuttavia fatto seguito alcun provvedimento da parte delle autorità amministrative le quali, soltanto dopo la proposizione del ricorso dinnanzi ai giudici di Strasburgo, avevano dato parziale esecuzione all'ordinanza disponendo il trasferimento del detenuto in una cella dotata di spazi più ampi.

Accertata l'inefficacia dei rimedi offerti dall'ordinamento ita-

[74] Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013, v. *supra*, cap. 2, par. 2.3.

[75] Ampiamente *supra*, cap. 2, par. 2.3.

liano, la Corte EDU specifica che in materia di garanzia in concreto dei diritti, il previo esaurimento delle vie di giustizia interne[76] mira ad offrire agli Stati Parte l'opportunità di riparare o prevenire le denunciate violazioni. La Convenzione prescrive, tuttavia, l'esaurimento dei soli ricorsi che siano al contempo disponibili e adeguati, caratteristiche non rinvenibili nel sistema esecutivo italiano «non potendo pretendersi che un detenuto che [abbia] ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell'Amministrazione penitenziaria». Al fine di assicurare forme di garanzia efficaci, prosegue il Giudice sovranazionale, non può considerarsi adeguata la sola azione risarcitoria, rendendosi altresì necessaria la previsione di rimedi diretti – al contempo – sia ad impedire il verificarsi o il protrarsi della violazione, sia ad assicurare un ristoro effettivo a seguito dell'accertamento di un'infrazione da parte di un'autorità giudiziaria (punto 53)[77].

In altri termini i giudici di Strasburgo, adottando una sentenza pilota[78], impongono al legislatore nazionale di introdurre, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, misure aventi carattere preventivo e compensativo idonee a porre rimedio alla violazione dei diritti presidiati dalla Convenzione, così

[76] Ai sensi dall'art. 35, primo comma, della Convenzione EDU: «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 ai giudici di Strasburgo rappresenta, dunque, un meccanismo di salvaguardia avente carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali (in questo senso molte sentenze della Corte EDU, cfr. *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996, 65, ric. n. 1996-IV, *Remli c. Francia*, 23 aprile 1996, 33, ric. n. 1996-II e *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94).

[77] Nella difesa presentata davanti ai giudici di Strasburgo, il Governo italiano ha affermato che il procedimento instaurato davanti alla Magistratura di sorveglianza «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). È una dichiarazione che contraddice la posizione adottata dallo stesso Esecutivo durante il conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale, sostanzialmente legittimando condotte omissive dell'Amministrazione volte a non ottemperare ad un provvedimento avente natura giurisdizionale.

[78] Sulle sentenze pilota della Corte di Strasburgo, v. *supra*, cap. 2, par. 2.3.

come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo e penetrati nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost[79].

Evidente come il caso *Torreggiani* si ponga quale punto d'arrivo – e non di partenza – del processo emersivo dell'effettività del sistema di tutele offerto dall'ordinamento italiano: la condanna europea non deve pertanto stupire, "modellando" il suo contenuto sulla pregressa giurisprudenza nazionale a cui non era seguita l'adozione di riforme strutturali da parte del legislatore in grado di determinate una concreta metamorfosi delle forme di tutela nella direzione imposta dai giudici costituzionali.

3.1. L'affioramento normativo: tra effettività ed ineffettività delle forme di tutela

È stato ampiamente anticipato come il Governo italiano e la maggioranza parlamentare che lo sosteneva, muovendo dal timore di una gravosa condanna da parte dei giudici europei, abbiano agito nel biennio 2013-2014 lungo due linee d'intervento: ponendo misure funzionali alla riduzione del numero delle presenze in carcere (mediante la riduzione del flusso in ingresso e l'ampliamento di quello in uscita)[80], ed estendendo gli istituti di garanzia azionabili dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza. Accanto allo strumento generico (art. 35 o.p.) è posto il reclamo giurisdizionale[81] a cui si affianca il rimedio compensativo conseguente alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU (rispettivamente disciplinati agli artt. 35-*bis* e 35-*ter*, o.p.)[82].

Sul profilo delle tutele stragiudiziali il decreto n. 146 del 2013 ha inserito tra i destinatari del reclamo generico il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà perso-

[79] La centralità della giurisprudenza della Corte EDU in tema di effettività dei rimedi riconosciuti ai detenuti è ampiamente messa in luce da F. Fiorentin, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana*, op. cit., 2033 ss.

[80] *Supra*, cap. 2, par. 2.4.

[81] Introdotto dal decreto-legge n. 146 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 21 febbraio 2014.

[82] Inserito nella normativa penitenziaria dal decreto-legge n. 92 del 26 giugno 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 117 del 2014.

nale, Autorità indipendente istituita dallo stesso decreto 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 alla tutela dei diritti umani[83]. Come noto il Garante, la cui seconda Relazione al Parlamento è stata presentata il 15 giugno 2018[84], vigila affinché ogni forma di privazione della libertà sia attuata in conformità al dettato costituzionale, alle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, alle leggi e ai regolamenti. A tal fine è riconosciuto all'Autorità il potere di visitare – senza autorizzazione o preavviso – ogni struttura idonea a privare della libertà (istituti di pena, centri di detenzione amministrativa[85], stazioni di polizia, residenze di esecuzione delle misure di sicurezza, case residenziali per anziani etc.), di chiedere informazioni e documenti alle amministrazioni e, in caso di accertata violazione delle norme ordinamentali o della fondatezza dei reclami generici, di formulare specifiche raccomandazioni e adire l'autorità giudiziaria.

L'istituzione di un organismo indipendente, volto ad intervenire *ex ante* sulle violazioni, rappresenta un traguardo di indubbia rilevanza nel lungo percorso che conduce a un'effettiva garanzia dei diritti dei ristretti anche nelle forme non giurisdizionali. Si è tuttavia avuto modo di osservare come non si tratti di un'evoluzione conclusasi con l'istituzione del Garante nel 2013: le sempre crescenti aree di intervento dell'Autorità, cui consegue un fisiologico aumento delle figure professionali necessarie all'espletamento dei diversi mandati[86], mostrano la necessità di un progressivo imple-

[83] Presente con diverse attribuzioni e denominazioni nella maggior parte dei Paesi europei, in Italia il regolamento su struttura e composizione dell'Ufficio del Garante Nazionale è contenuto nel D.M. n. 36 dell'11 marzo 2015.

[84] La seconda Relazione al Parlamento, unitamente al testo di presentazione del Presidente del collegio, Prof. Mauro Palma, è consultabile sul sito *garantenazionaleprivatiliberta.it*

[85] Sulle forme di privazione della libertà personale di natura amministrativa, v. nota n. 92, cap. 1.

[86] La seconda relazione presentata dall'Autorità Garante al Parlamento mostra come le aree di intervento, in ossequio all'ampia nozione di privazione della libertà personale accolta nell'ordinamento italiano (*supra*, cap. 1, par. 3.3.2), stiano progressivamente aumentando: «spaziando da quella di ambito penale a quella di tipo amministrativo, a quella in ragione sanitaria fino a quella che si determina in situazioni in cui

mento di organico, attraverso l'assunzione di personale altamente qualificato anche non dipendente dal Ministero della Giustizia, sì da offrire maggiori garanzie di indipendenza rispetto al potere politico. Svolgendo altresì la funzione di meccanismo di prevenzione nazionale della tortura (MPN)[87] ai sensi del Protocollo opzionale alla Convenzione ONU[88], si auspica inoltre l'attribuzione al Collegio – al pari di altre Autorità indipendenti – di un potere sanzionatorio effettivo nei confronti delle autorità amministrative, al fine di assicurare un impatto maggiormente pervasivo, in termini di cogenza, dei propri risultati ispettivi. Sul punto appaiono convergenti anche le recenti osservazioni del Comitato ONU contro la Tortura[89], che hanno invitato l'Italia a garantire l'implementazione delle raccomandazioni formulate dal Garante Nazionale nonché ad assicurare un'indipendenza strutturale e finanziaria dei meccanismi preventivi già operanti a livello regionale e cittadino (par. 14-15)[90].

Sul versante della tutela giurisdizionale l'art. 35-*bis* o.p. consente al detenuto di proporre, nelle forme del procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.)[91], reclamo giurisdizionale al

alla persona non è riconosciuta autonomia decisionale e l'istituzione assume il compito di determinare la sua quotidianità» (Relazione 2018, 5).

Si distinguono, in particolare, quattro aree su cui il Garante nazionale ha operato nel suo secondo anno di attività: la prima riguarda la detenzione penale «forse la più presidiata attraverso il potere di vigilanza della magistratura, l'attività di molteplici attori istituzionali (…), nonché l'attività del mondo associativo»; la seconda, connessa alla precedente, concerne i luoghi di fermo e di privazione della libertà da parte di tutte le Forze di Polizia; la terza concerne l'ampio contesto «dell'immigrazione irregolare o illegale (Centri di permanenza per il rimpatri, *hotspots*, strutture aeroportuali o portuali per le persone non ammesse nel territorio nazionale e, infine, voli di rimpatrio forzato)»; l'ultima è l'area sanitaria, estranea a qualsiasi ragione penale o amministrativa, che certamente concerne «i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) che già nella definizione implicano la privazione della libertà, ma riguarda anche le residenze per disabili o anziani ove, in alcune circostanze può determinarsi una situazione *de facto* d'impossibilità di esercizio diretto dei propri poteri e della propria autodeterminazione» (Relazione 2018, 5-6).

[87] L'acronimo indica il "*National preventive mechanism*".

[88] *Supra*, cap. 3, par. 4.

[89] Osservazioni del Comitato ONU contro la Tortura del 6 dicembre 2017 (*supra*, cap. 3, par. 4.2).

[90] Un'analisi puntuale riguardante le attività svolte dagli organismi territoriali è contenuta nella Relazione al Parlamento 2018, 274-308.

[91] Il procedimento presenta, naturalmente, alcune peculiarità rispetto al rito che

Magistrato avverso i provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'Amministrazione (art. 69, sesto comma, lett. a), o.p.)[92], nonché 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, sesto comma, lett. b), o.p.)[93].

L'eventuale inadempimento dell'ordine contenuto nell'ordinanza che accerta la violazione comporta l'azionabilità di un giudizio di ottemperanza dinnanzi al magistrato procedente, il quale potrà ordinare alle autorità amministrative di eseguire il provvedimento – indicandone modalità e tempi di adempimento – dichiarare nulli gli atti eventualmente compiuti in contrasto con la decisione ineseguita, nominare un commissario *ad acta*[94].

si instaura dinnanzi al Tribunale di sorveglianza, sulle quali si rinvia a F. Fiorentin., *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2013, 245-260; E. Valentini, *Il reclamo*, op. cit., 227 ss.

Sul punto è stato anticipato come il d.lgs. n. 123 del 2018 abbia modificato il primo comma dell'art. 35-*bis* o.p. prevedendo, al secondo periodo, la sostituzione della parole: «e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» con le seguenti: «e ne fa dare avviso, oltre che al soggetto che ha proposto reclamo, anche all'amministrazione interessata, a cui è comunicato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste».

[92] In materia disciplinare il legislatore ha apportato una rilevante novità attribuendo al magistrato di sorveglianza il potere di sindacare i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 39, primo comma, numeri 4 e 5, o.p. riguardanti l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e l'esclusione dalle attività in comune. Sul punto, E. Valentini, *Il reclamo*, op. cit., 217.

[93] È stato ben messo in luce come la disposizione non si riferisca esclusivamente all'Amministrazione penitenziaria, ben potendo essere destinatarie del nuovo reclamo giurisdizionale tutte le pubbliche autorità che si trovino in una relazione qualificata con l'interesse o la posizione del detenuto o internato, si pensi in proposito all'Amministrazione sanitaria o scolastica (M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2, 2014, 568).

[94] I commi successivi specificano che: «Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario (settimo comma). Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge (ottavo comma)».

Sulle forme processuali del nuovo giudizio di ottemperanza v. F. Fiorentin., *Il reclamo "giurisdizionale"*, op. cit., 260-264, il quale rileva come non sia chiaro «quali siano gli strumenti a disposizione dell'interessato per interloquire, nel caso in cui l'amministrazione o il commissario *ad acta* adottino provvedimenti in violazione od

Se l'introduzione del nuovo art. 35-*bis* o.p. non può che salutarsi con favore, anche in ragione del rinvio al procedimento di sorveglianza in luogo delle forme assai più semplificate dell'art. 14-*ter* o.p.[95], il reclamo giurisdizionale appare tuttavia sprovvisto di quel carattere preventivo richiesto dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani*. Non si tratta di una misura volta ad anticipare – impedendone l'adozione – eventuali atti o comportamenti lesivi delle posizioni giuridiche dei ristretti, quanto di un rimedio che consente unicamente di evitare il protrarsi di una lesione già pienamente configurata ponendosi come strumento a carattere prettamente inibitorio[96].

