Università Roma Tre
Master in "Diritto penitenziario e Costituzione"

Direttore
Marco Ruotolo

Condirettore
Massimo De Pascalis

9/I

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

DOPO LA RIFORMA

I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale

a cura di

MARCO RUOTOLO *e* SILVIA TALINI

NUOVA EDIZIONE

Volume I

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 © 2019 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-602-8

Indice

Volume I

Marco Ruotolo, *Introduzione* 1

Daniele Chinni, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi* 11

Caterina Tomba, *Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri* 51

Elisa Olivito, *La libertà religiosa* 95

Marta Caredda, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria* 131

Tatiana Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale* 163

Notizie sugli Autori 199

Volume II

Patrizio Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni* 201

Silvia Talini, *L'affettività ristretta* 245

Ilaria Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza* 283

Andrea Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali* 313

Patrizio Gonnella, *Il diritto di voto* 359

Giuliano Serges, *Il diritto a non subire tortura, ovvero Il diritto di libertà dalla tortura* 371

Leonardo Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario* 437

Silvia Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?* 479

Notizie sugli Autori 512

Marco Ruotolo

Introduzione

È un piacere introdurre questa nuova edizione del volume dedicato al tema dei diritti nell'esecuzione penale[1] dopo le riforme dell'ottobre 2018, in larga parte frutto del lavoro di giovani costituzionalisti[2]. Un volume che ha come immediato antecedente scientifico, oltre che la prima edizione dello stesso[3], un numero monografico della Rivista «Costituzionalismo.it»[4] e come sviluppo l'attività didattica svolta, in diverse forme e in diverse sedi[5], dagli Autori del volume.

Il libro è un piccolo ma importante segno di un rinnovato interesse per un tema a lungo sottovalutato dalla dottrina giuspubblicistica e invece centrale nel contesto delle riflessioni sul rapporto tra autorità e libertà, sul riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili, sulle concrete dinamiche del sistema delle fonti, sul

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

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

[3] M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

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

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

ruolo dell'amministrazione e della giurisprudenza nell'attuazione e nell'applicazione del dettato costituzionale e legislativo[6].

La finalità del volume è principalmente didattica, essendo non a caso lo stesso diviso in brevi capitoli ciascuno dei quali potrebbe idealmente corrispondere a una lezione di un Corso universitario. Una sorta di "manuale" a più voci, nel quale, però, non ci si limita a descrivere acriticamente la realtà, ma si propone una lettura problematica della stessa, non sottovalutando mai l'incidenza della "prassi" sull'inveramento del dettato normativo[7].

* * *

Il quadro che emerge dalla lettura dei contributi conferma quanti siano ancora i problemi irrisolti sul piano della garanzia dei diritti delle persone in fase di esecuzione penale, pur riconoscendo l'importanza di alcune novità normative e, soprattutto, giurisprudenziali.

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

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

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

l'esigenza dell'"umanizzazione" e l'obiettivo della "rieducazione" enunciati nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

Siamo riusciti a soddisfare quell'esigenza e quell'obiettivo? Io credo di no, anche se non sottovaluto gli importanti interventi normativi, amministrativi e giurisprudenziali che specie negli ultimi anni hanno indicato la via di un possibile cambiamento. Un cambiamento, però, non ancora realizzato come si sarebbe potuto e dovuto fare, anche sulla spinta di un ampio movimento culturale che ha trovato espressione, tra l'altro, nell'iniziativa degli «Stati generali sull'esecuzione penale» alla quale ho avuto l'onore di partecipare quale componente del Comitato di esperti che aveva l'incarico di coordinarne le attività[8].

* * *

Sul piano normativo il principale seguito degli Stati generali si è realizzato con l'adozione dei decreti legislativi delegati nn. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018, che hanno attuato la legge di delega 23 giugno 2017, n. 103. Ciascun Autore, per la parte di interesse, ha esaminato i contenuti dei predetti decreti, la cui valutazione, in termini di impatto sul sistema dell'esecuzione penale, non potrà però che essere proposta in modo compiuto alla luce delle attuazioni amministrative e delle applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni introdotte dal Governo.

Probabilmente, le disposizioni più innovative sono quelle con-

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

tenute nel d.lgs. n. 121 del 2018, riguardante l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni. Il decreto appena citato ha colmato un'inspiegabile lacuna normativa, che sino a oggi aveva determinato l'applicazione dell'ordinamento penitenziario anche nei confronti dei minorenni, peraltro contenendo importanti novità anche in tema di affettività (art. 19).

Per quanto riguarda i detenuti adulti, le modifiche all'ordinamento penitenziario, recate principalmente nei decreti legislativi delegati nn. 123 e 124 del 2018, appaiono invece di minore spessore, specie se raffrontate a talune avanzate proposte elaborate dagli Stati generali sull'esecuzione penale. Non mancano aggiornamenti meritevoli di apprezzamento (ad esempio in tema di assistenza sanitaria), ma nel giudizio complessivo su quest'operazione normativa pesa non poco la scelta di non attuare la delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative, all'eliminazione di automatismi preclusivi, nonché alla revisione della disciplina della vita detentiva (con specifico riguardo alla c.d. sorveglianza dinamica). A non essere stata valorizzata – anzitutto in virtù della scelta di non attuare la parte della delega rivolta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative – è soprattutto l'idea della flessibilità della pena nella sua concreta esecuzione, espressa in termini molto chiari nella recente sent. n. 149 del 2018 della Corte costituzionale: «la personalità del condannato – scrive la Corte – 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». È una prospettiva – come ancora scrive la Corte – che non soltanto «chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità», ma impone una «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».

* * *

Ma il vero punto insoluto, il nodo non sciolto per un radicale cambiamento del sistema dell'esecuzione penale, risiede nella scelta, già compiuta con la legge di delega, di non incidere sul codice penale, sul sistema stesso delle pene. Nel recente passato, un tentativo, sia pure parziale, di incidere sul paradigma sanzionatorio del codice Rocco vi è stato, ma il Governo ha lasciato scadere la delega (legge n. 67 del 2014) che pure consentiva di incidere sul catalogo delle pene edittali (art. 17 c.p.). È stato quello un segnale negativo ma assai chiaro circa la reale volontà di abbandonare un sistema sanzionatorio carcerocentrico[9]. Volontà più volte ribadita pure nel Documento finale degli Stati generali, ma difficilmente perseguibile senza incidere sul sistema delle pene. Una cosa è, infatti, discutere di pene alternative al carcere in sede edittale, altra di misure alternative alla detenzione in sede di esecuzione.

La stessa legge di delega n. 103 del 2017 era affetta da questa incoerenza di fondo: inasprimento delle pene edittali per taluni reati – per rispondere alle pulsioni securitarie dell'opinione pubblica –, innalzamento dei termini per la prescrizione e insieme apertura alle misure alternative in sede di esecuzione. Non è una storia nuova, ma forse è il segno di una distanza sempre più rilevante da quelle teorizzazioni del costituzionalismo penale alle quali mi sento ancora molto legato. Penso alle riflessioni di Paolo Rossi, di Nuvolone, di Vassalli, di Mantovani, ma anche alle splendide pagine di Bricola che tanto hanno condizionato i miei studi di costituzionalista interessato ai temi della pena.

* * *

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

[9] È una riflessione che trova riscontro nei numeri: nei primi mesi del 2019 la popolazione detenuta ha nuovamente superato le 60.000 unità (i dati riguardanti i detenuti presenti negli istituti italiani sono mensilmente aggiornati nella sezione "Statistiche" del sito del Ministero della Giustizia, *www.giustizia.it*).

Il fatto che si radichi, almeno nella dottrina e tra gli operatori più illuminati, l'idea che la pena non si identifichi con il carcere e che maturi piuttosto la prospettiva che sanzioni diverse dalla detenzione possano avere più successo nel percorso di reinserimento sociale è senz'altro positivo. D'altra parte lo stesso art. 27 Cost. declina il termine pena al plurale, ben giustificando la realizzazione di un percorso rieducativo che si svolga fuori dalla dimensione carceraria. L'idea del carcere come *extrema ratio* ha senz'altro un fondamento costituzionale, specie se l'art. 27 è letto non come una monade ma insieme ad altre disposizioni fondamentali tra le quali anzitutto l'art. 2 (riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili), l'art. 3 (eguaglianza e pari dignità sociale) e l'art. 13, che sancisce l'inviolabilità della libertà personale. Ciò dovrebbe significare qualcosa non soltanto nella fase dell'interpretazione delle disposizioni legislative, orientata verso la massima espansione delle libertà, ma anche e ancor prima nella fase della decisione politica, specie se si aderisce all'idea per cui la legislazione è, deve essere, rivolta allo sviluppo, all'attuazione del dettato costituzionale. Eppure il legislatore sfugge da questo compito, perché il politico teme il riscontro elettorale e sa quanto l'argomento della sicurezza, o meglio della percezione della sicurezza, faccia presa nell'opinione pubblica. Ma il coraggio della ragione e l'esigenza di attuazione dei principi costituzionali imporrebbero un diverso atteggiamento, che forse, ma questo è un elemento che meriterebbe un approfondimento, non è favorito dalla scelta ormai ultraventennale per sistemi maggioritari, per una forzata polarizzazione del sistema politico. Sarà un caso, ma le grandi riforme, ivi compresa quella penitenziaria, sono state realizzate negli anni Settanta nel pieno vigore del sistema proporzionale, quale sintesi dialettica di opzioni divergenti, unificazione del molteplice e non giustapposizione di istanze profondamente divergenti come sembra accadere ora.

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

* * *

Ciò non significa che non si possa sperare, anche alla luce dei contenuti dei decreti legislativi delegati del 2018, in un miglioramento delle condizioni detentive, insistendo sull'esigenza di umanizzazione della pena e sull'effettività di un percorso che tenda al reinserimento sociale.

Le parole chiave di questo percorso dovrebbero essere autodeterminazione e responsabilizzazione del detenuto, entro un contesto di rivisitazione delle coordinate spazio-temporali della pena detentiva. Senza nemmeno provare ad addentrarmi in approfondimenti di tipo architettonico – per i quali non ho alcuna competenza[10] – direi che la gestione dello spazio inframurario e la sua stessa ideazione dovrebbero fondarsi su un assunto semplice: la cella è la camera di pernottamento e lo spazio della pena è definito dal muro di cinta. Un assunto che presuppone un effettivo superamento del problema del sovraffollamento.

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

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

Vi è una solida base costituzionale in questo ragionamento, costituita da un dato che non può essere messo in discussione: il detenuto è limitato nella sua libertà di locomozione – che all'interno dell'istituto andrebbe come si è detto garantita il più possibile – non già nella sua libertà di essere e di esprimersi come persona. Il concetto di libertà della persona è diverso da quello di libertà personale, si lega all'esigenza incomprimibile della espressione della personalità di ciascuno, non a caso oggetto di specifica previsione costituzionale che impone alla Repubblica la rimozione degli ostacoli che possano pregiudicarla (art. 3, secondo comma Cost.). Ciò significa necessità di garantire l'esercizio di tutti quei diritti che non sia incompatibile con le esigenze della vita detentiva, massima considerazione di quello che la Corte costituzionale ha definito come «residuo di libertà», qualificandolo tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può esprimersi la personalità individuale (sent. n. 343 del 1993).

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

Se l'attuazione amministrativa della riforma dell'ordinamento penitenziario riuscirà a contribuire al perseguimento di questo

obiettivo non avrò difficoltà ad affermare "*Est aliquid sub sole novi*"! Continuando però ad auspicare un effettivo superamento della prospettiva carcerocentrica, la quale, come si è scritto in precedenza, richiede un radicale mutamento del paradigma sanzionatorio proprio del Codice Rocco. A quel punto avremmo qualcosa di veramente nuovo sotto il sole e il discorso costituzionalmente orientato sull'esecuzione penale potrà essere assai più concreto e tangibile.

Daniele Chinni

Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi[*]

SOMMARIO: 1. «Fondata sul lavoro». Una breve ma necessaria premessa sul principio lavorista nella Costituzione repubblicana – 2. Il principio lavorista entra in (e cambia il) carcere – 3. Il lavoro nella legge sull'ordinamento penitenziario (1975-2018) – 3.1. *Segue*. Meglio tardi che mai: il lavoro non è (più) un obbligo. – 3.2. *Segue*. Più lavori, un lavoro – 4. Corte costituzionale e diritti dei detenuti lavoratori. Una nuova *quaestio legitimitatis* in tema di retribuzione? – 4.1. *Segue*. Uno sviluppo felice: il diritto alle ferie – 4.2. *Segue*. Che non si torni indietro! La tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto – 5. Il lavoro di pubblica utilità: i rischi dell'elusione costituzionale.

1. *«Fondata sul lavoro». Una breve ma necessaria premessa sul principio lavorista nella Costituzione repubblicana*

La Costituzione italiana si apre con la proclamazione di una scelta «di importanza enorme ed inedita»[1]: quella di fondare sul lavoro la Repubblica democratica. Una scelta che manifesta incisivamente «l'evoluzione di un secolo di vita politico-sociale

[*] Il saggio mantiene l'impostazione e conferma e sviluppa considerazioni svolte in *Lavorare come se liberi. Profili costituzionali del lavoro nell'esecuzione penale*, pubblicato nella I edizione di questo *Volume*. La significativa riforma del lavoro penitenziario approntata dal decreto legislativo n. 124 del 2018, tuttavia, ha reso necessario non solo l'inevitabile aggiornamento, ma nuove riflessioni, anche critiche, alla luce delle non poche novità normative. Il risultato è quello di un saggio in larghissima parte diverso dal precedente, cui si è dunque dato un nuovo titolo.

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

del nostro Paese»[2] e che, tutt'altro che retorica[3] o meramente riassuntiva delle altre disposizioni costituzionali sul lavoro[4], assume quest'ultimo quale «elemento basilare cui si deve far capo per potere cogliere l'esatto significato delle successive disposizioni relative al complesso dei rapporti etico-sociali ed economici»[5].

Il principio lavorista, pertanto, esprime massimamente «i valori sui quali si asside il Paese reale»[6], attribuendo una «particolare coloritura politica allo Stato italiano»[7]. Il lavoro fonda la Repubblica democratica, la ispira, la caratterizza, è «supremo criterio interpretativo»[8]. Esprime l'indirizzo che deve condizionare[9] l'azione dei pubblici poteri, i quali – secondo quanto prescritto dall'art. 3, secondo comma, Cost. – debbono porre in essere politiche atte a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Nel disegno costituzionale, il lavoro si deve porre, dunque, quale «elemento eccitatore di mobilità sociale»[10], strumento di garanzia della pari dignità sociale solennemente proclamata dall'art.

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

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

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

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

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

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

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

[9] G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 4, il quale peraltro mette criticamente in luce come oggi il lavoro sia divenuto «il risultato passivo di fattori diversi, con i quali deve risultare compatibile» (*ibidem*, ma v. anche 45 ss.).

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

3, primo comma, Cost.[11], e, contestualmente, di «ripudio di ogni privilegio, legato invece alla classe o al ceto o alla ricchezza»[12]; il lavoro, «primario tra i beni primari»[13], non è, insomma, «mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, bensì […] tramite necessario per l'affermazione della personalità»[14].

È in questa prospettiva che la Costituzione, all'art. 4, primo comma, stabilisce che «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto». Si tratta di affermazione coerente e conseguente[15], oltre che al principio d'eguaglianza sostanziale, al lavoro come fondamento della Repubblica[16], perché è soltanto con il riconoscimento di un *diritto* al lavoro[17] per tutti i cittadini che si rende questi ultimi in grado di partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese[18].

Allo stesso tempo, il lavoro è anche *dovere* di ciascun cittadino, perché se esso fonda la Repubblica, contrassegnando «i lineamenti funzionali ed organizzativi che caratterizzano il tipo di democra-

[11] Cfr. M. Mazziotti di Celso, *Lavoro*, cit., § 5. Sull'art. 3 Cost. quale «svolgimento» dell'art. 1 Cost. v. anche G. Zagrebelsky, *Fondata*, cit., 22 s. e M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 634 s.

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

[13] G. Zagrebelsky, *Fondata*, cit., 14. M. Luciani, *Radici*, cit., 645, pur solo incidentalmente, reputa il lavoro quale fondamento della Repubblica un limite assoluto alla revisione costituzionale.

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

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

[16] M. Luciani, *Radici*, cit., 645 ss., osserva come il lemma "lavoro" e i suoi derivati ricorrano in 23 commi della Costituzione, a dimostrazione di come l'intera trama normativa della carta costituzionale fondi coerentemente la Repubblica sul lavoro.

[17] Si esclude, peraltro, che ai sensi dell'art. 4 Cost. ogni cittadino sia titolare di una pretesa giuridicamente qualificata a conseguire un posto di lavoro, senza che ciò faccia venire meno il valore precettivo della norma costituzionale, a partire dal necessario impegno della Repubblica a porre in essere possibilità di occupazione dei cittadini: sul punto cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata*, cit., 39 ss.; G.U. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubblico*, 2009, 39 s. e, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, R. Scognamiglio, *Lavoro*, cit., 4 s.

[18] M. Mazziotti di Celso, *Lavoro*, cit., § 1. A. Cariola, *Art. 4*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., § 2.1., rileva che «la proclamazione costituzionale dell'art. 4 Cost. è stata, insieme all'affermazione dell'eguaglianza sostanziale, uno dei motori di sviluppo della nostra storia repubblicana».

zia»[19], allora il cittadino deve, come dispone il secondo comma del medesimo art. 4 Cost., «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»[20].

Qui si coglie il senso più profondo del principio lavorista nella Costituzione italiana: il lavoro è principalmente un *diritto*, ma è anche, in una prospettiva solidaristica, un *dovere*, che rende l'uomo non soltanto un lavoratore, ma partecipe della comunità nazionale e del suo sviluppo. La Repubblica trova fondamento, dunque, in una sintesi, quella «fra il principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)»[21]. Il lavoro, mezzo per l'affermazione della personalità di ciascun cittadino, è così anche «espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale»[22], strumento attraverso il quale il lavoratore partecipa, assieme agli altri lavoratori, dell'organizzazione e del progresso del Paese. Fondare la Repubblica sul lavoro[23] significa allora, come è stato magistralmente affermato, «elevare a fondamento della convivenza repubblicana gli individui della specie umana in quanto piegati, astretti, impegnati, tesi, immersi, nel la-

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

[20] Si è peraltro ben rilevato come il dovere di cui all'art. 4, secondo comma, Cost. non sia soltanto mero risvolto del diritto al lavoro, poiché la doverosità, testualmente riferita a una *attività* o a una *funzione*, non necessariamente implica lo svolgimento di una prestazione lavorativa strettamente intesa: essa è, semmai, «il fondamento di quel principio di sussidiarietà orizzontale poi formalizzato nell'art. 118, ultimo comma, Cost.» (M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 231). Analogamente, G.U. Rescigno, *Lavoro*, cit., 2009, 23 ss., il quale condivisibilmente rileva che «nella logica del testo costituzionale i lavoratori (…) svolgono comunque "una attività o una funzione che concorre al progresso materiale o spirituale della società" (…) mentre è ipotizzabile l'inverso, e cioè che vi siano persone le quali svolgono "una attività o funzione che concorre, etc.", ma che non sono qualificabili lavoratori» (25).

[21] C. Mortati, *Art. 1*, cit., 12. L'art. 4, secondo comma, Cost., ad ogni modo, porrebbe un dovere «prevalentemente morale» (M. Mazziotti di Celso, *Lavoro*, cit., § 3), una «virtù civica» (G. Zagrebelsky, *Fondata*, cit., 26), alluderebbe «ad un contenuto etico minimo» (A. Cariola, *Art. 4*, cit., § 2.6.), perché è inapplicabile qualsivoglia sanzione. Ma sul valore (anche) giuridico di tale disposizione v. G.U. Rescigno, *Lavoro*, cit., 28 s.

[22] M. Luciani, *Radici*, cit., 637.

[23] Per una lettura criticamente riduttiva della formula «fondata sul lavoro», che a me appare invero troppo severa, v. G.U. Rescigno, *Lavoro*, cit., 47 ss.

voro, orgogliosi del lavoro prodotto, anelanti se in attesa di poterlo produrre»[24].

2. *Il principio lavorista entra in (e cambia il) carcere*

Nel regime penitenziario, il lavoro storicamente «nasce in funzione strettamente punitiva»[25]; era, anzi, «parte della pena […] mera modalità di espiazione»[26], dunque mezzo (ulteriormente) sanzionatorio adottato nei confronti dei detenuti[27].

La Costituzione, i principi da essa proclamati, la centralità della persona umana nel nuovo ordinamento repubblicano non potevano che proporre (e imporre) una diversa visione del lavoro in carcere. In particolare, è del tutto evidente come il principio supremo della libertà-dignità[28] che pervade la Costituzione repubblicana, assieme ai principii di umanizzazione delle pene e di rieducazione del condannato[29], solennemente affermati dall'art. 27, terzo comma, della carta costituzionale, sia radicalmente incompatibile con l'idea di *lavoro forzato* che caratterizzava la normativa e la prassi penitenziaria pre-repubblicana: per essere conforme ai

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

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

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

[27] L'evoluzione storica del lavoro penitenziario è efficacemente tratteggiata da G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 144 ss. Sul punto v. ora anche M. Bortolato, *Lavorare… che pena? Note sul lavoro in carcere fra vecchie certezze e nuove provocazioni*, in *Questione Giustizia* 2/2015, 102 s.

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

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

principii costituzionali, l'esecuzione della pena[30] non può essere attuata con modalità tali da costituire «un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale»[31].

V'è di più. La Costituzione repubblicana ha completamente ribaltato i rapporti nell'esecuzione penale tra autorità e libertà, tra potere pubblico e uomini e donne detenuti[32]: il carcere non è più (non può più essere) «luogo impermeabile e isolato dalla società libera»[33], di modo che al suo interno il ristretto conserva il diritto all'esercizio dei propri diritti, salve soltanto le limitazioni «puntualmente giustificate dalle esigenze proprie della vita detentiva»[34]. In altri termini, la limitazione della libertà personale determinata dall'esecuzione penale non travolge (non deve travolgere) di per sé tutti gli altri diritti costituzionalmente riconosciuti alla persona umana, perché «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[35]. Il carcere è

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

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

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

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

[34] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 4, il quale rileva come in tal modo venga a valere anche in carcere il principio della massima espansione della libertà, secondo la magistrale intuizione di P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41. Limitazione del diritto che, peraltro, per essere costituzionalmente tollerabile può essere portata «fino al punto di estrema tensione», purché però «non produca il suo totale sacrificio, […] non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere» (così, più in generale sul bilanciamento tra diritti, F. Modugno, *I "nuovi" diritti*, cit., 101).

[35] C. cost., 24 giugno 1993, n. 349. Sulla necessità, peraltro, di non considerare i

un *luogo* dell'ordinamento costituzionale e, dunque, in quel *luogo* la prospettiva costituzionalistica «non può esaurirsi nella mera esegesi dell'art. 27 della Costituzione [ma deve coinvolgere] l'intera trama della nostra Carta fondamentale»[36], perché in quel *luogo* tutti i diritti costituzionali, individuali e collettivi[37], esistono e debbono essere garantiti[38].

Ciò significa – per venire all'oggetto di queste riflessioni – che il principio lavorista entra in carcere con tutta la sua forza dirompente, plasmando il carcere e rendendolo un *luogo* diverso da quello che era storicamente stato; certo, tale operazione di modellamento trova alcuni limiti nella condizione carceraria, che inevitabilmente condiziona lo sviluppo del principio lavorista in carcere, ma senza che ciò possa far venire meno la carica innovativa rispetto al passato che quel principio porta in dote con sé. Non è solo il lavoro penitenziario, in quanto attività, a subire una mutazione genetica, cessando di essere misura (ulteriormente) afflittiva e acquisendo i connotati, propri del lavoro su cui si fonda la Repubblica, di mezzo per l'affermazione della personalità del cittadino; a mutare profondamente, determinando «un capovolgimento non solo formale ma sostanziale dell'ottica in cui si svolge l'esecuzione della pena»[39], è anche il ruolo dei soggetti che lavorano, i quali non debbono più essere qualificati detenuti-lavoratori, ovvero persone ristrette nella libertà personale che prestano un'attività lavorativa, ma lavoratori-detenuti, ovvero lavoratori "soltanto" limitati nella libertà personale[40].

diritti dei detenuti un "residuo", ma un «nucleo intangibile di posizioni soggettive» v. S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 1 s.

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

[37] V., in questo Volume, T. Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale*.

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

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

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

3. *Il lavoro nella legge sull'ordinamento penitenziario (1975-2018)*

Il legislatore modifica profondamente la normativa sul lavoro penitenziario – seguendo le linee direttrici poste dalla Costituzione repubblicana e superando, finalmente, la disciplina recata dal Regolamento fascista del 1931[41] – soltanto con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354; d'ora in avanti: o.p.), modificata nel corso del tempo, tra le altre, dalla c.d. legge Gozzini (l. 10 ottobre 1986, n. 663) e di recente dai dd.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124 del 2018, l'ultimo dei quali in larghissima parte dedicato proprio al lavoro dei detenuti[42].

Il legislatore repubblicano ha fatto del lavoro un elemento del trattamento penitenziario[43], stabilendo che, a fini rieducativi, deve essere assicurato al condannato e all'internato[44], salvi soltanto i casi

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

[42] Appare opportuno segnalare il fatto che, se nel 1975 è stato il Parlamento ad approvare il nuovo ordinamento penitenziario e nel 1986 è stato ancora il legislatore parlamentare ad approntarvi significative modifiche, gli interventi del 2018 sono stati effettuati dal Governo, sulla base di una delega legislativa che, peraltro, appare assai generica: per quel che riguarda il lavoro penitenziario, l'art. 1, comma 85, lettera g), della legge n. 103 del 2017 prevedeva quale principio e criterio direttivo lo «incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario sia esterno, nonché di attività di volontariato individuale e di reinserimento sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e a quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento». La circostanza – che trova certo spiegazione anche nelle oramai consolidate, ma non per questo costituzionalmente legittime, dinamiche dell'attività legislativa che vedono il Governo "signore delle fonti" (l'espressione è di M. Cartabia, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia, E.Lamarque, P. Tanzarella, Torino, 2011, IX ss.) – mi sembra particolarmente indicativa dei tempi che corrono, caratterizzati da scarsissima attenzione politica e culturale alla realtà sociale del carcere. Sotto questo punto di vista, il *modus operandi* non fa altro che confermare il *merito* di alcuni dei profili della recente riforma: v. *infra* §§ 4 e 5.

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

[44] Il medesimo art. 15, al suo ultimo comma, prevede che, a loro richiesta, gli imputati, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, siano ammessi a svolgere attività lavorativa di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica. La conside-

di impossibilità (art. 15, comma 2, o.p.)[45]. È già qui, dunque, evidente il capovolgimento rispetto al passato: il lavoro perde ogni connotato di afflittività[46], non è neppure meramente «dinamismo, distrazione, soddisfazione»[47], ma diventa «*strumento finalizzato alla rieducazione* e al reinserimento sociale del condannato»[48].

Il successivo art. 20, poi, pone le basi per lo sviluppo di questa nuova concezione del lavoro penitenziario, ulteriormente attuata dai successivi articoli del medesimo o.p., oltre che dal Regolamento di esecuzione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230; d'ora in avanti: reg.): il lavoro è remunerato (art. 20, comma 2); quanto a organizzazione e metodi, deve riflettere «quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale» (art. 20, comma 3); nell'assegnazione al lavoro deve tenersi conto, oltre che dei carichi familiari, dell'anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato di detenzione e di internamento e delle abilità lavorative possedute (art. 20, comma 5, lett. a)[49]; possono essere svolte, per conto proprio, attività arti-

razione del lavoro quale elemento del trattamento penitenziario necessariamente ha condotto, dunque, il legislatore a distinguere tra condannati – destinatari del trattamento – e imputati – i quali, in ragione della presunzione d'innocenza *ex* art. 27, secondo comma, Cost., del trattamento non possono essere destinatari.

[45] L'art. 15, comma 1, o.p. è stato oggetto di modifica da parte del recente decreto legislativo n. 123 del 2018 e oggi prevede quali elementi del trattamento penitenziario – oltre al lavoro, appunto, alla religione (v., in questo Volume, E. Olivito, *La libertà religiosa*), all'istruzione, alle attività culturali, ricreative e sportive (v., in questo volume, C. Tomba, *Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri*), tali considerati sin dal 1975 – anche la formazione professionale e la partecipazione a progetti di pubblica utilità: su di ciò v. *infra* § 5.

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

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

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

[49] La formulazione vigente è frutto delle modifiche operate dal d.lgs. n. 124/2018. La precedente formulazione del comma in esame richiedeva si tenesse conto «delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui (i detenuti) potranno dedicarsi dopo la dimissione»: lo sguardo del legislatore del 1975 era dunque sì volto al passato del lavoratore-detenuto e alle competenze professionali già possedute ma, a differenza

gianali, intellettuali o artistiche (art. 20, comma 11); la durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti e sono garantiti il riposo festivo, il riposo annuale retribuito e la tutela assicurativa e previdenziale (art. 20, comma 13).

Il disegno del legislatore è, dunque, chiaramente orientato a fare del lavoro elemento cardine del trattamento penitenziario, rendendolo strumento di attuazione del principio rieducativo di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.[50]. E per seriamente raggiungere questo obiettivo – perché davvero «il lavoro non [abbia] lo scopo di tenere occupati i detenuti per la durata di una giornata lavorativa, ma quello di fornire loro un'idonea preparazione in vista del loro rientro in società»[51] – si pongono i principii e i presupposti perché anche nel «microcosmo carcerario»[52] trovi la massima espansione possibile il principio lavorista accolto dalla nostra Costituzione, la quale «non opera alcuna distinzione tra lavoratori liberi e detenuti»[53] ma, anzi, «tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.).

La rinnovata impostazione del lavoro penitenziario[54], che all'indomani della riforma del 1975 ha fatto autorevolmente affermare che la disciplina in materia è «tra le più avanzate e progressiste nei paesi occidentali»[55], non ha certo disconosciuto, come meglio si vedrà a breve, la sua peculiarità, direttamente conseguente dalla

del legislatore delegato del 2018, guardava anche al futuro, preoccupandosi di assegnare il lavoratore detenuto a una attività lavorativa che potesse svolgere anche una volta terminata l'espiazione della pena.

[50] M. Isceri, *Verso la "normalizzazione" del lavoro penitenziario. Spunti critici*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre 2018, 13, osserva che «è il lavoro che disvela l'essere umano e lo rende davvero se stesso, aiutandolo a rintracciare dentro di sé quelle che sono le strutture sociali disconosciute con l'atteggiamento criminoso».

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

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

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

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

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

limitazione della libertà personale cui è sottoposto il lavoratore; ma ha inteso – correttamente – rendere il lavoro penitenziario pienamente equiparabile al lavoro libero, con i soli condizionamenti (quando inevitabili) derivanti dalla condizione carceraria.

D'altra parte, non solo è costituzionalmente necessario che il lavoro penitenziario rifletta quanto più possibile il lavoro libero, perché la forza del principio lavorista e l'assenza in Costituzione di qualsivoglia differenziazione tra lavoratori e lavoratori-detenuti pretendono che le limitazioni ai diritti di questi ultimi siano esclusivamente, appunto, quelle derivanti dallo stato di detenzione e dalle esigenze custodiali; ma se il lavoro deve avere realmente valenza rieducativa, è allora altrettanto costituzionalmente necessario che esso sia svolto secondo le modalità e con le tutele riconosciute al lavoratore libero, poiché è solo così che il detenuto può riconoscere se stesso quale lavoratore e può percepire la prestazione lavorativa non già come una distrazione dalla alienante monotonia della vita carceraria, ma quale attività funzionale a un suo effettivo reinserimento sociale[56]. Ponendosi in questa prospettiva, appare dunque essenziale che «rieducazione e lavoro si sovrappongano, offrendo al detenuto-lavoratore la stessa ricchezza di nutrimento politico che deriva al lavoratore libero "dall'essere proletario all'interno del meccanismo produttivo", e dalla conseguente acquisizione di una coscienza di classe, di per sé maturante»[57].

3.1. Segue. *Meglio tardi che mai: il lavoro non è (più) un obbligo*

Si è già accennato alla circostanza per cui l'o.p., pur nel delineato quadro di tendenziale assimilazione del lavoro penitenziario al lavoro libero, tiene conto – e non poteva essere altrimenti – della

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

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

"specialità" del lavoro dei detenuti[58], correlata allo *status* del lavoratore, al contesto in cui la prestazione lavorativa viene eseguita, alla convivenza del rapporto punitivo con quello di lavoro, delle esigenze rieducative con quelle di sicurezza[59].

Su uno degli elementi di "specialità" – il «requisito antiquato»[60] della obbligatorietà del lavoro – è intervenuto il legislatore delegato del 2018, opportunamente abrogando l'originario art. 20, comma 3, o.p., che per l'appunto qualificava come obbligatorio il lavoro per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro.

Diverse erano state, in dottrina, le valutazioni sull'originaria previsione dell'o.p.

Secondo alcuni, l'obbligo, pur presentato sotto diverse spoglie, non differiva da quello che caratterizzava il lavoro carcerario pre-repubblicano, confermandone pertanto la natura afflittivo-espiativa, nonostante la «tranquillizzante affermazione» secondo cui esso non ha carattere afflittivo (art. 20, comma 2, o.p.)[61].