Ben diversa, in termini di incisività, sarebbe stata la scelta di introdurre un rimedio avente natura effettivamente preventiva: a muoversi in questa direzione era stata, ancora una volta, la giurisprudenza. Nella più volte richiamata sentenza del Giudice delle leggi n. 279 del 2013 i rimettenti[97] avevano chiesto alla Corte di censurare – mediante sentenza additiva – l'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevedeva il rinvio facoltativo della pena ove questa dovesse essere eseguita in condizioni contrarie al senso di umanità.

Come anticipato i giudici costituzionali, pur annoverando il differimento dell'esecuzione penale tra i rimedi preventivi costitu-

elusione del diritto nel corso dell'esecuzione del provvedimento» o, ancora, il procedimento da seguire nel caso «in cui l'amministrazione "convenuta" ometta di presentare il programma attuativo previsto dal comma 6 dell'art. 35-*bis*». In entrambe le ipotesi l'Autore individua la strada praticabile «nel ricorso ai sensi del comma 7, della stessa disposizione, con la possibilità di chiedere al magistrato di sorveglianza la nomina di un commissario ad acta, incaricato della predisposizione del programma attuativo e della sua puntuale esecuzione». (264).

[95] L'introduzione del reclamo giurisdizionale sembra così rispondere – dopo quattordici anni – all'addizione di principio contenuta nella sentenza n. 26 del 1999 dalla Corte costituzionale. Sul punto, v. C. Fiorio, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen*., 2, 2014, 504.

[96] G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35*-ter *ord. penit*., in *Dir. pen. cont*., 24 gennaio 2015, 2. In ordine all'assenza di preventività è stato altresì osservato che il nuovo rimedio «presuppone indubbiamente "la sussistenza e attualità del pregiudizio", non richiede invece l'attualità e la gravità di un pericolo: si fonda dunque su una lesione piena e – ciò nonostante – continuativa di una posizione giuridica soggettiva» (C. Masieri, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35*-ter *ord. pen*., in *Dir. pen. cont*., 22 luglio 2015, 10).

[97] Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano.

zionalmente possibili, hanno ritenuto la questione inammissibile stante la pluralità di soluzioni normative la cui scelta compete alla discrezionalità del potere politico. Tuttavia, il comunicato diffuso il giorno della decisione specifica che sarebbe intollerabile «il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella pronuncia»; ove il legislatore non agisca tempestivamente la Corte non potrà che «adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità»[98].

L'introduzione dell'art. 35-*bis* nella normativa penitenziaria rende assai improbabile un nuovo intervento dei giudici costituzionali sulla questione; tuttavia la mancata preventività del reclamo giurisdizionale – unitamente al progressivo aumento della popolazione detenuta[99] – lasciano permanere nell'ordinamento un grave *vulnus* nel sistema delle tutele: l'assenza di un rimedio avente natura effettivamente preventiva, volto cioè a impedire *ab origine* l'inserimento della persona in un circuito penitenziario non conforme al senso di umanità.

[98] Sulla sentenza n. 279 del 2013 in relazione all'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario, v. ampiamente *supra*, cap. 2, par. 2.3.

Sui profili attinenti alle forme di tutela, cfr. F. Della Casa, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo»*, op. cit., 4541 ss.; G. Dodaro, *Rinvio della pena per sovraffollamento carcerario, come rimedio* extra ordinem, op. cit., 428 ss.; A. Gargani, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, op. cit., 474-483; A. Pugiotto, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, op. cit., 2547 ss.; M. Ruotolo, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana?*, op. cit., 4553, il quale ipotizza 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 (analogamente lo stesso Autore in *Dignità e carcere*, op. cit., 74, 75).

Diversa dottrina ha ipotizzato un obbligo di scarcerazione del detenuto recluso in condizioni contrarie al senso di umanità a fronte di un'inerzia dell'Amministrazione penitenziaria: A.L. Toscano, *La funzione della pena*, op. cit., 262-268.

[99] *Supra*, cap. 2, par. 2.

L'ambito di operatività dell'istituto risulta ulteriormente eroso dalla necessità di "attualità" e "gravità" del pregiudizio, condizioni introdotte nell'art. 69, sesto comma, lett. b), o.p. che lasciano riaffiorare le riflessioni proposte sul nuovo reato di tortura in relazione all'inserimento, nell'enunciato, di ostacoli normativi volti a contenere l'ambito applicativo della norma[100] come conferma la stessa relazione illustrativa al testo di riforma: «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 regolamento. Ciò al fine di consentire l'accesso ad un meccanismo di tutela certamente costoso soltanto alle situazioni di pregiudizio realmente significative».

Le difficoltà nel determinare, con un sufficiente grado di certezza, il discrimine tra violazioni "semplici" e lesioni connotate da un adeguato margine di "gravità", 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 una tutela giurisdizionale effettiva per ogni situazione in cui si concretizzi un trattamento inumano come diretta conseguenza dello stato detentivo[101].

Sul versante delle misure compensative, il successivo decreto-legge n. 92 del 26 giugno 2014[102], ha affiancato al reclamo giu-

[100] *Supra*, cap. 3, par. 4.2.

[101] L'inammissibilità del reclamo giurisdizionale per mancato perfezionamento delle condizioni di "gravità" e "attualità" è emerso sin dalle prime applicazioni concrete: nell'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Alessandria n. 2014/788 del 14 aprile 2014 il giudice stigmatizza la genericità e l'indeterminatezza dell'istanza, tali da impedire la verifica sotto il profilo della gravità e attualità del pregiudizio subito dal ricorrente, auspicando 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».

Sulle criticità connesse all'inserimento dei requisiti di "gravità" e "attualità v., tra i molti, G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, op. cit.

Più ampiamente, sul reclamo giurisdizionale, cfr., *ex multis*, S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. cont*., 14 aprile 2016; M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi"*, op. cit., 563-583 e, dello stesso Autore, sub *art. 35-bis o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento* penitenziario, op. cit., 394 ss.; E. Valentini, *Il reclamo*, op. cit., 2019 ss.; F. Fiorentin, *Il reclamo "giurisdizionale*, op. cit., 235-267.

[102] Convertito con modificazioni dalla legge n. 117 del 2014.

risdizionale l'art. 35-*ter* o.p. in materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU[103]

[103] A sensi 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 (primo comma). 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 (secondo comma). 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 secondo (terzo comma)».

L'art. 35-*ter* o.p. individua, dunque, il pregiudizio risarcibile nell'aver subito condizioni detentive tali da porsi in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione EDU che, come specificato nella sentenza *Torreggiani*, deve essere interpretato secondo le indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo. Sul punto autorevole dottrina ha affermato che la violazione dell'articolo convenzionale «non sembrerebbe suscettibile (...) di libero apprezzamento da parte del giudice nazionale, dovendosi questi muovere all'interno della cornice delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU» (G. GIOSTRA, sub *art. 35-ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, op. cit., 418.

Sul rapporto tra gli artt. 35-*bis* e 35-*ter* o.p. è stato messo in luce che «l'azione risarcitoria non è concepita come un rimedio autonomo, ma come un ulteriore strumento di tutela da attivare contestualmente al rimedio preventivo, nell'ambito del reclamo giurisdizionale. In altri termini, la situazione presa in considerazione dal legislatore è quella del detenuto che, trovandosi in una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, si rivolga al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere contestualmente una tutela preventiva ed una tutela compensativa. Sotto il profilo della tutela preventiva, il detenuto mira ad ottenere una pronuncia che condanni l'Amministrazione penitenziaria a ripristinare la legalità della detenzione; sotto il profilo della tutela risarcitoria, invece,

prevedendo 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. Quando la detenzione non consente la detrazione dell'intera misura percentuale, il magistrato di sorveglianza liquida altresì, in relazione al periodo residuo, una somma pari a otto euro per ciascuna giornata di pregiudizio, provvedendo allo stesso modo qualora 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 che hanno già espiato la pena detentiva, possono proporre analoga azione entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare[104].

A fronte di una formulazione non esente da insidie interpretative, la giurisprudenza – costituzionale e di legittimità – è più volte intervenuta per chiarire l'ambito applicativo del nuovo rimedio. Chiamata a pronunciarsi sull'art. 35-*ter* o.p. «nella parte in cui non prevede, nel caso di condannati alla pena dell'ergastolo che abbiano già scontato una frazione di pena che renda ammissibile la liberazione condizionale, il ristoro economico previsto dal comma 2», la Corte ha dichiarato la questione non fondata ritenendo insussistente l'ostacolo individuato dal rimettente nella lettera della

il detenuto mira ad ottenere una riduzione della pena da espiare o, in via subordinata, un ristoro in forma monetaria» (A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont*., 13 ottobre 2014).

Nella medesima direzione L. Barone, G. Fidelbo, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35*-ter *ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, rel. n. III/01/2015, in *cortedicassazione.it*: «I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l'immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderente conformità a quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani» (2).

[104] Sull'applicabilità del rimedio compensativo ai detenuti sottoposti a custodia cautelare in carcere, v. D. Galliani, *L'interpretazione conforme a costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35*-ter *ord. penit. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. cont*., 3, 2017, 333-337.

legge. Sarebbe «fuori da ogni logica di sistema, oltre che (…) in contrasto con i principi costituzionali, immaginare che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona condannata all'ergastolo il ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizioni disumane, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare. Non può sfuggire infatti all'interprete che quest'ultima evenienza non ha alcuna relazione con la compromissione della dignità umana indotta da un identico trattamento carcerario»[105]. Superato l'apparente ostacolo testuale, «l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata (…) torna possibile» coincidendo, nel caso di specie, con gli esiti cui conduce l'interpretazione sistematica.

Analoga logica argomentativa ha condotto più di recente i giudici costituzionali ad affermare, per il tramite dell'interpretazione conforme, l'applicabilità dell'art. 35-*ter* o.p. anche agli internati. Con riguardo al diritto di godere di un rimedio compensativo, «la condizione della persona soggetta a una misura di sicurezza detentiva, che subisce una restrizione della libertà personale in condizioni disumane, è del tutto equivalente a quella del detenuto, perché identico è il bene giuridico leso e analoghe sono le modalità con cui la lesione viene inflitta». Il principio di uguaglianza, chiariscono i giudici, non può «tollerare una discriminazione tra detenuto e internato che, fondandosi sulla differente natura giuridica dei titoli in base ai quali si è ristretti, pur rilevante ad altri fini, trascura invece la sostanziale identità, nell'uno e nell'altro caso, dei soli fattori che hanno importanza ai fini risarcitori»[106].

Su un versante diverso – l'attualità del pregiudizio *ex* art. 69, comma 6, lett. b), o.p. – ma ugualmente incidente sull'ambito di operatività del rimedio compensativo, la Corte di Cassazione si è più volte espressa stabilendo che «sia l'interpretazione letterale che quella sistematica devono (…) condurre a ritenere che il ri-

[105] Corte cost., sent. n. 204 del 2016.

[106] Corte cost., sent. n. 83 del 13 aprile 2017. Sulla pronuncia, anche in riferimento alla precedente sentenza n. 204 del 2016 in tema di ergastolo, v. A. Della Bella, *La Corte costituzionale si pronuncia nuovamente sull'art. 35* ter *o.p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017, 318-321.

chiamo contenuto all'art. 35 ter, comma 1, ord. penit. al pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b individua la categoria del reclamo relativo alla violazione dei diritti inviolabili del detenuto ed al modello procedimentale applicabile, ma non può essere riferito ai presupposti del pregiudizio in termini di necessaria attualità al momento della domanda e, ancor meno, della decisione»[107]; indiscussa la compatibilità «dei due rimedi, inibitorio e risarcitorio, può dunque affermarsi che, mentre l'attualità del pregiudizio è condizione connaturale al reclamo di cui all'art. 69, comma 6, ord. penit. in ragione della correlazione con la tipologia di tutela (art. 35-*bis*, comma 3) non è presupposto necessario quando il reclamo è volto ad ottenere quegli "effetti compensativi", che "garantiscano una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU risultanti dal sovraffollamento"»[108].