V'era, poi, chi poneva in evidenza come «tale connotato non [dovesse] essere considerato isolatamente, ma [andasse] ricondotto all'interno di una regolamentazione che è inequivocabile nell'assegnare al lavoro una valenza rieducativa»[62]. In questa ottica, l'obbligatorietà del lavoro avrebbe trovato giustificazione in quanto «veicolo di integrazione sociale [al quale] è comunque riconosciuta una capacità di promozione del soggetto, per così dire, oggettiva e de-ideologizzata, che ne fa il cardine insopprimibile di qualsiasi tecnica di reinserimento sociale»[63].

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

[59] In questi termini, da ultimo, I. Piccinini, *Il lavoro dei detenuti: riflessioni introduttive*, in *legislazionepenale.eu*, 12 novembre 2018, 3.

[60] P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre 2018, 4.

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

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

[63] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 163 s. V. altresì G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento*, cit., 140 ss.; M. Bortolato, *Lavorare*, cit., 103 s.

Altri, infine, rilevavano come l'obbligatorietà fosse bidirezionale, nel senso che l'o.p. non si limitava a sancire che i detenuti sono tenuti a lavorare, ma poneva (e, come a breve si dirà, pone) in capo all'amministrazione penitenziaria, salvo i casi di impossibilità, l'onere di metterli in condizione di assolvere a tale obbligo, con la conseguenza che il lavoro dovrebbe essere qualificato come diritto, prima ancora che come dovere[64].

Quest'ultima prospettiva era l'unica che consentiva di interpretare in senso conforme a Costituzione l'obbligo di lavorare, poiché lo riconduceva sotto il binomio *diritto-dovere*[65] di cui all'art. 4 Cost. che, come si è visto, al diritto al lavoro affianca il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società[66]. Solo se intesa quale doverosità, all'obbligatorietà poteva riconoscersi una natura del tutto diversa da quella, afflittiva e tipica del *lavoro forzato*[67], propria del lavoro carcerario pre-costituzionale – radicalmente incompatibile con i

[64] E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 164 s.; M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 295 ss.; M.G. Coppetta, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 886; V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario: aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, 2008 (disponibile *online* su *altrodiritto.unifi.it*), cap. 2, § 2; V. Lamonaca, *Il lavoro penitenziario: diritto vs obbligo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* 2009, 70 ss.; M. Bortolato, *Lavorare*, cit., 104 s.

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

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

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

principi della Costituzione repubblicana[68] – senza peraltro porsi in contraddizione con la facoltatività e la volontarietà che caratterizzano il trattamento penitenziario[69].

L'avvenuta abrogazione della obbligatorietà non può, allora, che essere salutata con favore[70], perché elimina una *nota stonata* dal *tema* del lavoro penitenziario, che soltanto con il richiamato sforzo ermeneutico poteva essere posta in *armonia* con lo *spartito* costituzionale: «il lavoro penitenziario non può essere considerato obbligatorio senza deformare la nozione moderna di "rieducazione", d'impronta personalistica, fondata sulla spontaneità; una rieducazione che mai si impone al detenuto ma sempre gli è 'offerta', ed ha bisogno della sua adesione»[71]. Non può non osservarsi, peraltro, che l'abrogazione dell'originario art. 20, comma 3, o.p. non è stata accompagnata né dall'espunzione dell'obbligo di lavoro dagli artt. 22, 23 e 25 del codice penale, né dalla soppressione di analogo obbligo previsto dall'art. 50 reg. e delle sanzioni disciplinari comminabili in caso di volontario inadempimento di obblighi lavorativi (art. 77, comma 1, n. 3, reg.)[72]: si tratta, peraltro,

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

[69] Era questa la posizione che avevo ritenuto di condividere in *Lavorare come se liberi*, cit.

[70] Analogamente A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2018; D. Di Cecca, *Il lavoro*, in *Riforma ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Torino, 2019, 60; A. Alcaro, *Aspetti giuslavoristi della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *bollettinoadapt.it*, 19 novembre 2018. Di recente, aveva auspicato il superamento della obbligatorietà anche C. Cordella, *Il lavoro in proprio nelle carceri*, in *Il lavoro dei detenuti*, a cura di M.G. Mattarolo e A. Sitzia, Padova, 2017, 72 ss.

[71] P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, cit., 3.

[72] Sia consentito notare, peraltro, che tale ultima disposizione regolamentare doveva considerarsi illegittima già prima della recente riforma dell'o.p.: la possibilità di

di incoerenze che mi pare possano essere agevolmente risolte sul piano ermeneutico, dovendosi considerare tacitamente abrogate le disposizioni del codice penale e, se non del pari abrogate[73], certo illegittime le disposizioni regolamentari[74].

Corretta – sul piano costituzionale – appare la scelta di procedere alla mera (e secca) abrogazione, senza sostituire l'obbligatorietà con qualificazioni del lavoro che avrebbero rischiato, paradossalmente, di rappresentare un passo indietro sul piano dell'attuazione dei principi costituzionali. Il riferimento è alla proposta, avanzata dal *Tavolo 8 – Lavoro e formazione* degli Stati generali dell'esecuzione penale, di considerare il lavoro come una "opportunità", in tal senso modificando le disposizioni dell'o.p. che lo

comminare sanzioni disciplinari per l'inadempimento di obblighi lavorativi si poneva, infatti, in palese contraddizione con la facoltatività e volontarietà del trattamento penitenziario. Il lavoratore-detenuto che non rispettasse (e non rispetti) gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro potrà certamente andare incontro alle sanzioni *ordinariamente* previste in caso di inadempienza da parte del lavoratore (artt. 2106 codice civile; art. 7 del c.d. Statuto dei lavoratori), ma non a sanzioni *altre e diverse*, connesse al suo *status* di detenuto: al più, l'inadempimento potrà essere considerato all'ora di valutare il percorso rieducativo e, dunque, in punto di accesso a benefici penitenziari o trattamentali (P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, cit., 4; V. Lamonaca, *Il lavoro penitenziario*, cit., 82). Discorso diverso, proprio per quanto qua si è detto, va fatto, invece, in relazione all'art. 53 reg., che prevede la possibilità per il direttore d'istituto – sentito il parere dei componenti del gruppo di osservazione, nonché, se del caso, del preposto alle lavorazioni e del datore di lavoro – di escludere dall'attività lavorativa il detenuto o l'internato che abbia manifestato un sostanziale rifiuto nell'adempimento dei suoi compiti e doveri lavorativi: si tratta, infatti, di un provvedimento conseguente alla violazione di obblighi derivanti dal rapporto di lavoro. Qualche perplessità può soltanto nutrirsi in relazione alla sua applicabilità anche con riferimento a rapporti lavorativi alle dipendenze di terzi, i quali dovrebbero rimanere regolati, anche per quest'aspetto, dalla disciplina comune.

[73] A seguire l'insegnamento di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. aggiornata da F. Crisafulli, Padova, 1993, 225, secondo cui «la idoneità della legge formale ad abrogare norme anteriori dello stesso grado comprende, come il più comprende il meno, la idoneità ad abrogare altresì norme poste da fonti che sono ad essa subordinate nel sistema».

[74] Secondo F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2018, 87 s., invece, la mancata soppressione dell'art. 50 reg. starebbe addirittura a significare che non è venuta meno la obbligatorietà del lavoro. A me pare, invero, che una volta espunta l'obbligatorietà del lavoro dalla legge che disciplina l'esecuzione penale, all'analoga disposizione regolamentare, tanto più in un ambito coperto da riserva assoluta di legge quale quello della libertà personale, venga radicalmente a mancare il fondamento legislativo.

consideravano un "obbligo" [75]: come è reso palese dalla relazione di accompagnamento, essa si poneva sulla scia dell'approvazione, nel 2015, della nuova versione delle *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (c.d. *Mandela Rules*)[76]. Eppure, considerare il lavoro penitenziario quale mera "opportunità", e non quale *diritto(-dovere)*, avrebbe rischiato di portarlo sotto il cono di luce del solo art. 27, terzo comma, Cost., così restringendolo nella sola dimensione rieducativa, quando invece esso è, sì, uno degli elementi del trattamento, ma rappresenta anche, forse soprattutto, la modalità attraverso cui la società libera entra in carcere e attraverso la quale il detenuto, in qualità di lavoratore, della società libera riesce ancora a sentirsi parte.

A tal proposito va osservato, inoltre, come a essere stato espunto dall'o.p. è l'obbligo del detenuto di lavorare, non anche l'obbligo per l'Amministrazione penitenziaria (ma, direi, per la Repubblica) di assicurarlo, secondo quanto espressamente prevede l'art. 15, comma 2, o.p. Non è aspetto di poco conto, perché – se non può che essere frutto della volontà del detenuto l'esercizio di attività lavorativa, anche quale adesione al trattamento penitenziario – il principio lavorista fa del lavoro un *diritto*, che per essere tale, nella società libera come nel carcere, ha bisogno dell'intervento dei pubblici poteri; d'altronde, è solo promuovendo condizioni che rendano effettivo il *diritto al lavoro* che può poi chiedersi al cittadino (e al detenuto) di essere partecipe della vita della comunità, adempiendo al *dovere* di concorrere al progresso materiale o spirituale della società di cui all'art. 4, secondo comma, Cost.

3.2. Segue. *Più lavori, un lavoro*

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

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

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

probabilmente, nell'impossibilità di garantire il diritto di scelta dell'attività lavorativa da parte del lavoratore-detenuto.

È l'amministrazione penitenziaria, infatti, ad assegnare al lavoro i detenuti, tenendo esclusivamente conto, come si è già accennato, dell'anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari e delle abilità lavorative possedute (art. 20, comma 5, lett. a). Le competenze lavorative del detenuto sono, dunque, un elemento tra quelli da prendere in considerazione, ma rimane pur sempre l'amministrazione, che opera attraverso l'apposita commissione (art. 20, comma 4)[77], a farsi carico dell'assegnazione, dopo aver formato due elenchi, uno generico e l'altro per qualifica (art. 20, comma 5, lett. a).

Non potrebbe davvero essere altrimenti. Come si è detto, l'equiparazione – sin dove possibile – tra lavoro penitenziario e lavoro libero deve necessariamente tenere conto delle limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti all'esecuzione della misura privativa della libertà personale, di modo che un ruolo significativo dell'amministrazione penitenziaria nel gestire la distribuzione del lavoro appare indispensabile. Semmai, la circostanza per cui l'o.p. prevede, quali criteri nell'assegnazione, non solamente quelli concernenti le attitudini professionali del lavoratore, ma anche l'anzianità di disoccupazione e i carichi familiari, è la spia – ma su questo specifico aspetto si avrà modo di tornare più avanti – di quanto complesso sia, nei fatti, cercare, creare e offrire possibilità di lavoro. Analoga spia è, poi, la previsione, frutto della novella del 2018, per cui la commissione deve stabilire criteri per l'avvicendamento nei posti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, nel rispetto delle direttive emanate dal dipartimento dell'amministrazione pe-

[77] Della commissione, la cui composizione e le cui competenze sono state oggetto di modifica con il d.lgs. n. 124/2018 (v. F. FIORENTIN, *La riforma*, cit., 89 s.), fanno parte il direttore o altro dirigente penitenziario delegato, i responsabili dell'area sicurezza e dell'area giuridico-pedagogica, il dirigente sanitario della struttura penitenziaria, un funzionario dell'ufficio per l'esecuzione penale esterna, il direttore del centro per l'impiego o un suo delegato, 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. Sulla mancata partecipazione di rappresentanti dei detenuti e esperienze in tal senso v., in questo Volume, T. GUARNIER.

nitenziaria (art. 20, comma 5, lett. c): si tratta di disposizione che prende atto di quella prassi che, nella penuria di offerta di lavoro ai detenuti, dà vita a un «*turn over* fibrillante»[78], volto ad avvicendare i lavoratori-detenuti sul medesimo posto di lavoro, così da dare un *poco* a *più* (e comunque non a tutti)[79].

L'inevitabilità del ruolo dell'amministrazione penitenziaria nell'assegnazione al lavoro è determinata, ad ogni modo, anche dal fatto che il detenuto può essere chiamato a svolgere la prestazione lavorativa all'interno dell'istituto penitenziario o all'esterno dello stesso[80], con una chiara incidenza sull'esecuzione della pena[81].

Il lavoro intramurario è, per così dire, la modalità tradizionale di svolgimento di attività lavorativa da parte dei detenuti e può avere come datore di lavoro tanto l'amministrazione penitenziaria[82], quanto imprese pubbliche o private[83]. Tale aspetto potrebbe anche non essere, a prima vista, di scarsa rilevanza, poiché sol-

[78] P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, cit., 2.

[79] La novella è vista con favore, perché assicura trasparenza e imparzialità alla pratica della rotazione, da F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 90. A me pare, invero, il (brutto) segno di una "rassegnazione" del legislatore allo stato delle cose.

[80] Il lavoro autonomo – ovvero quello diretto allo svolgimento di attività artigianali, intellettuali e artistiche, per le quali il detenuto abbia mostrato attitudine – può essere svolto tanto all'interno dell'istituto (art. 20, comma 11, o.p.), quanto all'esterno (art. 48, comma 12, reg.). Sul punto v. C. Cordella, *Il lavoro in proprio*, cit. 63 ss.

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

[82] Il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria consiste, per lo più, in tre diversi tipi di attività: quelle necessarie per l'andamento e il mantenimento dell'istituto penitenziario (cc.dd. servizi d'istituto, quali addetto alle pulizie, portavitto, addetto alla cucina, lavandaio etc.); lavorazioni industriali per la produzione di beni necessari per l'arredamento degli istituti; lavoro agricolo funzionale alla produzione di beni alimentari, normalmente consumati all'interno dei medesimi istituti (cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 23 ss.). Il d.lgs. n. 124/2018 ha introdotto la possibilità (art. 20, comma 9) che l'amministrazione penitenziaria, oltre a vendere all'esterno i prodotti delle lavorazioni penitenziarie, renda servizi attraverso l'impiego di prestazioni lavorative dei detenuti e degli internati a prezzo pari o anche inferiore al loro costo.

[83] Il d.lgs. n. 124/2018 ha riformulato il previgente art. 20, comma 13, o.p. (ora comma 8), con l'obiettivo di aumentare la possibilità di stipula di convenzioni tra l'amministrazione penitenziaria e soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire opportunità di lavoro ai detenuti.

tanto nel secondo caso il rapporto di lavoro trova indubbiamente origine in un contratto. Nel primo caso, invece, incerta è la fonte della prestazione lavorativa: venuta meno, con la riforma del 2018, l'obbligatorietà del lavoro – e definitivamente ancorata la retribuzione ai contratti collettivi, seppur con una dubbia deroga di cui si dirà – sembra potersi affermare che l'instaurazione del rapporto di lavoro con l'amministrazione penitenziaria non è più determinato dalla legge, ma deve del pari nascere con la stipula di un ordinario contratto[84].

Ad ogni modo, già da tempo si è messo in luce che, anche a voler ritenere che quello alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria sia un rapporto di lavoro non privatistico, ma di diritto pubblico[85], il lavoro intramurario ha sempre natura di lavoro subordinato, poiché se ne riscontrano gli elementi tipici: l'obbligo di una prestazione di fare, la subordinazione (esecuzione della prestazione alle dipendenze e sotto la direzione della controparte datrice di lavoro)[86], la collaborazione (obbligo giuridico di eseguire la prestazione lavorativa con diligenza e in obbedienza al datore di lavoro), la continuità o disponibilità nel tempo del prestatore

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

[85] Per potere continuare a sostenere questa posizione anche all'indomani della riforma del 2018 si potrebbe essere portati a fare leva, oltre che sulla "specialità" del lavoro penitenziario, specie intramurario, complessivamente derivante dall'o.p., sulla specifica circostanza che i detenuti sono *assegnati* al lavoro e possono essere avvicendati sul medesimo posto di lavoro dall'amministrazione penitenziaria: a me pare, tuttavia, che questi sono sì aspetti derogatori della disciplina comune, ma che non consentano di affermare che il rapporto di lavoro trova la sua fonte direttamente nella legge. Altrimenti detto, le deroghe al *comune* diritto del lavoro poste dall'o.p. valgono a rendere "speciale" il lavoro penitenziario, ma non per ciò escludono che la *fonte* del rapporto di lavoro, venuto meno l'obbligo di lavorare in capo al detenuto, debba rinvenirsi nella stipula di un *contratto*, eventualmente con *forme* altrettanto "speciali", frutto dell'accordo tra le parti: del resto, l'amministrazione penitenziaria potrà oggi *assegnare* al lavoro soltanto i detenuti che decidano di lavorare.

[86] Si è in proposito di recente osservato che «siamo di fronte non solo ad una subordinazione tecnico-funzionale ma anche ad una debolezza per così dire esistenziale» (I. PICCININI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., 2).

all'impresa altrui, l'onerosità (consistente nella remunerazione)[87]. Ne consegue che il lavoratore-detenuto che svolge la propria attività all'interno dell'istituto penitenziario gode, quale che sia il datore di lavoro, di tutte le tutele riconosciute al lavoratore subordinato: il che, d'altro canto, non è che una diretta conseguenza del fatto che il lavoro penitenziario deve essere considerato *lavoro in senso stretto*, tutelato «in tutte le sue forme e applicazioni», come recita l'art. 35, primo comma, Cost.

Quanto, invece, al lavoro all'esterno – cui tutti i detenuti possono essere assegnati, l'o.p. prevedendo soltanto che i responsabili dei reati più gravi o che sono stati condannati all'ergastolo possano accedervi unicamente a seguito dell'espiazione di una parte della pena (art. 21, comma 1) – si è magistralmente osservato come esso sia «lo strumento più idoneo tanto per sconfiggere l'ideologia segregativa del carcere, quanto per dare un contenuto non mistificatorio al dettato costituzionale che vuole la pena rieducativa»[88]. È intuitivo, infatti, che se – come lo stesso art. 20, comma 3, o.p. impone – il lavoro penitenziario deve riflettere organizzazione e metodi del lavoro libero, allora è l'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dell'istituto, nella comunità sociale e "gomito a gomito" con lavoratori liberi, la modalità che assicura «il minor scarto possibile con il lavoro "libero"»[89], ove pertanto massima è la «valenza risocializzante»[90] di un lavoro svolto da lavoratore in una «totale immersione […] nell'ambiente lavorativo libero»[91]. È evidente, peraltro, che per il lavoro all'esterno non si pone certo la questione della fonte del rapporto di lavoro, avendo quest'ultimo, indubbiamente, natura privatistica ed essendo riconducibile al rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2094 c.c.

Intramurararia o extramuraria può essere, altresì, la partecipazione a corsi di formazione professionale (art. 20, comma 1, e

[87] V., tra i tanti, F. Della Casa, *Ordinamento*, cit., 803; V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit., § 5; M.R. Marchetti, *Art. 20*, cit., 297 s.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 175 s.; S. Kostoris, *Lavoro penitenziario*, cit., 750; M. Isceri, *Verso la "normalizzazione"*, cit., 13 ss.

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

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

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

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

21, comma 4-*bis*, o.p.), con la cui possibilità, quasi a chiudere il cerchio, si conferma la centralità del lavoro ai fini del reinserimento sociale – durante l'espiazione della pena, per consentirne la riuscita al termine – dei detenuti. Anche in tal caso, il legislatore ha inteso garantire una tendenziale equiparazione alla formazione professionale che si svolge nella società libera, dal momento che ai detenuti frequentanti è garantita «la tutela assicurativa e ogni altra tutela prevista dalle disposizioni vigenti in ordine a tali corsi» (art. 20, comma 13).

L'o.p., in ciò adeguandosi alle «coordinate costituzionali»[92], ha dunque aperto le porte del carcere al principio lavorista accolto in Costituzione, offrendo, pur secondo aspetti di "specialità" e modalità diverse, un «ventaglio di opportunità»[93] le quali finiscono per delineare *un* lavoro penitenziario tendenzialmente equiparabile al lavoro nella società libera.

4. *Corte costituzionale e diritti dei detenuti lavoratori. Una nuova* quaestio legitimitatis *in tema di retribuzione?*

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

Il primo di questi è quello concernente la retribuzione riconosciuta al lavoratore-detenuto per l'attività lavorativa prestata. Se, infatti, l'art. 20, comma 2, o.p. stabilisce che il lavoro è remunerato[94], l'art. 22 o.p. dispone che «la remunerazione per ciascuna categoria di detenuti e internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è stabilita, in relazione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, nella misura fissa pari ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di la-

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

[93] M.R. MARCHETTI, *Art. 20*, cit., 307.

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

voro». L'attuale formulazione è frutto della novella legislativa del 2018 che è intervenuta sul testo dell'o.p., da un lato, sostituendo l'«obsoleto»[95] termine "mercedi"[96] con "remunerazione"[97] e, dall'altro, sopprimendo la apposita commissione che, secondo la normativa previgente, doveva equitativamente stabilire, in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro, il compenso per la prestazione dell'attività lavorativa.

La originaria previsione legislativa, che peraltro era rimasta congelata per decenni[98], era stata oggetto di diffuse e condivisibili critiche[99]. È innegabile che, anche solo volendo rimanere in un'ottica ancorata al solo art. 27, terzo comma, Cost., «la valenza rieducativa del lavoro viene meno se la retribuzione è significativamente sproporzionata per difetto rispetto alle prestazioni lavorative»[100], perché in tal modo al detenuto è impedito di riconoscersi lavoratore all'interno della comunità sociale. Se, poi, si tiene a mente la bussola che deve orientare le riflessioni in tema di lavoro penitenziario – ovvero, che quest'ultimo, proprio perché *lavoro*, gode di tutte le tutele costituzionali, salvi solo i limiti derivanti dalla condi-

[95] F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 97.

[96] Sulla assai infelice scelta di tale termine v. le considerazioni di G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 3. Nel disegno del legislatore del 1975, peraltro, all'istituto della mercede si affiancava quello della remunerazione, poi abrogato con la c.d. legge Gozzini: per una ricostruzione del rapporto tra detti istituti, v. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 173 ss.

[97] La novella ha altresì espressamente disposto che il *quantum* retributivo ridotto rispetto al lavoro libero vale soltanto per il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Già la dottrina (riferimenti in M.R. Marchetti, *Art. 22*, cit., 337 s.) e poi la Corte costituzionale con la sentenza n. 1087 del 1988 erano arrivate al medesimo approdo in via interpretativa.

[98] L'importo delle retribuzioni è rimasto quello stabilito nel 1993 per ben ventiquattro anni, visto e considerato che è stato aggiornato soltanto nel 2017: una intollerabile inerzia dell'amministrazione penitenziaria, che ha prodotto per i detenuti un vero e proprio «danno contributivo» (G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 22), poiché evidentemente le tutele previdenziali sono proporzionate alla retribuzione effettivamente percepita.

[99] V., ad esempio, S. Kostoris, *Lavoro penitenziario*, cit., 750 s.; G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 152 ss.; M.N. Battini, *Lavoro carcerario*, cit., 2; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 173 ss.; M.R. Marchetti, *Art. 22*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento*, cit., 334 ss.; G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 13 ss.; M. Bortolato, *Lavorare*, cit., 105 s.

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

zione detentiva – doveva dubitarsi della conformità di quel meccanismo ai principi costituzionali e, in particolare, al «principio che la retribuzione deve essere commisurata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto; principio che assume come punto di riferimento, in sostanza, la capacità del lavoratore, e vieta che se ne possano assumere altri, tali da istituire, fra lavoratore e lavoratore, disparità inaccettabili»[101].

La novella legislativa – che determinando la misura della retribuzione in un *quantum* fisso, a differenza della precedente previsione che *consentiva* la riduzione ma non la *imponeva*, mi pare aumenti, sul punto, il «significativo *discrimen* tra lavoro penitenziario e lavoro libero»[102] – troverebbe ragion d'essere nella eliminazione dei ritardi verificatisi nella prassi nella determinazione del *quantum* retributivo e, soprattutto, "copertura costituzionale" nella sentenza n. 1087 del 1988 della Corte costituzionale[103].

Effettivamente, quando fu sollevata questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., del previgente art. 22 o.p., la Corte costituzionale la dichiarò non fondata. Il giudice costituzionale affermò – facendo leva sulle «peculiarità che incidono profondamente sulla struttura del rapporto [di lavoro] e sui suoi elementi essenziali» e pur affermando che esso deve «essere protetto specie alla stregua dei precetti costituzionali (artt. 35 e 36 Cost.)» – che la norma impugnata, laddove prescriveva che il trattamento retributivo minimo non possa essere inferiore ai due terzi del salario fissato dai contratti collettivi, trovava giustificazione nella circostanza per cui «l'amministrazione non si prefigge né utili né guadagni; si avvale di una mano d'opera disorganica, a volte non qualificata, disomogenea, variabile per le punizioni ed i trasferimenti da stabilimento a stabilimento; i prodotti non sono

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

[102] M. Isceri, *Verso la "normalizzazione"*, cit., 11.

[103] In questi termini è espressamente la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo trasmesso dal Governo alle Camere il 23 marzo 2018. In dottrina, v. A. Della Bella, *Riforma*, cit., 4 e F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 97. In tema di retribuzione neppure sussistono vincoli internazionali: la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti affermato, anche alla luce delle *European Prison Rules* del 2006, che, perché non sia in contrasto con la CEDU, la retribuzione dei detenuti deve essere equa (cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 7 ss.).

sempre curati e sempre rifiniti; essi, il più delle volte, si vendono sottocosto». Detto altrimenti, secondo la Corte la "specialità" del lavoro intramurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria rendeva costituzionalmente tollerabile una riduzione rispetto alla normale retribuzione riconosciuta al lavoratore libero per la medesima prestazione, perché «trattasi solo di una determinazione nel minimo, mentre non può escludersi l'osservanza del criterio della relazione con la quantità e la qualità del lavoro prestato e nemmeno possono trascurarsi, secondo il precetto costituzionale, i bisogni della famiglia di chi lavora»; è soltanto necessario che essa non sia «di gran lunga inferiore», poiché altrimenti «sarebbe certamente diseducativa e controproducente», nel qual caso, peraltro, il lavoratore poteva sempre adire il giudice del lavoro, chiedendo la disapplicazione dell'atto determinativo della mercede adottato in violazione degli artt. 35 e 36 Cost.

Al netto di alcuni accenti forse infelici della motivazione [104], a me non pare che la decisione della Corte consenta di ritenere compatibile con il quadro costituzionale il nuovo art. 22 o.p., per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, la norma allora impugnata, come ho già messo in luce, *consentiva* la riduzione senza *imporla*[105] ed è con riferimento a tale meccanismo che il giudice delle leggi ebbe a pronunciarsi. In secondo luogo, e soprattutto, è la stessa Corte a rilevare, per un verso, che quella formulazione non

[104] Alludo ai riferimenti alla scarsa produttività e professionalità del lavoro dei detenuti, quasi essa sia un connotato ineliminabile del lavoro penitenziario, quando essa è una disfunzione cui la Repubblica non deve rassegnarsi, essendo invece tenuta, secondo quanto previsto dall'art. 35, secondo comma, Cost., a curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. L'amministrazione penitenziaria, in attuazione della Costituzione e dell'o.p., è dunque obbligata a (e i detentori dell'indirizzo politico devono metterla in grado di) organizzare forme di lavoro qualificato e professionalizzante per i detenuti e non può – non deve – assecondare un lavoro penitenziario che, più che evitare l'emarginazione del lavoratore-detenuto dalla società libera e consentirne il progressivo reinserimento sociale, si limiti a combattere la (supposta) tendenza all'ozio dei soggetti reclusi.

[105] In passato si era messo in luce che il meccanismo di cui all'art. 22 o.p. aveva «agganciato la mercede ai contratti collettivi di lavoro, impedendo così che il passare del tempo acuis[se] la "distanza" rispetto ai lavoratori liberi» (M.R. MARCHETTI, *Art. 22*, cit., 336). La novella legislativa fa sì che la "distanza" sia oggi fissa, quindi certo non potrà "acuirsi" col tempo; purtuttavia, la previgente formulazione consentiva anche che la "distanza" potesse essere accorciata, quando non del tutto annullata, il che oggi è legislativamente impedito.

escludeva l'osservanza del criterio della relazione con la quantità e la qualità del lavoro prestato di cui all'art. 36, primo comma, Cost., oggi invece negata dalla determinazione fissa della retribuzione[106]; per un altro, riconoscendo la possibilità per il lavoratore-detenuto di adire il giudice del lavoro, al quale chiedere la disapplicazione dell'atto determinativo della retribuzione ove in violazione dell'art. 36 Cost., strada oggi divenuta impraticabile perché porterebbe alla disapplicazione della legge.

Il nuovo art. 22 o.p. presenta dunque seri dubbi di legittimità costituzionale[107] perché, anche più del suo antecedente[108], delinea un quadro in tema di retribuzione che sembra essere «agli antipodi riguardo a posizioni soggettive qualificabili in termini di "diritto"»[109], nonostante il lavoro penitenziario, anche quello intramurario, «fino a prova contraria, è faticoso né più né meno di quello "libero"»[110]. Una effettiva equiparazione al lavoro nella società libera passa allora necessariamente per la dichiarazione d'incostituzionalità della riduzione della retribuzione di 1/3 rispetto al salario fissato dai contratti collettivi, almeno per la parte in cui non consente all'amministrazione penitenziaria e, in subordine, al giudice del lavoro di riconoscere al lavoratore-detenuto, in ragione della quantità e della qualità del lavoro prestato, la medesima retribuzione che sarebbe riconosciuta al lavoratore libero[111]. Ciò tanto più ove si consideri che alla riduzione di 1/3 del trattamento economico previsto dai contratti collettivi deve aggiungersi il prelievo delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno da reato e di rimborso delle spese di giustizia, restando impignorabile una

[106] Non varrebbe osservare che pure il testo vigente dell'art. 22 o.p. ribadisce l'osservanza del principio costituzionale: davvero resta oscuro come questo possa operare se la misura della retribuzione è legislativamente predeterminata.

[107] Analogamente, A. Alcaro, *Aspetti giuslavoristi*, cit., 5.

[108] Per alcuni spunti che avrebbero consentito alla Corte, a mio parere, di superare il precedente del 1988, v., se si vuole, *Lavorare come se liberi*, cit.

[109] Così già G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 153.

[110] M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 143.

[111] In questa prospettiva, la Corte potrebbe agevolmente fare leva sulla sua giurisprudenza che, negli ultimi anni, più volte ha reputato costituzionalmente illegittimi automatismi legislativi che impedivano al giudice di valutare il caso concreto: cfr., per tutti, L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *gruppodipisa.it*, 18 settembre 2014.

quota pari a 3/5 (art. 24 o.p.), nonché quanto dovuto per il rimborso delle spese di mantenimento (art. 2 o.p.)[112]: il che non fa che ulteriormente aumentare il rischio di una violazione del principio costituzionale dell'equa retribuzione[113].

La scarsità delle risorse, l'impossibilità (di fatto, non di diritto) di garantire una equa retribuzione, le variegate realtà del carcere sul territorio nazionale non sono ragioni *costituzionalmente valide* per non applicare ai lavoratori-detenuti, quando non ricorrono le condizioni che lo giustificano, le norme costituzionali che tutelano il lavoro in tutte le sue forme. Se, poi, dietro alla riduzione *ex lege* della retribuzione si cela la convinzione che il lavoro dei detenuti sia scarsamente produttivo e professionale, la *soluzione* è quella della formazione professionale e dell'uso di contratti giuslavoristici volti a *formare* i lavoratori, non quella della retribuzione decurtata per attività lavorativa pari a quella *libera*, come se i lavoratori-detenuti fossero *figli di un Dio minore*.

4.1. Segue. *Uno sviluppo felice: il diritto alle ferie*

Dove invece il legislatore è opportunamente intervenuto, seppur con anni di ritardo, è in tema di diritto alle ferie annuali retribuite, diritto cui neppure il lavoratore, secondo quanto previsto dall'art. 36, terzo comma, Cost., può rinunciare: aprioristicamente escluso dal testo originario dell'art. 20 o.p., il quale garantiva il solo riposo festivo (comma 17), la novella legislativa del 2018 l'ha espressamente previsto al nuovo comma 13.

Si tratta, peraltro, di un intervento legislativo volto a colmare una lacuna *già colmata* dalla Corte costituzionale. L'omissione legislativa era stata dichiarata costituzionalmente illegittima, infatti, già dalla sentenza n. 158 del 2001, con un percorso motivazionale che, quasi a porre un «archetipo» del bilanciamento che il

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

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

legislatore deve operare quando limita i diritti dei detenuti[114], è felicemente condizionato dal principio lavorista e dalla correlata esigenza costituzionale che le differenziazioni tra lavoro penitenziario e lavoro libero siano esclusivamente quelle necessariamente determinate dalla condizione detentiva[115].

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

Ciò premesso, il giudice costituzionale ha con estrema chiarezza affermato che «il diritto al riposo annuale integra appunto una di quelle "posizioni soggettive" che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione»[116], diretto come è a soddisfare primarie esigenze del lavora-

[114] In questi termini S. TALINI, *La privazione*, cit., 200.