[107] Corte Cass., sent. n. 46967 del 16 luglio 2015.

[108] Corte Cass., sent. n. 46966 del 16 luglio 2015.

Sulle criticità connesse al requisito dell'"attualità" in relazione al rimedio compensativo, v. F. Fiorentin, *Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello*, in *Guida dir*., 30, 2014, 20 ss.

Dubbi interpretativi sono stati risolti dalla giurisprudenza di legittimità anche in riferimento alla decorrenza del termine di prescrizione per le situazioni in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione EDU verificatesi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014. Sul punto la recente sentenza n. 3775 del 26 gennaio 2018 ha specificato che «il diritto ad una somma di danaro pari a 8 euro per ciascuna giornata di detenzione in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, previsto dall'art. 35-*ter*, terzo comma, ord. pen., si prescrive in dieci anni che decorrono dal compimento di ciascun giorno di detenzione nelle su indicate condizioni. Coloro che abbiano cessato di espiare la pena detentiva prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, se non sono incorsi nelle decadenze previste dall'art. 2, d.l. 92/2014 convertito in l. 117/2014 hanno anch'essi diritto all'indennizzo *ex* art. 35-*ter*, terzo comma, ord. pen., il cui termine di prescrizione in questo caso non opera prima del 28 giugno 2014, data di entrata in vigore del decreto legge». Il Giudice di legittimità, pur riconoscendo che il d.l. 92 del 2014 non ha introdotto un diritto soggettivo prima inesistente, ha specificato che solo con l'art. 35-*ter* o.p. si è definitivamente posto rimedio ad un vuoto di tutela dovuto all'assenza di uno strumento accessibile ed effettivo. Una diversa interpretazione, afferma la Suprema Corte, «restringerebbe in maniera irragionevole l'ambito di operatività del rimedio introdotto». Sulla decisione, v. C. Cataneo, *Le Sezioni Unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35*-ter, *comma 3, ord. pen. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, in *Dir. pen cont*., 6, 2018.

Circa l'esistenza di una risarcibilità del danno derivante da inumana detenzione anche prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014, è stato osservato che «la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 Cedu costituiva un dan-

Pur agendo su profili estremamente eterogenei, i ripetuti interventi delle Corti nazionali ben mostrano come l'enunciato dell'art. 35-*ter* o.p. non sia privo di difficoltà interpretative, in larga parte dovute alla formulazione della disposizione introdotta tramite decretazione d'urgenza per rispondere celermente ai *dicta* dei giudici di Strasburgo[109]. L'ingresso del nuovo strumento nella normativa penitenziaria, invero, avrebbe meritato ben maggiore ponderatezza da parte delle forze parlamentari sì da evitare una difformità ermeneutica che, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, contraddice il principio di uguaglianza nonché l'esigenza di un tempestivo ottenimento della compensazione volta a riparare a condizioni detentive contrarie al senso di umanità.

Ulteriore criticità attiene alla monetizzazione del pregiudizio, unica alternativa prevista dal legislatore quando non possa procedersi a uno sconto di pena. Di là dai problemi relativi alla competenza attribuita al magistrato di sorveglianza in ordine all'erogazione della somma[110], in precedenti occasioni si è avuto modo

no ingiusto risarcibile *ex* art. 2043 c.c. Ciò si desume dal fatto che l'art. 3 Cedu è divenuto un "diritto" rilevante nel nostro ordinamento a far data dalla l. 848/1955, che ha ratificato e reso esecutiva in Italia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, op. cit.).

[109] Sulle problematiche connesse all'abuso della decretazione d'urgenza, soprattutto in materia di garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale, v. *supra*, cap. 1, par. 4.1.

[110] Secondo quanto specificato dalla prima sezione penale della Corte di Cassazione nella sentenza n. 4772 del 30 gennaio 2013, la competenza spetterebbe agli organi della giurisdizione civile. Dello stesso avviso anche 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 una puntuale analisi riguardo alle problematiche connesse alla competenza nell'erogazione della somma prevista dall'art. 35-*ter* o.p., anche in riferimento alla giurisprudenza di legittimità e di merito, cfr. 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*., 6, 2013, 2264 ss.; F. Viganò, *Alla ricerca di una rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2013 il quale afferma che «in difetto di specifiche normative derogatorie – il giudice generale dei

di osservare come la scelta monetaria ponga alcune perplessità soprattutto in ordine alla non attribuzione al giudice del potere di modulare il *quantum* della somma in relazione alla specificità della violazione subita[111], con conseguente impossibilità di tener conto della gravità e intensità del pregiudizio nonché delle condizioni soggettive del ricorrente[112].

In altri termini, la quantificazione fissa e invariabile del danno – privando l'organo giudicante del potere discrezionale – esclude una quantificazione basata sulle specificità di ciascun periodo detentivo così attribuendo un "prezzo fisso" alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione che contraddice *ab origine*, secondo autorevole dottrina, la natura del bene supremo della dignità umana violata[113].

diritti: il giudice, cioè, cui è naturalmente affidata la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, primi fra tutti quelli riconosciuti dalla CEDU e dalla stessa Costituzione». In argomento anche C.L. Volino, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2013, 11.

[111] Perplessità già espressa in S. Talini, *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, op. cit., 453-455. Sul punto v. F. Fiorentin, *Così la misura fissa "lega le mani" al giudice*, in *Guida dir.*, 2014, 29 ss.

[112] La stessa Corte di Cassazione ha ribadito che la compensazione 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 (Corte Cass., sent. n. 5243 del 2014).

[113] In questo senso è stato recentemente affermato che la giurisprudenza di Strasburgo «si astiene dall'indicare al Governo responsabile della violazione la sola via ragionevole per rimediare, che consiste innanzitutto nella cessazione immediata del trattamento inumano, fosse anche per la via della scarcerazione di un detenuto. La Corte – è il caso delle violazioni automaticamente dichiarate per il solo fatto del sovraffollamento carcerario – se ne astiene e si limita a stabilire un indennizzo economico, come se si trattasse sì di un diritto, ma di un diritto qualunque. Non di un diritto appartenente al cuore di quel patrimonio della dignità della persona che la Comunità internazionale ha assunto l'onere di difendere superando la sovranità degli Stati, con lo straordinario strumento dell'intervento giudiziario esterno» (V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali*, op. cit.).

Ampiamente e di recente sul rimedio di cui all'art. 35-*ter* o.p., L. Degl'Innocenti, F. Faldi, *Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35*-ter *ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Torino, 2017. Si vedano altresì, tra i molti, i due contributi di G. Giostra, *Un pregiudizio grave e attuale?*, op. cit. e *Il rimedio compensativo della riduzione della pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit., 121 ss.; F. Fiorentin, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, 1185 ss. e, dello stesso Autore, *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane e degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Mursic (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento*,

Pur con le criticità sinora richiamate, alle novelle introdotte nel biennio 2013-2014, lo si è anticipato, deve riconoscersi il merito di aver agito concretamente sul sistema delle tutele, conducendo all'emersione di una giustiziabilità dei diritti nel corso dell'esecuzione penale. La richiamata vicenda del regime detentivo speciale dimostra tuttavia come, anche riguardo alle garanzie giurisdizionali, i processi di affioramento – se non sorretti da una rinnovata coscienza costituzionale – possono subire una pericolosa involuzione sommersiva[114].

A dimostrarlo anche la previsione contenuta nell'ultima delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario[115]. Al comma 85 dell'art. 1, contenente principi e criteri direttivi, viene prescritta 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, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione» (lett. a).

A fronte di un testo connotato da estrema genericità e vaghezza[116], il Parlamento inserisce un'indicazione puntale proprio in riferimento alla necessità di contrarre le garanzie del contraddittorio prevedendone il differimento o – addirittura – l'eventualità; criteri fortunatamente non esercitati in questa direzione nei recenti decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario[117].

in *Arch. pen*., 2, 2017, 724 ss. Un ampio esame critico della disciplina, soprattutto in riferimento al mancato collegamento con gli altri istituti previsti dall'ordinamento, è contenuto in M. Deganello, *I rimedi risarcitori*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, op. cit., 275 ss.

[114] *Supra*, cap. 4, par. 2.

[115] Più volte richiamata legge di delega n. 103 del 2017 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario").

[116] Sul punto, v. *supra*, cap. 2, par. 2.4.1.

[117] Il d.lgs. n. 123 del 2018 introducendo il nuovo comma 3.2 dell'articolo 678, rafforza la possibilità per i detenuti di partecipare alle udienze, tanto che l'avviso di fissazione dovrà contenere espressamente, a pena di nullità, l'avvertimento relativo alla facoltà di partecipazione; viceversa, questa avviene a distanza – mediante il collegamento audiovisivo – quando il detenuto ne fa richiesta ovvero nel caso di detenzione o internamento in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice.

Come anticipato, tra le modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione, il delegato inserisce altresì il comma 1-*ter* all'art. 678 c.p.p. ai sensi del quale: «Quando la pena da espiare non è superiore a un anno e sei mesi, per la decisione sulle

Tuttavia, in un'analisi attenta al rapporto tra Legislatore e Corti nell'evoluzione della normativa, l'inserimento del citato principio rappresenta un pericoloso campanello d'allarme circa la possibilità di repentini *dietrofront* riguardo alla massima espansione dei principi costituzionali espressi negli articoli 24 e 111 Cost. In altri termini, il differimento e l'eventualità del contraddittorio, in un ambiente «in cui il dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà»[118], avrebbe svuotato il sistema delle tutele di un connotato fisiologicamente connesso alla sua effettività: la conoscenza della persona.

Dunque, se con l'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p. la garanzia giurisdizionale ha trovato espressione ordinamentale modellandosi sulle articolate forme del procedimento di sorveglianza, quattro anni più tardi il legislatore muove secondo un'opposta "logica sommersiva", prescrivendo l'adozione di forme processuali contratte che riducono il principio di immediatezza della tutela, impedendo (o limitando) la possibilità del giudice di fondare il proprio convincimento su un confronto con il detenuto indubbiamente significativo nell'assunzione di una decisione direttamente incidente sulla sua sfera di libertà.

È un'inversione di tendenza che – nuovamente – mostra le difficoltà di porre a riparo i diritti da pericolose involuzioni normative, sino al punto di contraddire affermazioni pluridecennali della giurisprudenza costituzionale che, già negli anni '70, aveva individuato l'essenza del combinato disposto degli artt. 24 e 111, Cost. nella duplice veste di metodo di formazione della decisione e garanzia individuale: «il diritto di difesa (…) è in primo luogo garanzia di

istanze di cui all'articolo 656, comma 5, il presidente del tribunale di sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designa il magistrato relatore e fissa un termine entro il quale questi, con ordinanza adottata senza formalità, può applicare in via provvisoria una delle misure menzionate nell'articolo 656, comma 5. L'ordinanza di applicazione provvisoria della misura è comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato e al difensore, i quali possono proporre opposizione al tribunale di sorveglianza entro il termine di dieci giorni. Il tribunale di sorveglianza, decorso il termine per l'opposizione, conferma senza formalità la decisione del magistrato. Quando non è stata emessa o confermata l'ordinanza provvisoria, o è stata proposta opposizione, il tribunale di sorveglianza procede a norma del comma 1. Durante il termine per l'opposizione e fino alla decisione sulla stessa, l'esecuzione dell'ordinanza è sospesa».

[118] Corte cost., sent. n. 26 del 1999 (*supra*, cap. 4, par. 1).

contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale»[119], rappresentando (il contraddittorio), «la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale»[120].

4. *Brevi riflessioni di sistema*

«Uno degli aspetti (…) fondamentali nella società moderna è che l'uomo tende a dormire, a divertirsi e a lavorare in luoghi diversi, con compagni diversi, sotto diverse autorità o senza alcun schema razionale di carattere globale. Caratteristica principale delle istituzioni totali può essere ritenuta la rottura delle barriere che abitualmente separano queste tre sfere (…). Primo, tutti gli aspetti della vita si svolgono nello stesso luogo e sotto la stessa, unica autorità. Secondo, ogni fase delle attività giornaliere si svolge a stretto contatto di un enorme gruppo di persone, trattate tutte allo stesso modo e tutte obbligate a fare le medesime cose. Terzo, le diverse fasi delle attività giornaliere sono rigorosamente schedate secondo un ritmo prestabilito che le porta dall'una all'altra, essendo il complesso di attività imposto dall'alto da un sistema di regole formali esplicite e da un corpo di addetti alla loro esecuzione. Per ultimo, le varie attività sono organizzate secondo un unico piano razionale, appositamente designato al fine di adempiere allo scopo ufficiale dell'istituzione»[121].