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

[116] D'altra parte, come era stato già per tempo osservato, il diritto a usufruire

tore-detenuto quali, in primo luogo, la reintegrazione delle energie psicofisiche. Non disconosce la Corte che proprio le peculiarità del lavoro penitenziario necessariamente comportano che le modalità (di forme e tempo) di godimento delle ferie, dedicate al riposo o ad attività alternative esistenti in carcere, devono essere compatibili con lo stato di detenzione, potendo peraltro diversificarsi[117] a seconda che il lavoro sia intramurario o si svolga all'esterno del carcere: ma «altro è sostenere l'esigenza di una "differenziazione di modalità" nella fruizione di un diritto in ragione dello stato detentivo del suo titolare, altro è non garantire un diritto, pur riconosciuto dalla Costituzione "senza distinzioni di sorta", per il solo fatto della sussistenza dello stato detentivo»[118], quando invece un periodo di astensione dall'attività lavorativa è «liberamente fruibile nei limiti imposti dalla presenza forzosa nello stabilimento carcerario»[119].

4.2. Segue. *Che non si torni indietro! La tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto*

«Ideale "seguito"»[120] della sentenza n. 158 del 2001, la sentenza n. 341 del 2006 – a ulteriore conferma della necessità costitu-

delle ferie annuali fa parte del contenuto minimo di qualsivoglia rapporto di lavoro «proprio in ragione della sua *ratio* politica perfettamente omogenea a quella sottesa alla disciplina dell'orario di lavoro e del riposo festivo: la reintegrazione psico-fisica dell'uomo che lavora» (U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro dietro le sbarre*, in *Politica del diritto*, 1974, 215).

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

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

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

[120] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 22. Sul legame tra le motivazioni delle pronunce del giudice delle leggi v. anche S. Talini, *La privazione*, cit., 198 ss.

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

Tale disposizione era stata ritenuta dalla Corte di cassazione derogatoria della competenza del giudice del lavoro, in ragione della giurisdizionalizzazione, operata con la c.d. legge Gozzini, della procedura di reclamo di cui all'art. 14-*ter* o.p.: quest'ultimo, difatti, allora prevedeva un giudizio rispettoso, secondo il giudice della nomofilachia, del diritto di difesa, che si concludeva con ordinanza ricorribile per cassazione[121]. In particolare, la Suprema Corte ebbe ad affermare che le diversità strutturali tra detto procedimento e il rito del lavoro, «una volta assunta la natura giurisdizionale quale minimo denominatore comune di entrambi, non escludono la ragionevolezza della previsione di una diversa competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario, date le peculiarità del relativo rapporto»[122].

Questa giurisprudenza di legittimità – la quale peraltro si caratterizzava per porre in essere una «decisa inversione di tendenza»[123] rispetto a un passato orientamento giurisprudenziale che, invece, aveva ritenuto competente a conoscere delle relative controversie il pretore in funzione di giudice del lavoro[124] – aveva destato perplessità in dottrina: sia perché non pochi erano i dubbi di compatibilità del procedimento previsto dall'o.p. con il principio costituzionale del contraddittorio tra le parti (art. 111, secondo comma, Cost.)[125]; sia perché rispondeva «ad una logica

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

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

[123] M.R. MARCHETTI, *Art. 20*, cit., 299.

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

[125] In particolare: perché il reclamante poteva presentare memorie, ma non parte-

di "separazione" delle vicende che riguardano il detenuto rispetto alle "vicende" che possono riguardare il cittadino "libero"»[126]; sia perché, infine, veniva meno per i detenuti, soggetti "deboli" per definizione, quella particolare tutela processuale che al soggetto "debole" del rapporto di lavoro è riconosciuta dalla disciplina del rito lavoristico[127].

Il giudice delle leggi, con la sentenza del 2006, coglie e sanziona la «inadeguatezza strutturale»[128] del procedimento di cui all'o.p., tutto imperniato sul magistrato di sorveglianza «in omaggio ad una concezione spaziale e non funzionale»[129] della sua competenza. La Corte costituzionale rileva, infatti, da un lato, che la procedura camerale «non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori», essendogli consentito soltanto un contraddittorio cartolare e inibita la diretta partecipazione al processo; dall'altro, che neppure «assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (…) resta addirittura escluso dal contraddittorio», pur dovendo rispondere, eventualmente, della lesione dei diritti spettanti al lavoratore-detenuto.

In tal modo, la previsione dell'esclusiva competenza del magistrato di sorveglianza veniva a creare una «irrazionale ingiustificata discriminazione» tra lavoratori-detenuti e lavoratori liberi, perché

cipare personalmente all'udienza né essere sentito; perché il procedimento si svolgeva in camera di consiglio, con la partecipazione di difensore e pubblico ministero, ma senza quella dell'amministrazione penitenziaria, che non assumeva la veste di parte; perché l'ordinanza che chiude il procedimento non era ricorribile in appello, come invece le pronunce di primo grado nel rito del lavoro: cfr. F. Modugno, M. Ruotolo, *Una discutibile soluzione della Cassazione in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur. it.*, 2001, 1098 ss.

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

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

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

[129] F. Dal Canto, *Sulla tutela dei diritti dei detenuti lavoratori*, in *Quad. cost.*, 2007, 370. V. anche F. Marinelli, *Il lavoro dei detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria*, in *Il lavoro dei detenuti*, cit. 59, la quale osserva che la Corte ha finalmente anteposto «la dimensione lavorativa del detenuto rispetto a quella di 'cattività'».

non necessaria «per mantenere integre le modalità essenziali di esecuzione della pena, e per assicurare […] le corrispondenti esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria». Gli eventuali problemi di carattere organizzativo derivanti dalla piena garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa, infatti, «possono essere affrontati e risolti in modo razionale dall'amministrazione penitenziaria, senza che sia indispensabile attuare per legge il sacrificio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

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

Così, all'indomani dell'adozione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10 – con il quale, per quel che ora interessa, è stato inserito nell'o.p. l'art. 35-*bis*, recante la disciplina del «reclamo giurisdizionale» – l'applicabilità o meno della ordinaria disciplina processuale a tutela dei diritti dei lavoratori è tornata d'attualità. Si è infatti sostenuto che, per la successione delle leggi nel tempo, l'innovazione legislativa – prevedendo che sia il magistrato di sorveglianza a conoscere delle inosservanze da parte dell'amministrazione penitenziaria dell'o.p. o del reg. dalle quali derivi «un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti» – avrebbe riportato in capo a detto magistrato la competenza in materia di lavoro penitenziario, poiché la nuova procedura di reclamo sarebbe strutturata in modo tale da superare i rilievi mossi dalla «apparentemente garantista» sentenza n. 341 del 2006[130]; né sarebbe d'ostacolo la perdurante impossibilità per il terzo datore

[130] Cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 20 s., del quale anche la cit. nel testo. L'A. pone alla base della propria lettura anche valutazioni circa le difficoltà di accesso, in concreto, al giudice del lavoro da parte dei detenuti: difficoltà di fatto cui legislatore e amministrazione, ciascuno per la propria parte, debbono senz'altro ovviare, ma che

di lavoro di partecipare al giudizio, poiché la deroga alla competenza del giudice del lavoro varrebbe per i soli rapporti di lavoro instaurati con l'amministrazione penitenziaria, non anche per quelli intercorrenti con privati[131].

Tale soluzione ermeneutica non appare, tuttavia, costituzionalmente orientata[132]. Non solo perché, a dispetto del principio costituzionale del contraddittorio tra le parti fatto valere dalla Corte con la sentenza del 2006, l'amministrazione penitenziaria, secondo quanto previsto dalla norma *de qua*, ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste ma non necessariamente deve essere presente o rappresentata in udienza[133]; ma, soprattutto, perché verrebbe negato al lavoratore-detenuto, senza che vi siano ragioni costituzionalmente apprezzabili che lo giustifichino, l'accesso a un giudice specializzato in materia lavoristica, il quale con la propria professionalità conosce delle relative controversie, vertenti anche su aspetti non disciplinati dall'o.p. o dal reg. ma pur applicabili al lavoratore-detenuto[134], per mezzo di un procedimento *ad hoc* a tutela del lavoratore quale soggetto "debole"[135].

Non varrebbe opporre, almeno a me pare, che il legislatore altro non ha fatto che esercitare la discrezionalità che pure la Corte costituzionale, nella sentenza del 2006, gli aveva riconosciuto. Depone in senso contrario, oltre a quanto si è ora detto in punto di contradditorio, la circostanza per cui il giudice delle leggi aveva fatto riferimento alla possibilità di prevedere peculiari «forme di svolgimento dei giudizi civili nascenti da prestazioni lavorative dei

non possono indurre a una lettura dell'o.p. che, come subito si vedrà nel testo, riconoscerebbe al lavoratore-detenuto una *minus* tutela rispetto al lavoratore libero.

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

[132] La giurisprudenza della Corte di cassazione pare orientata, almeno allo stato, a confermare la competenza del giudice del lavoro: cfr. Cass., sesta sez. civ. – L, ordinanza 8 maggio 2019, n. 12205.

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

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

[135] In termini analoghi ora anche M.Isceri, *Verso la "normalizzazione"*, cit., 13.

detenuti». Ebbene, il procedimento *ex* art. 35-*bis* o.p. non è certo un *giudizio civile*, come banalmente dimostra il fatto che esso si svolga ai sensi degli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale: il *dictum* della Corte deve essere inteso, almeno a me pare, come la possibilità, per il legislatore, di prevedere, all'interno del rito del lavoro, norme speciali che determinino un ragionevole bilanciamento tra le esigenze dell'organizzazione penitenziaria e la tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto.

5. *Il lavoro di pubblica utilità: attuazione o elusione costituzionale?*

L'impianto di fondo dell'o.p. e, soprattutto, la giurisprudenza costituzionale – la quale, facendo valere il principio lavorista, ha inteso opporre un «radicale rifiuto»[136] all'idea che il lavoro penitenziario sia fattore di ulteriore afflizione, dovendosi invece riconoscere che «alla soggezione derivante dallo stato di detenzione si affianca, distinguendosene, uno specifico rapporto di lavoro subordinato, con il suo contenuto di diritti […] e di obblighi»[137] – «hanno la forza delle cose sulle quali è impossibile non essere d'accordo, ma con ciò stesso rimandano alla verifica reale, come all'unica che permetta di scoprire il tasso di concretezza e di genuinità che è racchiuso nei princìpi enunciati»[138]. Appare evidente, infatti, che, perché i diritti dei lavoratori-detenuti siano presi sul serio[139], la riflessione sul lavoro penitenziario «non può sbrigativamente esaurirsi in una serie di più o meno tranquillizzanti affermazioni»[140], in una vacua dichiarazione d'intenti confinata nel mondo del legislatore e della dottrina, ma deve verificare che detti diritti siano concretamente riconosciuti e tutelati.

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

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

[138] Così, pochi anni dopo la riforma del 1975, E. Fassone, *Sfondi ideologici*, cit., 169. Pur condividendone le linee di fondo, e anzi criticandone aspramente gli aspetti ancora retaggio del passato, M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 171, rilevava che nell'o.p. sono presenti «alcuni principi la cui pratica inattuabilità […] è lapalissiana».

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

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

Fare i conti con la realtà restituisce, purtroppo, un «quadro desolante»[141]. L'entrata in vigore dell'o.p., già dagli anni immediatamente successivi, ha determinato una drastica riduzione delle commesse private, a causa del maggior costo del lavoro imposto dalla legge[142]: il che la dice lunga sull'abissale distanza sino ad allora esistente tra lavoro penitenziario e lavoro *secundum Constitutionem*, il primo sfruttato dai soggetti privati perché offriva manodopera sottocosto.

Se detta riduzione sia stata determinata da un insopportabile disinteresse dei privati alla solidarietà sociale, non più attratti da una forza lavoro meno remunerativa di quanto fosse in passato, o dalla bassa qualificazione professionale dei lavoratori-detenuti, venendo dunque in gioco le pure logiche del mercato, è, invero, questione che qui può interessare sino a un certo punto. Perché, ove sia stata la prima la ragione determinante, ancora più meritoria dovrebbe considerarsi la riforma penitenziaria, che ha rifiutato, attuando il principio lavorista in carcere, la logica del *lavoro forzato* e *sfruttato*; ove sia la seconda, le responsabilità andrebbero rinvenute non nelle disposizioni di legge, ma nell'incapacità delle componenti della Repubblica (legislatore, governi, amministrazione penitenziaria) di fare formazione professionale, di dare al lavoratore-detenuto gli strumenti per sviluppare le proprie capacità e concorrere, come impone l'art. 4, secondo comma, Cost., «al progresso materiale o spirituale della società».

Il punto è che il sistema carcerario nel suo complesso non è riuscito ad adeguarsi del tutto alle innovazioni pretese dalla Costituzione repubblicana, al completo ribaltamento della concezione e della funzione del lavoro penitenziario[143]. Ne è conseguita una «gravemente deficitaria offerta di lavoro»[144], il più delle volte, peraltro, incapace di fornire al lavoratore-detenuto «un'adeguata

[141] G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 28. Ha osservato P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, cit., 1, che «non c'è aspetto dell'esecuzione penitenziaria nel quale lo scollamento tra le norme e la loro applicazione pratica, che pure è generalmente forte e diffuso, è tanto vistoso».

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

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

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

qualificazione spendibile, dopo la dimissione, nel mercato del lavoro»[145].

Non che siano mancati interventi legislativi diretti a sopperire a una situazione generatrice, all'interno del carcere, di «ozio involontario»[146]: si pensi soltanto alla l. 22 giugno 2000, n. 193 (c.d. legge Smuraglia), la quale, estendendo ai detenuti il concetto di "persona svantaggiata", consente al datore di lavoro di fruire di una parziale riduzione delle aliquote contributive per l'assicurazione obbligatoria previdenziale e assistenziale[147] . Ciononostante, la percentuale di lavoratori-detenuti, al 31 dicembre 2018, è pari ad appena il 29,53% dei soggetti ristretti; di questi, l'86,45% lavora alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria (detto altrimenti: soltanto il 3,99% dei detenuti lavora alle dipendenze di soggetti diversi dall'amministrazione), la quasi totalità dei quali svolge i cc.dd. servizi d'istituto, che non sono certo in grado di trasmettere competenze professionali[148]. Tutto ciò senza considerare il fenomeno, cui si è già accennato, della rotazione sul medesimo posto di lavoro, ora espressamente previsto dall'art. 20, comma 5, lett. c).

Questo è il contesto in cui si innesta quello che, almeno a me pare, è il vero "cuore" della riforma del lavoro penitenziario approntata dal d.lgs. n. 124/2018[149]: il nuovo art. 20-*ter* o.p. disciplinante il lavoro di pubblica utilità, ovvero la possibilità per i detenuti 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» (art. 20-*ter*, comma 1, o.p.).

[145] *Ibidem*.

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

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

[148] I dati, elaborati dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – sezione statistica, sono tratti dal sito *internet* del Ministero della Giustizia. Per un'analisi critica sui dati concernenti il lavoro penitenziario, sostanzialmente costanti almeno a partire dal 2001, v. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori*, cit., 25. Del medesimo A. v. anche *Welfare State e lavoro dei condannati*, in *Il lavoro dei detenuti*, cit., spec. 88 ss., il quale rileva altresì che «il lavoro penitenziario è rimasto una modalità rudimentale per garantire ad una quota minoritaria di detenuti occasioni di svago e uno strumento di controllo disciplinare».

[149] F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 92 lo reputa uno dei «perni centrali».

Nato come sanzione penale sostitutiva nei procedimenti di competenza del giudice di pace, il lavoro di pubblica utilità era già divenuto modalità di attuazione del programma di trattamento del detenuto ammesso al lavoro esterno per opera dell'art. 2, comma 1, lett. a), del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94, il quale aveva aggiunto un comma 4-*ter* all'art. 21 o.p. Oggi, il legislatore delegato lo sgancia dal lavoro esterno, consentendo lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità anche all'interno degli istituti penitenziari[150], così *scommettendo* sulla sua espansione, perché divenuto, come testimonia anche la modifica dell'art. 15 o.p., un elemento del trattamento penitenziario.

In sé e per sé considerato, il lavoro di pubblica utilità non si presta a censure di costituzionalità: il legislatore delegato è stato avveduto nel prevedere che sia volontario (comma 1)[151], che non abbia ad oggetto la gestione o l'esecuzione dei servizi d'istituto (comma 2), che non pregiudichi le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dei condannati e degli internati (comma 4). Anzi, si potrebbe ben sostenere che la partecipazione a progetti di pubblica utilità consente al detenuto di «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», come recita l'art. 4, secondo comma, Cost. Credo, però, che sarebbe un'analisi superficiale, ferma al testo delle disposizioni di legge senza considerare il contesto in cui queste vengono inserite e sono chiamate a funzionare.

E il contesto, lo dicevo poc'anzi, è quello di un sistema cronicamente incapace di offrire al lavoratore detenuto opportunità di lavoro professionalizzanti, che lo preparino a un efficace reinserimento nel mondo del lavoro libero e nella Repubblica che sul lavoro si fonda[152]. Se questa è la realtà, c'è da chiedersi se l'adesione ai pro-

[150] Ma ponendo limitazioni per l'accesso in capo a talune categorie di detenuti: cfr. art. 20-*ter*, comma 6, o.p.

[151] D'altra parte, davvero troppo sarebbe stato rendere obbligatoria una prestazione lavorativa a titolo gratuito!

[152] Sotto quest'aspetto, non è forse un caso se il legislatore delegato ha reso anche la formazione professionale un autonomo elemento del trattamento penitenziario: cfr. art. 15 o.p.

getti di lavoro di pubblica utilità possa considerarsi *davvero* volontaria, quando il lavoro (quello *vero*, l'unico costituzionalmente tale: retribuito[153] e professionalizzante) è una mosca bianca; se *davvero* non pregiudica le esigenze di lavoro, quando a fronte dell'assoluta penuria di lavoro in senso stretto quella formula legislativa appare ipocrita, volta soltanto a mascherare il fatto che a quel lavoro il lavoro di pubblica utilità è (incostituzionalmente) alternativo.

Temo, insomma, che l'istituto del lavoro di pubblica utilità finisca con l'essere una "furberia incostituzionale", un tentativo del sistema carcerario di puntare sulle "specialità" del lavoro penitenziario per inventare, in mancanza di fondi e investimenti, vie alternative[154]. Vie alternative, però, che appaiono elusive dei principi costituzionali in materia[155] e che possono comportare il rischio – concreto e non solo astratto – che in tema di lavoro penitenziario si facciano passi indietro di decenni, sostituendo il lavoro dietro retribuzione, che pure è elemento cardine del trattamento penitenziario, con il "lavoro" in favore della comunità[156], caratterizzato dal «valore morale rivestito dall'impegno assunto dal condannato o dall'internato in attività ad esclusivo vantaggio della collettività»[157]. Uno "scambio" che tradirebbe il senso più profondo dell'at-

[153] La retribuzione è una di quelle posizioni soggettive che, al pari delle ferie annuali, non possono essere negate al lavoratore-detenuto: l'assenza di retribuzione trasforma la prestazione lavorativa in qualcosa di diverso dal *lavoro*, perché un'attività svolta senza il corrispettivo della retribuzione *lavoro* non è.

[154] Ben diverso sarebbe se la prestazione lavorativa, anche a titolo gratuito o semigratuito, fosse oggetto di una vera e propria sanzione autonoma, alternativa alla pena carceraria e in quanto tale irrogabile già al momento della condanna: sarebbe una «alternativa ragionevole al "tutti dentro", perché non cade nell'indulgenzialismo e s'inscrive invece nella logica di una giustizia riparativa a largo raggio, la quale non fa perdere alla persona la percezione che certi comportamenti devono pur avere conseguenze»: così M. Chiavario, *Reinserimento dei detenuti: conclusioni (?) di un incontro senza pregiudizi*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre 2018, 7.

[155] Si è di recente osservato come, più in generale, «l'evoluzione del diritto penitenziario risulta segnata da quella che potrebbe definirsi una tendenziale e progressiva dispersione dei principi codificati dal legislatore del '75» (S. Talini, *La privazione*, cit., 5).

[156] Sul punto v. le considerazioni critiche, già prima della novella del 2018, di G. Caputo, *Welfare State*, cit., 116 ss. il quale osservava che con i lavori di pubblica utilità «l'afflittività "improduttiva" del carcere viene scambiata con l'afflittività "utile" del lavoro gratuito» (119).

[157] Così F. Fiorentin, *La riforma*, 93. Analogamente P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, cit., secondo il quale il lavoro di pubblica utilità è «un'attività che è svincolata

tuazione del principio lavorista in carcere[158], che non è quello di tenere impegnate le giornate dei detenuti, offrendogli paternalisticamente l'opportunità di mostrare alla società di essere persone diverse dal reo che fu, ma quello di consentire loro di lavorare *come se liberi*, di prepararli durante l'esecuzione penale alla società libera in cui vivranno una volta espiata la condanna, di percepire se stessi quali lavoratori a tutto tondo e, dunque, di appartenere alla comunità nazionale[159]: è «l'autorealizzazione del singolo il migliore veicolo per un suo effettivo reinserimento sociale»[160].

Non credo siano *cattivi pensieri* di un costituzionalista illuso. Che siamo dinanzi a una prestazione lavorativa *alternativa* e *non retribuita* al lavoro penitenziario è dimostrato, per un verso, dal fatto che nell'assegnazione ai progetti di lavoro di pubblica utilità si deve tenere conto delle professionalità e attitudini lavorative del detenuto[161] e, per un altro, dalla stessa relazione illustrativa dello

dalle logiche della produzione e del profitto, e che ha il suo maggior pregio rieducativo, in termini di promozione personale, non già nella capacità di mimare il lavoro dei liberi, ma nel suo particolare significato della partecipazione al progetto, legato alla sua finalizzazione a scopi sociali». Ma v. anche la relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo trasmessa dal Governo alle Camere: «un'attività svolta nell'interesse della collettività risulta particolarmente adatta a soddisfare le esigenze connesse al lavoro penitenziario come strumento di risocializzazione, per l'alto valore ricollegabile all'impegno assunto e perseguito dal recluso partecipando a iniziative (per lui stesso non remunerative ma) vantaggiose per i consociati».

[158] Sotto questo aspetto, non può che salutarsi con favore la mancata approvazione (almeno!) della proposta, formulata durante gli Stati generali e che era prevista nello schema di decreto legislativo, dello scambio lavoro/libertà in alternativa a quello lavoro/retribuzione. La proposta evocava una logica premiale, secondo la latente «retorica del lavoro come momento di "riscatto"» (M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 187), in quanto tale del tutto estranea alla concezione conforme a Costituzione del lavoro penitenziario. Favorevoli allo scambio lavoro/libertà, invece, P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione*, cit., 6 ss. e A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento*, cit., 5, secondo la quale la mancata approvazione renderebbe addirittura «vano» il tentativo di conferire effettività al lavoro di pubblica utilità.

[159] Cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro*, cit., 20: «Il lavoro in tutte le sue manifestazioni è, dunque, titolo d'appartenenza alla comunità nazionale, alla cittadinanza. È un fattore d'unità e d'inclusione».

[160] M. Ruotolo, *La detenzione*, cit., 5.

[161] F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 96, reputa opportuna la possibilità di affidare la direzione tecnica dei progetti a persone estranee all'amministrazione (art. 20-*ter*, comma 3, o.p.), «attese le potenzialità espansive dell'istituto, che potrebbe riferirsi ad ambiti o materie connotate da elevata tecnicità o che richiedono, comunque, una direzione e

schema di decreto legislativo trasmessa dal Governo alle Camere. Sono numerosi i passi, infatti, che "tradiscono", nero su bianco, la volontà di supplire con il lavoro di pubblica utilità alla penuria di lavoro penitenziario[162]: non soltanto quelli che espressamente alludono al «cronico problema di effettività» e alle difficoltà di raggiungere «soglie ottimali [di occupazione] in rapporto alla platea di detenuti», ma anche, e soprattutto, quelli che esemplificano le attività che potrebbero svolgersi sotto l'egida del lavoro di pubblica utilità («attività di *call center*, di archiviazione digitale di dati, di digitalizzazione e dematerializzazione di documentazione ed atti amministrativi») e che, tuttavia, non sono altro che vere e proprie attività lavorative[163].

Si potrà anche obiettare a queste mie considerazioni critiche che, se non si fanno i conti con i dati della quotidianità del mondo carcerario, il rischio è quello di continuare a sfogliare il «libro dei sogni» e di rimuovere la «realtà rinnegante»[164], tanto più in un momento storico in cui lo scarto tra Costituzione lavoristica e realtà è di non poco momento già nella società libera[165]. Cionondimeno, per un costituzionalista rimane imprescindibile rifuggire «dal comodo ruolo di contemplatore dell'esistente»[166], insistere sul

un coordinamento di soggetti dotati di adeguate competenze e professionalità»: ciò, mi pare, a ulteriore dimostrazione che dietro all'etichetta "lavoro di pubblica utilità" può nascondersi lavoro *in senso stretto*, ma *gratuito*.

[162] Credo, tuttavia, potrebbe risultare particolarmente difficile ottenere *giustizia costituzionale*. Come si è detto nel testo, il lavoro di pubblica utilità, per le "cautele" adottate dal legislatore delegato, non mi pare presenti *di per sé* problemi di costituzionalità. A essere costituzionalmente incompatibile è, invece, la *sostituzione* del lavoro penitenziario con il lavoro di pubblica utilità, una sostituzione che, però, non sta nelle pagine della legge, ma potrebbe inverarsi nella realtà del carcere: un inconveniente di fatto, insomma, dinanzi ai quali solitamente la Corte costituzionale si arresta.

[163] E la prassi venuta all'onore delle cronache non fa che confermarlo: si pensi al progetto *«Mi riscatto per Roma»* che – oltre a un *nomen* infelice, evocativo com'è della logica dell'emenda – impegna circa un centinaio di detenuti nella pulizia del verde e nella manutenzione stradale di Roma Capitale.

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

[165] M. Luciani, *Radici*, cit., 648 ss.; G.U. Rescigno, *Lavoro*, cit., 21 ss.; V. Pupo, *Il principio lavorista*, in *I principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015, 157. Sul rapporto tra lavoro "libero" e lavoro in carcere, alla luce della crisi del primo, v. G. Mosconi, *Il lavoro dentro il carcere tra afflittività e trattamento. La prospettiva dei diritti*, in *Il lavoro dei detenuti*, cit., 29 ss.

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

dover essere costituzionale, chiedere che i principi costituzionali trovino attuazione, ancor più quando sono volti a proteggere soggetti deboli quali sono i detenuti, il cui reato «resta dietro, resta il passato, [mentre] la persona è una persona che è proiettata verso il futuro»[167].

In questa prospettiva, l'esigenza – oggi come già anni fa – è quella che il lavoro penitenziario, come ha ampiamente riconosciuto la giurisprudenza costituzionale, goda di tutte le protezioni che la Costituzione riconosce al lavoro, sia perché di lavoro si tratta, «sia perché è lavoro che dovrebbe adempiere ad un'altissima finalità sociale e civile»[168]. E se, come i decenni alle spalle hanno mostrato, portare il lavoro *in* carcere è estremamente difficile e complesso, il sistema carcerario non può che imboccare una sola strada: aprire le porte e concedere ai detenuti di lavorare quanto più possibile all'esterno[169], se del caso adottando misure che, in attuazione del principio d'eguaglianza sostanziale, incentivino e agevolino l'assunzione dei lavoratori-detenuti. È *fuori dal carcere* che massima può essere l'attuazione del principio lavorista, secondo una prospettiva che, d'altro canto, dovrebbe interamente caratterizzare la politica penale, la quale, al contrario, è fortemente *carcerogena*[170]: «il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non-carcere»[171].

[167] Sono parole adoperate dal giudice costituzionale Daria de Pretis durante la lezione tenuta presso il carcere femminile di Lecce nell'ambito dell'iniziativa della Corte costituzionale "Viaggio in Italia. La Corte costituzionale nelle carceri". Su questa bella e lodevole iniziativa della Corte costituzionale, v. F. Covino, *Corte costituzionale e carcere. Un dialogo attraverso la Costituzione*, in *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del* web, a cura di D. Chinni, Napoli 2019, in corso di pubblicazione.

[168] G. Tranchina, *Vecchio e nuovo*, cit., 156.

[169] In questi termini già, tra gli altri, M. Pavarini, *La nuova disciplina*, cit., 172.

[170] Cfr., tra i tanti, A. Pugiotto, *Il volto costituzionale*, cit., e M. Ruotolo, *Il reinserimento dei detenuti: le coordinate costituzionali (notazioni introduttive)*, in *legislazionepenale.eu*, 12 novembre 2018, 4.

[171] G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio*, cit., 8.

Caterina Tomba

Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri

Sommario: Premessa – 1. Introduzione – 2. Il Regolamento del 1891 – 3. Il sistema scolastico-penitenziario del periodo fascista – 4. Istruzione e cultura nella Costituzione – 5. Dalla Costituzione alla legge n. 354 del 1975 – 6. La disciplina penitenziaria dell'istruzione – 6.1. La riforma del 2018: a partire dagli Stati generali sull'esecuzione penale – 6.2. L'istruzione quale elemento del trattamento penitenziario – 6.3. L'art. 19 dell'ordinamento penitenziario – 6.3.1. L'istruzione degli stranieri: scopi didattici e scopi integrativi – 6.4. Strumenti concreti di agevolazione – 7. Libri e biblioteche – 8. Brevi cenni alla normativa sovranazionale – 9. Qualche breve conclusione.

Premessa

Gli strumenti mediante i quali l'essere umano può sviluppare la propria personalità e accrescere il proprio bagaglio culturale sono numerosissimi. Certamente la scuola costituisce il luogo naturale ove fornire tali strumenti, ma non per questo l'acculturamento può essere considerato di suo esclusivo appannaggio. Oltre all'istruzione istituzionalmente intesa, infatti, la realtà odierna offre a tal fine mezzi sempre più numerosi: i libri, la stampa e, non da ultimo, internet[1]. Inoltre, anche le attività non propriamente volte a fornire conoscenze culturali (come le attività di formazione professionale e le attività lavorative, il teatro, la televisione, il cinema, lo sport ed

[1] La cui rilevanza sociale è oggetto di ampi dibattiti in epoca recente. Si veda, da ultimo, M. Rospi, *Il diritto di accesso ad Internet come strumento di mobilità sociale e il ruolo del Governo*, in L. Azzena, E. Malfatti (a cura di), *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, Pisa, 2017, 285 ss.

ogni attività ricreativa) offrono ampi spazi alla crescita culturale dell'individuo. Per chiarezza e semplicità si è scelto di trattare il diritto all'istruzione e alla cultura in ambito penitenziario limitandoci all'istruzione in senso istituzionale – scuole di ogni ordine e grado – e alla lettura di libri – biblioteche, ricezione ed acquisto dall'esterno – dovendo gli altri strumenti appena citati costituire oggetto di trattazione separata ed autonoma.

1. *Introduzione*

La disciplina dell'istruzione e della cultura all'interno delle carceri italiane non costituisce, diversamente da altre branche del diritto penitenziario, una novità dell'attuale sistema dell'esecuzione penale. Seppur con finalità, contenuti e conformazioni alquanto diverse, la presenza di un sistema scolastico e formativo nonché di strumenti e strutture finalizzate all'accrescimento culturale personale si riscontra già nei Regolamenti Penitenziari del 1891 e del 1931 e trova conferma nell'Ordinamento Penitenziario del 1975. Una riflessione sul sistema scolastico penitenziario e sulle disposizioni relative al diritto alla cultura negli istituti di pena ha costituito, inoltre, l'oggetto del nono tavolo tematico degli Stati Generali sull'esecuzione penale che si sono conclusi nell'aprile del 2016. Seppur limitatissime, contrariamente a quanto auspicatosi, le disposizioni contenute nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103[2] ribadiscono la centralità dell'istruzione nel trattamento. L'attuazione della delega penitenziaria, infine, vede anch'essa alcuni riferimenti all'istruzione e, come si vedrà in seguito, all'integrazione culturale in particolare. Da questo quadro si trae facilmente la conclusione per cui l'istruzione e la cultura, quali diritti, obblighi, o in qualsivoglia conformazione, costituiscono, ed hanno sempre costituito, un elemento irrinunciabile dell'esecuzione penale in carcere.

Ciò premesso, è bene avvertire che tanto la disciplina post-unitaria quanto quella del periodo fascista non fornivano alcuna

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

significativa distinzione tra istruzione in senso proprio e cultura; distinzione che, invece, emerge dalla legge n. 354 del 1975 ma che già veniva affermata dalla giurisprudenza costituzionale[3].

2. *Il Regolamento del 1891*

Il "Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi" del 1891[4] è il primo testo normativo in cui appaiono riferimenti ad una funzione non esclusivamente punitiva dell'esecuzione penale e nel quale si intravedono i primi ed embrionali caratteri delle nascenti concezioni special-preventive della pena[5]. L'idea di una prevenzione speciale *post delictum* emerge, infatti, innanzitutto dall'abolizione della pena di morte e dalla sua sostituzione con la pena dell'ergastolo, ma anche dall'innovativa differenziazione degli stabilimenti carcerari in relazione all'età e alla condizione giuridica dei detenuti[6]. In parziale armonia con

[3] Nota la distinzione tra i concetti di insegnamento, istruzione ed educazione espressa nella sent. n. 7 del 1967, Punto 3 Cons. dir.: «comprendendo nel primo l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere, nel secondo l'effetto intellettivo di tale attività e nel terzo l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti».