* * *

È nell'essenza della sanzione detentiva produrre quella sospensione di vita e libertà decisionale così realisticamente descritta da Eric Goffman all'inizio degli anni '60. Dalla volontà di ridurre «l'irreggimentazione del corpo e delle menti»[122] conseguente alla

[119] Corte cost., sent. n. 99 del 1975.

[120] Corte cost., sent. n. 125 del 1979.

[121] E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), tr. it. di Franca Basaglia, Torino, 2001, 35.

[122] In questi termini M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, op. cit., 252 ss.

Più recentemente, riguardo alle istituzioni totali, si è parlato di naturale vocazione «alla degradazione della persona» nonché di inevitabile tendenza a preservare l'ordina-

carcerazione, deriva la scelta dei Costituenti di modellare il sistema di esecuzione penale unicamente sui principi di umanità e finalismo rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.), con una conseguente, auspicabile, marginalizzazione del ricorso alla pena detentiva, la quale, al pari delle altre sanzioni, deve comunque tendere al reinserimento del condannato nel consesso sociale. I principi costituzionali prima – e la riforma penitenziaria poi – avrebbero cioè imposto un profondo mutamento della fisionomia del sistema sanzionatorio (e di esecuzione), attraverso ciò che autorevole dottrina ha definito il «progetto di rifondazione della legalità penale»[123], che vede nelle sanzioni penali uno «strumento costoso, utilizzabile solo come *extrema ratio* e finalizzato alla minimizzazione della violenza dei delitti come delle pene e alla tutela dei beni e dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti»[124].

La realtà che oggi si presenta allo sguardo dell'interprete è tuttavia molto differente: sovraffollamento, detenzione sociale, interventi emergenziali, degradazione dei diritti, sono solo alcuni dei profili emersi nel corso della trattazione quali fattori sintomatici di una metamorfosi ordinamentale in larga parte incompiuta e ideologicamente tradita.

Il mancato consolidarsi di un'inversione del paradigma sanzionatorio nella direzione indicata come possibile dai Costituenti attraverso la complessa architettura costituzionale a tutela della persona ristretta[125], risulta tanto più allarmante nell'attuale mo-

rio funzionamento «contro l'espressione dei bisogni umani di chi vi venga costretto» (S. Anastasia, *Un'età dei diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Arch. pen*., 2, 2014, 487). Ancora sugli effetti desocializzanti del carcere è stato affermato nell'ambito della dottrina penalistica che «la grande contraddizione che contraddistingue il carcere è la sua sostanziale tensione, se non addirittura incompatibilità, con la funzione rieducativa/risocializzante della pena, e ciò per la semplice ragione che il carcere produce come primo inevitabile effetto quello della desocializzazione (…) con la conseguenza che una pena che genera desocializzazione non potrà mai essere in grado di generare risocializzazione» (R. Bartoli, *Il carcere come* extrema ratio*: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont*., 4, 2016, 8).

[123] L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 377.

[124] A fondamento del programma riformatore «una drastica depenalizzazione e a una radicale decarcerazione», così restituendo al sistema penale la «sua funzione di difesa delle offese più gravi» ai diritti (*Ibidem*).

[125] *Supra*, cap. 1, par. 3.3.

mento storico-politico in cui l'opinione pubblica, sospinta da forze parlamentari sempre più inclini a una visione neo-retributiva del sistema penale, identifica la certezza della pena[126] nella certezza del carcere, muovendosi in una direzione antitetica rispetto alla strada costituzionalmente tracciata delle sanzioni *extra moenia* e del "diritto penale minimo"[127].

Le criticità dell'assetto sanzionatorio non si esauriscono, dunque, nella profonda discrasia *de facto* tra principi costituzionali e sistema esecutivo in concreto, investendo – più ampiamente – la questione relativa al progressivo consolidarsi di una cultura anticostituzionale anche nei rapporti tra gli attori chiamati a rendere effettivo il cambiamento. La sempre maggiore tendenza a condurre l'azione politica oltre i confini della Costituzione ingenera cioè un pericoloso rapporto oppositivo tra Legislatore e giudici, cui corrisponde – come contro riflesso – un divario progressivamente più accentuato tra agire politico e scelte operate *secundum Constitutionem* dalla giurisprudenza.

Da questa distanza derivano le interazioni anomale di cui sono espressione i diversi processi evolutivi e involutivi analizzati nel presente volume, su cui si impone un'ultima riflessione di sistema che discende – in parte – dalle considerazioni già espresse in ordine ai pericoli celati dietro affioramenti normativi non sospinti da una rinnovata coscienza costituzionale nei termini di una pericolosa semi-sommersione della loro effettività.

Il negligente disinteresse con cui le maggioranze parlamentari consentono il decennale permanere di moniti inascoltati, oltre ad alimentare forti contrasti tra le Corti nazionali[128], rischia di ridur-

[126] È l'espressione utilizzata all'interno del più volte richiamato "Contratto per il Governo del cambiamento" stipulato da Lega e Movimento cinque stelle in riferimento alle proposte in materia penale (22).

Sul recente ritorno a visioni fortemente retributive del sistema penale e di esecuzione *supra*, cap. 2, par. 2.4.1.

[127] Nuovamente L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione.*, op. cit., 156.

Lo stesso Autore ha recentemente messo in luce i preoccupanti effetti del populismo sulla democrazia in *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 30 luglio 2018. In particolare, sul populismo penale, v. ampiamente S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

[128] Si pensi al contrasto tra la giurisprudenza costituzionale e di legittimità in tema di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere (*supra*, cap. 2, par. 3) o, ancora,

re le decisioni non manipolative dei giudici costituzionali a meri suggerimenti privi di ogni efficacia. Al pari dalla posizione assunta dalle autorità amministrative nei confronti delle pronunce adottate dalla Magistratura di sorveglianza, il rischio è il progressivo consolidarsi di un pericoloso paradosso di sistema: gli effetti delle sentenze monitorie (o delle additive di principio) permangono, come i diritti su cui insistono, nel limbo dell'effettività sommersa. A fronte di una perdurante inerzia parlamentare il loro processo di affioramento è unicamente condizionato da futuri, ed eventuali, decisioni della Corte di Strasburgo che, intervenendo sul medesimo tema, ne impongono indirettamente l'emersione a livello legislativo con le criticità più volte descritte[129].

È un paradosso istituzionale che, evidentemente, va ben al di là dell'oggetto della presente trattazione, imponendo una profonda riflessione sulle interazioni tra Giudice delle leggi e scelte parlamentari. In altri termini, la necessità di una capillare diffusione di una cultura costituzionale non investe unicamente il tema della pena, spingendosi sino al rapporto di reciprocità collaborativa che deve intercorrere tra tutti le istituzioni della Repubblica secondo l'osmotico equilibrio tracciato dai Costituenti a garanzia dei principi costituzionali e teso alla rimozione di quegli ostacoli «che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, secondo comma, Cost.).

Muovere nella direzione di un corretto bilanciamento tra sicurezza e diritti in materia di esecuzione penale – nonché di un celere intervento del legislatore nella direzione indicata dalla giurisprudenza costituzionale – appare, dunque, quale unica via percorribile non solo al fine di evitare gravose condanne da parte dei giudici sovranazionali quanto, soprattutto, per restituire all'assetto istituzionale quella fisionomia conforme a Costituzione ormai da anni sommersa.

al conflitto tra giudici di merito e Corte di Cassazione in materia di competenza sulle controversie nascenti da lavoro penitenziario (*supra*, cap. 3, par. 2.2).

[129] È quanto dimostrano le vicende relative all'emersione del diritto a uno spazio conforme a dignità (*supra*, cap. 2, par. 2.4), a non subire tortura (*supra*, cap. 3, par. 4.2) e, da ultimo, all'effettività dei diritti. Si veda anche quanto osservato sul punto in relazione al (presunto) futuro processo emersivo dell'intimità-sessualità intramuraria (*supra*, cap. 3, par. 5.2).

Aa.Vv., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito. Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017.

Aa.Vv., *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. penit. crim*., 1, 2013.

Aertsen I., *Restorative Justice in a European Perspective,* Leuven, 1999.

Agnoletto V., Guadagnucci L., *L'eclissi della democrazia. Le verità nascoste sul G8 2001 a Genova*, Milano, 2011.

Ainis M., *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1, Milano, 1999.

Albano A., Picozzi F., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen*., 7-8, 2014.

Albano A., Picozzi F., *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza Murši* , in *Cass. pen.*, 7-8, 2017.

Albano A., *Prime osservazioni sulla sentenza 20 ottobre 2016 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in Muršić c. Croazia: un caso icastico*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2015.

Albano C., *La famiglia del detenuto come vittima*, in *Riv. serv. soc*., 4, 1985.

Almerighi P., *L'effettività della risposta penale*, in *Giust. pen*., 1, 1995.

Amato G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

Amato G., *La libertà personale*, in Barile P. (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967.

Amerio L., *41*bis *e permessi di necessità: il "carcere duro" non può impedire al detenuto di essere presente alla nascita del figlio*, in *Giur. pen.*, 11, 2017.

Amerio L., Manca V., *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità* ex *art. 30 O.P. sulla sfera affettiva*

del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, in *Giur. pen.*, 4, 2018.

Amodio E., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen*., 1, 2014.

Amorosi M. C., *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2017.

Anastasia S., Anselmi M., Falcinelli D., *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

Anastasia S., Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, 2018.

Anastasia S., Corleone F., Zevi L. (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, 2011.

Anastasia S., Gonnella P., *Patrie Galere. Viaggio nell'Italia dietro le sbarre*, Roma, 2005.

Anastasia S., Palma M. (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, 2001, Roma.

Anastasia S., *Un'età dei diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Arch. pen*., 2, 2014.

Andolfatto E., *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 *Dir. pen. cont*., 5, 2017.

Angiolini V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992.

Aprile E., *La presunzione assoluta di pericolosità non opera neppure per l'indagato per concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Cass. pen*., 3, 2015.

Arasi S., *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, in *Proc. pen. e giust*., 1, 2014.

Arbia S., *Lavoro carcerario, specialità del trattamento e diritti del detenuto*, in *Il diritto del lavoro*, 2, 1989.

Ardita S., *Il regime detentivo speciale 41* bis, Roma, 2007.

Arendt H., *Le Origini del Totalitarismo* (1951), tr. it. di Guadagnin A., Milano, 1996.

Armone G., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 4, 2011.

Ascheri M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007.

ASTONE F., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Saveria Mannelli, 2009.

BAILO F., *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Introduzione alla Costituzione*, Roma-Bari, 1987.

BALDELLI A., BOUCHARD M., *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino, 2003.

BALIO F., *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012.

BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in ANASTASIA S., PALMA M. (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Roma, 2001.

BARBERA A., *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, 1975.

BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

BARBERA M., *Lavoro carcerario*, in *Dig. comm.*, VIII, Torino, 1992.

BARGIACCHI C., *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, in *L'Altro Diritto*, 2002.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

BARONE L., FIDELBO G., *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35*-ter *ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, rel. n. III/01/2015, in *cortedicassazione.it.*

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

BARTOLE S., *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999.

BARTOLE S., *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008.

BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 5, 2015.

BARTOLI R., *Il carcere come* extrema ratio*: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2016.

BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 1, 2016.

BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2014.

Basco P., Del Citerna L., Cristiano V., *Oltre la violenza. La terapia della parola dietro le sbarre*, Roma, 2006.

Basile T., Fassone T., Tuccillo T., *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla l. 663/1986*, Napoli, 1987.

Bassi F., *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pub.*, III, Torino, 1989.

Battista D., *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 2005.

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* (1764), rist. in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1986.

Bellantoni G., *Il trattamento dei condannati*, in Corso P. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013.

Bellomia S., voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.

Bene T. (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 2015.

Bentham J., *Panopticon*, 1787.

Bentham J., *Théorie de peines et de recompense*, Oeuvres, 2, prima parte, 1829.

Bergonzini C., sub *art. 30*, in Bartole S., Bin R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

Bernardi A., Pastore B., Pugiotto A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008.

Bernardi E., *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali alla persona*, in *Rass. ita. dir. proc. pen.*, 1983.

Bernasconi A., sub *art. 11*, in Della Casa F., Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

Bernasconi A., *La sicurezza penitenziaria. Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Milano, 1991.

Bertagna G., Ceretti A., Mazzucato C. (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015.

Bettiol G., *Diritto penale*, Padova, 1976.

Bettiol G., *Il mito della rieducazione*, in Aa.Vv., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.

Bettiol G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951.

Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989.

Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.

Bignami M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015.

BILANCIA F., *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in GIANNELLI A., PATERNÒ M. P. (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia,* Roma, 2004.

BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001.

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

BOBBIO N., *L'età dei diritti* (1990), Torino, rist. 1997.

BOLDI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti: un problema di effettività*, in *federalismi.it*, 6, 2013, 20 marzo 2013.

BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1, 2018, 23 aprile 2018.

BONOMI A., *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018.

BONOMI A., *Trattamento penitenziario (Persona e)*, in *Enc. bioet. sc. giur.*, XII, Napoli, 2017.

BORRELLI P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2015.

BORTOLATO M., sub *art. 35-bis o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

BORTOLATO M., *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2, 2014.

BORTOLATO M., *Le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010.

BORTOLATO M., *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Quest. giust.*, 5, 2009.

BOSWORTH M., *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna*, Napoli, 2016.

BRAY C., *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 11, 2017.

BRESCI L., *I riflessi delle novità introdotte dalla* ex *Cirielli in materia di esecuzione penale*, in *L'altro Diritto*, 2006.

BRICOLA F., *Il carcere riformato*, Bologna, 1977.

BRICOLA F., *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975.

Bricola F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen*., 1969.

Bronzo P., *Convertito il decreto sul "superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Cass. pen.*, 6, 2014.

Brunetti C., *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2008.

Brunetti C., *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/05 (c.d. ex Cirielli) in materia di esecuzione penale e diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2006.

Bruno F., Ferracuti F., *Prospettive su droga e criminalità*, in *Ann. it. sup. sanità*, 18, Roma, 1982.

Buffa P., *La prevenzione del suicidio in carcere. Alcune riflessioni sullo stato dell'arte dei Programmi operativi regionali*, in *Rass. penit. crim*., 1, 2015.

Buffa P., *Tortura e detenzione: alcune considerazioni in tema di abusi, maltrattamenti e violenze in ambito detentivo*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2017.

Buffa P., *Scostare il velo e affrontare la realtà: alcune riflessioni per migliorare la prevenzione del suicidio in carcere* in *Rass. penit. crim.*, 3, 2015.

Buffa P., *La profezia penitenziaria: se il carcere diventa un laboratorio sociale*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2011.

Buscemi L., *La tortura fisica e psichica è indegna di un paese civile*, in *ristretti.it*, novembre 2009.

Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2004.

Calamandrei P., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente* (1945), rist. Montepulciano, 2004.

Calamandrei P., *Cenni introduttivi sulla Costituzione*, in Calamandrei P., Levi F. (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950.

Calamandrei P., *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, in *Il Ponte*, 1949.

Calamandrei P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 11, Padova, 1936.

Calderone M. R., *L'articolo 41* bis *Ord. pen. e altri regimi particolari di detenzione*, in *L'Altro Diritto*, 2005.

Campelli E., Faccioli F., Giordano V., Pitch T., *Donne in carcere*, Milano, 1992.

Cancellaro F., *Pubblicate le Osservazioni del Comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Dir. pen. cont*., 1, 2018.

Cancellaro F., *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre*

prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017.

Cancellaro F., *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2016.

Canevelli P., *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 2000.

Cantone C., *La funzione delle buone prassi in un sistema penitenziario moderno*, in Ruotolo M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014.

Capograssi G., *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in Id., *Opere*, Milano, 1959.

Cappelli I., *L'altro carcere*, in *Quest. giust.*, 2, 2015.

Cappelli I., *Il carcere speciale* in *Il carcere dopo le riforme. Atti del convegno di Magistratura Democratica "La realtà del carcere a due anni dalla riforma"*, Milano, 1978.

Caprioli F., Vicoli D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.

Caputo A., *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 3, 1999.

Caputo G., *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015.

Caraceni L., Cesari C., sub *Art. 4*-bis, in Della Casa F., Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

Caravita B., *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

Cardia C., *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005.

Caredda M., *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in Ruotolo M., Talini S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

Caredda M., *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in *Giur. cost.*, 1, 2017.

Caretti P., *I diritti fondamentali*, Torino, 2010.

Caretti P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008.

Carlassare L., voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2008.

Carlassare L., *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985.

Carletti E., *Carcerati e carcerieri: tutti carcerati in fondo*, in Bricola F., *Il carcere riformato*, Bologna, 1977.
Carnelutti F., *La pena di morte nel diritto pubblico*, 7, 1939.
Carnevale A., Di Tillio A., *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Milano, 2006.
Carnevale P., *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa"*, in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.
Carnevale S., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in Giuliani L. (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.
Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871.
Cartabia M., *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in Torchia L. (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016.
Cartabia M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost*., 2007.
Cascini F., *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rass. penit. crim*., 1, 2013.
Casini C., Casini M., Di Pietro M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004.
Cassese A., *Come punire quelle torture*, in *La Repubblica*, 20 marzo 2008.
Cassese A., *I diritti umani oggi*, Roma, 2005.
Cassese A., Gaeta P., Jones J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002.
Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994.
Castaldo M. C., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001.
Catalani A., *Circolari amministrative ed interpretazioni della legge statale*, in *Rass. parl.*, 2, 2001.
Catalano E. M., *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 Ue e nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4, 2014.
Cataldi G., *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008.
Cataneo C., *Le Sezioni Unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35*-ter, *comma 3, ord. pen. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, in *Dir. pen cont*., 6, 2018.
Cattaneo M. A., *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978.
Cavalla F., *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della filosofia sociale*, Padova, 1979.

CAVALLA F., *La pena come riparazione: oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in ZANUSI F., FUSELLI S. (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Milano, 2004.

CECANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 2005.

CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017.

CELOTTO A., *Uso e abuso della conversione in legge*, in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.

CELOTTO A., "*Limite di sagoma" e "limite di volumetria" nelle ristrutturazioni? Sulle paradossali conseguenze dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Giur. it.*, 2009.

CELOTTO A., *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009.

CELOTTO A., voce *Decreto-legge* (post. agg.), in *Enc. giur.*, 2001.

CERAUDO F., *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in SOFRI A., CERAUDO F., *Ferri battuti*, Pisa, 1999.

CERETTI A., *Mediazione*, in GIOSTRA G. (a cura di), *Il processo penale dei minori. Quale riforma per la giustizia?*, Milano, 2005.

CERETTI P., G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017.

CESARI C., *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il* probation *processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 4, 2014.

CESARIS L., sub *art. 14-ter o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

CESARIS L., *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010.

CESARIS L., *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41*-bis *comma 2 ord. penit. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998.

CHERCHI R., *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012.

CHIAVARIO M., *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 4 aprile 2012.

CHINNI D., *Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale*, in RUOTOLO M., TALINI S., (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

CHINNI D., *La limitata emendabilità della legge di conversione del decre-*

to-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale, in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.

Chinni D., *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014.

Chiocchi A., *La pena impietosa. Luoghi, tempi e culture del carcere*, in *Quaderni di società e conflitto*, 12, 1997.

Ciappi S., Colucci A., *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997.

Ciaurro G. F., voce *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.

Ciccotti F., Pittau R., *Il lavoro in carcere – aspetti giuridici e operativi*, Milano, 1987.

Ciccotti R., F. Pittau, *Problematica del lavoro e della previdenza in carcere*, in *Lav. e prev. oggi*, 2, 1984.

Clemmer D., *The Prison Community*, Boston, 1941.

Colapietro C., *La condizione dei carcerati*, in *Dir. e soc.*, 3, 2006.

Colella A., *Il nuovo delitto di tortura*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2018.

Colella A., *La sentenza della Cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013.

Colella A., *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012.

Colella A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, numero unico, 2011.

Colella A., *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. ita. dir. e proc. pen.*, 2009.

Colombo G., *Il perdono responsabile. Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Milano, 2011.

Consulich F., *Ordinamento penitenziario, L. 31 luglio 2006 n. 241, Concessione di indulto*, in Palazzo F. C., Paliero C. E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, seconda ed., 2006.

Conti C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it.*, *Gli Speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale*, 2015.

CONTI C., *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 46, 1, 2006.

COPPETTA M. G., sub *art.* 35, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

CORDERO F., *Criminalità. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986.

CORLEONE F., PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012.

CORLEONE F., PUGIOTTO A., *Quando il delitto è la pena*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012.

CORSO P., *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011.

CORSO P., *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

CORVI P., *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 4, 2013.

CORVI P., *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, 2010.

COTTURRI G., RAMAT M. (a cura di), *Quali garanzie*, Bari, 1983.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, 2, Padova, 1984.

CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto costituzionale*, 1, Padova, 1970.

CRISAFULLI V., *Manuale dei diritti del cittadino*, 2, Roma 1950.

D'AGNOLO M., *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in SCALFATI A. (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004.

D'AGOSTINO F., *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982.

D'ALOIA A., ROMANO A., *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione*, in AA.VV., *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011.

D'ALTERIO E., *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013

D'AMICO M., sub *art. 27*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

D'ARCANGELO V. F., *Le misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015 n. 47)*, in *Il penalista*, Bologna, 2015.

D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma – Palazzo della Consulta*, 6 novembre 2009, Roma, 2010.

Daniele M., *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

De Filippi C., Bosi D., *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001.

De Lillo J., *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti – (artt. 2-127 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015.

De Lungo D., *L'efficacia normativa delle deleghe inattuate*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, marzo.

De Pascalis M., *Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1996.

De Rienzo N., *Il regime sospensivo previsto dall'art. 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in Presutti A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

De Vito C. G., *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009.

Deganello M., *I rimedi risarcitori*, in Caprioli F., Scomparin L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

Degl'Innocenti L., Faldi F., *Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35*-ter *ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Torino, 2017.

Degl'innocenti L., Faldi F., *Misure alternative e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010.

Del Vecchio I., *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*, in Ruotolo M., Talini S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

Dell'Andro R., *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963.

Della Bella A., *La Corte costituzionale si pronuncia nuovamente sull'art. 35* ter *o.p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017.

Della Bella A., *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017.

Della Bella A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

Della Bella A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014.

DELLA BELLA A., *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

DELLA BELLA A., *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013.

DELLA BELLA A., *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2013.

DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2013.

DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41* bis*: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012.

DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41*-bis *ord. penit.*, in CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA G. L. (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica, le riforme del 2009*, Torino, 2009.

DELLA BELLA A., VIGANÒ F., *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014.

DELLA BELLA A., VIGANÒ F., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014.

DELLA CASA F., *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2018.

DELLA CASA F., *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

DELLA CASA F., *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. cost.*, 3, 2013.

DELLA CASA F., *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 6, 2013.

DELLA CASA F., *Approvata la legge c.d. svuota carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. proc. pen.*, 2011.

DELLA CASA F., *Interpretabile secundum Costitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010.

Della Casa F., *Un significativo salto di qualità in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur. cost*., 2006.

Della Casa F., *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 2001.

Della Casa F., *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998.

Della Casa F., *La magistratura di sorveglianza: organizzazione, competenze, procedure*, Torino, 1994.

Della Morte G., *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. inter.*, 2013.

Della Torre J., *I dubbi sulla legittimità costituzionale del* probation *processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont*., 11 febbraio 2016.

Di Blase A. (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014.

Di Genio G., *Sulla irrilevanza normativa delle circolari amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2009.

Di Martino A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei centri*, in *Dir. imm. citt*., 1, 2014.

Di Martino A., *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Dir. pen. cont*., 11 maggio 2012.

Di Nuovo S., Grasso G., *Diritto e procedura penale minorile, profili giuridici, psicologici o sociali*, Milano, 2005.

Di Perna A., *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. inter.*, 3, 2009.

Di Somma E., *L'affettività in carcere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.

Dodaro G., *Rinvio della pena per sovraffollamento carcerario, come rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art 3 CEDU*, in *Quad.cost*., 2, 2013.

Dogliani M., *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 23 marzo 2012.

Dogliani M., *I diritti fondamentali*, in Fioravanti M. (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Bari, 2009.

Dolcini E., *A proposito di leggi "svuota carceri"*, in *Dir. pen. cont*., 3, 2018.