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

[5] «L'approvazione del regolamento del 1891 era il frutto del positivismo criminologico che aveva individuato nel trattamento differenziato, scientifico ed individualizzato, il nuovo cardine della politica penitenziaria e che poneva in primo piano la realtà umana e sociale del condannato» così M. Coralli, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, in *www.altrodiritto.unifi.it*.

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

tali idee ispiratrici, il legislatore post-unitario ha introdotto due specifiche disposizioni relative al funzionamento della scuola. L'art. 398 testualmente prevedeva: «L'istruzione civile è obbligatoria negli stabilimenti e nelle sezioni penali, pei condannati che abbiano meno di venticinque anni. È obbligatoria per tutti nelle case di correzione e nei riformatori. I condannati di età superiore, possono essere ammessi all'istruzione civile in premio della loro buona condotta, […]. Gli inquisiti aventi meno di ventun anno(*i*) possono essere parimenti ammessi alla scuola, previo il consenso dell'autorità giudiziaria competente. Sono esclusi dalla scuola i condannati recidivi, i condannati di cattiva condotta e quelli che vengono puniti ai termini dell'art. 332 lettere *c, d, e, f,* finché non abbiano meritato di passare nelle case penali intermedie. I detenuti o ricoverati ammessi alla scuola, sono obbligati a frequentarla fino a che dall'autorità dirigente non ne vengano dispensati». L'art. 399 parificava i programmi scolastici penitenziari e quelli delle scuole elementari del Regno. Evidentemente, la disciplina penitenziaria dell'istruzione si caratterizzava per un trattamento differenziato per gli inquisiti – che solo se minori di ventun anni potevano accedere alla scuola e in ogni caso solo previo assenso dell'autorità giudiziaria – e i condannati. Per questi ultimi, salvo che non avessero fino ai venticinque anni, l'accesso all'istruzione era concepito come un premio di cui avrebbero potuto godere solo in caso di buona condotta e dal cui accesso sarebbero decaduti a seguito di alcuni comportamenti contrari a quest'ultima. Operata questa differenziazione a proposito dell'accesso alla scuola, il regime previsto per gli studenti-detenuti era identico per tutti: la frequenza ai corsi era obbligatoria, venivano inflitte punizioni in caso di assenza ingiustificata dalle lezioni o di disattenzione e premi in caso di comportamenti meritevoli[7].

Anche le disposizioni, scarne, relative alla fruizione della cul-

consoni ad attività di meretricio e mendicità; c) istituti di correzione paterna per minorenni i cui traviamenti il padre non riesce a domare.

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

tura attribuivano un ruolo primario all'amministrazione penitenziaria e si ponevano in termini di ricompense e punizioni. L'art. 400, l'unico relativo precipuamente alle biblioteche, prevedeva infatti che: «presso ogni stabilimento carcerario e ogni riformatorio [fosse] istituita una biblioteca circolante, i cui volumi, scelti fra quelli indicati in apposito elenco approvato dal Ministero dell'interno, [fossero] messi a disposizione dei detenuti o ricoverati» e che «nessun altro libro e nessun'altra pubblicazione [potesse] essere lasciata a disposizione dei detenuti o ricoverati senza il permesso della dirigente autorità, o di quella giudiziaria competente, per quanto riguarda gli inquisiti». Altre disposizioni, inoltre, prevedevano sia la possibilità di acquistare libri all'esterno dello stabilimento come ricompensa in caso di buona condotta[8], sia, esclusivamente per i detenuti giudicabili in segregazione cellulare continua, la possibilità di riceverli da parte dei familiari previo visto dell'autorità giudiziaria[9].

Tenendo sempre in considerazione il periodo storico in cui si inserisce, il Regolamento del 1891 assume – anche in relazione alla specifica disciplina di cui si sta trattando – una duplice connotazione: per un verso, vi sono elementi che evidenziano una preferenza del legislatore per una, ancora parziale, finalità rieducativa accompagnata da una tendenza alla liberalizzazione della vita carceraria (si pensi, ad esempio, alla previsione per cui le ore diurne dovevano essere trascorse all'esterno delle celle assegnate per frequentare i corsi scolastici, limitando la reclusione in cella alle sole ore notturne o alla possibilità di usufruire delle ore di passeggio per dedicarsi alla lettura); per altro verso, non si è ancora abbandonata la configurazione dello studio come *dovere* del detenuto, essendo preponderante la concezione del reo come essere "sub-umano", la cui delinquenza è conseguenza necessaria dello stato di ignoranza e di incultura[10]. Il precipuo carattere correttivo dello studio in carcere era ancorato alle impostazioni dottrinali del tempo, fondate

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

[9] Art. 269, co. 1.

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

sul binomio analfabetismo/criminalità, legati tra loro da un imprescindibile rapporto di causa-effetto[11].

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

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

L'avvento di un sistema autocratico e antidemocratico quale il regime fascista ha inevitabilmente determinato, sul piano del diritto penitenziario in generale e su quello del sistema scolastico in particolare, una netta involuzione[12] rispetto ai seppur piccoli passi avanti tentati, almeno nell'intenzione del legislatore, nel secolo precedente. Il totale e radicale abbandono di qualsivoglia aspetto umanizzante dell'esecuzione penale è avvenuto, tuttavia, non già dichiarando una netta preferenza e presa di posizione in favore di un sistema penale repressivo ed espressione dello stato etico del tempo, né, tantomeno, attraverso l'elaborazione di dottrine nuove rispetto a quelle fondanti il Regolamento penitenziario del 1891.

Il perno su cui si fondava la concezione dell'esecuzione penale nei primi anni del '900 era, nuovamente, il presupposto logico se-

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

[12] In questi termini E. FASSONE, *op. cit.*, 53.

condo il quale una delle cause primarie della criminalità soggettiva fosse lo stato di ignoranza e "diseducazione" scolastica in cui versava la maggioranza della popolazione carceraria al momento del suo ingresso nello stabilimento[13]. Da ciò derivava la conseguenza necessaria in base alla quale «istruire i delinquenti» si sarebbe tradotto nel «riadattarli alla società»[14].

Accanto a questo imprescindibile postulato, ancorato alle concezioni passate, si sviluppa tuttavia un corollario di non poco conto: il detenuto è colui che ha osato sfidare lo Stato attuando comportamenti illeciti, quindi il suo tradimento nei confronti del potere pubblico merita di essere punito e non soltanto corretto. In questa direzione devono leggersi la reintroduzione della pena di morte voluta da Mussolini nel 1926 – per punire coloro che avessero attentato alla vita o alla libertà della famiglia reale o del Capo del Governo o che avessero commesso alcuni dei reati contro lo Stato – e la sua estensione, nel codice Rocco del 1931, ad alcuni reati comuni; è questo il minimo comune denominatore del regio decreto n. 787 del 18 giugno 1931, con il quale venne approvato il "Nuovo Regolamento degli istituti di prevenzione e di pena". Alla pena vengono così attribuite tre nature coincidenti e reciprocamente funzionali: emendativa, afflittiva e intimidatoria[15]. Il regolamento penitenziario fascista, infatti, prevedeva non solo una rigida separazione tra realtà carceraria e mondo esterno, ma anche una sostanziale limitazione delle attività consentite all'interno degli stabilimenti, ridotte alle note "tre medicine": religione, lavoro e istruzione. Ed è bene sottolineare che la partecipazione alle poche attività previste non era garantita o, come nel precedente ordinamento, concessa, bensì imposta, coerentemente con l'idea che esse avessero una funzione soprattutto afflittiva. Come infatti rilevato da attenta dottrina «le tre medicine potevano essere utilizzate in

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

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

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

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»[16].

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

Per quanto riguarda la specifica disciplina dell'istruzione, dunque, non può non porsi l'attenzione sull'art. 1 del Regolamento, il quale, tra le altre previsioni, stabiliva che «i detenuti [fossero] *obbligati* a frequentare le scuole istituite negli stabilimenti» e che «negli stabilimenti [fossero] permesse soltanto conferenze e proiezioni cinematografiche *istruttive ed educative*». Immediatamente emerge, innanzitutto, il carattere obbligatorio dell'istruzione, carattere su cui è fondamentale porre l'accento in quanto parzialmente più incisivo rispetto alla legislazione dell'epoca precedente. Rispetto al regolamento del 1891, infatti, il nuovo assetto contava numerose disposizioni che imponevano obblighi scolastici precisi e puntuali: a titolo di esempio si vedano l'art. 136 e l'art. 137. Il primo sanciva per i detenuti analfabeti di età inferiore ai quaranta anni la frequenza obbligatoria giornaliera per almeno due ore nonché, per i detenuti già forniti di istruzione elementare, l'obbligo di riunirsi in sale studio, divisi in gruppi uguali, a turno nei giorni festivi o in altri giorni nelle ore in cui non si lavorava. Il secondo prevedeva che i detenuti più anziani, anch'essi privi di licenza elementare, venissero ammessi ai corsi scolastici previa loro richiesta,

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

salvo che il direttore dell'istituto non li avesse ritenuti idonei a dover obbligatoriamente frequentare i corsi stessi.

Oltre all'obbligatorietà, il carattere distintivo del sistema scolastico penitenziario dell'epoca fascista consiste nel suo essere finalizzato all'indottrinamento ideologico. L'art. 1 imponeva che le conferenze e le proiezioni cinematografiche avessero una connotazione «istruttiva ed educativa» e anche la scelta dei testi disponibili in biblioteca era oggetto di un filtro preventivo volto all'introduzione di soli testi "istruttivi". L'intenzione del legislatore non era certo quella di accrescere il livello culturale dei detenuti affinché questi sviluppassero la loro personalità, bensì di poter controllare, direzionare e condizionare gli insegnamenti, in modo tale da dare attuazione ad un intenso processo di indottrinamento, in linea con l'ideologia etica del regime fascista. A confermare che l'obiettivo dell'istruzione fosse «la trasmissione di messaggi da parte dell'istituzione piuttosto che la maturazione in capo ai soggetti»[17], si pone anche la disposizione di cui all'art. 139, il quale prevedeva che i corsi di studio fossero tenuti non solo da insegnanti professionisti (il cui programma veniva imposto dal Governo), ma anche dal cappellano, dal direttore dell'istituto, dal sanitario nonché dai comuni cittadini previa autorizzazione del Ministero. È evidente, quindi, che la finalità dell'istruire non fosse di certo meramente didattica, non essendo richiesto che i soggetti a ciò preposti disponessero di competenze specifiche, essendo, questi, meri funzionari degli stabilimenti carcerari e conseguentemente del Governo[18]. Le lezioni costituivano il luogo in cui diffondere l'ideologia fascista mediante messaggi di parte predeterminati dal Governo, con il solo fine politico di indottrinare i detenuti-studenti.

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

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

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

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

Insomma, il modello cui si ispirava il regolamento del 1931 era un modello di istruzione paternalistica, imposta coattivamente, che, come osservato, «inibiva ulteriormente la crescita individuale della persona reclusa, imbrigliandola nelle regole ideologiche che gli venivano imposte»[19]. L'idea di un'istruzione finalizzata allo sviluppo della personalità, degli interessi e delle aspirazioni del detenuto era ben lungi dall'essere accolta: anzi, veniva volontariamente abbandonata nonostante il regolamento precedente avesse compiuto i primi passi in questa direzione. Il lavoro, l'istruzione e lo sviluppo della cultura personale ben si prestavano a garantire il controllo delle idee e lo sfruttamento delle braccia dei detenuti, che nell'ottica del dittatore meritavano questo trattamento perché avevano osato sfidare ed offendere i pubblici poteri con i loro comportamenti deviati.

4. *Istruzione e cultura nella Costituzione*

L'adozione della Costituzione della Repubblica italiana ha inevitabilmente influito anche sulla disciplina della cultura e dell'istruzione penitenziaria. Tale influenza è stata determinata da due elementi fondamentali: in primo luogo, e soprattutto, dal ritorno ai – e dallo sviluppo dei – principi di stampo liberale affermatisi alla fine dell''800 in tema di funzione della pena (concretatisi nel terzo comma dell'art. 27[20], il quale, in particolare nell'ambito

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

[20] A tal riguardo è necessario, però, ricordare che la funzione rieducativa della pena è stata interpretata in senso pressoché restrittivo fino all'inizio degli anni '70, essendo stata riferita, fino ad allora, principalmente alla fase dell'esecuzione penale e non alla struttura del reato (es. C cost., 04.02.1966, n. 12 con la quale la Corte interpreta il

dell'istruzione intesa quale mezzo irrinunciabile ai fini dell'espletamento delle funzioni della pena, ha determinato una svolta teorica radicale fin dall'origine); in secondo luogo e congiuntamente, dalle previsioni di cui agli artt. 9, 33 e 34, che hanno fornito al diritto all'istruzione largamente inteso una conformazione del tutto innovativa rispetto alla disciplina precedente[21], derivante, oltre che dalla sua affermazione in sede costituzionale, dalla sua prefigurazione quale diritto sociale o, secondo una definizione che si ritiene di condividere, quali «diritti sociali che rampollano dalle dimensioni costituzionali dell'istruzione»[22].

L'art. 9[23], «*la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»,* considerato da alcuni «una "pseudo-disposizione" […] a causa dell'eccessiva indeterminatezza della formulazione»[24], contiene una «chiara previsione di tipo programmatico»[25] la cui portata normativa è stata progressivamente riconsiderata e valorizzata[26]. In particolare, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nell'interpretarne i due commi l'uno in considerazione dell'altro, tracciando una «traiettoria circolare»[27] che

terzo comma dell'art. 27 come mera indicazione di limiti al legislatore nella disciplina dell'esecuzione della pena detentiva).

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

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

[23] Per un'analisi della disposizione e per la relativa bibliografia si rinvia a M. Cecchetti, *sub art. 9*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *op. cit*., 217 ss.; M. Betzu, *sub art. 9*, in V. Crisafulli, L. Paladin (fondato da), S. Bartole, R. Bin (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, II ed., 2008.

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

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

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

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

permette di individuarne un «comune contesto rappresentato dal valore estetico-culturale in cui si manifesta l'esigenza di assicurare il progresso culturale della persona umana e della intera comunità civile»[28]. Accolta tale interpretazione unitaria che determina l'attribuzione alla Repubblica del dovere tanto di promuovere quanto di tutelare la cultura nel suo senso più ampio, deve rilevarsi come, in ogni caso, questa non sia sufficiente a delineare i contorni dell'intervento statale soprattutto con riguardo a quello che possiamo definire "progresso culturale soggettivo". Il primo comma, infatti, afferma un principio che viene «quasi interamente esplicitato nei successivi articoli 33 e 34»[29] insieme ai quali costituisce quella «Costituzione culturale»[30] ovvero «Costituzione scolastica»[31] di cui parla parte della dottrina. È chiaro, quindi, che l'art. 9 debba essere letto alla luce delle altre due disposizioni appena richiamate. Questa operazione ermeneutica permette, da un lato, di disegnare il perimetro dell'intervento dei pubblici poteri e, dall'altro, di cogliere la distinzione tra i diversi ma inscindibili concetti di cultura, istruzione ed educazione.

A cosa faccia riferimento la Carta costituzionale quando si esprime col termine "cultura" non è di facile comprensione. Non risulta nemmeno che la giurisprudenza costituzionale abbia contribuito in questa impresa, se non in una recente pronuncia dalla quale sembrerebbe potersi ricavare qualche spunto interpretativo[32]. In letteratura, al riguardo, si riscontrano principalmente due orientamenti ermeneutici: l'uno, c.d. ristretto[33] o selettivo[34], che limita il termine di cui all'art. 9 alle sole «manifestazioni superiori dell'intelletto umano» consistenti nelle sue espressioni artistiche e

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

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

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

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

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

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

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

scientifiche[35]; l'altro, più ampio[36] e che potremmo definire espansivo, secondo cui la cultura di cui all'art. 9 sarebbe «quella che nasce dal libero sviluppo della personalità dell'uomo, dalla sua libertà di scelta dei processi formativi, dalla libera formazione del suo sistema di valori»[37]. Sebbene la dottrina maggioritaria[38] preferisca la prima soluzione facendo coincidere l'ambito oggettivo del primo comma dell'art. 9 con quello del primo comma dell'art. 33 («*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*»), a parer di chi scrive dovrebbe, al contrario, preferirsi la seconda. Ritenere che la cultura sia «quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e *qualsiasi altra capacità e abitudine* acquisita dall'uomo come membro di una società»[39] – definizione antropologica cui si ispira la dottrina espansiva – consente di distinguere il raggio di operatività dell'art. 9 da quello dell'art. 33 e allo stesso modo non determina, come invece temuto dalla dottrina della concezione selettiva, una ridondante ripetizione di più alti principi costituzionali (quali quelli contenuti negli artt. 2 e 3). Se è vero, infatti, che la Repubblica già riconosce i diritti inviolabili dell'uomo *anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità* e che è già suo compito rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno *sviluppo della persona umana*, ciò non vale ad escludere un ambito di operatività ulteriore e più incisivo del primo comma dell'art. 9. Non è questa la sede per affrontare il tema della diretta operatività dell'eguaglianza sostanziale, ma se si attribuisce al concetto di cultura quel significato più ampio ed espansivo, allora si consente di includere nell'oggetto della promozione e della tutela statale sancito dall'art. 9 non soltanto le alte manifestazioni dell'intelletto, bensì qualsiasi attività anche esclusivamente soggettiva e personalissima volta a contribu-

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

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

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

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

[39] E. Burnett Tylor, *Alle origini della cultura*, ed. it., G.R. Bronzini (a cura di), Pisa, 2000, 7, considerandola, in una visione dinamica, oggetto dell'evoluzione soggettiva, e in una visione statica, patrimonio collettivo di un gruppo umano.

ire al pieno sviluppo della personalità umana (attraverso, appunto, la cultura). Si pensi alla semplice lettura di romanzi senza alcun fine didattico, di studio o ricerca: quest'attività non si ritiene possa rientrare nel concetto selettivo di cultura (non costituendo attività artistica né scientifica) ma è innegabile che sia un'attività che, anche solo potenzialmente, contribuisca allo sviluppo della cultura personale, sviluppo che, giova ribadirlo, deve essere *promosso* e *tutelato* dalla Repubblica poiché volto a soddisfare l'esigenza di assicurare il progresso culturale della persona umana. In questa direzione sembrerebbe muoversi anche la più recente giurisprudenza costituzionale. In una decisione relativa alla primazia che nel nostro ordinamento deve essere attribuita alla lingua italiana, la Corte afferma che quest'ultima costituisce «vettore della cultura e della tradizione immanenti nella comunità nazionale, tutelate anche dall'art. 9 Cost.»[40]. La cultura e la tradizione cui si riferisce il Giudice delle leggi, a nostro avviso, non possono coincidere con le sole "alte manifestazioni dell'intelletto", per il semplice fatto che ricostruendo così l'argomentazione della Corte ne varrebbe un sacrificio della primazia della lingua italiana, la quale assumerebbe tale privilegiato ruolo con riferimento solo a queste ultime. La Corte, infatti, afferma che la «centralità costituzionalmente necessaria della lingua italiana si coglie *particolarmente*» ma non *esclusivamente* «nella scuola e nelle università»[41], con ciò negando l'esatta coincidenza tra l'art. 9 e l'art. 33 Cost.

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

Le norme di cui all'art. 33[42] costituiscono, come già accennato, un'assoluta novità per l'ordinamento costituzionale. Lo Statu-

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

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

[42] «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilita-

to albertino, infatti, non contava alcuna disposizione assimilabile, per tenore e contenuto, a quelle costituzionali in tema di libertà dell'arte, della scienza e di insegnamento né, tantomeno, in materia di sistema scolastico[43] e autonomia delle Università.

D'altronde il loro inserimento a livello costituzionale, avvenuto pressoché senza voci contrarie[44] riguardo al primo comma e con disaccordi riguardo alle disposizioni relative al sistema scolastico[45], «risulta del tutto coerente con le caratteristiche complessive della nuova forma di Stato democratica e sociale repubblicana»[46]. La stessa giurisprudenza costituzionale non ha esitato a definire il succitato valore estetico-culturale, alla cui affermazione contribuisce l'art. 33, un «valore primario di fondamentale rilevanza costituzionale»[47].

Dovendo, per obbligo di sintesi, tralasciare la riflessione sulle espressioni "arte" e "scienza"[48] e limitandoci, al riguardo, a rinviare a quanto già detto in relazione alla nozione di cultura che riteniamo di accogliere (inclusiva delle arti e delle scienze ma non a queste esclusivamente riferita), l'art. 33 ne statuisce espressamente la libertà di insegnamento[49].

zione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

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

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

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

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

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

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

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

Nonostante la sua previsione testuale, la libertà di insegnamento è stata oggetto di vivaci dibattiti dottrinali[50] in ragione, da una lato, della fuorviante posizione sintattica che sembrerebbe riferirla esclusivamente all'arte e alla scienza, e d'altro lato, del peculiare regime giuridico cui è sottoposta rispetto ad altre libertà costituzionali[51]. In estrema sintesi può dirsi, oggi, maggiormente condivisa l'opinione per cui la libertà di insegnamento, vista secondo la prospettiva del singolo docente, costituisce una specie della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.[52] rispetto alla quale si caratterizzerebbe in virtù del precipuo fine cui l'insegnamento dovrebbe tendere che è, si conceda la ripetizione, l'insegnare[53]. Dal carattere finalistico della libertà di insegnamento deriva che questa sarebbe stata posta dal Costituente nell'interesse della scuola, degli alunni e della scienza, non già degli insegnanti soggettivamente intesi[54]. Di qui la particolare natura giuridica della libertà in parola: se non può negarsi che questa costituisca un diritto individuale di libertà, non può neanche tralasciarsi l'interesse generale della società che il suo esercizio dovrebbe perseguire, con ciò escludendo l'ipotizzabilità di un «profilo negativo *sub specie* di libertà del docente di non insegnare»[55]. Tali peculiarità si riflettono,

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

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

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

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

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

[55] G. Fontana, *sub art. 33*, cit., 683 il quale evidenzia come la libertà di inse-

inevitabilmente, anche sui limiti e sulle garanzie che interessano la libertà di insegnamento. Se da un lato, infatti, è necessario garantire discrezionalità in ordine alle modalità e ai contenuti dell'attività didattica in capo ai docenti, dall'altro questa deve essere limitata al fine di tutelare gli interessi degli alunni soprattutto se alunni delle scuole inferiori. Da ciò deriva la conformità a Costituzione della predisposizione ministeriale di programmi scolastici uniformi su tutto il territorio nazionale. Per questo si è condivisibilmente ritenuto riferibile anche alla libertà di insegnamento il limite del buon costume previsto per la libertà di manifestazione del pensiero nonché, seppur in modo sempre meno stringente col crescere dei gradi scolastici, il limite dell'ordine pubblico[56]. Per le stesse ragioni le garanzie che il legislatore deve porre a tutela della libertà di insegnamento riguardano, principalmente e sinteticamente, lo *status* degli insegnanti[57].

Sotto una ulteriore prospettiva la libertà di insegnamento, alla luce della seconda parte dell'art. 33, viene configurata da taluni[58] anche come libertà di istituire scuole private[59]. Per quel che interessa ai fini dello studio del diritto all'istruzione in ambito penitenziario basti sottolineare, in questa sede, che tale libertà si riconnette direttamente al diritto e dovere di istruire i figli[60] posto in

gnamento sia sì garantita al singolo docente ma al fine del migliore esercizio di un suo dovere d'ufficio. Sulle possibilità di esonero dall'insegnamento v. U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, cit., 741 ss.

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

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

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

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

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

capo ai genitori *ex* art. 30 Cost., i quali, nell'esercizio di tale diritto, sono liberi di scegliere anche scuole private. L'effettivo esercizio di questo diritto potrebbe non sembrare garantito dall'attuale ordinamento penitenziario il quale, basta qui accennarlo, non fornisce reali ed efficaci strumenti che permettono ai genitori di detenuti minori di scegliere tra scuola pubblica e privata. Tale esclusione, però, non sembra possa configurare una violazione del combinato disposto dell'art. 33, comma 3 con l'art. 30, comma 1 Cost., poiché da una lettura complessiva della disciplina costituzionale in materia di diritto allo studio può ricavarsi il carattere assolutamente non primario e *non necessario*[61] dell'istruzione privata. La configurazione del diritto allo studio quale diritto sociale comporta che non solo lo Stato non può completamente delegare l'istruzione ai privati, ma anche che in capo ad esso è imposto l'obbligo di adottare un sistema di infrastrutture scolastiche che sia in grado di accogliere tutta la popolazione che debba o voglia intraprendere un percorso di studi, compresi i soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale. Una volta garantita l'istruzione pubblica a tutti, sui pubblici poteri non possono in nessun caso gravare altri oneri per l'espressa previsione di cui all'art. 33, comma 3[62] («Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, *senza oneri per lo Stato*).

Che gli istituti privati debbano avere un ruolo nettamente secondario – almeno nelle intenzioni del Costituente – rispetto alle scuole pubbliche emerge anche dal secondo comma dell'art. 33: «*la Repubblica detta le norme generali sull'istruzione e istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi*». La disposizione, preordinata rispetto alla disciplina costituzionale delle scuole private, «conferma l'essenzialità ed inderogabilità del compito dell'istruzione per lo Stato»[63], compito che deve assolvere non soltanto in sede legislativa ma anche, e soprattutto, in fase di realizzazione[64]. Per comprendere

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

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

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

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

in cosa consista effettivamente tale realizzazione, però, è necessario raccordare il secondo comma dell'art. 33 con l'affermazione che apre l'art. 34: «*la scuola è aperta a tutti*»[65]. Secondo la tesi che si ritiene di condividere l'art. 34, comma 1 statuisce un diritto soggettivo dei singoli nei confronti dei pubblici poteri a che questi gli garantiscano una «adeguata istruzione»[66]. Lo Stato, allora, adempie al proprio dovere (*ex* art. 34 c. 1), nel pieno rispetto dell'eguaglianza sostanziale, quando: istituisce scuole di ogni ordine e grado in una misura tale da permettere a tutta la popolazione di usufruirne (art. 33 c. 2), garantisce la gratuità di quella inferiore (art. 34 c. 2) e attiva borse di studio, assegni e provvidenze, per sostenere i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, nella prosecuzione del proprio percorso formativo fino ai gradi più alti degli studi (art. 34 c. 3 e 4). Il fine costituzionale cui deve tendere tale attività statale è la promozione e la tutela della cultura (art. 9 c. 1), utilizzando – anche – lo strumento dell'insegnamento, che è libero nel merito e nelle modalità di trasmissione (art. 33 c. 1)[67].

Così ricostruito l'apparato costituzionale, l'istruzione diventa un elemento dell'intero percorso educativo che si svolge anche all'interno delle famiglie del quale rappresenta la parte "pubblica", affidata allo Stato e ai suoi mezzi. Pertanto il legame che nel nostro ordinamento si instaura tra Stato e cultura è un legame forte, che ha radici solide contenute in doveri costituzionali, rappresentativi

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

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

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

di un legislatore che non dovrebbe disinteressarsi al fenomeno dello sviluppo culturale, ma che, al contrario, dovrebbe promuovere e garantire mediante azioni concrete.

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

È noto che l'attuazione dei principi costituzionali in ambito penitenziario abbia tardato ad arrivare. Dalla loro affermazione nella Carta costituzionale alla concreta adozione di norme che li rendessero (parzialmente) effettivi nei confronti di soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale, infatti, è trascorso un ventennio nel corso del quale pochi ed inefficaci sono stati i tentativi di riforma del sistema penitenziario[68]. Con riguardo all'istruzione è utile fare un brevissimo cenno al disegno di legge n. 2393 del 1960 il quale, nella relazione preliminare, definiva l'istruzione un «aspetto basilare del trattamento inteso a finalità rieducative» che doveva essere preso in considerazione come «mezzo per l'affrancamento dello spirito dalla servitù dell'ignoranza e dello istinto nonché come mezzo efficace per l'acquisizione di quelle capacità che sono indispensabili per dare ad ogni individuo la possibilità di inserirsi quale non inutile membro della collettività»[69]. Delle varie attività che il progetto di riforma dedicava alla rieducazione dei detenuti, religione, lavoro e istruzione erano considerati nuovamente di «fondamentale importanza» (art. 59). Non si era ancora abbandonata, dunque, la dottrina delle "tre medicine" accolta dal legislatore fascista né era stata ancora superata l'idea per cui alla criminalità corrispondesse l'ignoranza e viceversa: si riteneva che l'istruzione fosse un «validissimo strumento di prevenzione della criminalità»[70] tanto che la disciplina volta alla prevenzione della

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

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

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

delinquenza minorile era quasi esclusivamente dedicata all'istruzione.

Se è vero, pertanto, che in questa fase transitoria nasce un nuovo interesse pubblico per la materia penitenziaria tale da determinare una forte spinta per un intervento politico riformatore in questo settore[71], è altrettanto vero che «la prospettiva da cui si muoveva [nelle aule parlamentari] era quella della trasformazione complessiva dell'animo umano traviato del recluso più che del sostegno al suo reinserimento sociale»[72].

6. *La disciplina penitenziaria dell'istruzione*

6.1. La riforma del 2018: a partire dagli Stati generali sull'Esecuzione penale

Le recenti modifiche intervenute sull'ordinamento penitenziario hanno riguardato anche il tema che ci occupa. Per comprendere, con le dovute riserve di attuazione, se e quanto tali interventi possano produrre mutamenti sostanziali sul sistema complessivo è necessario ripercorrere il processo di riforma a partire dai lavori degli Stati Generali sull'Esecuzione penale.

All'istruzione e alla cultura è stato dedicato il Tavolo 9, durante il quale è emersa l'esigenza di ripensare il ruolo che l'istruzione dovrebbe assumere nel trattamento penitenziario. Di estrema modernità appare l'idea, che avrebbe meritato, a nostro avviso, di essere coltivata, per cui i percorsi di istruzione dovrebbero considerarsi come percorsi autonomi, che si connotano di una certa estraneità alla rieducazione in sé considerata dovendo avere nei suoi riguardi un riflesso indiretto[73]. Sulla base di queste premesse sono state pre-

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

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

[73] Si legge, in particolare, nella Relazione conclusiva, la proposta n. 4 di «valorizzare le norme che disciplinano l'istruzione, il lavoro, le attività culturali, ricreative e sportive, nel contesto normativo generale, quali norme centrali per la vita in Istituto, favorendo in particolare l'istruzione come elemento strutturante la persona ed espressione di un diritto e non come mero elemento trattamentale».

sentate una serie di raccomandazioni al legislatore delegante volte non solo a dare all'istruzione e alla cultura una forma nuova rispetto al passato, ma anche a porre rimedio al divario esistente tra la normativa legislativa e regolamentare e la sua concreta effettività. A titolo esplicativo se ne riportano di seguito alcune:

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

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

Alla chiusura degli Stati Generali ha fatto seguito, come noto, l'approvazione della legge di delega n. 103 del 2017 intitolata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario». Il legislatore delegante si occupa di istruzione in un'unica disposizione in cui stabilisce che in sede di decretazione delegata il Governo avrebbe dovuto ispirarsi al criterio del «rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni»[74]. La tendenza, almeno nell'intenzione del legislatore, sembrerebbe quella di una maggiore e più forte garanzia del

[74] Art. 1, comma 85, lett. p), n. 7), l. n. 103 del 2017.

diritto allo studio, con particolare riguardo ai detenuti minori e ai giovani-adulti. Pur apprezzandone l'*intentio*, non può non rilevarsi la limitatezza dell'intervento legislativo. Il criterio del rafforzamento di inserisce, infatti, all'interno della delega destinata esclusivamente ai detenuti minorenni, mancando qualsiasi analogo riferimento ai maggiorenni reclusi. Tuttavia, è altrettanto utile sottolineare l'ampiezza della portata del termine "rafforzamento", che avrebbe potuto lasciare un ampio margine interpretativo al legislatore delegato, messo così concretamente nelle condizioni di dare attuazione, seppur parziale, alle proposte del Tavolo 9. Attuazione, quest'ultima, che non avrebbe in ogni caso potuto comprendere il mutamento di prospettiva di cui abbiamo parlato, qualificando espressamente, la delega, l'istruzione come elemento centrale del trattamento[75].

6.2. L'istruzione quale elemento del trattamento penitenziario

Ciò premesso, nell'ordinamento penitenziario del 1975 l'istruzione compare prima di tutto all'art. 15, che elenca gli strumenti del trattamento. Nella formulazione precedente alla riforma del 2018 era previsto che «il trattamento del condannato e dell'internato [fosse] svolto avvalendosi *principalmente* dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive, e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia». Il d. lgs. n. 123 del 2018 ha aggiunto[76], con potenziali ripercussioni sostanziali sul lavoro penitenziario, la formazione professionale e la partecipazione a progetti di pubblica utilità, distinguendo espressamente le attività strettamente scolastiche da quelle professionalizzanti. È stata mantenuta, dunque, la conformazione tradizionale dell'istruzione quale elemento del trattamento, la cui primarietà viene confermata dal mantenimento di tale strumento come primo elemento dell'elenco sopramenzionato. D'altronde la disposizione si riferisce all'istruzione quale mezzo cui «principalmente» avvalersi nel trattamento dei detenuti.

[75] Potendo, in tale eventualità, prefigurarsi un vizio di eccesso di delega.

[76] Art. 11, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 123 del 2018.