Dolcini E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017.

DOLCINI E., *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont*., 16 marzo 2016.

DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016.

DOLCINI E., *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU, e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2011.

DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C. M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo 2, in AA.VV. *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 50, 2-3, 2007.

DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006.

DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. crim*., 2-3, 2005.

DOLCINI E., *Relazione introduttiva*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del Convegno di studio Casarano-Gallipoli 2000*, Milano, 2002.

DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.

DOSSETTI G., *Costituzione e resistenza*, Roma, 1995.

ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'articolo 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost*., 1964.

ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.

ELIA L., CHIAVARIO M. (a cura di), *La libertà personale*, Torino, 1977.

EMANUELE P. P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D'ORLANDO E., MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009.

ERRA C., *Lavoro penitenziario*, in *Enc. dir*., XXIII, Milano, 1973.

ESPOSITO A., *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. penit. crim*., 15, 2012.

Esposito C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963.
Esposito C., *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione Italiana*, Padova, 1954.
Esposito M., *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Milano, 2007.
Eusebi L., *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. eu. Dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 12, 2009.
Eusebi L., *La pena in crisi. II recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1991.
Eusebi L. (a cura di), *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.
Eusebi L., *La nuova retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
Falzone V., Palermo F., Cosentino F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976.
Famiglietti G., *Filiazione e procreazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno del Gruppo di Pisa di Catania 7-8 giungo 2013*, Napoli, 2013.
Farinelli E., *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 1, 2013.
Fassone E., *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, in Grevi V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.
Fassone E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980.
Fazzioli E., *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999.
Ferrajoli L., *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 30 luglio 2018.
Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2009.
Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007.
Ferrajoli L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1992.
Ferrara G., *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2005.
Ferreres Comella V., *Una defesa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 2011.
Ferrero B., De Santis C., *Procedimenti e provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza*, Padova, 1995.
Ferri E., *La sociologia criminale*, Torino, 1878.

FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.
FIANDACA G., E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
FIANDACA G., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale della legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2001.
FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27 – 28*, Bologna-Roma, 1991.
FIANDACA G., *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1, 1990.
FIANDACA G., *Principi di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale – "prima lettura" della sentenza n. 364 del 88*, in *Foro it.*, 1, 1988.
FILIPPETTA G., *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost*., in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.
FILIPPI L., SPANGHER G., *Diritto penitenziario*, Milano, 2000.
FIORAVANTI C., *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost*., 2004.
FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2006.
FIORELLI G., *Reclamo e risarcibilità da danno penitenziario: un brusco dietro front*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 3, 2012.
FIORENTIN F., *Riforma penitenziaria. Nuove regole nei tribunali di sorveglianza*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 2018.
FIORENTIN F., *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen, cont*., 3, 2018.
FIORENTIN F., *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, in *Cass. pen*., 3, 2017.
FIORENTIN F., *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane e degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Mursic (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento*, in *Arch. pen*., 2, 2017.
FIORENTIN F., *Il vaso di Pandora scoperchiato: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Mursic c. Croazia*, in *Arch. pen.*, 3, 2015.
FIORENTIN F., sub *art. 30 o.p*., in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

FIORENTIN F., *Così la misura fissa "lega le mani" al giudice*, in *Guida dir.*, 2014.

FIORENTIN F., *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4* bis *ord.penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

FIORENTIN F., *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa,* in *Guida dir.*, 22, 2014.

FIORENTIN F., *Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello*, in *Giuda dir.*, 30, 2014.

FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013.

FIORENTIN F., *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2013.

FIORENTIN F., *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.*, 2013.

FIORENTIN F., *Regime penitenziario speciale del "41*-bis*" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2013.

FIORENTIN F., *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. cost.*, 6, 2012.

FIORENTIN F., *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010.

FIORENTIN F., *L'osservazione scientifica della personalità*, in *Diritto e Diritti*, ottobre 2004.

FIORENTIN F., *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Leg. pen.*, 2004.

FIORENTIN F., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4*-bis *e 41*-bis *della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 3, 2003.

FIORILLO A., MAZZAMUTO N., *Alessandro Margara maestro della Sorveglianza*, in CORLEONE F. (a cura di), *Alessandro Margara – La giustizia e il senso di umanità*, Fiesole, 2015.

FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2, 2014.

FIORIO C., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4*-bis *e 41*-bis *ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.

FIORIO C., *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010.

FIORIO C., *La presunzione di non colpevolezza,* in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007.

FIORIO C., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex Cirielli*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.

FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in SCALFATI A. (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004.

FIORIO C., *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996.

FLICK G. M., *Per una nuova cultura della pena*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 22 settembre 2017.

FLICK G. M., *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?*, in *Rivista AIC*, 2, 2015.

FLICK G. M., *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.

FLICK G. M., *Elogio della dignità*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

FLICK G. M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2014.

FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in PINESCHI L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006.

FORTE C., *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "daspo urbano"*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017.

FORTI G., *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), tr. it. di A. Tarchetti, Torino, 1993.

FRANCO A., *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*, in *federalismi.it*., *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.

FRONTONI E., *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 30 aprile 2014.

FRONTONI E., *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*, in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.

GABOARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRAINO M. (a

cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013.

Gaeta P., *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida dir*., 11, 2012.

Galati M. L., Randazzo L., *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015.

Galgani B., *Il nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria*, in *Leg. pen*., 4, 2000.

Galli G., *Assicurazione contro gli infortuni e responsabilità dell'amministrazione penitenziaria nel lavoro carcerario*, in *Riv. giur. lav*., 1, 1998.

Galli G., *Sulla retribuzione del lavoro dei detenuti*, in *Giur. cost*., 1, 1993.

Galli G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978.

Galliani D., *L'interpretazione conforme a costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35*-ter *ord. penit. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. cont*., 3, 2017.

Galliani D., *La più politica delle pene. La pena di morte*, Perugia, 2017.

Galliani D., *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2013.

Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.

Gallo E., *La relazione dell'8 agosto 1997 sui fatti di Somalia*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997.

Gallo E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost*., 1994.

Galluccio A., *Ergastolo e preclusioni all accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. giust*., 16 luglio 2018.

Galzigna M. (a cura di), *La follia, la norma, l'archivio. Prospettive storiografiche e orientamenti archivistici*, Venezia, 1984.

Gambino S., D'Ignazio G., *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Norme e normalità. Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti*, Roma, 2018.

Gargani A., *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc*., 3, 2013.

Garofalo R., *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885.

GASPARINI CASARI V., *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, 1, Modena, 2010.

GASTALDO M. C., *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir. pen. cont.*, 7 luglio 2014.

GATTA G., *Carcere e recidiva: avviata una ricerca dal Ministero della Giustizia*, in *Dir. pen. cont*., 21 novembre 2012.

GEMMA G., *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. e soc*., 1986.

GHERA F., *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003.

GIACOBBE E., *Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam*., 2006.

GIALUZ M., *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministro della giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2012.

GIANFILIPPI F., *Tra gusci di noce e tende di cielo: un percorso per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Quest. Giust.*, 2, 2015.

GIANNINI M. S., voce *Circolare*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960.

GIANNITI P., *Il sistema CEDU nel quadro dei sistemi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015.

GIARDA A., *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

GIOFFREDI G., *Globalizzazione, nuove guerre e diritto internazionale*, Trento, 2012.

GIOGGI F., *Elementi caratterizzanti del nuovo ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976.

GIOLO O., PIFFERI M., *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino 2009.

GIOSIS L., *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium Iuris*, 19, 12, 2013.

GIOSTRA G., *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont*., 4, 2018.

GIOSTRA G., *La riforma della riforma penitenziaria*: *un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015.

GIOSTRA G., sub *art. 35*-ter, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

GIOSTRA G., *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35*-ter *ord. penit*., in *Dir. pen. cont*., 24 gennaio 2015.

GIOSTRA G., *Il rimedio compensativo della riduzione della pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, in RUOTOLO M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014.

GIOSTRA G., *L'esclusione della liberazione anticipata speciale per i condannati di cui all'art. 4*-bis, in RUOTOLO M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014.

GIOSTRA G., *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost*., 2012.

GIOSTRA G. (a cura di), *Il processo penale dei minori. Quale riforma per la giustizia?*, Milano, 2005.

GIOSTRA G., BRONZO P. (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017.

GIULIANI L. (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

GIUNCHEDI F., *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it*., 3, 2013.

GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), tr. it. di Franca Basaglia, Torino, 2001.

GONNELLA P., *Le nuove norme sulla sicurezza urbana. Decoro* versus *dignità*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2017.

GONNELLA P., *Carceri. I confini della dignità*, Milano, 2014.

GONNELLA P., *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

GONNELLA P., *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

GONNELLA P., *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, in *Il manifesto*, 18 maggio 2012.

GORI A., *Articolo 3 CEDU: trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in *L'altro diritto*, 2015.

GRANDE E., *I dannati delle carceri. Una pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti: una lezione da seguire*, in *Historia magistra*, 9, 2012.

GRANDI D., *Bonifica umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria. Relazione del Ministro*, 2, Ministero di Grazia e Giustizia, Roma, 1941.

GREPPI E., *Diritto internazionale dei conflitti armati e diritti umanitari: profili di una convergenza*, in *Riv. com. inter.*, 1996.

GRESHAM G. M., *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Priceton, 1958.

GREVI V., *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012.

GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

GREVI V., *La libertà personale dell'imputato*, Milano, 1976.

GREVI V., DELLA CASA F., GIOSTRA G., sub *art. 1 o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

GRISOLIA M. C., *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento", ovvero il "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1, 1982.

GUARDUCCI E., TUCCIARELLI C., *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012*, in *federalismi.it*, 1, 2013.

GUARNIER T., *Libertà collettive e detenzione penale*, in RUOTOLO M., TALINI S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *L'Esecuzione penitenziaria,* in *Giur. sist. di dir. pen.*, Torino, 1995.

GUAZZAROTTI A., *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4, 2013.

HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), trad. it. di G. Marini, Roma-Bari, 1987.

HOBSBAWM E., *Il secolo breve. 1914-1991*, New York, 1994.

HUGO V., *Contro la pena di morte*, Milano, 2009.

IACOVELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Roma, 2013.

IANNUCCI M., BRANDI G., *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont*., 2, 2018.

IANNUZZI A., *Sulla natura giuridica e sul ruolo delle circolari amministrative nell'ordinamento penitenziario*, in CADIN R., MANCA L. (a cura di), *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale, ordinamento interno e opinione pubblica*, Napoli, 2016.

ILLUMINATI G., *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., LIX, 2015.

IZZO M., *Nota a C. Cass., 21/7/1999, n. 490*, in *Foro it.*, 1, 2000.

KAFKA F., *Le metamorfosi*, Lipsia, 1915.

KANT I., *La Metafisica dei Costumi* (1785), trad. it. di G. Vidari, Bari, 2009.

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Leipzig-Wein, 1934, trad. it. di R. Treves, Torino, 1956.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Cambridge, 1952, trad. it. di S. Cotta e R. Treves, Milano 1952.

Kostoris S., *Lavoro carcerario*, in *Nov. dig. it.* (app.), IV, Torino, 1983.

La Greca G., *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2005.

La Greca G., *Documenti per una riflessione sugli istituti di "massima sicurezza"*, in *Foro it.*, 2, 1983.

La Greca G., *La salute del detenuto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1995.

La Pira G., in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, 5, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1971.

La Rocca N. E., *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. pen.*, 2, 2013.

La Torre M., Lalatta Costerbosa M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013.

La Villa A., *Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà del Canton Ticino tra prassi e norma*, in *Quaderni ISSP*, *La dimensione affettiva in carcere*, 13 giugno 2015.

Lamarque E., *Corte Costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

Lamarque E., *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011.

Lamarque E., sub *art. 30*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

Lanza G., *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 2011.

Lanzi A., Scovazzi T., *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. inter.*, 3, 2004.

Lattanzi F., *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. inter.*, 1, 2018.

Leo G., *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in *Dir. pen. cont.*, 9, 2017.

Leo G., *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017.

Leo G., *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015.

Leo G., *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o*

concorso nell'associazione di tipo mafioso), in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2013.

Leo G., *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 25 novembre 2013.

Liberali B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.

Limoccia L., *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli, 2012.

Lobba P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont*., 10, 2017.

Locchi M.C., *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011.

Locke J., *Due trattati sul governo e altri scritti politici* (1689), rist. Torino, 1982.

Lombroso C., *L'uomo delinquente*, Milano, 1876.

Lorenzetti A., *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018.

Lorusso S., *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce dell'art. 111 Cost.*, in Aa.Vv., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria. Atti del Convegno. Ferrara, 13-15 ottobre 2000*, Milano, 2002.

Lorusso S., *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2006.

Luciani M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 6 agosto 2007.

Luciani M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost*., 2006.

Ludovici L., *L'art. 297 comma 3 c.p.p. torna al vaglio della Consulta: nuova illegittimità costituzionale per un istituto ancora molto perfettibile*, in *Giur. cost.*, 2011.

Luparia L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015.

Lupone F., *Il trattamento penitenziario e la sua attuazione processuale*, Napoli, 1984.

Luzzago A., Pietralunga S., *L'incidenza negativa della detenzione dei genitori sui figli*, in *Rass. penit. crim*., 1992.

Maestro M., *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977.

Maiello V., *Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007.

Maietta R., *Le regole di accoglienza dei nuovi giunti alla luce delle circolari ministeriali: strumenti e competenze dello staff multidisciplinare nella prevenzione del rischio auto-lesivo*, in *Quaderni ISSP*, 8, 2011.

MALFATTI E., *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum quad. cost.*, 16 dicembre 2013.

MANCA V., *La finalità preventiva dell'art. 41*-bis *O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni* de iure condendo, in *Arch. pen.,* 1, 2018.

MANCA V., *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41*-bis *Ord. Pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giur. pen*., 2015.

MANCA V., *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 *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014.

MANCONI L., *L'impossibilità di avere una buona legge contro la tortura*, in *Il Manifesto*, 24 luglio 2015.

MANCONI L., *La cella del prigioniero bambino*, in *L'Unità*, 7 gennaio 2012.

MANCONI L., CALDERONE V., *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, 2011.

MANES V., *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo*, in *Dir. pen. cont*., 13 aprile 2015.

MANES V., *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2014.

MANES V., *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in INSOLERA G., MANES V. (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Roma, 2012.

MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont*., 10 ottobre 2011.

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

MANES V., NAPOLEONI V., *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont*., 3 luglio 2013.

MANES V., ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. 'Fini-Giovanardi': gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont*., 1, 2014.

MANGIAMELI S., *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum quad. cost.*, Subiaco, 3-5 luglio, 2009.

MANNA A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997.

MANNOZZI G., LODIGIANI G. A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017.

MARCHESELLI M., *Tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2010.

MARCHESI A., *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in ZAGATO L. e PINTON S. (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010.

MARCHESI A., *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007.

MARCHESI A., *La pena di morte. Una questione di principio*, Roma-Bari, 2004.

MARCHESI A., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. inter*., 2, 1999.

MARCHESI A., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 4, 1993.

MARCHETTI M. R., sub *art. 20*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613*-bis *c.p*., in *Dir. pen. cont*., 7-8, 2017.

MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014.

MARCOLINI S., *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in *Dir. pen. cont*., 4, 2017.

MARGARA A., *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2009.

MARGARA A., *Per Mario Gozzini, Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Rass. penit. crim*., 3, 1999.

MARGARA A., *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, in AA.VV., *Il carcere dopo le riforme. Atti del convegno di Magistratura Democratica. La realtà del carcere a due anni dalla riforma*, Milano, 1979.

MARGARA A., *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, in *Il carcere dopo le riforme. Atti del convegno di Magistratura Democratica "La realtà del carcere a due anni dalla riforma"*, Milano, 1978.

MARGARITELLI M., I *limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1993.

Margera A., *Il lavoro del detenuto*, in *Quale giust.*, 1971.
Mari A., *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2012.
Marinucci G., *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2009.
Mariotti M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017.
Martinelli C., sub *art. 13*, in Clementi F., Cuocolo L., Rosa F., Vigevani G. E. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, 1, Bologna, 2018.
Marzaduri E., *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in *Leg. pen.*, 1 dicembre 2015.
Marzaduri E., *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Leg. pen.*, 3-4, 2011.
Masera L., *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in Mazza O., F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza 2009"*, Torino, 2009.
Masera L., *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Riv. imm. e citt.*, 3, 2010.
Masieri C., *La natura dei rimedi di cui all'art. 35*-ter *ord. pen.*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2015.
Massaro A. (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere*, *REMS e CPR*, Roma, 2017.
Massaro A., *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2, 2015.
Massaro A., *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2015.
Matthews J., *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983.
Mazzanti E., *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in Morgante G. (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015.
Mazzucato C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia*

riparativa, in Mannozzi G., Lodigiani G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

Mazzucato C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002.

Melossi D., Pavarini M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977.

Mentasti G., *Carcere e sanzioni non detentive in Europa: i rapporti Space I e Space II 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2017.

Merusi F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.

Mezzanotte C., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in Aa.Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979.

Mezzetti L. (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013.

Micali G., *Il fondamento della pena e l'esegesi dell'art. 27 comma 3 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1991.

Minnella C., *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo sul regime carcerario* ex *art. 41*bis *ord. pen. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2004.

Minnella V., *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. penit. crimin.*, 2, 2004.

Mirabella P., *L'uomo e i suoi diritti. Una riflessione etica a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2009.

Modugno F., *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.

Modugno F., *Sul problema dell'interpretazione conforme: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010.

Modugno F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009.

Modugno F., *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.

Modugno F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

Modugno F., *Corollari del principio di legittimità costituzionale e sentenze sostitutive della Corte*, in *Giur. cost.*, 1, 1969.

Modugno F., Celotto A., *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 5, 1994.

Modugno F., Nocilla D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989.

Modugno F., Ruotolo M., *Ancora in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro penitenziario*, in *Giur. it.*, 2005.

Modugno F., Ruotolo M., *Una discutibile soluzione della Cassazione in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur. it.*, 2001.

Monaco L., *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1980.

Mongillo V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009.

Montagna A., *A giudizio della Corte costituzionale la compatibilità dell'aggravante mafiosa con la presunzione cautelare carceraria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 11, 2012.

Morrone A., *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.

Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

Morrone A., *Il diritto alle ferie dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2001.

Morselli E., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.

Mortati C., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (natura giuridica, efficacia, garanzie*), in *Raccolta di scritti*, 3, Milano, 1972.

Mortati C., *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.

Moscarini A., *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in Nania R., Ridola P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, 1, Torino, 2006.

Mura R., *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.

Musco E., voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.* (*agg.)*, I, Milano, 1997.

Musumeci C., Pugiotto A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.

Nania R., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989.

Nania R., Ridola P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, 1, Torino 2006.

NAPOLI G. M., *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 1, 2016.

NAPOLI G. M., *Il regime penitenziario*, Milano, 2012.

NAPPI A., *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in CANZIO G., FERRANTI D., PASCOLINI A. (a cura di), *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989.

NAPPI A., *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 11, 2009.

NARDOCCI C., *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.

NATALI K., *L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, in CAPRIOLI F., SCOMPARIN L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

NEPPI MODONA G., *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995.

NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995.

NEPPI MODONA G., *Gli archivi carcerari: storia dell'istituzione penitenziaria o storia dei detenuti*, in GALZIGNA M. (a cura di), *La follia, la norma, l'archivio. Prospettive storiografiche e orientamenti archivistici*, Venezia, 1984.

NEPPI MODONA G., *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976.

NEPPI MODONA G., *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Pol. dir.*, 1974.

NEPPI MODONA G., *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, 5, Torino, 1973.

NESPOLI G., *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. stud. penit.*, 1977.

NICOSIA E., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in GABOARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRANO M. (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013.

NICOSIA E., *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.

NICOSIA E., *Il c.d. 41* bis *è una norma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.

NICOTRA F., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it*, 12, 2017.

NISTICÒ F., *Il lavoro dei detenuti: terapia, redenzione, salario*, in *Foro it.*, 14, 1991.

NUVOLONE P., voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.

NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956.

OCCHIOCUPO N., *Costituzione e Corte Costituzionale percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano, 2010.

OLIVA L., *L'incostituzionalità della revoca automatica delle riduzioni di pena: un nuovo contributo alla valorizzazione del principio del finalismo rieducativo*, in *Leg. pen.*, 1996.

ONIDA V., *Prefazione* a RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Napoli, 2014.

ONIDA V., *Relazione*, in *I diritti dei detenuti e la Costituzione. Atti del Convegno nazionale del Coordinamento enti e associazioni di volontariato penitenziario*, Roma, 2009.

ONIDA V., *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in *Riv. dir. e soc.*, 2009

ORLANDI M., *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. pen.*, VII, 2013.

ORLANDI R., *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4, 2013.

OROFINO M., *Diritti e doveri della persona. Diritti di libertà personale*, in BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018.

PACE A., *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, 2003.

PACE A., *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997.

PACE A., *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992.

PACE A., *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1974.

PACE L., *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 RUOTOLO M., TALINI S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

PACE L., *«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, 3 settembre 2016.

PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *gruppodipisa.it*, 2014.

PACE L., *Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p.*, in *Dir. e soc.*, 2, 2014.

PADOVANI T., *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006.

PADOVANI T., *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza,* Padova, 1994.

PADOVANI T., *Istituti penitenziari*, in *Novissmo dig. it.* (app.), Torino, 1983.

PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.

PADOVANI T., *Ordine pubblico e Ordine penitenziario: un'evasione dalla legalità*, in GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

PALAZZO F. C., *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017.

PALAZZO F. C., *Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016.

PALAZZO F. C., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Riv. ita. dir. pen. e proc.*, 2013.

PALAZZO F. C., *Esecuzione penitenziaria e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza di pena*, Milano, 2002.

PALAZZO F. C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.

PALAZZO F. C., *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, XII, Torino, 1997.

PALAZZO F. C., *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico sul tema)*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1, Milano, 1985.

PALAZZO F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO F. C., *Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (a cura di), *Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1, Milano, 1965.

PALAZZO F. C., BARTOLI R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano ed internazionale*, Firenze, 2011.

Paliero C. E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in Vassalli G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001.

Palma M., *Il regime del 41* bis *visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo di prevenzione della tortura)*, in Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013.

Palma M., Introduzione a *Norme e normalità. Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti*, Roma, 2018.

Palma M., *Prefazione* a Bosworth M., *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna*, Napoli, 2016.

Palma M., *Bolzaneto. Lo Stato della tortura*, in *antigone.it*, 13 marzo 2008.

Palma M., *La tortura è alla pagina web*, in Gonnella P., Marchesi A. (a cura di), *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006.

Palma M., *"Fine pena mai". Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1992.

Palombino F.M., *La "procedura di sentenza-pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2008.

Panzarasa M., *Recidiva reiterata e preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2010.

Paterniti F., *Lo status costituzionale dei figli*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno del Gruppo di Pisa di Catania 7-8 giugno 2013*, Napoli, 2013.

Paulesu P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.

Pavarini M., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it*, 3, 2013.

Pavarini M., *La costruzione sociale della sicurezza a Bologna*, in *Metronomie*, giugno-dicembre, 2006.

Pavarini M., *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006.

Pavarini M., Guazzaloca B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004.

Pavarini M., *Il trattamento dei detenuti differenziati ai sensi del 41*-bis *in relazione al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14*-bis *della legge 26.7.75 n. 354 modificato dalla legge 7.8.92 n. 356*, in *CSM Quaderni,* 80, 1995.

Pavarini M., *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in Grevi V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994.

PAVARINI M., *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in BRICOLA F. (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977.

PEDACI V., *Circolari amministrative e loro efficacia legislativa*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 5, 2009.

PEGORARO L., *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, 1984.

PELISSERO M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014.

PELLISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002.

PERA G., *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971.

PERFETTI L., *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994.

PERSANA F., *L'adesione dell'Italia al Protocollo opzionale del 18 dicembre 2002 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2013.

PERUGIA D., *Centri di identificazione ed espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2012.

PESSI R., *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici*, in *Diritto del lavoro*, 1978.

PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950.

PETROCELLI B., *La funzione della pena*, in *Riv. dir. penit.*, 1935.

PEZZIMENTI C., *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura*, in *Giur. it.*, 7, 2015.

PICCIONE D., *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Roma, 2013.

PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002.

PICOZZI F., *Sovraffollamento e diritto alla superficie detentiva minima: dal sistema CEDU all'ordinamento italiano*, elaborato finale del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi di Roma Tre, 2014.