Il significato che è stato attribuito all'utilizzo dell'avverbio, interpretazione che si ritiene di condividere e che parrebbe confermata dai recenti interventi normativi, è quello per cui l'istruzione costituisce un mezzo irrinunciabile[77] per garantire ed espletare al meglio le funzioni della pena, ma non può considerarsi esclusivo nel percorso di riabilitazione del condannato o dell'internato, in quanto deve essere coordinato ed integrato con gli altri strumenti a tal fine previsti dal legislatore[78].

Oltre ad essere irrinunciabile e non esclusiva, l'istruzione non è obbligatoria bensì facoltativa, ovviamente nei limiti costituzionalmente e legislativamente stabiliti nei confronti anche delle persone libere. Alla libertà di scelta che si pone in capo al detenuto, però, si accompagna l'obbligo in capo ai pubblici poteri, dal potere legislativo statale e regionale al Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria (DAP)[79], di assicurare ai detenuti la possibilità di istruirsi attraverso la predisposizione di strumenti non solo necessari ma, in virtù di quanto detto nei paragrafi precedenti, anche adeguati. In altre parole, è stato autorevolmente osservato come «l'asse dell'obbligo in tema di istruzione si [sia] spostato dal detenuto all'amministrazione penitenziaria»[80]. La scelta per un'istruzione facoltativa risulta dettata da due importanti novità derivanti, l'una, dalla diversa concezione dell'essere umano che emerge da tutta la prima parte della Costituzione, l'altra, dalle risultanze socio-criminologiche cui si era approdati nei primi anni '70. Per un verso, quindi, il legislatore ben rispetta la libertà di autodeterminazione del singolo affidando a questi la scelta di accettare o meno la fruizione

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

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

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

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

di servizi che lo Stato gli destina[81]; per altro verso, così facendo non rinuncia alle esigenze, anch'esse di rango costituzionale, di sicurezza e prevenzione essendo ormai sopravvenuta la consapevolezza dell'inesistenza di un legame tra ignoranza e criminalità, consapevolezza raggiunta anche grazie all'osservazione per cui l'istruzione, se imposta, non garantisce la diminuzione dei comportamenti illeciti sia all'interno delle stesse mura carcerarie, sia all'esterno una volta eseguita tutta la pena[82].

A ciò si aggiunge un traguardo di non poco conto raggiunto dalla recente riforma. Alla valorizzazione dell'autodeterminazione si è affiancata, finalmente, la considerazione delle attitudini dell'individuo. In particolare il d. lgs. n. 123 ha modificato l'art. 13 Ord. Pen., sancendo che «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»[83]. La considerazione e la valorizzazione delle attitudini personali costituiscono un elemento fondamentale per conferire effettività alla dignità di qualsiasi individuo, ancor più quando questi si trovi limitato nella libertà personale. Il d.lgs. sembrerebbe, quindi, aver accolto la *ratio* sottesa alla disciplina sovranazionale dell'istruzione, espressa in particolare dall'art. 28 Reg. pen. eur., il quale raccomanda che i programmi d'istruzione offerti dagli istituti penitenziari debbano tenere in considerazione le aspirazioni personali dei detenuti studenti.

L'istruzione, dunque, assume le seguente funzioni: promuove la crescita personale dell'individuo consentendogli una formazione scolastica completa e stimolando ed alimentando i suoi interessi personali[84] e, con specifico riguardo ai soggetti detenuti, offre

[81] In questo senso R. Sottanis, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. 258.

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

[83] Art. 11, comma 1, lett. d), d. lgs. n. 123 del 2018.

[84] R. Sottanis, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. 258.

una valida, formativa e costruttiva alternativa per riempire le ore, percepite inevitabilmente come interminabili[85], passate all'interno dell'istituto. A ciò consegue che l'utilità dell'istruzione nel processo rieducativo non è direttamente proporzionale al livello scolastico-scientifico dell'insegnamento. Ai fini del trattamento ciò che rileva «è l'atmosfera dei valori in cui l'apprendimento avviene»[86], essendo la frequenza ai corsi che, di per sé, stimola la capacità di autodeterminazione del soggetto e fa sì che vengano coltivati gli interessi e valorizzate le attitudini degli individui.

6.3. L'art. 19 dell'ordinamento penitenziario

È sulla base di tali premesse che s'inserisce l'art. 19 Ord. Pen. specificamente dedicato all'istruzione. Il primo comma – che non ha subìto alcuna modifica –, relativo alla scuola dell'obbligo, prevede che: «negli istituti penitenziari la formazione culturale e professionale[87], è *curata* mediante l'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo e dei corsi di addestramento professionale, secondo gli ordinamenti vigenti e con l'ausilio di metodi adeguati alla condizione dei soggetti»[88]. La disposizione, tutt'altro che chiara, prescrive la *cura* della formazione scolastica attraverso l'organizzazione di corsi corrispondenti a quelli previsti per la scuola dell'obbligo. Alcuni autori ritengono che la prescrizione di un mero dovere di cura dell'istruzione ben potrebbe esimere i pubblici poteri dall'obbligo di assicurare il servizio scolastico ai soggetti

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

[86] Così G. Di Gennaro, M. Bonomo, R. Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 145.

[87] Sulla quale si rinvia a D. Chinni, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in questo volume.

[88] Il mantenimento dei riferimenti ai corsi di addestramento professionale all'interno della disposizione rubricata "istruzione", nonostante la scissione di cui all'art. 15 Ord. Pen., desta alcune perplessità quantomeno di ordine sistematico. Sarebbe stato probabilmente opportuno inserire un'autonoma disposizione dedicata esclusivamente allo strumento del trattamento "formazione professionale", sì da confermare la diversa funzione che le due attività assumono nell'esecuzione della pena.

detenuti[89]. Questa lettura, però, non sembra possa coincidere con i dettami costituzionali in materia di diritto allo studio. Un'interpretazione costituzionalmente orientata, invece – partendo dal presupposto che in capo ai soggetti ristretti vi sia un diritto soggettivo azionabile nei confronti dei pubblici poteri – vede nel primo comma dell'art. 19 l'espressione della volontà del legislatore di «impegnarsi al fine di assicurare al meglio» l'organizzazione scolastica negli istituti penitenziari[90], con l'ulteriore conseguenza di garantire la corrispondenza tra i programmi interni e quelli esterni al fine di permettere un'adeguata prosecuzione degli studi ai detenuti che terminino la loro pena durante l'anno scolastico[91]. Ancor più stringente appare l'interpretazione – fondata sul medesimo presupposto – per la quale nell'ordinamento penitenziario sarebbe prevista la «regolare organizzazione della scuola dell'obbligo senza alcun limite di accesso»[92]. Quest'ultima lettura, sebbene sia quella che maggiormente darebbe attuazione ai principi costituzionali in materia, non sembra, però, rispettare il dato letterale della disposizione: l'espressione "cura", ad avviso di chi scrive, non conferirebbe alcun concreto vincolo alla disciplina regolamentare se non di tipo programmatico.

Lo stesso discorso può essere fatto in relazione al secondo comma. L'art. 19, infatti, prosegue dedicandosi ai detenuti cc.dd. "giovani-adulti"[93] sancendo che alla loro formazione culturale e professionale debba essere fornita «*particolare cura*». Su tale disposizione è, però, necessaria una preliminare puntualizzazione. I

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

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

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

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

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

decreti attuativi della delega non sono intervenuti direttamente su di essa. Tuttavia quest'ultima viene investita indirettamente da una apparentemente marginale ma sostanzialmente rilevante modifica avvenuta ad opera del d. lgs. n. 121 del 2018, istitutivo dell'ordinamento penitenziario minorile. La classe d'età tutelata dalla norma in esame è quella cui l'art. 24 del d.lsg. n. 272 del 1989, attuativo del codice di procedura penale minorile, dedica una specifica disciplina dell'esecuzione delle misure limitative della libertà personale. Tale disposizione estende(va) l'applicazione del regime minorile (fino al d.lgs. n. 121 disciplinato esclusivamente per la fase processuale) ai condannati minorenni che nel corso dell'esecuzione avessero compiuto fino ai 25 anni. L'art. 9 del d.lgs. n. 121 del 2018 è intervenuto su tale disposizione specificando – opportunamente ma non necessariamente – che nei confronti di tale classe d'età debbano trovare applicazione preliminarmente le norme ora dedicate all'esecuzione penale dei minorenni. La particolare cura di cui all'art. 19 Ord. Pen., quindi, sembrerebbe possa riguardare ipotesi ora marginali, considerata la specifica considerazione che ai giovani-adulti viene data dalla disciplina speciale e, soprattutto, da quanto da quest'ultima stabilito in tema di istruzione. In particolare il d.lgs. n. 121 si dedica alla «personalizzazione delle attività di istruzione» (art. 14)[94] e alla frequenza dei corsi all'esterno

[94] All'interno della disciplina relativa alla predisposizione del progetto di intervento educativo: «1. La permanenza negli istituti penali per minorenni si svolge in conformità a un progetto educativo predisposto entro tre mesi dall'inizio dell'esecuzione. Il progetto, elaborato secondo i principi della personalizzazione delle prescrizioni e la flessibilità esecutiva, previo ascolto del condannato, tiene conto delle attitudini e delle caratteristiche della sua personalità. Il progetto contiene indicazioni sulle modalità con cui coltivare le relazioni con il mondo esterno e attuare la vita di gruppo e la cittadinanza responsabile, anche nel rispetto della diversità di genere, e sulla personalizzazione delle attività di istruzione, di formazione professionale, di istruzione e formazione professionale, nonché sulle attività di lavoro, di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero utili al recupero sociale e alla prevenzione del rischio di commissione di ulteriori reati. 2. All'ingresso in istituto, è garantito un supporto psicologico da parte di personale specializzato, utile anche per la predisposizione del progetto educativo e per la prevenzione del rischio di atti di autolesionismo e di suicidio. 3. Il progetto educativo è illustrato al condannato con linguaggio comprensibile ed è costantemente aggiornato, considerati il grado di adesione alle opportunità offerte, l'evoluzione psico-fisica e il percorso di maturazione e di responsabilizzazione. 4. Il progetto di intervento educati-

dell'istituto (art. 18)[95], categorie non riscontrabili in relazione agli adulti. Ciò puntualizzato, il secondo comma dell'art. 19 Ord. Pen. continuerà a trovare applicazione nei confronti dei giovani-adulti per i quali sia stata esclusa, *ex* art. 24, d.lsg. n. 272 del 1989, l'applicazione dell'ordinamento penitenziario minorile.

In ogni caso, la maggiore attenzione che viene dedicata a questa categoria di soggetti tanto dall'Ord. Pen. quanto dalle norme speciali minorili deriva da una presunzione di carattere socio-pedagogico: si ritiene, in generale, che i ragazzi di età compresa tra i 18 e i 25 anni siano più inclini alla delinquenza e più propensi ad atti di violenza[96]. Trovandosi in una «fase evolutiva di tipo adolescenziale, ancorché terminale»[97], questi appaiono maggiormente bisognosi di ricevere un servizio scolastico che gli garantisca una crescita personale consapevole ed un reale apprendimento culturale e professionale, ancor più se si tiene presente che nella maggior parte dei casi per questi ragazzi la scuola costituisce un ricordo negativo di alienazione sociale[98].

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

vo assicura la graduale restituzione di spazi di libertà in funzione dei progressi raggiunti nel percorso di recupero».

[95] Art. 18, d. lgs. n. 121 del 2018: «1. I detenuti sono ammessi a frequentare i corsi di istruzione, di formazione professionale, di istruzione e formazione professionale all'esterno dell'istituto, previa intesa con istituzioni, imprese, cooperative o associazioni, quando si ritiene che la frequenza esterna faciliti il percorso educativo e contribuisca alla valorizzazione delle potenzialità individuali e all'acquisizione di competenze certificate e al recupero sociale. 2. Si applica la disciplina di cui all'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni». Sul punto si veda anche Protocollo d'intesa tra il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca – Ufficio scolastico regionale per il Lazio e il Centro giustizia minorile per il Lazio, l'Abruzzo e il Molise – 3 ottobre 2018.

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

[97] *Ibidem*.

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

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

La giurisprudenza costituzionale in tema di diritto allo studio di soggetti disabili può offrire alcuni elementi a sostegno della illegittimità dell'art. 19 Ord. Pen. Con la sentenza n. 215 del 1987, infatti, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che attribuiva al legislatore il mero compito di facilitare la frequenza della scuola, nel caso di specie superiore, ai soggetti portatori di handicap. La disposizione oggetto del giudizio, in base alla quale «[è] facilitata la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie»[99], viene definita dalla Corte disposizione a «contenuto esclusivamente programmatorio» che esprime «solo un generico impegno ed un semplice rinvio ad imprecisate e future facilitazioni». Tale generico impegno non sarebbe idoneo a garantire la certezza del diritto allo studio in modo «pieno»[100]. Da qui la sentenza sostitutiva della Corte, che dichiara la disposizione incostituzionale «nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicap, prevede che "sarà facilitata" anziché disporre che "è assicurata" la frequenza alle scuole medie superiori».

La disciplina legislativa in materia di diritto allo studio, anche quando, e oserei dire soprattutto, sia indirizzata a specifiche cate-

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

[100] Punto 4 del Considerato in diritto.

gorie di soggetti per le quali l'effettività del diritto potrebbe essere compromessa da situazioni concrete di difficoltà, deve essere caratterizzata, per essere conforme a Costituzione, dalla presenza di espresse e stringenti disposizioni che abbiano «valore immediatamente precettivo e cogente»[101]. Sarebbe stata quantomeno opportuna, allora, una modifica dell'art. 19 nei seguenti termini: «negli istituti penitenziari la formazione culturale e professionale, è *assicurata* mediante l'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo […]», modifica che, come abbiamo visto, non solo non era richiesta dalla legge di delega ma non ha trovato spazio neanche in sede di decretazione delegata.

La tecnica della programmaticità normativa è stata, invece, abbandonata in relazione alla tutela di genere. Il d. lgs. n. 123 ha inserito[102], infatti, dopo il secondo comma dell'art. 19 Ord. Pen., la seguente disposizione: «tramite la programmazione di iniziative specifiche, è assicurata parità di accesso alle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale». La scelta di dare piena ed effettiva tutela al diritto allo studio della popolazione detenuta femminile non può che essere vista con favore, rientrando tra quelle scelte di politica di genere necessarie *ex* art. 3 Cost. in tutte le materie in cui, in concreto, il divieto di discriminazione non riesca a trovare attuazione[103]. Ciò significa, quindi, vincolare l'amministrazione ad adottare atti attuativi della disposizione in parola e assicurare, in caso contrario, la tutela amministrativa giurisdizionale.

Le criticità dell'impianto normativo penitenziario in tema di istruzione si acuiscono, invece, con il quarto comma dell'art. 19 (già terzo comma) secondo cui «con le procedure previste dagli ordinamenti scolastici *possono* essere istituite scuole d'istruzione secondaria di secondo grado negli istituti penitenziari». Lampante

[101] Punto 9 del Considerato in diritto.

[102] Attuando il criterio di cui alla lett. t) della legge di delega: «previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute».

[103] S. Marietti, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. Gonnella, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 28 auspica che «la specificità delle iniziative venga interpretata nel senso di prevedere la loro organizzazione con modalità tali da garantirvi un maggiore accesso alle donne detenute e non piuttosto nel senso di una formazione declinata secondo temi e professionalizzazioni tradizionalmente considerate femminili».

è il diverso tenore con cui il legislatore si esprime in questa disposizione. Prescrivendo una mera facoltà di istituire scuole secondarie superiori, la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 33 Cost. – nella parte in cui prevede che la Repubblica istituisce scuole di ogni ordine e grado – in combinato disposto con l'art. 34, comma 1 – non garantendo, in questo modo, tanto l'accesso alla scuola quanto un'istruzione adeguata[104] per i detenuti che abbiano completato il corso di studi obbligatorio ma vogliano proseguire con i corsi successivi. A tentare di porre parziale rimedio a questo problema[105] è intervenuto il legislatore del 2000 che, nel Regolamento di esecuzione, ha introdotto l'art. 43, primo comma, a tenore del quale: «i corsi di istruzione secondaria superiore, comprensivi della scolarità obbligatoria prevista dalle vigenti disposizioni, *sono organizzati*, su richiesta dell'Amministrazione penitenziaria, dal Ministero della pubblica istruzione a mezzo della istituzione di succursali di scuole del predetto livello in determinati istituti penitenziari». La disposizione sembrerebbe introdurre un obbligo più stringente[106], se non fosse per l'inciso "su richiesta dell'Amministrazione penitenziaria", che attribuisce a quest'ultima una discrezionalità tale da non consentire una reale attuazione dell'obbligo di istituire scuole di ogni ordine e grado che accolgano tutti coloro che ne vogliano usufruire: rischio tutt'altro che ipotetico considerando la scarsità numerica dei corsi di scuola superiore attivati negli istituti penitenziari[107].

A ciò si aggiunga un'ulteriore discrepanza data dalla mancata modifica dell'Ordinamento Penitenziario in sede di riordino del sistema scolastico: oggi l'istruzione obbligatoria comprende la scuo-

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

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

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

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

la primaria (scuole materne ed elementari), la scuola secondaria di primo grado (scuole medie) e la scuola secondaria di secondo grado per i primi due anni (ginnasio dei licei e biennio degli istituti tecnici e professionali). A tale modifica non si è accompagnato un adeguamento delle norme ordinarie penitenziarie, che ancora oggi non includono nella scuola dell'obbligo il biennio delle scuole superiori di secondo grado[108].

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

Simile appare la situazione guardando allo studio universitario: al riguardo il penultimo comma dell'art. 19, come modificato dal d. lgs. n. 123, prevede che «[siano] *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»[109]. L'ancor minore grado di incisività[110] dell'intervento statale richiesto dalla disposizione porta condivisibilmente a ritenere che il legislatore abbia attribuito agli studi di livello universitario «un'importanza di grado minore, ai fini della rieducazione, rispetto ai corsi dei livelli inferiori»[111]. Particolarmente significativa, almeno sul piano teorico, sembra essere l'introduzio-

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

[109] La precedente formulazione era la seguente: «è agevolato il compimento degli studi dei corsi universitari ed equiparati ed è favorita la frequenza a corsi scolastici per corrispondenza, per radio e per televisione».

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

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

ne del riferimento alla "frequenza" dei corsi universitari, originariamente non prevista e costituente, in concreto, uno dei maggior ostacoli al compimento degli studi[112]. Agevolare la frequenza ai corsi potrebbe, infatti, significare prevedere strumenti quali la teledidattica o il tutorato, nonché imporre – anche se tale obiettivo pare di difficile realizzazione – la presenza dei docenti all'interno degli istituti penitenziari sì da garantire un adeguato numero di ore di didattica frontale interna. Anche il Regolamento penitenziario si occupa degli studi universitari, all'art. 44: oltre a prevedere strumenti concreti di agevolazione per i detenuti che intendano proseguire o iniziare un percorso universitario – ad esempio l'esonero dal lavoro, la possibilità di tenere in cella strumenti utili per lo studio, e così via – la disposizione (già) prevede(va) un sistema di raccordo tra Amministrazione penitenziaria e Accademie universitarie consistente nella possibilità di stipulare intese. La modifica dell'art. 19 ha, quindi, codificato sul piano legislativo il sistema delle intese, rendendo, tuttavia, utilizzabile anche lo strumento delle convenzioni. Il sistema delle intese, prescritto anche dal vecchio regolamento penitenziario, non è, a dire il vero, risultato idoneo a garantire il concreto esercizio del diritto allo studio né ha dato concreta attuazione all'art. 34, secondo comma, Cost. Il diritto dei detenuti di raggiungere i gradi più alti degli studi, infatti, si scontrava, prima della riforma, con numerosi ostacoli. Ostacoli di ordine pratico erano certamente costituiti, come anticipato, dalla concreta difficoltà a frequentare i corsi universitari nonché dalla difficoltà a sostenere gli esami (considerata la poca disponibilità, in certi casi, e la effettiva difficoltà, in altri, dei docenti universitari a recarsi negli istituti). A tali inefficienze si era, invero, già tentato di porre rimedio attraverso l'introduzione dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* Ord. Pen., il quale estende la possibilità di usufruire dello strumento del permesso ai casi in cui questo serva a consentire di coltivare interessi culturali, in ciò rientrando, almeno

[112] Soprattutto negli istituti nei quali non sono istituiti poli universitari interni, fenomeno, per fortuna, in crescita: Cfr. la Relazione del Ministero sull'amministrazione della Giustizia – anno 2016 – DAP, liberamente consultabile su *www.giustizia.it*. Una breve rassegna dei progressi in materia si trova in F. MANDATO, *Carcere e università: da Nord a Sud percorsi di studio per i detenuti*, in *www.ristretti.org*, 25 giugno 2017.

astrattamente, le ipotesi di frequenza a lezioni, convegni o seminari nonché la presenza e la sostenibilità degli esami universitari. Fino alla loro introduzione, infatti, l'unico strumento previsto a garanzia del diritto allo studio universitario era il trasferimento in altro istituto già provvisto dell'intesta con un'università. I permessi non potevano essere concessi se non per eventi familiari di particolare gravità, rimanendo esclusa qualsiasi altra ipotesi. Tale esclusione, oltretutto, non è stata considerata dalla Corte costituzionale lesiva né del diritto allo studio né del divieto di discriminazione, né, tantomeno del terzo comma dell'art. 27 Cost., in quanto, ha affermato la Corte, l'ordinamento, ammettendo la possibilità del trasferimento, «non frappone nessun ostacolo all'esercizio da parte dei detenuti del diritto allo studio»[113]. L'art. 30-*ter* ha certamente, dunque, avuto il merito di ampliare le ipotesi concrete di attuazione del diritto allo studio universitario ma non è apparso comunque sufficiente. La concessione del permesso premio, infatti, potrebbe essere legittimamente negata dal magistrato di sorveglianza qualora non sussistano i presupposti, ispirati a ragioni di sicurezza, in base ai quali può essere disposta. Per ottemperare ad entrambe le esigenze, garanzia del diritto allo studio e sicurezza sociale, allora, sarebbe sufficiente che all'interno di ogni istituto di detenzione venisse garantita, quantomeno per i soggetti esclusi dall'applicazione dell'art. 30-*ter*, la presenza dei docenti universitari almeno al fine di sostenere gli esami, presenza che non può dirsi garantita dalla mera agevolazione del compimento degli studi universitari di cui all'art. 19 Ord. Pen. Come anticipato, tuttavia, l'inclusione espressa della frequenza dei corsi nella disposizione in parola potrebbe incentivare l'adozione di sistemi concretamente attuativi del diritto allo studio. Non v'è dubbio, però, che la scelta del legislatore sia stata quella di mantenere il carattere meramente programmatico della disposizione: anche in questo caso, allora, sarebbe a dir poco

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

opportuna, se non costituzionalmente necessaria, la sostituzione dell'agevolazione con l'assicurazione del diritto agli studi universitari.

6.3.1. L'istruzione degli stranieri: scopi didattici e scopi integrativi

Fino alla riforma dell'ordinamento penitenziario le disposizioni dedicate precipuamente all'istruzione dei detenuti stranieri erano esigue. La legge n. 354 del 1975, infatti, non imponeva alcun obbligo, nemmeno di natura programmatica, con riguardo alla specificità dei corsi di studio di cui i detenuti stranieri, in particolar modo se reclusi per ragioni di politiche criminali sull'immigrazione o di antiterrorismo, inevitabilmente hanno bisogno[114]. Le uniche disposizioni parzialmente attente alla specificità della condizione culturale e linguistica dei detenuti stranieri sono, invece, contenute nel Reg. esec. e non sono state oggetto, ancora, di riforma. Che fosse necessario un intervento specifico e radicale, d'altronde, emerge in modo chiaro dai lavori degli Stati Generali: «l'essere stranieri in carcere è una condizione che comporta un supplemento di afflittività della pena, in via principale per due ordini di fattori: le difficoltà linguistiche e la difficoltà di mantenere legami con la famiglia»[115]. Il rafforzamento dell'alfabetizzazione, peraltro, oltre ad esser stato proposto al fine di porre rimedio alle enormi difficoltà linguistiche degli stranieri, è stato concepito come strumento utile alla lotta alla radicalizzazione all'interno degli istituti: il Tavolo 7 ha, infatti, raccomandato di incentivare corsi di alfabetizzazione, scolastici e professionali in un'ottica di integrazione attiva, attraverso anche il tentativo di condivisione dei valori propri dell'ordinamento costituzionale. La legge di delega, accogliendo, pur parzialmente, tale impostazione, ha indicato quale criterio direttivo la «previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere»[116]. In attuazione di tale delega è stato inserito all'art. 19 Ord. Pen., di seguito al periodo

[114] Sull'inadeguatezza della disciplina legislativa precedente alla riforma si veda P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, Napoli, 2014.

[115] Punto 5, Relazione conclusiva degli Stati Generali sull'esecuzione penale.

[116] Art. 1, comma 85, lett. o), l. n. 103 del 2017.

sopracitato relativo all'istruzione delle donne detenute, un comma dedicato esclusivamente all'istruzione dei detenuti stranieri. È ora previsto che «speciale attenzione [sia] dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali». Pur apprezzando la *ratio* sottesa a tale disposizione e condividendone lo scopo integrativo e non meramente didattico, la formulazione letterale che richiede una mera "speciale attenzione" anziché una garanzia a carattere cogente si presta ai medesimi rilievi sopra riportati con riguardo a tutte le disposizioni programmatiche in tema di diritto allo studio.

In ogni caso particolarmente innovativa, almeno in astratto, appare l'introduzione dell'insegnamento dei principi costituzionali. Un percorso di reinserimento sociale, infatti, non può non richiedere preliminarmente un processo di integrazione anche culturale, pur salvaguardando le diversità proprie delle etnie e dei credo religiosi che popolano gli istituti penitenziari. Una partecipazione onesta alla vita del paese richiede l'assimilazione e la condivisione dei principi che la regolano e la ispirano, compreso, anche, il principio di eguaglianza nella sua declinazione di valorizzazione delle diversità e del rispetto reciproco.

D'altra parte, la considerazione delle difficoltà linguistiche, pur essendo stata elevata al rango legislativo, già era presente nel Reg. Esec. In particolare, l'art. 35 Reg. Esec. dispone che «nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali». Certo è, tuttavia, che un conto è "tenere in considerazione le difficoltà linguistiche" e altro conto raccomandare l'insegnamento della lingua italiana all'interno degli istituti, ben potendo la prima disposizione comportare esclusivamente l'adozione di misure di traduzione e/o interpretariato. Il mancato insegnamento della lingua italiana, infatti, rende sicuramente più difficoltoso, se non impossibile, il reinserimento sociale. L'insegnamento della lingua italiana costituirebbe uno degli strumenti volti a "rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana" nella fase di reinserimento sociale successiva all'esecuzione della pena.

Sul piano sovranazionale, infatti, la Raccomandazione n. 12 del 2012 del Comitato dei Ministri sui detenuti stranieri già richiedeva che «per consentire ai detenuti stranieri di relazionarsi in modo efficace con altri detenuti e con il personale, [fosse] data loro l'opportunità di apprendere – e [fossero] incoraggiati a farlo – una lingua che consent[isse] loro di comunicare con chi li circonda, e di studiare la cultura e le tradizioni locali»[117].

6.4. Strumenti concreti di agevolazione

Perfettamente in linea con i precetti costituzionali appaiono, invece, tutti quegli strumenti previsti dall'ordinamento penitenziario e dal regolamento esecutivo volti a favorire ed incentivare la partecipazione dei detenuti a tutte le attività finalizzate alla formazione culturale[118]. In tal senso sono risultati particolarmente efficaci i benefici economici previsti dall'art. 45 reg. esec. nei confronti dei detenuti che frequentino scuole fino al secondo grado o corsi universitari. In particolare, perfettamente in linea con il terzo e il quarto comma dell'art. 34 Cost. appare la previsione di cui al comma quarto dell'articolo in questione: «A conclusione di ciascun anno scolastico, agli studenti che seguono corsi individuali di scuola di istruzione secondaria di secondo grado e che hanno superato gli esami con effetti legali, nonché agli studenti che seguono corsi presso università pubbliche o equiparate e che hanno superato tutti gli esami del loro anno, vengono rimborsate, qualora versino in disagiate condizioni economiche, le spese sostenute per tasse, contributi scolastici e libri di testo, e viene corrisposto un premio di rendimento nella misura stabilita dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria». Un premio di rendimento, inoltre, viene attribuito a tutti i detenuti meritevoli a prescindere dalle loro condizioni economiche sulla base del sesto comma dell'art. 45. Tale previsione sembrerebbe determi-

[117] Art. 29.1, Racc. n. 12 del 2012.

[118] Per una completa trattazione di tali strumenti v. C. Brunetti, M. Ziccone, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2010. Di recente si veda il Protocollo d'intesa tra Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle D'Aosta e Ufficio scolastico regionale per la Liguria – 12 aprile 2019.

nare una discriminazione nei confronti degli studenti liberi per i quali l'ottenimento di premi simili viene considerato condizionato dall'essere privi di mezzi – almeno secondo la tesi, che non si ritiene di condividere, per cui l'inciso "anche se privi di mezzi" di cui all'art. 34 Cost. avrebbe in tal senso efficacia preclusiva[119]. Il premio di rendimento non parrebbe essere l'unica ipotesi di discriminazione "al contrario" operata dalla disciplina penitenziaria. Anche l'esenzione dal pagamento del *ticket* sanitario[120] di cui gode tutta la popolazione carceraria a prescindere dal reddito ha suscitato le stesse perplessità[121]. A nostro avviso, infatti, lungi dal costituire mera questione di principio[122], garantire cure gratuite a qualcuno *per il solo fatto* di essere un soggetto sottoposto a restrizione della libertà personale non trova alcuna giustificazione nel testo costituzionale. A ben vedere, la ricostruzione argomentativa sull'eventuale violazione dell'art. 32 è differente rispetto a quella del quarto comma dell'art. 34. La gratuità delle cure agli indigenti potrebbe essere paragonata, per *ratio* e tenore letterale, alla gratuità dell'istruzione inferiore di cui al secondo comma dell'art. 34, garantita indistintamente a tutti, fondandosi entrambe su una situazione di fatto: l'indigenza in un caso, l'obbligatorietà nell'altro. Il fruitore della prestazione, infatti, non ha alcuna possibilità di incidere sul presupposto della gratuità. I premi di rendimento, invece, vengono corrisposti in virtù di una situazione che può essere determinata solo dal soggetto fruitore, in quanto dimostri di essere capace e meritevole. Così, la natura della prestazione sanitaria e quella del premio di rendimento sono assolutamente differenti: la prima si caratterizza per essere una prestazione necessaria, universale, e che quindi dovrebbe essere fornita con uguaglianza di trattamento; il premio di rendimento, invece, non costituisce alcuna prestazione dello Stato ma solo uno strumento di incentiva-

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

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

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

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

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

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

7. *Libri e biblioteche*

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

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

delle attività di istruzione scolastica. Queste, *ex* art. 12, devono essere fornite di libri e periodici che vengono scelti da una commissione composta dal magistrato di sorveglianza, dal direttore, dal medico, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale e alla loro gestione partecipano i rappresentanti dei detenuti[123]. La partecipazione dei detenuti alla gestione della biblioteca scongiura il rischio di una conduzione discrezionale da parte dell'Amministrazione penitenziaria, la quale ben potrebbe ripristinare la funzione di indottrinamento che la lettura aveva nella vigenza dell'ordinamento penitenziario pre-repubblicano[124]. Nella stessa direzione si muovono l'ultimo comma dell'art. 19, che attribuisce ai detenuti piena libertà di scelta delle letture oltre a favorire l'accesso a tutte le pubblicazioni presenti all'interno delle biblioteche, e il sesto comma dell'art. 18, che consente ai detenuti di tenere con sé tutti i libri la cui vendita sia consentita all'esterno degli istituti, con ciò parificando il loro diritto di accesso alla cultura a quello dei liberi. La varietà delle fonti di cultura cui possono accedere i ristretti deriva dall'accoglimento, almeno sul piano teorico, del principio di pluralismo culturale ed ideologico operato dal legislatore del 1975[125], principio che sottende anche la disciplina regolamentare in materia. Il Regolamento esecutivo del 2000, infatti, prescrive al primo comma dell'art. 21 che, «a mezzo di opportune intese», sia garantita la lettura dei testi disponibili presso le biblioteche pubbliche esterne, ed esplicita il principio pluralista al secondo comma[126] affermando che «nella scelta dei libri e dei periodici si deve realizzare una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società».

Un'ultima riflessione deve essere svolta con riguardo alla possi-

[123] A seguito della riforma con l'obbligatoria presenza di una rappresentante donna. Si veda, sul punto, Aa. Vv., *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, in *Il Penalista*, Milano, 2018, 79. Si deve precisare sul punto che, invero, la riferibilità della nuova composizione delle rappresentanze anche all'art. 12 Ord. Pen. non pare condivisa.