Picozzi F., *È applicabile anche ai detenuti "41-bis" il divieto di possedere vestiti costosi?*, in *Cass. pen.*, 53, 7-8, 2013.

Pitch T., Ventimiglia C., *Che genere di sicurezza*, Milano 2001.

Pizzolato F., *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1998.

Pizzorusso A., Varano V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1, Milano, 1985.

Privitera S., *L'esperienza Svizzera, in particolare quella del Cantone Ticino*, in *ristretti.it*.

Pugiotto A., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, 2, giugno 2018.

Pugiotto A., *Di qua dalla Manica: la "galera amministrativa" degli stranieri in Italia*, Appendice a Bosworth M., *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna*, Napoli, 2016.

Pugiotto A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2016.

Pugiotto A., *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015.

Pugiotto A., *La "giurisprudenza difensiva" in materia di Ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 27 novembre 2015.

Pugiotto A., *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2015.

Pugiotto A., *I volti costituzionali della pena (e i suoi sfregi)*, in Ruotolo M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014.

Pugiotto A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

Pugiotto A., *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2014.

Pugiotto A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014.

Pugiotto A., *«Preferirei di no». Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013.

Pugiotto A., *La clemenza necessaria*, in *Dir. pen. con.*, 10 dicembre 2013.

Pugiotto A., *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal*

fatto, in Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013.

Pugiotto A., *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41*-bis, in Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013.

Pugiotto A., *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012.

Pugiotto A., *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in Corleone F., Pugiotto A. (a cura di), *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012.

Pulitanò D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017.

Pulitanò D., *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014.

Pulito L., *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2015.

Pulvirenti A., *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in Spangher G. (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009.

Punzi C., *Il processo civile – Sistema e problematiche*, 2, Torino, 2010.

Pustorino P., sub *art. 3*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

Pustorio P., *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2007.

R. Belfiore, *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1999.

Rampone J. M., *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2017, 29 ottobre 2017.

Ranalli D., *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo tra astratto "diritto alla speranza" e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. penit. crim.*, 1, 2015.

Randazzo B., *Il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo*

processo costituzionale, in D'Amico M., Randazzo B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011.

Re L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma, 2006.

Renoldi C., *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2012.

Renoldi C., *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost*., 2009.

Rescigno G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. cost*., 2009.

Resta F., *Nella giusta direzione: il decreto legge salva-carceri*, in *Giur. merito*, 3, 2012.

Ricci A., Salierno G., *Il carcere in Italia*, Torino, 1971.

Ricci G. F., Resico D., *Pedagogia della devianza*, Milano, 2010.

Ripoli M., *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006.

Rispoli G., *Funzione de' surrogati della pena detentiva*, in *Riv. pen*., 2, 1897.

Rivello R., *Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir*., 6, 2002.

Rodio R. G., *Pena di morte*, in *Enc. bioet. sc. giur*., X, Napoli, 2016.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013.

Rolin A., *La pena di morte: stato della questione, esame di alcune recenti pubblicazioni*, Firenze, 2010.

Romagnoli U., *Il lavoro nella riforma carceraria*, in Cappelletto M., Lombroso A. (a cura di), *Carcere e società*, Padova, 1976.

Romano C. A., *Le sbarre invisibili*, in *Rass. penit. crim*., 3, 2011.

Romano L., *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e "sviste"*, in *Dir. pen. cont*., 29 maggio 2014.

Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962.

Romboli R., *Qualcosa di nuovo … anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in Carnevale P., Colapietro C. (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memorie e prospettive*, Torino, 2008.

Romboli R., *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in Navarretta E., Pertici A. (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004.

Romice S., *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. cont*., 14 aprile 2016.

Rossi E., sub *art. 2*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

Rossi G., *Esperienze di giustizia riparativa (2012-2013)*, in *Eco dell'Issp*, 11, 2012.

Roxin C., *I compiti futuri della scienza penalistica, Lectio magistralis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.

Ruaro M., *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009.

Ruga Riva C., *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont*., 3, 2017.

Ruga Riva C., *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006.

Ruga Riva C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2004.

Ruggeri A., E*guaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, 18 maggio 2017.

Ruggeri A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont*., 2, 2015.

Ruggeri A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 3, 2013.

Ruggeri A., *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in D'Amico M., Randazzo B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

Ruggeri A., Spadaro A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in Angiolini V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992.

Ruotolo M., *Introduzione* a Ruotolo M., Talini S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

Ruotolo M., *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, 2, Bari, 2016.

Ruotolo M., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

Ruotolo M., *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen cont.*, 11 marzo 2016.

Ruotolo M., *Luci e ombre della sentenza Murši* , in *dirittopeniteziarioecostituzione.it*, 2016.

Ruotolo M., *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.

RUOTOLO M., *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Quest. giust.*, 2, 2015.

RUOTOLO M., *Automatismi e preclusioni nel nuovo istituto della liberazione speciale*, in ID. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014.

RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Napoli, 2014.

RUOTOLO M., *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 6, 2014.

RUOTOLO M., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014.

RUOTOLO M., *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*, in TORRE A. (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013.

RUOTOLO M., *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, 19 aprile 2013.

RUOTOLO M., *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 3, 2013.

RUOTOLO M., *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in CAPPUCCIO L., LAMARQUE E. (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013.

RUOTOLO M., *Per l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *costituzionalismo.it*, 25 luglio 2013.

RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, in *Giur. cost.*, 3, 2013.

RUOTOLO M., *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 29 maggio 2012.

RUOTOLO M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012.

RUOTOLO M., *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2012.

RUOTOLO M., *I diritti dei detenuti*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

RUOTOLO M., *Alcuni eccessi nell'uso della "interpretazione conforme a …"*, in *Giur. cost.*, 2007.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti*, in FLORIS M. (a cura di), *Diritti umani.*

Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione, *Dizionario*, 1, Torino, 2007.

Ruotolo M., sub *art. 13*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

Ruotolo M., *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 1, 2005.

Ruotolo M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

Ruotolo M., *L'effettività "rinnegante" della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000.

Ruotolo M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost*., 1999.

Saccucci A., *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non refoulement*, in *I diritti dell'uomo*, 2, 2008.

Saitta F., *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in *Nuove autonomie*, 3, 2012.

Salazar C., Spadaro A. (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009.

Salerno M., *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. pen*, 1, 2017.

Salierno G., *Fuori margine. Testimonianze di ladri, prostitute, rapitori, camorristi*, Torino, 2001.

Santinelli C., sub *art. 18*, in Della Casa F., Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

Santoriello C., *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*, in *Giur. cost.*, 1999.

Santoro E., *Carcere e inclusione sociale*, in Pinelli C. (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012.

Santoro E., *Carcere e società liberale*, Torino, 1997.

Santosuosso F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

Scaccia G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

Scalfati A. (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004.

Scalfati A., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (ex Cirielli)*, Padova, 2006.

Sciarabba V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, 1, 2017.

Scognamiglio R., *Il lavoro carcerario*, in *Arg. dir. lav*., 2007.
Scomparin L., *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi*, in *Giur. cost*., 5, 2011.
Scovazzi T., *Considerazioni sull'inderogabilità di alcuni diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in Scovazzi T., Papanicolopulu I., Urbinati S. (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*, Milano, 2009.
Scutellari A., *Proibizione della tortura e trattamenti inumani*, in Gianniti P. (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015.
Sechi P., *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost*., 2017.
Serges Gio., *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Napoli, 2015.
Serges Gio., *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazioni con i giudici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011.
Serges Giu., *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in Ruotolo M., Talini S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.
Serges Giu., *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*, 2, 2015.
Serges Giu., *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, *focus fonti del diritto*, 1, 11 luglio 2014.
Serra C., *Alcolismo, tossicodipendenza e criminalità*, Roma, 2004
Serrani A., *Dalla Cassazione alla Corte costituzionale: il ridimensionamento dell'ambito applicativo del regime custodiale obbligatorio*, in *Giur. pen*., 15 giugno 2013.
Siclari B., *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza*, Milano, 1977.
Silvestri G., *Prefazione* a Musumeci C., Pugiotto A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.
Silvestri G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in Ruotolo M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014.
Silvestri G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009.

SILVESTRI G., *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in CARTABIA M., VETTOR T. (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del 6° Convegno della facoltà di giurisprudenza Milano, 15-16 maggio 2008*, Milano, 2008.

SIRACUSANO F., sub *art. 28 ord. penit.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, 2015.

SOFRI A., *Il sesso del prigioniero mandrillo*, in *ristrettiorizzonti.it*.

SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

SORRENTINO F., *Eguaglianza formale*, in *costituzionalismo.it*, 13 dicembre 2017.

SPAGNOLO P., *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in GIULIANI L. (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

SPANGHER G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 45 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2015.

SPANGHER G., *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2015.

SPANGHER G., FILIPPI L., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.

SPANGHER G., SANTORIELLO C., *Le misure cautelari personali*, 1, Torino, 2009.

TALINI S., *Gli articoli 18 e 30 dell'ordinamento penitenziario tra interpretazione conforme a costituzione e possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018.

TALINI S., *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Giur. cost.*, 3, 2018.

TALINI S., *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in RUOTOLO M., TALINI S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

TALINI S., *L'affettività ristretta*, in RUOTOLO M., TALINI S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

TALINI S., *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giur. it.*, 3, 2013.

TALINI S., *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in *Forum quad. cost.*, 18 ottobre 2012.

TAMANTI R., *La pena di morte. Tra etica della vita e autorità dello Stato*, Assisi, 2004.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013.

Tesauro A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost*., 2012.

Tessitore G., *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000.

Tomba C., *Il diritto all'istruzione e alla cultura*, in Ruotolo M., Talini S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

Tonini P., *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2014.

Toriello M., *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti. Il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali*, Roma, 2015.

Torow S., *Punizione Suprema. Una riflessione sulla pena di morte*, Milano, 2003.

Torretta P., *Il diritto alle garanzie (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione 341/2006 della Corte Costituzionale*, in *Forum quad. cost.*, 2006.

Toscano A. L., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

Tranchina G., *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro carcerario*, in Grevi V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

Trione F., *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006.

Tumminello L., *Il Volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2011.

Turchetti S., *Una prima risposta dal governo Monti*, in *Dir. pen. cont*., 13 gennaio 2012.

Turchetti S., *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2010.

Turturro A., *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, in Ruotolo M., Talini S. (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

Valentini E., *Il reclamo: casi e forme*, in Caprioli F., Scomparin L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

Vanacore G., *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore*, in *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*, Modena, 2001.

VASSALLI G., *Introduzione* a in ID. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2006.

VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994.

VASSALLI G., Prefazione a GENNARO G., BONOMO M., BREDA R. (a cura di), *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987.

VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982.

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961.

VEDASCHI A., *Il principio personalista*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013.

VERRI P., *Osservazioni sulla tortura* (1777), rist. Milano, 2006.

VETRANO C., *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004.

VICOLI D., *Una riforma di fonte giurisprudenziale tra obblighi di tutela e scelte discrezionali*, in CAPRIOLI F., SCOMPARIN L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

VIGANÒ F., *Un'importate pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016.

VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont*., 9 aprile 2015.

VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont*., 25 settembre 2014.

VIGANÒ F., *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2014.

VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in *Dir. pen. cont*., 20 febbraio 2013.

VIGANÒ F., *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 *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.

VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e articolo 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, 26 giugno 2012.

VIGEVANI G. E., sub *art. 13*, in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

VIOLA F., *I diritti in carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014.

Vitali M., *Il lavoro penitenziario,* Milano, 2001.
Volino C. L., *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2013.
Zacchè F., *Dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo d'introdurre il delitto di tortura*, in *Forum quad. cost.*, 22 aprile 2015.
Zagrebelsky G., *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. e soc.*, 2015.
Zagrebelsky G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, 1, Torino, 1992.
Zagrebelsky G., *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974.
Zagrebelsky G., Marcenò V., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2018.
Zagrebelsky V., *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Quest. giust.*, 1, 2015.
Zagrebelsky V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, maggio 2015.
Zagrebelsky V., De Salvia M., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2006.
Zanetti V., *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale: alcuni snodi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4, 2010.
Zanghì Z., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002.
Zanusi F., Fuselli S. (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Milano, 2004.
Zimring F. E., *La pena di morte*, Bologna, 2009.

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
6. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, 2018

Finito di stampare nel mese di novembre 2018
dalla *Grafica elettronica* - Napoli