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

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

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

bilità di acquistare libri all'esterno del carcere. Il Regolamento esecutivo menziona tale possibilità all'art. 57, con cui viene disciplinato il peculio, vale a dire «la parte della remunerazione riservata ai detenuti lavoratori, il danaro posseduto all'atto dell'ingresso in istituto, quello ricavato dalla vendita degli oggetti di loro proprietà o inviato dalla famiglia e da altri o ricevuto a titolo di premio o di sussidio» (art. 25 Ord. Pen.). L'ordinamento penitenziario, però, non consente ai detenuti di utilizzare tutto il loro denaro, attribuendo al DAP il compito di stabilire ogni anno l'ammontare della parte a tal fine disponibile. Conformemente ai principi in materia di accesso alla cultura, però, il settimo comma dell'art. 57 ammette che i direttori dei singoli istituti possano autorizzare l'utilizzo di somme eccedenti quelle disponibili soltanto qualora queste siano destinate all'acquisto di strumenti, oggetti e libri occorrenti per attività di studio e lavoro[127]. Ancora una volta, dunque, solo in sede di regolamentazione si è data attuazione ai principi di cui all'art. 9 Cost. senza che questi siano espressi in sede legislativa, riproponendosi, ancora una volta, perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della legge n. 354 del 1975.

8. *Brevi cenni alla normativa sovranazionale*

La normativa comunitaria e quella internazionale in materia di istruzione e cultura all'interno degli istituiti penitenziari risultano sostanzialmente ispirate ai medesimi principi che sottintendono la normativa nazionale. In particolare, dalla lettura complessiva delle disposizioni in materia[128] emerge chiaramente il ruolo che, il legisla-

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

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

tore internazionale prima e quello europeo poi, hanno attribuito alla formazione scolastica nel percorso di risocializzazione del detenuto: anche in queste sedi l'istruzione ha assunto la veste di elemento imprescindibile del trattamento. Sia la normativa europea sia quella internazionale, inoltre, sanciscono espressamente, diversamente dal nostro ordinamento interno, il fine cui deve tendere la parificazione dei programmi intramurari e nazionali, che è quello di consentire al termine della detenzione la prosecuzione degli studi ovvero un completo reinserimento nella società.

L'istruzione viene considerata un elemento (irrinunciabile, fondamentale o primario) del trattamento penitenziario.

9. *Qualche breve conclusione*

Alla luce di quanto esposto possiamo in primo luogo concludere che la disciplina dell'istruzione penitenziaria risulta tuttora ancorata alla concezione che intende i percorsi didattici elementi essenziali del trattamento. In sede di riforma, inoltre, le disposizioni di tipo programmatico sono state confermate e ne sono state introdotte di nuove, ciò facendo persistere alcuni dubbi di legittimità costituzionale dell'intero sistema.

L'unica speranza, che in ogni caso non determinerebbe una rivoluzione teorica ma, quantomeno, contribuirebbe a configurare il diritto allo studio come diritto soggettivo conformemente a quanto previsto dalla Costituzione, potrebbe essere quella di un intervento sostitutivo della Corte costituzionale in relazione a *tutti* i predicati verbali di cui è composto l'art. 19 Ord. Pen. Strada impervia, anche in considerazione del fatto che a tal fine sarebbe necessario sollevare diverse ed autonome questioni di legittimità, in cui la verifica della sussistenza del presupposto della rilevanza sarebbe, certamente, differente, dati i diversificati ambiti in cui intervengo i vari commi dell'articolo. L'unica semplificazione che potrebbe ipotizzarsi sarebbe una dichiarazione di illegittimità consequenziale, ricorrendo, in questo caso, la circostanza della "similitudine" di norme che violano la medesima disposizione costituzionale nei medesimi termini che, in altre occasioni, la Corte

ha ritenuto riferibile, anche se non condivisibilmente, all'ipotesi di cui all'art. 27 della legge n. 87 del 1953. Certo, ad avviso di chi scrive, l'intervento sostitutivo e consequenziale che si è auspicato esporrebbe la Corte a notevoli critiche. Tuttavia l'occasione di intervenire legislativamente non è stata colta, e tale circostanza potrebbe indurre la Corte costituzionale ad intervenire in tal senso.

Elisa Olivito

La libertà religiosa

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

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

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

Se, però, ci si pone nella prospettiva di istituzioni totali come gli istituti di pena, la libertà religiosa è costretta a fare i conti sia con le logiche di sorveglianza, di sicurezza e di soggezione speciale proprie di tali luoghi, sia con le peculiarità di un ordinamento penitenziario che ancora risente di evidenti discrasie nei rapporti fra

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

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

lo Stato e (alcune) confessioni religiose. Entrambi i fattori, quindi, incidono notevolmente sulla concreta possibilità di esercizio dei diritti legati alla sfera religiosa.

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

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

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

La strumentalizzazione dell'elemento religioso a tali fini apparve evidente sin dall'emanazione del R.D. n. 413 del 1862 (Regolamento generale per le Case di pena del Regno), che all'interno degli istituti di pena introdusse la figura del cappellano, nominato dal Ministro di Grazia e Giustizia su delega del Re e senza necessità di previo consenso da parte dell'autorità ecclesiastica. Il cappellano, peraltro, non era chiamato soltanto ad assicurare l'adempimento delle pratiche religiose[3]. In qualità di personale aggregato, alle dirette dipendenze del direttore della casa di pena, egli aveva numerosi compiti: sovrintendere allo svolgimento dell'istruzione scolastica (art. 100), annotare su un apposito registro la condotta morale e religiosa dei detenuti, comunicando al direttore tutte le informazioni utili (artt. 102-103), prendere parte, in qualità di membro del Consiglio di disciplina locale (art. 346), alla procedura di consegna delle punizioni e di erogazione dei premi (artt. 102 e 345).

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

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

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

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

La finalizzazione della religione al trattamento dei detenuti era confermata da numerosi altri elementi: la partecipazione alle pratiche religiose da parte dei detenuti era obbligatoria (art. 393); le preghiere erano fatte mentalmente e potevano essere pronunciate solo dal cappellano o dai detenuti autorizzati, su sua proposta, dalla direzione (art. 271); la conversione religiosa era condizionata alla presentazione di una domanda scritta, sottoposta ad attenta valu-

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

Quando nel 1948 entrò in vigore la Costituzione repubblicana, per molti anni ciò non fu di ostacolo né al permanere, all'interno del sistema carcerario, di un uso strumentale e istituzionale della religione cattolica, né al mantenimento di vistose diseguaglianze nell'esercizio della libertà religiosa e di coscienza. La normativa regolamentare rimase a lungo invariata, nonostante l'espressa enunciazione in Costituzione della reciproca indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa cattolica (art. 7), dell'eguaglianza dinanzi alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8), del divieto di di-

tazione (art. 394); l'assistenza religiosa ai detenuti appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica era, infine, consentita solo dietro espressa richiesta e ove fosse stato possibile (art. 397).

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

scriminazioni sulla base della religione (art. 3), del riconoscimento della libertà religiosa, inclusa quella di culto (art. 19) e, non da ultimo, del divieto di sottoporre le persone sottoposte a restrizioni della libertà personale a violenza morale (art. 13, comma 4) o a trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3).

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

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

In quell'occasione la Corte costituzionale dichiarò inammissibile la questione, perché aveva a oggetto la disposizione di un atto regolamentare – e non invece di una legge o di un atto aven-

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

te forza di legge – e perché mancava l'intermediazione di un atto primario, cui poter eventualmente ricondurre la violazione della Costituzione. La Corte, tuttavia, sottolineò che «le norme regolamentari, quando siano ritenute illegittime per contrasto con la Costituzione, possono e debbono (non diversamente dai casi in cui siano ritenute illegittime per contrasto con leggi ordinarie) essere disapplicate, ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, dai giudici chiamati a farne applicazione»[8].

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

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

Fu, tuttavia, mantenuta una differenza non di poco conto tra la confessione cattolica e le altre confessioni religiose, una differenza che – come vedremo – tuttora influisce sulla concreta possibilità di esercizio della libertà religiosa da parte delle persone detenute.

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

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

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

L'art. 26 o.p., difatti, ancora dispone che negli istituti penitenziari siano assicurate la celebrazione dei riti del culto cattolico e la presenza di almeno un cappellano (commi 2 e 3). Agli appartenenti a una religione diversa dalla cattolica si è, invece, riconosciuto il diritto di ricevere l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti, ma – salvo quanto si specificherà – soltanto su espressa richiesta (comma 4). A ciò si aggiunga che la religione è inclusa tra gli elementi di cui l'istituto *principalmente* si avvale per il trattamento delle persone detenute (art. 15, comma 1).

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

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

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

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

religiosa alle persone detenute e, per l'altro verso, gli spazi messi a disposizione per l'esercizio individuale e collettivo del culto.

L'assistenza spirituale in carcere in condizioni di equidistanza e di parità trova, innanzitutto, un ostacolo nel fatto che, mentre è tuttora prevista la presenza di almeno un cappellano in ciascun istituto penitenziario (art. 26, comma 3, o.p.), i detenuti appartenenti ad altra confessione religiosa hanno sì diritto di ricevere assistenza da parte di un ministro del proprio culto e di celebrarne i riti, ma per potersi avvalere di tale diritto debbono farne richiesta (art. 26, comma 4). Il cappellano, inoltre, quantunque non sia più membro del Consiglio di disciplina, prende parte alla commissione che predispone e modifica il regolamento interno dell'istituto, con il quale sono altresì disciplinate le modalità del trattamento (art. 16, comma 2).

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

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

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

laico, tuttavia, l'inclusione della religione tra gli elementi del trattamento[14] e la sua "convalida istituzionale" attraverso la stabile presenza del cappellano non hanno giustificazione. Si tratta, invero, di prescrizioni che mal si attagliano a quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui «la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato»[15].

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

pellani (come, del resto, i ministri degli altri culti eventualmente operanti all'interno degli istituti) non debbono essere chiamati, in nessuna sede e a nessun fine, ad esprimere valutazioni desunte dall'eventuale adesione dei detenuti alle pratiche religiose».

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

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

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

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

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

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

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

[17] Sul punto, basti ricordare quanto rilevato da C. eur. dir. uomo, 16.07.2009, *Sulejmanovic c. Italia*; 08.01.2013, *Torreggiani c. Italia*; Corte cost., sent. n. 279/2013. Per alcuni dati si veda ANTIGONE, *XV Rapporto sulle condizioni di detenzione. Numeri della popolazione detenuta*, 2019.

stazione, permane un evidente divario con gli strumenti messi a disposizione dei soli detenuti cattolici[18].

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

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

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

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

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

Il venir meno delle diciotto ore di servizio minimo settimanale indebolisce, peraltro, ulteriormente l'argomento addotto a giustificazione del trattamento economico di favore riconosciuto ai cappellani, rispetto al solo compenso orario attribuito ai ministri di culto non cattolico. La disparità era da alcuni spiegata in ragione del fatto che i cappellani, «dato l'altissimo numero di cattolici ospiti di istituzioni sanitarie e penitenziarie», sarebbero stati occupati «praticamente a tempo pieno o quasi dai compiti di assistenza e cura», al contrario dei ministri delle confessioni di minoranza che, dato

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

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

il minor numero di detenuti da assistere, non avrebbero invece potuto dare alla loro attività il medesimo carattere di continuità: così L. MUSSELLI, *Le intese con le Chiese avventiste e pentecostali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2/1990, 452; in senso analogo anche C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose: il regime pattizio*, Bologna, 1995, 142. Come si dirà al § 4, l'argomento trova smentita (anche, ma non solo) nella circostanza che la popolazione carceraria è in misura crescente costituita da detenuti di religione musulmana o comunque non cattolica. Alcuni istituti di pena, peraltro, ospitano per oltre il 60% detenuti di fede islamica: cfr. D.A. TELESCA, L'*Islam carcerato. L'identità islamica nel pianeta penitenziario*, Urbino, 2008, 54.

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

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

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

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

[23] La discriminazione nelle condizioni previste per ricevere assistenza spirituale permane, tuttavia, per coloro che appartengono a confessioni religiose senza intesa. Di-

delle intese finora stipulate prevedono, tuttavia, che gli oneri finanziari per lo svolgimento di tale attività siano a carico degli organi ecclesiastici competenti[24].

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

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

fatti, per l'ingresso nell'istituto penitenziario dei ministri di culto acattolico (e di quelli cattolici diversi dai cappellani) l'art. 67, comma 4, o.p., tuttora prevede l'autorizzazione del direttore.

[24] Così è disposto dalle intese stipulate con la Tavola valdese, l'Unione delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, le Assemblee di Dio in Italia, la Chiesa evangelica luterana in Italia, la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, l'Unione buddhista italiana, l'Unione induista italiana e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai.

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

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

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

Diversamente, non resta che la strada indicata dall'art. 17 o.p., che prevede la partecipazione all'azione rieducativa da parte «di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private». Tali soggetti sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole e sotto il controllo del direttore dell'istituto.

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

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

e si potrebbe dire il "terreno" normativo di cui dispongono, perdendo un ulteriore momento di riconoscimento di autonomia e – di conseguenza – di bilateralità» (corsivi dell'A.).

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

alle detenute di fede islamica, al punto che manca a tutt'oggi in Italia un "elenco" di "ministri di culto islamico", che abbiano ricevuto la prevista approvazione governativa[28].

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

L'incidenza di procedure così farraginose ha prodotto effetti tangibili sulla garanzia del diritto all'assistenza religiosa delle persone di fede islamica. Dai dati disponibili al momento in cui si scrive emerge, infatti, lo scarso numero di personale esterno autorizzato a prestare assistenza religiosa ai detenuti islamici[29]. Ciò si lega anche alla circostanza che i controlli preliminari al nulla osta ministeriale, cui gli imam sono sottoposti, sono divenuti sempre più scrupolosi, in considerazione dei rischi di proselitismo islami-

[28] Alle confessioni religiose senza intesa con lo Stato continua ad applicarsi la legislazione sui culti ammessi, tuttora vigente. Essa dispone che le nomine dei ministri di culto di tali confessioni siano notificate al Ministero dell'Interno per ricevere l'approvazione governativa, in assenza della quale nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti da essi compiuti (art. 3, l. n. 1159/1929).

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

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

co di matrice fondamentalista e terroristica, che l'amministrazione penitenziaria reputa particolarmente alti all'interno degli istituti penitenziari. Alcune ricerche sul campo hanno, tuttavia, dimostrato che la risposta alla difficoltà di ricevere assistenza religiosa da parte di imam esterni (ad esempio per guidare la preghiera collettiva del venerdì, recitare il sermone e fornire copie del Corano) è consistita nell'auto-investimento del ruolo di imam da parte di alcuni detenuti[30]. Con una conseguenza paradossale: il ricorso a espedienti informali per l'esercizio del diritto costituzionale a ricevere assistenza spirituale contraddice le esigenze di sicurezza e di prevenzione accampate dall'amministrazione penitenziaria per limitare l'ingresso degli imam negli istituti di detenzione[31].

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

Le criticità appena evidenziate per le persone di fede islamica

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

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

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

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

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

sono sintomatiche di un fenomeno più ampio, che ha investito il carcere e ne ha rimodellato la fisionomia. Negli ultimi anni, difatti, gli istituti penitenziari hanno prima assorbito e poi proiettato all'esterno importanti cambiamenti sociali, che hanno trovato impreparate le istituzioni pubbliche e, in particolare, l'amministrazione penitenziaria. Ciò si deve al fatto che i processi migratori hanno favorito la presenza sul territorio nazionale di persone molto diverse per provenienza, cultura e religione, con conseguenti ripercussioni sul tessuto sociale.

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

Tra i numerosi campi in cui la pluralità religiosa ha influito sull'ordinamento penitenziario vi è quello delle prescrizioni religiose in materia di alimentazione. Si pensi, al riguardo, che i fedeli appartenenti all'Islam e all'Ebraismo sono tenuti a osservare, rispettivamente, i precetti della cucina *halal* e *kosher*, che prevedono procedure specifiche per la macellazione rituale degli animali

[32] Secondo gli ultimi dati del Ministero della Giustizia, al 30 giugno 2019 la percentuale di stranieri presenti negli istituti penitenziari è del 33,4%, con un incremento significativo dopo l'entrata in vigore del Testo unico sull'immigrazione (d. lgs. n. 286/1998), della l. n. 189/2002 (c.d. Bossi Fini) e delle leggi nn. 125/2008 e 94/2009 (c.d. pacchetti sicurezza).

e comportano controlli rigorosi sui processi di lavorazione degli alimenti e sugli ingredienti utilizzati[33]. Dietro il rapporto tra libertà religiosa, regimi alimentari e detenzione affiorano, dunque, questioni delicate e per rendersi conto dell'incidenza che le connesse istanze possono avere sul sistema penitenziario, basti pensare che l'Islam costituisce oggi la seconda religione professata dalle persone detenute dopo quella cattolica[34].

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

Quanto al primo profilo, non bisogna dimenticare che per chi appartiene all'Islam si pone l'esigenza di rispettare i precetti del Ramadan, quali il digiuno quotidiano, i tempi della preghiera e la celebrazione della cerimonia conclusiva di rottura del digiuno. Di

[33] *Halal* e *kosher* indicano ciò che è puro e, quindi, consentito, in contrapposizione a ciò che è impuro e, perciò, vietato (rispettivamente *haram* e *taref*). L'art. 7, comma 2, della l. n. 101 del 1989 (che recepisce l'intesa tra lo Stato italiano e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane) espressamente riconosce agli ebrei che si trovino negli istituti di prevenzione e pena «il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano». Analogamente, l'art. 5, comma 4, dell'intesa con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova, non ancora approvata con legge, riconosce ai testimoni di Geova detenuti negli istituti penitenziari «il diritto di osservare, a loro richiesta, le prescrizioni della propria fede in materia alimentare, senza oneri per le istituzioni nelle quali si trovano».

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

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

È stata, peraltro, anche avanzata l'ipotesi che l'ipotesi che parte delle persone detenute di fede musulmana preferiscano non dichiarare la propria religione nel timore di subire discriminazioni, in conseguenza della risonanza anche mediatica data alla radicalizzazione di matrice islamica in carcere: cfr. Antigone, *XV Rapporto sulle condizioni di detenzione. Numeri della popolazione detenuta*, cit.

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

essi gli istituti di pena dovrebbero, di conseguenza, tener conto sia per quanto concerne il rispetto degli orari di somministrazione dei pasti sia ai fini della partecipazione delle persone detenute di fede islamica alle attività trattamentali[36].

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

Il ricorso a entrambe le opzioni è, nondimeno, condizionato alle disponibilità economiche della persona detenuta, su cui incidono fortemente i prezzi sproporzionati dei prodotti. Difatti, se sulla carta le tabelle vittuarie approvate con decreto ministeriale devono essere aggiornate ogni cinque anni, mentre i prezzi dei generi in vendita nello spaccio devono esserlo ogni mese – così

[36] A tal proposito, la circolare del Ministero della Giustizia n. 0178653 del 24 aprile 2016 dispone che il cibo consumato abitualmente dalle persone detenute di religione islamica nel corso del Ramadan sia consegnato soltanto dopo il tramonto. Ove esse ne facciano richiesta, le Direzioni degli istituti autorizzano la consegna del vitto crudo anziché già cotto, consentendone la cottura, purché nelle sezioni sia già consentita la cottura dei cibi (seppure solo quelli acquistati presso il sopravvitto, su cui vedi *infra*).

che essi corrispondano a quelli praticati negli esercizi della grande distribuzione più vicini all'istituto (art. 9, o.p. e artt. 11-12, d.P.R. n. 230/2000) – «[r]ispetto a queste disposizioni di legge, la prassi consolida l'esternalizzazione dell'intero servizio di fornitura dei generi alimentari mentre l'unica cosa che rimane all'amministrazione penitenziaria, e quindi affidata al lavoro dei detenuti, è la gestione diretta per il confezionamento dei pasti. Inoltre, il servizio del vitto, del sopravvitto e del servizio-spesa [è affidato] congiuntamente a un'unica impresa che riesce ad assicurarsi uno o più lotti di competenza»[37].

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

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

[38] Art. 25: «L'Amministrazione deve, in conformità alle norme stabilite in materia dalle autorità sanitarie, fornire ai detenuti, negli orari abituali, un'alimentazione convenientemente preparata e presentata, rispondente in quantità e qualità alle regole della dietetica e dell'igiene moderna, e che tenga conto della loro età, della loro salute, della natura del loro lavoro *e, nella misura del possibile, delle esigenze religiose e culturali*. L'acqua potabile deve essere disponibile per ogni detenuto». Non diversamente dispone l'art. 42 delle Regole minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite (Ris.

quello modificato nel 2006 con la Raccomandazione R(2006)2 stabiliscono che le persone detenute «*devono beneficiare* di un regime alimentare che tenga conto del loro sesso, della loro età, del loro stato di salute, *della loro religione, della loro cultura* e della natura del loro lavoro» (art. 22)[39]. L'art. 4 dichiara, inoltre, che «[l]e condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla mancanza di risorse».

Per ciò che concerne, invece, l'esposizione di simboli religiosi, l'art. 58, comma 2, del d.P.R. n. 230/2000 dispone che le persone detenuto possono «esporre, nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa». Nulla è, però, pre-

O.N.U. del 30 agosto 1955), sebbene esso si riferisca più genericamente alle esigenze religiose delle persone detenute: «Ogni detenuto deve essere autorizzato, *nei limiti del possibile*, a soddisfare alle esigenze della sua vita religiosa, partecipando ai servizi organizzati nello stabilimento e tenendo in suo possesso libri di edificazione e di istruzione religiosa della sua confessione» (corsivi miei).

[39] Al riguardo, si veda C. eur. dir. uomo, 07.12.2010, *Jakóbski v. Poland*. In questa pronuncia i giudici di Strasburgo, richiamando espressamente l'art. 22 delle Regole penitenziarie europee (nonostante la loro natura di atto non vincolante), all'unanimità hanno riconosciuto una violazione dell'art. 9 della CEDU in un caso concernente le richieste alimentari avanzate da un detenuto buddhista. Le autorità penitenziarie polacche avevano rigettato l'istanza di un detenuto, che chiedeva di seguire un regime privo di carne, in osservanza delle prescrizioni alimentari buddhiste Mahayana. La Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso del detenuto, affermando che, se da un lato è vero che la decisione di prendere accorgimenti speciali per un solo detenuto può avere conseguenze finanziarie sull'intero sistema, incidendo indirettamente sulla qualità del trattamento degli altri detenuti, si deve valutare se lo Stato ha raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi dell'istituto penitenziario, quelli degli altri detenuti e gli interessi particolari del richiedente. In *Jakóbski v. Poland* la Corte europea ha, però, evidenziato che il ricorrente si era limitato a chiedere una dieta vegetariana (in senso analogo anche C. eur. dir. uomo, 17.12.2013, Vartic v. Romania). Ciò non implicava, dunque, che i piatti fossero preparati, cucinati o serviti secondo modalità prescritte, né che fossero utilizzati prodotti speciali.

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

scritto in merito alla possibilità di indossare un abbigliamento che sia espressione di convinzioni personali in materia religiosa o che costituisca una forma di diffusione del proprio pensiero. In materia di vestiario, l'art. 7 o.p. stabilisce soltanto che «[g]li imputati e i condannati a pena detentiva inferiore ad un anno possono indossare abiti di loro proprietà, purché puliti e convenienti (comma 4)» e che «[i] detenuti e gli internati possono essere ammessi a far uso di corredo di loro proprietà e di oggetti che abbiano particolare valore morale o affettivo» (comma 5). A questo proposito, spetta al regolamento interno dell'istituto stabilire i casi in cui le persone detenute possono essere ammesse a fare uso di indumenti di loro proprietà, prevedendo altresì quali effetti di corredo possano usare. Il possesso di oggetti di particolare valore morale o affettivo è, inoltre, ammesso solo qualora essi non abbiano un consistente valore economico e non siano incompatibili con l'ordinato svolgimento della vita nell'istituto (art. 10, commi 1-3, d.P.R. n. 230/2000).

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

L'esigenza di garantire l'esercizio della libertà religiosa alle

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

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

Un caso siffatto fu, ad esempio, deciso dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo (15.02.1965, *X. v. Austria*), che fece appello alla necessità del personale penitenziario di poter identificare i detenuti dell'istituto. Per questa ragione la Commissione dichiarò inammissibile il ricorso di un detenuto buddhista, il quale sosteneva che, essendogli stata negata la possibilità di crescersi la barba e di avere una collana per la preghiera (*prayer chain*), non aveva potuto professare la sua religione.

persone di cui sia limitata la libertà personale emerge, peraltro, anche al di fuori degli istituti di pena. Si pensi, in primo luogo, ai cittadini stranieri sottoposti a misure di detenzione amministrativa nei centri di identificazione ed espulsione (ora "centri di permanenza per i rimpatri", ai sensi del decreto-legge n. 13/2017, convertito con modificazioni in legge n. 46/2017). Si tratta di strutture all'interno delle quali gli immigrati irregolari in attesa di espulsione sono trattenuti per un periodo non superiore a centottanta giorni (art. 14, d. lgs. n. 286/1998, come modificato dal decreto-legge n. 113/2018, convertito con modificazioni in legge n. 132/2018). Il regolamento di attuazione del Testo unico sull'immigrazione (d.P.R. n. 394/1999) stabilisce, tuttavia, che «le modalità del trattenimento devono garantire, nel rispetto del regolare svolgimento della vita in comune, […] i diritti fondamentali della persona» (art. 21, comma 1) e che nei centri la libertà del culto è assicurata nei limiti previsti dalla Costituzione (art. 21, comma 2).

È, altresì, previsto che a tali strutture possano accedere anche i ministri di culto (art. 21, comma 7), ma nulla si dice in ordine alle modalità per la loro individuazione e il relativo accesso. La mancata specificazione di tale aspetto priva, dunque, la disposizione della condizione indispensabile per far sì che le persone trattenute nei centri godano della libertà di colloquio con i ministri del proprio culto (art. 21, comma 1). Ciò vuol dire che, per scongiurare l'inoperatività di tali norme, è necessario ricorrere «alle disposizioni (unilaterali e pattizie) dettate per le altre forme di assistenza spirituale»[42]; con l'ovvia conseguenza di riproporre anche in tali centri le già evidenziate disparità di trattamento tra immigrati cattolici o appartenenti a confessioni munite di intesa e immigrati appartenenti a confessioni senza intesa[43].

Peraltro, la circolare n. 3435/50 del 30 agosto 2000 del Mini-

[42] A.G. Chizzoniti, E. Vitali, *Diritto ecclesiastico: manuale breve*, Milano, 2015, 193.

[43] Il problema si ripropone anche per i centri di permanenza per i rimpatri, secondo quanto previsto dal decreto-legge n. 13/2017, convertito con modificazioni in legge n. 46/2017. L'art. 19, comma 3, di tale decreto stabilisce, infatti, che nei suddetti centri si applichino le disposizioni di cui all'articolo 67 o.p., il quale al comma 4 genericamente dispone che i ministri del culto cattolico e di altri culti possono accedere agli istituti di pena con l'autorizzazione del direttore.

stero dell'Interno (Direzione generale dei servizi civili)[44], nel predisporre una "Carta dei diritti e dei doveri" per il trattenimento delle persone ospitate nei suddetti centri, indica tra i diritti di cui esse godono anche «la libertà di culto, l'assistenza religiosa e le specifiche esigenze relative al culto stesso» [art. 1, lett. *i)*]. Al fine di attuare le indicazioni relative a tali diritti, l'amministrazione è tenuta a far sì che i gestori di queste strutture «rispettino, compatibilmente con le esigenze della vita collettiva, le abitudini ed i precetti religiosi dei diversi stranieri con particolare riferimento alle modalità delle funzioni religiose, all'erogazione e alla tipologia dei pasti, nonché agli altri aspetti relativi al culto» [art. 2, lett *i)*]. Inoltre, nella comunicazione da consegnare alla persona straniera all'atto dell'ammissione al centro devono essere indicati il diritto ad avere colloqui con i ministri di culto e quello di professare la propria religione e di avere la relativa assistenza spirituale.

Un altro aspetto problematico, che alla luce dei mutamenti dell'ordinamento penitenziario deve essere attentamente considerato, concerne la tutela della libertà religiosa sia delle persone condannate che siano sottoposte a misure alternative alla detenzione[45], quali la detenzione domiciliare e l'affidamento in prova al servizio sociale presso una comunità terapeutica, sia degli imputati sottoposti alla misura cautelare degli arresti domiciliari ovvero al ricovero presso una comunità terapeutica. Negli ultimi anni, con una serie di interventi normativi, il legislatore ha progressivamente ampliato le condizioni di accesso a tali misure. Si è, in tal modo, iniziato a percorrere con maggior convinzione una delle strade indicate dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani* per eliminare l'endemica situazione di sovraffollamento che affligge le carceri italiane.

In questo ambito, tuttavia, per la garanzia della libertà di culto e dell'assistenza spirituale si pongono questioni particolari, che

[44] Direttiva generale in materia di Centri di Permanenza Temporanea ed Assistenza, ai sensi dell'art. 22, comma 1, del d.P.R. n. 394/1999.

[45] L'ampliamento dell'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione ha costituito, peraltro, uno dei criteri direttivi della delega al Governo di cui alla legge n. 103/2017, art. 1, comma 85, lett. *a-d* (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario).

non hanno ancora trovato soluzione. La legge n. 354/1975 e le leggi che hanno poi introdotto, disciplinato e ampliato tali misure tutelano la libertà religiosa all'interno delle sole strutture carcerarie, non disponendo nulla per le ipotesi in cui la restrizione della libertà personale avvenga in altri luoghi e ad altre condizioni. L'esito paradossale è che i diritti costituzionali in materia religiosa sono espressamente disciplinati, pur con alcuni limiti, per le ipotesi di privazione della libertà personale più afflittive e non, invece, per quelle più lievi (o considerate tali).

Per quanto concerne le misure più afflittive, nell'ipotesi del regime di sorveglianza particolare l'art. 14-*quater*, comma 4, o.p. esclude tra l'altro che le restrizioni all'esercizio dei diritti delle persone detenute o internate e alle regole di trattamento, che siano ritenute strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, possano riguardare le pratiche di culto.

Per il regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* o.p., sebbene la disposizione non indichi le posizioni giuridiche soggettive sottratte alle misure di restrizione, si registrano due pronunce della Corte di cassazione. Sulla base dell'art. 26, comma 4, o.p., la Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza di Cuneo aveva respinto il reclamo di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis*. Il reclamo era stato presentato contro il provvedimento con cui l'amministrazione penitenziaria aveva rigettato l'istanza del detenuto, intesa a ottenere l'autorizzazione ad incontrare in via permanente un ministro del culto dei Testimoni di Geova per lo studio della Bibbia. I giudici della Suprema Corte hanno stabilito che «in linea di massima, non pare possibile negare ad un credente ed a maggior ragione ad un Testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della Bibbia, almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario».

Con una seconda pronuncia il giudice di legittimità ha affermato che la mera comunicazione, a un detenuto sottoposto al regime detentivo del 41-*bis*, della relazione dell'amministrazione penitenziaria in merito alla non inclusione di maestri buddisti Zen

nel novero dei ministri di culto abilitati all'ingresso nelle strutture penitenziarie e di una precedente ordinanza del magistrato, pronunciata su reclamo di altro detenuto in tema di somministrazione del vitto, «non può costituire […] "valida risposta sia sul piano procedimentale sia sul piano del contenuto"»[46].

In ordine alle misure meno afflittive, invece, in mancanza di accorgimenti normativi espressi, si registrano alcune decisioni giurisprudenziali, che dinanzi alle istanze di persone condannate o imputate sottoposte a misure alternative alla detenzione e alla custodia cautelare, hanno dato risposte non univoche.

In una prima serie di casi alcuni imputati di religione cattolica, trovandosi in regime di arresti domiciliari, si erano rivolti al giudice per chiedere di partecipare alla messa celebrata nei giorni di domenica e nelle altre festività religiose. Per uno di essi il giudice istruttore di Pisa aveva accolto la richiesta, ritenendo che le «indispensabili esigenze vita», in presenza delle quali l'imputato può essere autorizzato «ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario» a provvedervi (art. 254-*quater*, comma 2, del previgente c.p.p.), comprendessero per il credente anche «la partecipazione alle celebrazioni del culto cattolico». Nell'ordinanza si rilevava, inoltre, che alla persona sottoposta al regime degli arresti domiciliari non può riservarsi un trattamento deteriore rispetto a quello assicurato ai detenuti[47].

Qualche anno dopo, tuttavia, il Tribunale di Milano ha riget-

[46] Cfr., rispettivamente, Cass. Pen., Sez. I, 25.05.2011, n. 20979; Cass. Pen., Sez. I, 07.10.2013, n. 41474.

Con riferimento alle persone sottoposte a tale regime detentivo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che, per motivi di sicurezza, la possibilità di lasciare le celle e avere contatti con altri detenuti è limitata; pertanto, nella partecipazione alla funzione religiosa collettiva dalle celle non è stata riscontrata un'illegittima violazione della libertà di manifestazione religiosa: C. eur. dir. uomo, 06.07.2000, *Indelicato c. Italia*.

Si segnala, nondimeno, che con provvedimento n. 2012/5522 il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha parzialmente accolto il reclamo di un detenuto in regime differenziato *ex* art. 41-*bis* o.p., cui era stata negata la possibilità di uscire dalla cella e di partecipare pienamente alla messa per leggere le letture e prendere la comunione all'altare.

[47] Trib. Pisa, 13.11.1984, in *Dir. eccl.*, 1985, II, 584 ss., con un commento di V. Turchi, *Arresti domiciliari e assistenza spirituale*, cui si rinvia per le implicazioni di diritto canonico concernenti la doverosità della partecipazione ai riti, ai sacramenti e alle pratiche liturgiche della religione cattolica per il credente che si trovi in stato di detenzione (*ivi*, 591 ss.).

tato un'istanza di analogo tenore, ritenendo che, ai fini dell'osservanza del precetto cattolico e data l'impossibilità per l'imputato di presenziare alla funzione religiosa in conseguenza del suo *status detentionis*, alla messa domenicale potesse essere equiparata quella trasmessa dai servizi radiotelevisivi[48]. Quest'ultimo orientamento, da alcuni in passato criticato sotto il profilo delle valutazioni operate dal giudice sul grado di vincolatività degli obblighi canonici[49], pone interrogativi più ampi sui limiti entro cui le autorità giudiziarie (e le istituzioni penitenziarie) possono sindacare la sincerità delle convinzioni religiose di chi, essendo in regime di detenzione, avanzi richieste in materia religiosa[50].

Le difficoltà di fronte alle quali l'amministrazione penitenziaria e i giudici possono trovarsi in queste ipotesi, in conseguenza del silenzio normativo, emergono da una pronuncia della Cassazione, con cui si è stabilito che «incorre nel reato di evasione dal regime degli arresti domiciliari il soggetto sottoposto a tale regime che si allontana dal suo domicilio per partecipare ad una funzione religiosa al di fuori dei termini e senza il rispetto delle modalità fissate dall'autorità giudiziarie»[51]. La pronuncia è scaturita dal caso di un Testimone di Geova che, pur avendo la facoltà di assentarsi ogni prima domenica del mese dal domicilio fissato, per partecipare con scorta ai riti liturgici presso una Sala del Regno, dopo aver sollecitato la messa a disposizione della scorta da parte dei carabinieri, durante la seconda domenica del mese si era comunque allontanato dal proprio domicilio senza scorta.

L'esigenza di tutelare il diritto di libertà religiosa si pone, infine, anche nei confronti delle persone imputate o condannate, che

[48] Trib. Milano, 19.08.1986, in *Dir. eccl.*, 1988, II, 288, con un commento di V. Turchi, *Ancora in tema di arresti domiciliari e assistenza spirituale. Appunti su "misure alternative alla carcerazione e libertà religiosa"*, *ibidem*.

Si veda, analogamente, App. Firenze, 24.07.1987, in *Dir. eccl.*, 1988, II, 289.

[49] V. Turchi, *Misure alternative alla pena detentiva: la garanzia della libertà religiosa*, in *Iustitia*, 2/1989, 157 s.

[50] Cfr. V. Turchi, *op. ult. cit.*, 160. L'Autore evidenzia, nondimeno, che la persona sottoposta agli arresti domiciliari, «in mancanza di specifiche esigenze cautelari contrarie, può sempre fruire dell'assistenza spirituale che i membri della propria confessione intendono offrirgli nel luogo di arresto» (*ibidem*).

[51] Cass. Pen., Sez. VI, 21.01.2009, n. 2735.

siano ricoverate presso le comunità terapeutiche per tossicodipendenti e alcolisti. In tale ipotesi, è necessario distinguere a seconda che la comunità terapeutica abbia una posizione agnostica rispetto al fenomeno religioso ovvero si caratterizzi per un orientamento di tipo religioso. Nel primo caso, occorre individuare le modalità necessarie ad assicurare l'effettivo esercizio di quei diritti; nel secondo, «si pone il problema, speculare, di garantire la libertà religiosa e di coscienza di chi, pur ricorrendo alle prestazioni offerte dalla comunità, non intende partecipare alle (eventuali) pratiche di culto, o religiose in senso più ampio»[52].

4. *Eguaglianza, laicità e principio "anti-maggioritario" nella garanzia dei diritti di libertà religiosa delle persone detenute*

Dalla disamina delle problematiche concernenti la libertà religiosa delle persone detenute emerge un dato interessante: su di essa il carcere riflette un'immagine caleidoscopica, che se per un verso è lo specchio dei numerosi cambiamenti avvenuti nella società italiana, per l'altro verso interroga l'ordinamento penitenziario (e più in generale le istituzioni pubbliche) su vecchie e nuove questioni.

L'immagine riflessa dal carcere può ritenersi caleidoscopica in un duplice senso. È tale, in primo luogo, perché all'interno degli istituti di pena si va sempre più delineando una diversificazione religiosa e culturale, che si esprime attraverso multiformi istanze di tutela. In maniera speculare, l'immagine è caleidoscopica nel senso che, a garanzia dei diritti in questione, negli anni si è formato un universo normativo eccessivamente frastagliato e differenziato. Ma un così alto livello di stratificazione del quadro normativo, anziché essere strumento di salvaguardia del pluralismo religioso, è divenuto piuttosto il segno di un diritto insostenibilmente diseguale.

L'insostenibilità di un'eccessiva differenziazione nella tutela della libertà religiosa delle persone detenute deriva da molteplici fattori: dalla posizione privilegiata che all'interno delle strutture segreganti è tuttora riconosciuta alla Chiesa cattolica; dal *discri-*

[52] V. Turchi, *op. ult. cit.*, 167.

men tra confessioni religiose munite di intesa con lo Stato e confessioni che ne sono sprovviste; dal conseguente divario nel grado di attuazione dei diritti dei detenuti, in conseguenza della religione da essi professata. In tale quadro, l'immigrazione non ha fatto altro che mettere a nudo le carenze di un impianto normativo superato, moltiplicando e amplificando fattori di squilibrio noti da tempo.

I molteplici nodi problematici discendono da una scelta di fondo del legislatore che, attenuando la piena espansione dei principi costituzionali di eguaglianza e di laicità all'interno delle carceri, ha finito per penalizzare le posizioni giuridiche soggettive delle persone detenute. Soprattutto la disciplina (legislativa e regolamentare) concernente l'assistenza spirituale e l'ingresso in carcere dei ministri di culto tradisce una prospettiva prevalentemente "istituzionale": a essere prese in considerazione sono le esigenze delle confessioni religiose, più che quelle dei detenuti. In tal senso, si ha l'impressione che finora il legislatore si sia interessato di questi temi con lo sguardo rivolto agli artt. 7 e 8 Cost., prima ancora che agli artt. 2, 3, 19 e 27 Cost.

A ciò si aggiunga che per i profili appena ricordati (e, a maggior ragione, per quelli non ancora o non sufficientemente regolati) molto – forse troppo – è lasciato, «all'arbitrio dei funzionari dello Stato, si tratti di personale dell'amministrazione o di magistrati e questo, inevitabilmente, mina un diritto che la Costituzione sancisce come fondamentale»[53]. Vi è, pertanto, la tendenza a dimenticare che «il diritto di sviluppare la propria personalità deve essere particolarmente garantito quando si viene a fare parte di una formazione sociale contro la propria volontà. La partecipazione coatta costituisce, infatti, di per sé una limitazione ai diritti di libertà del soggetto, che deve essere in qualche modo controbilanciata assicurando il pieno riconoscimento di tutti quei diritti costituzionali – in particolare modo quelli discendenti dall'art. 2 – non incompatibili con il carattere necessario dell'appartenenza all'entità superindividuale»[54].

[53] F. Sciotto, *Il carcere è un luogo di pluralismo religioso?*, in *Oltre i tre metri quadri*, cit., 80.

[54] G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Pol. dir.*, 2/1976, 174-175.

La Corte costituzionale ha, d'altronde, in più occasioni sottolineato che è «principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»[55]; ciò perché «[c]hi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[56].

Occorre, quindi, rimuovere dal campo quel pregiudizio, «che in nome della primazia delle esigenze di "sicurezza" postula di fatto una irrazionale limitazione dei diritti dei detenuti»[57], soprattutto quando – come si è avuto modo di registrare nel caso della libertà religiosa – la restrizione o la tutela non effettiva di essi siano il frutto di diseguaglianze prive di fondamento[58].

Le disparità emerse finora non trovano, del resto, alcuna giustificazione nell'argomento maggioritario, un argomento che non può essere speso né sotto il profilo meramente sociologico, né soprattutto sotto quello dei principi costituzionali. La disciplina di favore per la presenza in carcere della religione cattolica e per l'as-

In senso analogo V. Onida, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. cost.*, 1968, 1046: «lo stato di detenzione, se comporta ovviamente una restrizione della libertà personale (anzi a questo è precisamente inteso) e per questo delle libertà a questa connesse o da queste in qualche modo dipendenti (come la libertà di circolazione o quella di riunione); se può comportare limitazioni ad aspetti strumentali delle libertà connesse alla manifestazione del proprio pensiero (come l'uso di determinati mezzi di diffusione), non può però in alcun modo incidere su quegli aspetti della libertà che concernono l'atteggiarsi della coscienza individuale e delle sue manifestazioni […]».

[55] Corte cost., sent. n. 114/1979.

[56] Corte cost., sent. n. 349/1993.

[57] M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 55.

La Corte costituzionale ha, d'altro canto, chiaramente affermato che l'idea secondo cui la restrizione della libertà personale può «comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»: Corte cost., sent. n. 26/1999.

[58] Sul necessario valore orientativo della giurisprudenza costituzionale, che non può da sola supplire all'inerzia del legislatore, si veda in termini più ampi M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivistaic.it*, fasc. 3/2016, 33 ss.

sistenza spirituale ai detenuti che la professino è stata spesso difesa attraverso il richiamo al mero fattore storico-numerico, venendo negli anni emendata solo in minima parte. Si è, ad esempio, osservato che «[l]a situazione di privilegio sostanzialmente accordata al culto cattolico, la celebrazione dei cui riti è assicurata negli istituti di prevenzione e pena, allo stato attuale, può essere ritenuta non in contrasto con il principio costituzionale di eguale libertà per tutte le confessioni, poiché trae origine non da un particolare favore per il Credo della religione cattolica, ma dalla considerazione di indiscutibili situazioni di fatto quali la preponderanza numerica, statisticamente rilevabile, dei detenuti che intendano praticare i riti del culto cattolico, la non facile disponibilità o reperibilità di culti scarsamente presenti nel nostro paese»[59]. Analoghe considerazioni sono state portate a sostegno anche di quelle disposizioni, che all'interno degli istituti di detenzione prevedono la presenza stabile del solo cappellano[60].

A questo proposito, si potrebbe rispondere che i cambiamenti sociali degli ultimi anni hanno reso tali argomenti non più sostenibili: una pluralità religiosa sempre più accentuata si è riversata anche sugli istituti penitenziari, tanto che in alcuni casi le persone detenute di fede cattolica non costituiscono più la maggioranza. E tuttavia, al di là del dato sociale, l'argomento numerico non può essere impiegato innanzitutto per il *vulnus* che ne conseguirebbe al principio di laicità, a quello di eguaglianza e alla libertà religiosa[61].

[59] L. Governatori Renzoni, *La libertà religiosa negli istituti di prevenzione e pena*, in *Dir. eccl.*, II, 1968, 302-303.

[60] Cfr. A. Pizzorusso, *I cappellani degli istituti di prevenzione e di pena nel diritto vigente e nel progetto di riforma penitenziaria*, in *Studi in onore di Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, 565.

[61] Sulla necessità che lo Stato impedisca ogni forma di discriminazione basata sul fattore religioso, «mantenendo un atteggiamento di neutralità rispetto alle diverse opzioni religiose senza ergersi a garante degli orientamenti ideologici della maggioranza», M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 120.

In termini più ampi si veda anche F. Rimoli, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, 1995, 5, secondo il quale «devono essere decisamente respinte quelle impostazioni che fanno leva sulla maggior diffusione o tradizione di una singola prospettiva ideologica o culturale per giustificare una sostanziale prevaricazione di questa su altre concezioni concorrenti e minoritarie, talora anche in forma di imposizione più o meno diretta sui comportamenti individuali (semmai un'attenta lettura dell'art. 3, 2° co., Cost. *dovrebbe far propendere, all'inverso, per un sostegno alle culture deboli e*

A supporto di ciò basti solo ricordare quanto è stato affermato dalla Corte costituzionale in materia di tutela penale del sentimento religioso: il criterio maggioritario non può più essere addotto al fine di salvare quelle disposizioni che riservano alla religione cattolica un trattamento di favore[62].

Mutatis mutandis, il rispetto del dovere di «equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose»[63], che nella giurisprudenza costituzionale si è imposto come precipitato del principio di laicità, tanto più deve ritenersi condizione indispensabile per garantire l'effettivo ed eguale esercizio della libertà religiosa (anche negativa[64]) quanto più questa libertà sia invocata all'interno di istituzioni totali.

Anche per l'ordinamento penitenziario i tempi sono, d'altronde, maturi perché si affrontino senza infingimenti le sfide che la diversità culturale e religiosa pone davanti alle istituzioni penitenziarie e perché non si rimanga abbagliati dalle sirene del «multiculturalismo irenico»[65] o della laicità c.d. "positiva"[66]. Tra eguaglianza

minoritarie, anche in campo religioso, in ciò coniugandosi la laicità col carattere sociale dello Stato, laddove questo sia sancito come nella nostra Costituzione)» (corsivi miei).

[62] La Corte costituzionale aveva inizialmente ritenuto che la posizione privilegiata accordata alla religione cattolica trovasse fondamento nell'«antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa appartiene» (sent. n. 125/1957) e «alla maggiore ampiezza e intensità delle reazioni che suscitano le offese ad essa, in quanto religione professata dalla maggior parte degli italiani» (sent. n. 39/1965 e, in termini analoghi, sent. n. 14/1973). Tuttavia, con il venir meno del principio della religione di Stato in seguito agli Accordi di Villa Madama, i giudici costituzionali hanno mutato orientamento, giudicando «inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose» (sent. n. 925/1988). La Corte ha, infine, affermato che il definitivo «abbandono del criterio quantitativo […] significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza» (sent. n. 440/1995, nonché sent. n. 329/1997).

[63] Corte cost., sent. n. 329/1997 e, analogamente, sent. n. 508/2000.

[64] Al riguardo, deve peraltro essere stigmatizzata la prassi di annotare nella cartella personale della persona detenuta, al suo primo ingresso in carcere, la religione professata. La funzione di agevolazione della libertà religiosa ricollegabile a tale annotazione deve oggi fare i conti con i rischi di facili e discriminatorie sovrapposizioni tra Islam e radicalizzazione, con conseguenti ricadute sul trattamento penitenziario delle persone di fede islamica.

[65] Sul punto si rinvia alle osservazioni problematiche di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?,* Roma-Bari, 2013, 88 ss.

[66] L'idea di una laicità "positiva" era inizialmente affiorata nella sentenza con cui

e diversità occorre cercare un nuovo equilibrio costituzionalmente orientato, nella consapevolezza che esso non si dà una volta per tutte, ma «va costruito in presa diretta con i problemi pratici, che la società multiculturale pone incessantemente in termini di novità»[67]. Già le Regole penitenziarie europee varate nel 2006 affermano che «[d]evono essere presi provvedimenti speciali per i bisogni dei detenuti appartenenti ad una minoranza etnica o linguistica» e che «[p]er quanto possibile, le pratiche culturali dei diversi gruppi devono poter continuare ad essere osservate in carcere» (art. 38, commi 1-2).

L'occasione per un ripensamento dell'attuale disciplina normativa poteva venire dalla legge n. 103/2017, contenente una delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Se in un primo momento tra i principi e i criteri direttivi era stata inclusa la previsione di norme concernenti, tra l'altro, i diritti e i bisogni culturali e religiosi delle sole persone detenute straniere, il testo finale della legge di delega ha previsto che – fermo restando quanto disposto dall'art. 41-*bis* della l. n. 354/1975[68] – nell'esercizio della delega i decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento pe-

la Corte costituzionale aveva assegnato alla laicità il rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale, affermando che «l'attitudine laica dello Stato-comunità […] risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini» (sent. n. 203/1989). Nella giurisprudenza successiva, tuttavia, i giudici costituzionali si sono condivisibilmente allontanati dalla declinazione "positiva" del principio di laicità, ponendo maggiormente l'accento su una laicità intesa come «neutralità dello Stato nei confronti di *tutte* [le confessioni religiose]» (sent. n. 235/1997, corsivo mio) e dovere di «equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a *tutte* le confessioni religiose» (sent. n. 329/1997, corsivo mio).

In tal modo si intende invocare non un atteggiamento di rigida e fittizia neutralità, che lasci l'appagamento delle varie istanze (religiose e non solo) ai rapporti di forza, ma una laicità che, rinunciando ai privilegi finora accordati alla religione egemonica, sia in grado di rispondere ai problemi posti dalla diversità religiosa e culturale: cfr. E. Olivito, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 560 ss.

[67] N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 223.

[68] Tale generica e aprioristica esclusione suscita, tuttavia, qualche perplessità. Sul punto si veda L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, in questo *Volume*.

nitenziario includano norme che favoriscono l'integrazione delle persone detenute straniere[69], nonché più in generale rivedano le attuali previsioni in materia di libertà di culto e dei diritti ad essa connessi [art. 1, comma 85, rispettivamente lettere *o)* e *v)*]. Tale duplice indicazione apriva così alla considerazione delle specifiche esigenze religiose dei detenuti stranieri e, al contempo, a una più ampia modifica della normativa penitenziaria, là dove essa presenti lacune e trattamenti irragionevolmente differenziati tra i credi religiosi. Nell'esercizio della delega, tuttavia, il decreto legislativo n. 123/2018 si è limitato a modificare l'art. 9, comma 1, o.p. per ciò che concerne i precetti religiosi alimentari[70], replicando peraltro quanto già previsto dall'art. 11, comma 4, del d.P.R. n. 230/2000.

Nondimeno, dal momento che anche (ma non solo) in ambito penitenziario la diversificazione delle istanze religiose ha messo in luce la difficoltà «a venire incontro a nuove esigenze e ad allontanarsi dai binari consolidati delle forme organizzative riservate alle confessioni religiose»[71], si ripropone con urgenza la necessità di approvare un serio e meditato testo di legge sulla libertà religiosa[72]. Senza destituire di fondamento i diversi livelli di governo e di regolamentazione che in tale ambito sono chiamati a interagire, questo passo contribuirebbe alla semplificazione di un quadro normativo

[69] A questo proposito si veda ancora P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in questo *Volume*.

[70] «Ai detenuti e agli internati è assicurata un'alimentazione sana e sufficiente, adeguata all'età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione, al clima. Ai detenuti che ne fanno richiesta è garantita, ove possibile, un'alimentazione rispettosa del loro credo religioso» (corsivi miei).

[71] S. Angeletti, *Le attività delle comunità islamiche a livello locale*, cit., 151.

[72] Della necessità di una legge sulla libertà religiosa si discute da molto tempo e diversi sono stati i progetti di legge presentati in Parlamento, senza però che si siano mai raggiunti risultati apprezzabili. Si vedano, tra i molti, i contributi di *Studi e opinioni sul progetto di legge sulla libertà religiosa*, in *Dir. eccl.*, 1-2/2007, I; nonché V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, 2010.

In senso favorevole all'uniformità di regime per le confessioni religiose, nella prospettiva della separazione e della libertà, cfr. M. Luciani, *La problematica laicità italiana*, in *Dem. dir.*, 2/2008, 118. Nel senso che una legge unilaterale sulla libertà religiosa non si porrebbe come fonte alternativa alle intese, che conserverebbero lo scopo di salvaguardare le differenze tra le confessioni religiose, si veda B. Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, 410.

che, nel garantire effettività ai diritti di libertà religiosa delle persone detenute, è ancora irrazionalmente diversificato, in ragione di rapporti di forza squilibrati. Si eviterebbe, in questo modo, di rimettere il grado di tutela di tali diritti allo spontaneismo o al paternalismo delle singole strutture penitenziarie[73] e di lasciare negletto il riconoscimento anche simbolico che deriverebbe da un quadro legislativo egualitario. La discussione di un progetto di legge sulla libertà religiosa potrebbe, inoltre, essere la sede per interrogarsi sullo spazio attribuibile al fattore religioso all'interno delle carceri. Gli istituti di pena sono, in definitiva, luoghi che partecipano di una più ampia sfera pubblica e occorre capire se, di fronte alla crescente pluralità religiosa, l'inveramento del principio di laicità sia maggiormente assicurato da una neutralità dell'ordinamento penitenziario del tutto cieca alle differenze oppure sensibile a esse.

[73] Cfr. G. Casuscelli, *Il diritto alla moschea, lo Statuto lombardo e le politiche comunali: le incognite del federalismo*, in *www.statoechiese.it*, settembre 2009, 12. Sebbene a diversi fini, ma con argomentazioni valide anche per l'ordinamento penitenziario, l'A. esattamente rileva che «[s]petta alla legge "fondamentale" sulla libertà religiosa offrire al più presto un quadro unitario di riferimento idoneo a dissolvere le incognite, a fugare i rischi di normative (primarie e regolamentari) e di prassi amministrative locali che dilatino oltre misura la discrezionalità "politica" di quanti sono chiamati a dare attuazione, per la loro parte, alle libertà costituzionali, predisponendo un chiaro ed efficace sistema di norme di garanzia, procedurali e contenutistiche» (*ivi*, 13-14).

Marta Caredda

Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria

SOMMARIO: 1. Introduzione breve – 2. Il diritto alla salute come diritto universale: la riforma della sanità penitenziaria – 3. Il diritto alla salute come diritto complesso: i suoi diversi significati e la realtà delle carceri – 4. I rimedi alle violazioni del diritto alla salute del detenuto: giudici dell'esecuzione penale e giudici di Strasburgo – 5. Note conclusive.

1. *Introduzione breve*

La tutela della salute umana è un diritto di tutti gli individui, riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale all'art. 32 – da interpretarsi alla luce del dovere della Repubblica di garantire la libertà-dignità dell'uomo (cfr. artt. 2 e 3 Cost.) – nonché da importanti norme europee e internazionali[1]. Anche le persone ristrette in carcere sono titolari, come è ovvio, del diritto alla protezione della salute, al pari del resto della comunità. A queste si rivolgono, oltre

[1] L'art. 32 Cost. afferma che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Merita, poi, di essere richiamato l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che attribuisce a ogni individuo il diritto alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche, da leggersi alla luce del disposto dell'art. 1 secondo cui «la dignità umana è inviolabile». L'obbligo di tutelare la salute, che non è espressamente previsto nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, viene riconosciuto per via interpretativa dai giudici di Strasburgo negli artt. 2, 3 e 8 CEDU, perché ricompreso nella protezione assicurata alla vita umana o alla vita privata e familiare.

alle disposizioni già menzionate, in modo specifico, gli artt. 13 e 27 Cost. laddove bandiscono ogni forma di violenza fisica o morale nei confronti di una persona privata della libertà ed escludono che la pena possa consistere in un trattamento contrario al senso di umanità. Ci è voluto del tempo, però, perché si organizzasse il sistema in modo tale da ricercare effettivamente l'equiparazione tra liberi e detenuti in ordine al godimento delle prerogative connesse con la tutela della salute. La legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 già segna dei passi in avanti quanto all'espresso riconoscimento del diritto a vivere in condizioni salubri e ai trattamenti sanitari, come vedremo, ed è stato, poi, significativo il processo che ha visto il Servizio Sanitario Nazionale prendersi carico dell'assistenza sanitaria anche all'interno degli istituti di pena. Tante, ancora, le questioni aperte, le criticità che necessiterebbero interventi normativi o, più semplicemente, la corretta attuazione delle previsioni vigenti.

2. *Il diritto alla salute come diritto universale: la riforma della sanità penitenziaria*

La protezione della salute, definita come "uno stato di benessere fisico, mentale e sociale" e non solamente "assenza di malattie o infermità" dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), è oggetto di un diritto costituzionale fondamentale e non vi sono ragioni per cui il detenuto debba soffrire limitazioni in ordine all'esercizio dello stesso.

Non vi sono infatti motivi di sicurezza o esigenze processuali che possano essere bilanciati col dovere di preservare la salute della persona determinando un livello di tutela minore (si può, al massimo, trattare dell'adozione di precauzioni organizzative per quanto riguarda prestazioni connesse col contenuto del diritto stesso: per esempio, vi sono regole circa l'ingresso in istituto del medico di fiducia o specifiche modalità prescritte per effettuare le traduzioni in luoghi esterni di cura)[2]. D'altronde, la tutela della

[2] «Una diversa – spesso meno garantistica – forma di tutela dovrebbe trovare

salute non è un ambito del "trattamento rieducativo", sede naturale di bilanciamenti, né è ad esso funzionalizzata, come a volte si sostiene; godere di buona salute è semmai un presupposto per la "risocializzazione". Se il sistema penitenziario non rispettasse, a prescindere dalla condotta del reo, la salute fisica e mentale della persona reclusa si rischierebbe di avere un "rimedio" al male commesso che genera ulteriore "malattia", invece che aiutare ad allontanarla[3]; assomiglierebbe alla logica del supplizio. Non sembra corretto, allora, affermare che «la tutela della salute del detenuto, l'organizzazione sanitaria e i suoi compiti non possono essere pienamente compresi al di fuori del binomio sicurezza-trattamento […] che rappresentano espressioni diverse dell'unica finalità della pena con valenza rieducativa»[4], poiché è, invece, di tutta evidenza che la tutela dell'integrità psico-fisica prescinde dal grado di avanzamento nel percorso trattamentale. Se fosse vero che «la tutela costituzionale della salute nell'ambito penitenziario si connota in relazione al contesto in cui è considerata ed alla luce dell'obiettivo che la Costituzione richiede al contesto stesso: la rieducazione»[5], ci si potrebbe domandare cosa ci sia di "rieducativo" nell'essere curati quando non si sta bene e se si potrebbe sentire meno vincolante l'obbligo di garantire l'assistenza sanitaria se il sistema fosse improntato a una visione retributiva della pena. Si profilerebbe peraltro il dubbio che l'imputato sottoposto a misura cautelare detentiva possa ricevere una protezione diversa da chi, già condannato, è inserito in un programma trattamentale. «La salute è bene non disponibile per restrizioni», invece, come è stato scritto a chia-

giustificazione nella peculiarità della situazione detentiva, configurandosi come riflesso dell'impossibilità di riconoscere la "pienezza" della specifica situazione giuridica soggettiva in capo al recluso». Così M. Ruotolo, *Il carcere come luogo della legalità*, *in onore di Valerio Onida*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 7.

[3] Sul punto si legga E. Resta, *Cura e malattia*, in P. Gonnella, M. Ruotolo (a cura di), *Giustizia e carceri secondo Papa Francesco*, 2016, 47 ss., nonché, sul principio di proporzionalità, che ammette limitazioni dei diritti dei detenuti solo laddove questo sia "inevitabile", M. Cartabia, *La funzione del diritto penale e i diritti umani*, *ivi*, 29 ss.

[4] B. Gualco, *Ordinamento penitenziario e assistenza sanitaria. Realtà e prospettive*, in *Noos*, *Psichiatria e carcere*, n. 12, 2006, 11 s.

[5] C. Piciocchi, *«La salute dentro le mura»: commento al rapporto del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013)*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2014, 851.

re lettere nella Relazione finale dei lavori della c.d. Commissione "Palma"[6], poiché nessuna delle esigenze legate all'esecuzione della pena detentiva necessita della compressione del diritto alla salute, la cui salvaguardia è oggetto di un mandato non negoziabile.

C'è di più: non solo il detenuto ha diritto alla protezione della salute al pari di qualunque altro individuo libero, ma siamo anche in un ambito in cui il soggetto pubblico deve attuare misure specifiche, applicando il principio di eguaglianza sostanziale. Occorre, infatti, profondere un "impegno particolare", per affrontare una situazione nella quale il raggiungimento dello scopo implica la "rimozione di ostacoli" (art. 3, secondo comma, Cost.), rappresentati da oggettivi «svantaggi situazionali»[7]. Bisogna, cioè, realizzare azioni positive che riempiano di contenuto un altrimenti sterile riconoscimento di "parità formale". E per soddisfare le esigenze di salute della popolazione carceraria può non bastare l'offerta di un servizio calibrato su un fabbisogno "standard", perché può rivelarsi insufficiente ed equivalere, quindi, a una discriminazione: occorre, infatti, tener conto del fatto che l'incidenza di alcune patologie è significativamente maggiore tra la popolazione detenuta rispetto a quella registrata nella popolazione generale. In altre parole, il rischio di salute è elevato e la necessità di interventi sanitari più frequente.

Come riferito dall'OMS in relazione alla popolazione carceraria mondiale, infatti, assai diffuse sono la dipendenza da sostanze stupefacenti e le malattie infettive (in particolare epatite C e HIV), oltre ai disturbi nevrotici e da adattamento[8]. Per quanto

[6] *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale per le questioni penitenziarie "Palma"*, presentato al Ministro il 25.11.13, punto 4.4, 18.

[7] Concetto espresso con forza nel Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *La salute "dentro le mura"*, 2013, 5, disponibile all'indirizzo *http://www.governo.it/bioetica/pdf/6*.

[8] Si vedano i dati forniti dall'O.M.S. (*Who Regional Office, Final Report of the network meeting on prison and health*, Copenaghen 11-12 ottobre 2012) e richiamati anche nel Parere del C.N.B. citato nella nota precedente, 9. Per quanto attiene ai disagi mentali, le percentuali più elevate si riscontrano in riferimento alla dipendenza da sostanze psicoattive, seguite da nevrosi e reazioni di adattamento, disturbi alcol correlati e disturbi affettivi psicotici: si veda C.N.B., *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 22 marzo 2019, 9 ss.; più risalente nel tempo, ma forse interessante, anche uno studio sperimentale condotto a Pavia da G. Gegagni Lusignani, C. Giacobone, F. Poz-

riguarda specificamente l'Italia, secondo un'affidabile indagine epidemiologica il 41,3% dei detenuti risulta affetto da almeno un disturbo psichico, il 14,5% da patologie dell'apparato digerente e l'11,5% da malattie infettive e parassitarie. «Già da questi primi dati si capisce che le caratteristiche sanitarie della popolazione detenuta sono estremamente differenti da quelle osservabili nel contesto generale»[9]; le ragioni di questa situazione si rinvengono nella diffusione, tra i soggetti reclusi, di stili di vita che espongono maggiormente a malattie o disagi mentali (per es. pratiche a rischio quali l'assunzione di droghe per via iniettiva o l'abitudine al sesso a pagamento; incuria nella gestione delle malattie pregresse rispetto all'ingresso in carcere; aggravamento del quadro clinico causato dalle condizioni strutturali e organizzative proprie della realtà detentiva; mancato adattamento all'ambiente carcerario e alla convivenza forzata in una comunità complessa, spesso percepita come ostile ecc.). Per non parlare poi dei dati sull'incidenza della dipendenza da droghe[10]: basti qui mettere in evidenza che, sul campione studiato nell'analisi precedentemente richiamata, risulta che i disturbi mentali da dipendenza da sostanze affliggono circa il 25% della popolazione[11] e che il 49,6% dei disagi psichici riscontrati deriva proprio da questa causa.

zi, F. Dal Canton, P. Alecci, G. Carrà, *Disturbi mentali in una casa circondariale: uno studio di prevalenza*, in M. Clerici, S. Scarone (a cura di), *Noos, Psichiatria e carcere*, Vol. 12, n. 1, 2010, 23 ss., dal quale è emersa una prevalenza maggiore di disturbi mentali nella popolazione detenuta rispetto a quella libera, secondo standard di riferimento statunitensi ed europei.

[9] Si tratta della prima (e, a quanto ci consta, unica) analisi epidemiologica estesa condotta su un campione significativo di istituti dislocati in diverse Regioni italiane, realizzata anche con l'impegno del Ministero della Salute (Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie – CCM): Azienda Regionale di Sanità della Toscana, *La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico*, aprile 2015, 58. Disporre di una mappatura accurata della distribuzione delle patologie negli istituti penitenziari è ancora oggi difficoltoso, come si dirà nel seguito del presente contributo.

[10] La circostanza che un alto numero di «diagnosi riguarda i disturbi legati alle sostanze psicoattive (abuso e dipendenza), […] non stupisce considerato che nel carcere una larga fetta della popolazione è reclusa direttamente per violazione della legge antidroga»: così, C.N.B., Salute mentale, cit., 10.

[11] Secondo W.H.O., *Health in Prisons: fact sheets for 38 European Countries*, 2019, 74, in Italia il 25,8% dei detenuti erano consumatori abituali di droghe. Già secondo A. Franceschini, *La medicina penitenziaria*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di*

Passando al riconoscimento normativo della parità nel godimento del diritto alla salute tra persone detenute e persone libere, occorre brevemente ripercorrere lo sviluppo della legislazione ordinaria. Le norme della legge n. 354 del 1975 (Ordinamento Penitenziario) che riguardano la prevenzione e l'assistenza sanitaria sono nell'art. 11, dove sono disciplinati i profili essenziali del servizio sanitario erogato negli istituti penitenziari (che tra poco approfondiremo), ed anche negli artt. 5 ss. che contengono prescrizioni riguardanti la salubrità degli ambienti, l'igiene personale, l'alimentazione e i tempi di permanenza all'aperto (disposizioni da combinare con quelle regolamentari di cui al d.P.R. n. 230 del 2000 – spec. artt. 17 ss.[12]).

La legge n. 354, dunque, dava attuazione al mandato costituzionale prevedendo il diritto all'assistenza sanitaria (e predisponendo un servizio medico e farmaceutico penitenziario); fino al 2008, però, la competenza di organizzarla era dell'Amministrazione penitenziaria: si trattava perciò di un sistema "separato" da quello esistente per erogare prestazioni sanitarie in favore delle persone libere. È stata assai significativa l'evoluzione segnata dal trasferimento delle funzioni dall'Amministrazione penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale, poiché, in conformità alle indicazioni internazionali[13], da quel momento il servizio pubblico responsabile della salute della popolazione generale si occupa anche di quella dei reclusi. La riforma avviata con la legge delega n. 419

medicina legale e scienze affini, vol. VIII, cap. CCLII, Padova, 2009, i tossicodipendenti si attestavano intorno al 25% della popolazione detenuta, mentre secondo lo studio di M. Esposito, *The health of italian prison inmates today: a critical approach*, in *Journal of correctional health care*, 16 (3), 2010, 230 s., la dipendenza da droghe dentro il carcere veniva rilevata nel 22% dei casi, a fronte del 2,1% della popolazione generale.

[12] Al diritto alla salute si riferisce anche la Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati (prevista dal regolamento esecutivo citato nel testo e adottata con D.M. 5 dicembre 2012), spec. 7. Questa viene consegnata ad ogni detenuto all'ingresso in istituto e rimane disponibile presso la sala colloqui dei penitenziari.

[13] Cfr. art. 40 delle Regole Penitenziarie Europee: «1. Si devono organizzare in istituto dei servizi medici in stretta relazione con l'amministrazione sanitaria generale della comunità locale o della Nazione. 2. La politica sanitaria negli istituti penitenziari deve essere integrata con la politica sanitaria nazionale, e compatibile con essa. 3. I detenuti devono avere accesso al servizio sanitario disponibile nel Paese senza discriminazione basata sulla loro posizione giuridica».

del 1998, cui è seguito il d.lgs. n. 230 del 1999 (Riordino della medicina penitenziaria), e che ha visto il passaggio definitivo di funzioni, personale e risorse relativi alla sanità penitenziaria al S.S.N. con l'approvazione del D.P.C.M. del 1° aprile 2008[14], rappresenta allora un momento simbolico per la "materializzazione" del "carattere universale della tutela della salute"[15]. L'art. 1 del d. lgs. n. 230 del 1999 prevede, infatti, che «i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate», affermando, appunto, il "principio della parità di trattamento", confermato, poi, nel testo del D.P.C.M. del 2008. Il trasferimento delle competenze di prevenzione e assistenza sanitaria è stato accompagnato dall'indicazione di obiettivi importanti per il miglioramento della sanità penitenziaria: grazie all'attivazione di sistemi di rilevazione epidemiologica, si raccomandava l'intervento sanitario mirato alle principali esigenze di salute (misure di *screening* e preventive, cure specialistiche, in particolare nell'ambito delle patologie infettive e della salute mentale)[16].

Come si sa, il S.S.N. si organizza su base territoriale, nel senso che si articola in diversi Servizi Sanitari Regionali, che hanno autonomia di gestione pur dovendo garantire l'erogazione di prestazioni sanitarie essenziali di cui nessun individuo può esser privato. Le Regioni hanno proceduto ad una attuazione differenziata della

[14] Il d. lgs. n. 230 iniziava a sottrarre al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) e al Dipartimento della giustizia minorile le competenze relative all'area della prevenzione e gestione delle tossicodipendenze, mentre avviava una fase sperimentale nella quale solamente tre Regioni venivano interessate dal transito delle funzioni e delle risorse dell'intero comparto sanitario al S.S.N. La definitiva responsabilizzazione di Regioni e A.S.L. sulla gestione della sanità carceraria avveniva, come si è già sottolineato, per il tramite dell'art. 2 del D.P.C.M. sopra menzionato, la cui adozione è stata prevista dall'art. 2, commi 283 e 284, della Legge finanziaria per il 2008.

[15] La tutela della salute, infatti, discende dalla garanzia della dignità dell'uomo come «dote indisponibile», fa parte di quelle previsioni costituzionali «nelle quali l'esigenza della protezione della dignità umana, pur espressa in termini diversi, può dirsi quanto meno "presupposta"», M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 19. Nello stesso lavoro, si veda il Cap. IV, spec. 87 ss. per un'analisi della riforma della sanità penitenziaria.

[16] Si veda l'Allegato A, D.P.C.M. 1 aprile 2008, *Linee di indirizzo per gli interventi del Servizio Sanitario Nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli istituti penitenziari e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale*.

Riforma della medicina penitenziaria[17], a partire dai tempi con cui si è deciso di operare il trasferimento delle funzioni sanitarie al S.S.N. per giungere alle diverse scelte sui servizi e sugli strumenti a disposizione della sanità penitenziaria nei diversi territori[18].

Tornando alle previsioni generali, l'art. 11 dell'o.p., che è stato recentemente modificato nell'ambito della parziale riforma dell'ordinamento penitenziario dell'autunno del 2018[19], prevede che «il servizio sanitario nazionale […] garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti», assicurando «quotidianamente la visita dei detenuti ammalati e di quelli che ne fanno richiesta»; che, «ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti», i detenuti possono essere trasferiti in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura; che al momento dell'ingresso i soggetti sono sottoposti a visita medica generale per accertare eventuali malattie fisiche o psichiche (si apre una cartella clinica) e che «il medico annota immediatamente

[17] L'Accordo approvato in Conferenza Unificata il 22 gennaio 2015 recante "Linee guida in materia di modalità di erogazione dell'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari per adulti; implementazione delle reti sanitarie regionali e nazionali" aveva come scopo proprio quello di rinnovare l'impulso alla corretta attuazione delle previsioni in vigore dal 2008, che in alcune Regioni rimanevano non realizzate.

[18] Se in alcune Regioni nell'anno successivo all'adozione del D.P.C.M. del 1 aprile 2008 è stata data attuazione a quelle disposizioni, sia con norme regionali che con determinazioni delle Aziende sanitarie locali, in altre si è atteso molto più tempo: basti pensare che in Friuli Venezia Giulia le funzioni sanitarie sono state rilevate nel 2014 e in Sicilia nel 2016, ma sono solo due esempi nel variegato panorama cui si fa riferimento. Per approfondire sulle politiche regionali per la sanità penitenziaria si può vedere M. Caredda, *Le politiche delle Regioni per la prevenzione ed assistenza sanitaria in favore delle persone private della libertà: a dieci anni dalla Riforma della medicina penitenziaria*, in *federalismi.it*, 2018.

[19] È intervenuto in materia di assistenza sanitaria penitenziaria, incidendo su alcune disposizioni dell'art. 11 o.p., il d. lgs. del 2 ottobre 2018, n. 123, adottato in attuazione della legge delega n. 103 del 2017 (art. 1, comma 85, lettera *l*) che promuoveva la revisione delle «disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230». Sino a questo intervento, nonostante l'evoluzione normativa cui abbiamo fatto riferimento avesse trasferito le funzioni sanitarie al S.S.N., il testo dell'art. 11 o.p. era rimasto quello originario e risultava, dunque, obsoleto laddove ancora si riferiva al servizio medico predisposto dall'Amministrazione penitenziaria.

ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subìto violenze o maltrattamenti»[20]; che è ad ogni modo possibile richiedere di essere visitati, a proprie spese, da un sanitario di fiducia; che se i detenuti vengono trasferiti da un istituto penitenziario a un altro «è loro garantita la necessaria continuità con il piano terapeutico individuale in corso»[21]. L'art. 80 o.p. prevede, poi, che l'Amministrazione possa contrattare an-

[20] Nello schema di decreto legislativo precedente a quello poi definitivamente approvato (cfr. Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario 501, trasmesso alla Presidenza della Camera il 15 gennaio 2018), cui faremo riferimento anche nel prosieguo del testo, si prevedeva che il medico documentasse mediante supporto fotografico i segni di violenza eventualmente rilevati sul corpo della persona appena arrivata nella struttura penitenziaria; l'inciso in questione è stato espunto nelle ultime fasi di approvazione di queste disposizioni.

[21] Un'osservazione critica ricorrente a proposito delle previsioni normative sul servizio sanitario in carcere, valida anche a seguito della modifica del testo dell'art. 11 o.p., concerne la loro «totale informalità», l'assenza cioè di regole precise circa le prestazioni "essenziali", da erogarsi obbligatoriamente: così, 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. «Perplessità sono state avanzate a proposito del coefficiente di determinatezza delle previsioni contenute all'art. 11 le quali, con riguardo alle prestazioni sanitarie spettanti ai reclusi, sono state criticate come troppo generiche» scriveva pure A. Bernasconi, *Art. 11*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, 143; nello stesso senso si vedano anche le critiche, più risalenti, di A. Terranova, *La tutela della salute in carcere*, in *Quaderni CSM*, 1983, 43.

«Da un punto di vista teorico la possibilità che sia la discrezionalità amministrativa a stabilire il livello delle garanzie fruibili può determinare una pericolosa "degradazione" della tutela della salute a intento di natura programmatica o a interesse legittimo, mentre da un punto di vista pratico finisce per consentire che si crei una situazione di disomogeneità e, spesso, di insufficienza dell'impegno profuso dalle amministrazioni per la tutela di un diritto fondamentale della popolazione detenuta». Svolgevo queste considerazioni in M. Caredda, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015. Una simile preoccupazione può leggersi tra le righe delle valutazioni conclusive di alcuni studi dedicati al tema della tutela dei diritti all'interno delle mura del carcere, come quello curato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica (Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattamento per migranti in Italia, 2012), oltre che quello realizzato dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel 2013, già ricordato. In dottrina si vedano, per tutti, le considerazioni di E. D'Alterio, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2013, spec. 407 ss. e, con riferimento specifico a "ciò che non dovrebbe essere", di M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 93 ss.

che personale esterno facente funzioni di medico, psicologo o assistente sociale all'interno del carcere (i cc.dd. "esperti").

3. *Il diritto alla salute come diritto complesso: i suoi diversi significati e la realtà delle carceri*

È bene ora, per studiare la complessa dimensione costituzionale del diritto alla salute delle persone recluse, distinguere i diversi profili in cui esso si articola: (a) la c.d. libertà di cura; (b) il diritto alla salubrità dell'ambiente; (c) il diritto a ricevere trattamenti sanitari (o diritto alle cure); (d) la libertà di non curarsi. Si badi che qualsiasi cosa incida sulla condizione psico-fisica della persona si potrebbe dire interessi la sua salute, intesa in senso ampio; per non "disperderci", però, è necessario limitarci a quanto sia più strettamente collegato alla prevenzione e al trattamento delle malattie, compresi i disagi psicologici e le patologie psichiatriche. Ragioniamo, allora, sulla realtà della detenzione e sui suoi tratti peculiari.

(*a*) Per libertà di cura s'intende il diritto di ognuno di scegliere dove, con quali mezzi e da chi essere curato. Per la persona detenuta, come s'intuisce, l'esercizio di questa libertà è limitato per riflesso diretto della restrizione in istituto penitenziario: il servizio medico intra-murario o la struttura ospedaliera che ospita il reparto di medicina penitenziaria, presso cui coloro che hanno bisogno verranno trasferiti per fruire dei trattamenti non disponibili all'interno del carcere, non vengono scelti dal paziente-detenuto. Quest'ultimo ha facoltà, però, purché ne sostenga le spese, di farsi visitare da un medico di fiducia, ai sensi dell'art. 11 o.p.[22].

[22] Una criticità da taluni riportata, riguardante l'esigenza di continuità terapeutica, concerne le procedure seguite, per lo meno in certe realtà, per consentire l'ingresso in istituto del medico di fiducia del detenuto: i tempi per ottenere il permesso sono piuttosto lunghi e inoltre l'autorizzazione viene interpretata come accesso valido per una sola visita; così, ogni volta si deve ripetere lo stesso, lungo, iter. L'osservazione e l'efficacia terapeutica di eventuali trattamenti potrebbero essere messe a rischio se, anche ipotizzando che l'ingresso venga sempre consentito, il medico può effettuare le visite circa una volta ogni tre mesi. Queste segnalazioni si devono all'Associazione Antigone e compaiono nel *Report* sulla attività di "Sportello" condotta dall'Associazione, a partire dal 2010, presso i reparti G8, G9, G11, G12, G14 dell'istituto di Rebibbia N.C.

(*b*) Il diritto degli individui a vivere in un ambiente salubre comporta la responsabilità di mantenere buone condizioni igienico-sanitarie all'interno dei locali di pernottamento e negli altri luoghi dove si svolge la vita carceraria[23]. È stato posto all'attenzione del grande pubblico negli ultimi anni un fenomeno che rappresenta una patente violazione del diritto alla salvaguardia dell'integrità psico-fisica della persona reclusa: si tratta del sovraffollamento carcerario, che pregiudica il principio di umanità della pena impedendo di considerare gli istituti penitenziari come ambienti salubri, nei quali non sia probabile il peggioramento delle condizioni di salute. Il problema della presenza nelle carceri di molti più detenuti rispetto alla capienza regolamentare delle stesse, che da anni affligge il sistema, ha acquisito particolare rilevanza, come noto, a seguito della sentenza della Corte E.D.U. *Torreggiani e altri c. Italia* del gennaio 2013, che ha imposto di darvi soluzione in un tempo circoscritto (un anno, poi prorogato), affermando che, allo stato dei fatti, l'obbligo di scontare la pena costringe la persona a vivere in condizioni inumane e degradanti. Anche il Belgio, la Bulgaria e l'Ungheria, oltre all'Italia, sono stati destinatari di condanne in riferimento alla situazione di strutturale sovraffollamento carcerario[24].

Per quanto ci riguarda, a partire dal 2013 si è tentato, con più strumenti (in particolare con la decretazione d'urgenza), di diminuire la popolazione detenuta intervenendo prevalentemente

di Roma, *Criticità nella sanità penitenziaria*, 2013 e sono ribadite nel *Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione 2015*. Sostiene, in particolare, che, così atteggiandosi la prassi, «l'utilizzazione di un medico di fiducia esterno come medico curante diviene nella pratica impossibile»: *Criticità nella sanità*, cit., § 3.2.

[23] Sui "Luoghi" delle realtà carcerarie, si veda la *Relazione al Parlamento 2019* del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, disponibile anche on-line (pagine 49 ss.).

[24] Cfr. C. eur. dir. uomo, 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*; C. eur. dir. uomo, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, nella quale, peraltro, si richiama più volte la vicenda italiana a testimonianza dell'effetto "propulsivo" sortito dalla sentenza di condanna europea rispetto alla ricerca di soluzioni rapide. Su questo aspetto si v. V. Manca, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte Edu Varga c. Ungheria*, in *penalecontemporaneo.it*, aprile 2015. Anche se non riguarda condizioni di strutturale sovraffollamento delle carceri, è di rilievo sul tema anche C. eur. dir. uomo, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*.

sull'ampliamento delle possibilità di ricorso alle pene alternative (piuttosto che sul fronte della depenalizzazione degli illeciti per i quali è prevista la reclusione in carcere): l'introduzione di misure quali la liberazione anticipata speciale, l'estensione dell'ambito applicativo dell'affidamento in prova di cui all'art. 47 o.p. o la stabilizzazione della previsione della detenzione domiciliare per chi commetta un reato punito con una pena detentiva non superiore a 18 mesi hanno prodotto risultati visibili, seppur non risolutivi. Se, infatti, secondo i dati ufficiali del Ministero della Giustizia, al 28 febbraio 2015 si registravano 53.982 detenuti a fronte dei 67.961 del 2010, dobbiamo però tenere conto del fatto che la rilevazione del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, diffusa a marzo 2017, attestava la presenza di circa 55.400 detenuti e del fatto che tale numero è cresciuto: nella Relazione del 2019 del medesimo Garante si è rilevato un totale di 59.655 detenuti presenti nel 2018[25].

Al di là del problema rappresentato dal sovraffollamento, che acuisce senza dubbio i disagi fisici e psicologici che la detenzione può comportare, è ad ogni modo essenziale, per vivere in un ambiente salubre, che negli istituti vengano assicurate la luce, l'acqua calda, la protezione dal freddo e la salvaguardia dal caldo eccessivo o gli spazi adeguati a soggetti con particolari necessità (per es. bagno privato o metratura consona per consentire il passaggio di ausili per la deambulazione: si pensi a persone gravemente incontinenti o con disabilità motorie). Gli interventi strutturali (che magari non risolvono il sovraffollamento) sono allora fondamentali, qualora necessari per rimediare all'inidoneità di locali o servizi, perché si rispetti il diritto a vivere in un ambiente se non confortevole, per lo meno dignitoso.

(*c*) Il diritto delle persone a ricevere trattamenti sanitari, di natura preventiva o terapeutica, obbliga le istituzioni pubbliche ad organizzare il servizio sanitario che assicuri le migliori prestazioni possibili, compatibilmente con il contesto di riferimento e con le

[25] Sull'istituzione di tale Autorità indipendente si rinvia a S. Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

risorse finanziarie a disposizione[26]. Sulla base di quanto segnalato in precedenza, sappiamo che ogni struttura penitenziaria afferisce alla Azienda Sanitaria Locale territorialmente competente, la quale è responsabile della programmazione ed erogazione del servizio medico; che sono presenti negli istituti di pena centri clinici che hanno diverse "capacità" in termini di offerta sanitaria: alcuni garantiscono la sola assistenza di base, altri hanno strumentazione multispecialistica, altri ancora sono chiamati S.A.I. (Sezioni multiprofessionali specializzate per l'Assistenza Intensiva – ex C.D.T. Centri Diagnostico Terapeutici)[27]; che, a seconda del tipo di assistenza necessaria, il trattamento sanitario può avvenire all'interno del carcere o in ospedale o altro luogo esterno di cura[28]; che, per espressa previsione dell'art. 1, comma sesto, del d. lgs. n. 230 del 1999 e dell'art. 18, primo comma, Reg. esec., tutta la popolazione detenuta è esente dal pagamento del c.d. *ticket* per prestazioni e farmaci (cioè della quota di compartecipazione ai costi che viene posta a carico dell'utenza del S.S.N.)[29].

Alcuni profili di gestione e organizzazione del servizio sanitario di cui fruisce la popolazione detenuta vanno migliorati; agendo su questi profili si possono creare le condizioni perché gli interven-

[26] Il diritto alle cure è un diritto fondamentale, per cui la Repubblica non può mai venir meno all'impegno imposto dalla Costituzione di offrire un servizio che tuteli la salute delle persone, ma è anche un diritto "costoso" per le casse dello Stato. A partire dagli anni '90, infatti, a seguito di diverse sentenze del giudice costituzionale che implicavano il diritto ai trattamenti sanitari, si suole riferirsi a quello alla salute come a un diritto "finanziariamente condizionato": si ammette, così, l'adeguamento del servizio sanitario pubblico al variare delle risorse economiche destinate al suo finanziamento, sempre che si garantiscano quelle prestazioni minime che rappresentano il "nucleo essenziale" del diritto stesso. Cfr., *ex multis*, sent. Corte cost. n. 455 del 1990; sent. Corte cost. n. 309 del 1999.

[27] Come si dirà anche in seguito, molti istituti sono dotati di Articolazioni per la salute mentale, cioè di sezioni o più piccole porzioni della struttura in cui si effettua l'osservazione e il trattamento delle patologie psichiatriche.

[28] Sul ricovero in ospedale o altro luogo esterno di cura come misura residuale e sulla procedura da seguire nei casi in cui debba essere disposto v. C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., 76 s.

[29] Per una riflessione critica sull'opportunità dell'esenzione generalizzata, indipendente quindi dalla situazione patrimoniale e reddituale del detenuto, alla luce della costantemente denunziata scarsità di risorse finanziarie destinate alla medicina penitenziaria, si consenta di rinviare a M. Caredda, *La salute e il carcere*, cit., in fine.

ti sanitari siano tempestivi e appropriati, a parità di dedizione e impegno che i professionisti (medici, infermieri, psicologi, "esperti") già profondono. Su alcuni di questi, è bene segnalarlo, ha riflettuto il Tavolo n. 10 degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale che, nell'ambito della grande consultazione avviata dal Ministro della Giustizia, si è occupato del tema "Salute e Disagio psichico", ed anche la Commissione "Pellissero"[30].

(*c.1*) Affinché il sistema di protezione della salute sia efficace, oltre che efficiente, occorre programmare la destinazione delle limitate risorse finanziarie a disposizione in modo ragionato, per far sì che per gli interventi più frequenti vi siano le disponibilità necessarie e non rischiando di disperderne per prestazioni statisticamente meno richieste[31]. La pianificazione è davvero un elemento essenziale: solo se si individuano i fabbisogni standard (operazione possibile se si conosce l'epidemiologia e la relativa distribuzione territoriale), infatti, si può provvedere allo stanziamento delle ri-

[30] Gli S.G.E.P. è stata un'iniziativa del Ministro pensata per raccogliere le proposte di miglioramento, sul piano normativo e amministrativo, scaturenti dal lavoro di vari Tavoli tematici, ognuno dedicato ad una materia di rilievo per l'esecuzione penale. Ai Tavoli sono state chiamate a partecipare persone appartenenti a categorie professionali diverse, in modo che ciascuna potesse dare il proprio apporto, in prospettiva multidisciplinare (cfr. d.m. 8 maggio 2015 e d.m. 9 giugno 2015 di costituzione e integrazione del Comitato degli esperti). La *Relazione finale* del Tavolo n. 10, contenente le proposte formulate all'esito dell'attività di studio e monitoraggio, si può consultare all'indirizzo: *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo10_relazione.pdf*. È poi possibile consultare, sempre on-line sul sito del Ministero, la *Relazione della Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, D.M. 19.7.2017 (Pres. Prof. Marco Pelissero).

[31] Come noto, in sanità sono stati introdotti i c.d. costi standard per prestazione con il d. lgs. n. 68 del 2011, epilogo di una serie di provvedimenti che già in anni passati preparavano il terreno per il definitivo superamento del criterio della spesa storica, secondo il quale il finanziamento avviene in base allo "storico" delle prestazioni erogate, per un modello che consente, invece, la programmazione delle risorse da investire. Fino al 1996, le assegnazioni alle Regioni seguivano il criterio storico; eventuali disavanzi, infatti, si ponevano a carico del bilancio statale, mentre gli avanzi restavano nelle casse regionali. La legge 662/1996 ha segnato il cambiamento in favore del criterio del fabbisogno standard, indicando i fattori che, da quel momento, avrebbero determinato il calcolo alla base del riparto annuale dei finanziamenti: «popolazione residente, frequenza dei consumi sanitari per età e per sesso, tassi di mortalità della popolazione, indicatori relativi a particolari situazioni territoriali ritenuti utili al fine di definire i bisogni sanitari delle regioni ed indicatori epidemiologici territoriali» (art. 1, comma 34).

sorse di cui si prevede l'impiego nella misura sufficiente alla soddisfazione della domanda effettiva (con previsione di riserve necessarie a fungere da correttivo). Bisogna purtroppo constatare che ci sono tutt'oggi problemi relativi al reperimento delle informazioni utili per realizzare una oculata programmazione dell'assistenza sanitaria.

Il D.P.C.M. di aprile 2008, individuando tra le priorità quella della corretta rilevazione epidemiologica nelle carceri, aveva invero provveduto ad istituire gli Osservatori regionali, un Sistema Informativo Nazionale sulla salute dei detenuti e dei minori sottoposti a provvedimento penale e un Tavolo di consultazione, costituito da rappresentanti dei dicasteri della Salute e della Giustizia, delle Regioni e Province autonome, presso la Conferenza unificata Stato-Regioni. Ai primi è stato affidato lo specifico compito di attivare «una rilevazione sistematica sullo stato di salute in tutti gli istituti di pena del territorio regionale di riferimento» e di fornire «dati sulla prevalenza e l'incidenza degli stati patologici, descrivendo, altresì, condizioni e fattori di rischio che ne favoriscono l'insorgenza o ne ostacolano la cura»; nel secondo dovevano confluire tutte le informazioni così ottenute, mentre il Tavolo di consultazione aveva «l'obiettivo di garantire l'uniformità degli interventi e delle prestazioni sanitarie», per il coordinamento nazionale nell'attuazione della riforma. La questione della perdurante inesistenza di una rete di Osservatori ben funzionante è stata messa in evidenza nella Relazione finale del Tavolo n. 10 degli Stati Generali: «il lavoro di rilevazione epidemiologica affidato agli Osservatori regionali è insufficiente ai fini dell'alimentazione di un sistema informativo che possa riprodurre realisticamente i bisogni di salute della popolazione detenuta»[32].

[32] Così la *Relazione finale*, Tavolo n. 10, cit., 15. Nello stesso senso, da prima, è stato rilevato che «il mancato o insufficiente funzionamento dell'Osservatorio […] ritarda l'acquisizione delle conoscenze epidemiologiche necessarie per la programmazione sanitaria, fondamentale per una reale applicazione della riforma stessa»: C.N.B., *La salute "dentro le mura"*, cit., 14.

Vi sono anche state delle proposte di (ri)centralizzazione, che suggeriscono di alimentare i flussi informativi contando sull'opera di un solo organismo, ad esempio mediante l'istituzione di un Osservatorio nazionale presso l'Istituto Superiore di Sanità (si veda l'emendamento proposto in Commissione G/1579/3/2 al d.d.l. n. 1579, col quale,

Ad oggi, in definitiva, in alcune Regioni si dispone di rilevazioni epidemiologiche aggiornate, anche grazie all'operatività di cartelle cliniche digitalizzate[33] da cui è semplice estrapolare i dati che si aggregano poi in forma anonima, mentre in altre l'attività di monitoraggio delle prevalenze patologiche non viene portata avanti[34].

Al problema della diversità tra Sistemi Sanitari Regionali – spesso si sente parlare di un sistema "a macchia di leopardo" per la disomogeneità dell'offerta sanitaria sul territorio nazionale – si aggiunge, insomma, quello conseguente all'attuazione della riforma della medicina penitenziaria "a velocità diverse" nelle varie Regioni italiane, come si diceva già prima: il dettato del D.P.C.M. del 1 aprile 2008 circa la predisposizione dei Piani Regionali e, poi, Aziendali per la programmazione della Rete di assistenza sanitaria nelle carceri non è stato eseguito negli stessi tempi; anzi, a dire il vero non tutte le Regioni ne hanno predisposto uno[35]. «Uno dei cardini della Riforma, l'omogeneità delle prestazioni della prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione è, dunque, da raggiungere»[36].

(*c.2*) Anche a un livello organizzativo "inferiore", per quanto riguarda cioè la gestione delle risorse nei diversi istituti, migliora-

tra le altre cose, il Senato intendeva impegnare il Governo «a valutare l'opportunità di istituire presso l'Istituto Superiore di Sanità l'Osservatorio Epidemiologico Nazionale sulla Salute in Carcere», 02.08.2014). Ma forse sarebbe sufficiente responsabilizzare gli Uffici regionali preposti, già costituiti a questi fini.

[33] L'informatizzazione dei dati sanitari, già promossa nel 2008, facilita la continuità terapeutica anche in caso di trasferimento del detenuto: quando le informazioni utili sono contenute in unico supporto non vi è rischio di una loro dispersione, circostanza che consente di proseguire le terapie necessarie senza interruzioni.

[34] Si possono vedere le rilevazioni toscane (La salute dei detenuti in Toscana, a cura dell'A.R.S. Toscana, 2018) o quelle dell'Emilia Romagna (Report sulla salute in carcere in Emilia Romagna).

[35] Si considerino due realtà molto distanti tra loro: in Emilia Romagna, a seguito di un periodo di osservazione in cui gruppi di lavoro istituiti *ad hoc* hanno effettuato le opportune rilevazioni sul territorio, si è giunti in tempi ragionevoli all'approvazione del "Programma regionale per la salute negli istituti penitenziari" (Delibera Giunta regionale n. 2/2010), che definisce gli standard clinico-assistenziali e formula una proposta di riparto delle risorse tra le A.S.L.; nella regione Lazio, invece, non è mai stato approvato un Piano regionale per la sanità penitenziaria, situazione che ha impedito, evidentemente, alle A.S.L. di predisporre piani di intervento ad esso aderenti. Diverse sono le iniziative nel tempo portate avanti dalle singole Aziende in accordo con le Direzioni degli istituti, al di fuori di un complessivo coordinamento regionale.

[36] Così, ancora, la *Relazione finale* del Tavolo n. 10 S.G.E.P., 15.

menti potrebbero ben venire. Si pensi alle procedure di traduzione dei detenuti presso i luoghi esterni di cura (v. art. 11, comma 4, o. p.) e dei possibili ritardi delle prestazioni sanitarie causati da inconvenienti di varia natura: il personale di Polizia Penitenziaria necessario è impegnato in altra emergenza oppure sopraggiungono incombenti di natura giudiziaria del detenuto (per es. udienze fissate in concomitanza). Una problematica di natura organizzativa con riflessi gravemente pregiudizievoli per le esigenze diagnostiche e/o terapeutiche, se solo si considera che di norma i detenuti sono inseriti nelle ordinarie liste d'attesa della struttura sanitaria, per cui, in caso di mancato trasferimento nel giorno fissato, semplicemente perdono la posizione, ritrovandosi nuovamente in fondo alla lista (la quale è di solito, notoriamente, lunga)[37].

Ha a che fare con la possibile riduzione del numero di traduzioni, e con il concetto di qualità dell'assistenza più in generale, l'implementazione della c.d. Telemedicina negli istituti di pena. Si tratta di apparecchi che consentono di effettuare esami o ottenere un consulto specialistico dall' "interno", giovandosi di un collegamento elettronico con strutture sanitarie esterne anche per la ricezione dei referti provenienti dalle unità specialistiche degli ospeda-

[37] Gli Osservatori regionali annoveravano tra gli aspetti problematici dell'assistenza sanitaria penitenziaria quello dell'«incremento generalizzato delle visite specialistiche ambulatoriali effettuate all'esterno, che implicano l'impegno della polizia penitenziaria per l'accompagnamento». In molti istituti, anche per la carenza di organico della polizia penitenziaria, sono sicuramente «problematiche le traduzioni all'esterno», si legge nella *Relazione sulle audizioni dei rappresentanti degli Osservatori regionali permanenti (Regione, Prap, Cgm) in tema di assistenza sanitaria in favore dei detenuti, gli internati e i minori sottoposti a procedimento penale*, Novembre 2011, 3.

Una possibile soluzione, praticata in Emilia Romagna, è la predisposizione di liste d'attesa speciali per i detenuti (come ne esistono per altre categorie, per es. invalidi o persone affette da patologie particolari). Altrimenti, si potrebbe ragionare sulla previsione di meccanismi che consentano all'interessato di non perdere la posizione in lista e di avere, quindi, diritto al trattamento nella prima data utile, qualora l'impossibilità di recarsi presso la struttura sanitaria non dipenda in alcun modo dalla volontà del detenuto interessato né scaturisca da circostanze dallo stesso evitabili. Ancora, la c.d. Commissione "Palma" ha suggerito di circoscrivere (quantitativamente) il problema raccomandando «che l'accesso a strutture sanitarie esterne (ospedali) di soggetti che siano già stati ammessi al lavoro esterno o che abbiano avuto già accesso ai permessi avvenga senza accompagnamento del personale di custodia (la stessa previsione dovrà riguardare l'accompagnamento per le udienze degli stessi soggetti)», *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., 19.

li di riferimento. Garantiscono la buona qualità della prestazione, poiché sono *medical devices* di nuova generazione, e consentono di evitare lo spostamento presso centri esterni, perlomeno per quegli accertamenti diagnostici o trattamenti terapeutici che sono in grado di effettuare, ovviando a eventuali ritardi o timori riguardanti la sicurezza. Il favore per la «promozione di azioni per lo sviluppo della telemedicina, soprattutto per patologie rispetto alle quali ciò si appalesa particolarmente utile, come nel caso di patologie diabetiche e cardiologiche»[38] non è fenomeno recentissimo, poiché l'interesse verso questo tipo di scelta, senza dubbio onerosa, è sorto già all'esito positivo dell'esperienza promossa dal D.A.P. con il Programma biennale avviato nel 2004 rivolto all'applicazione sperimentale della telemedicina negli istituti penitenziari; oggi vi sono molti esempi di accordi per l'utilizzo di questo genere di dispositivi[39].

(*c.3*) Svolgiamo adesso qualche considerazione sul trattamento delle malattie mentali: abbiamo già riferito i dati relativi all'incidenza di questo genere di patologie in ambito carcerario (una percentuale non lontana dalla metà dell'intera popolazione detenuta soffre di disturbi mentali); v'è da tenere in conto, poi, che si registrano numerosi episodi di autolesionismo, tentativi di togliersi la vita e suicidi[40]. Nonostante si conoscano le dimensioni del problema e lo si cerchi di affrontare, ad oggi la sua gestione non si può ritenere pienamente soddisfacente, avendo riguardo sia

[38] Ancora, *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., punto 4.4 in fine.

[39] Quel progetto coinvolgeva le Case di Reclusione di Gorgona, Porto Azzurro, Favignana, Mamone e Is Arenas. Sono poi stati siglati altri accordi tra strutture sanitarie e istituti penitenziari per la sperimentazione di queste nuove tecnologie, come si sottolineava anche nel testo, a partire da quelli tra l'istituto di Porto Azzurro e l'Ospedale di Livorno, per quanto riguarda la dermatologia, e tra il carcere di Regina Coeli e l'Ospedale San Giovanni di Roma, per il monitoraggio e il consulto specialistico "a distanza" nell'ambito dell'assistenza cardiologica. Per una panoramica più estesa, se si vuole, si veda M. Caredda, *Le politiche delle Regioni per la prevenzione ed assistenza sanitaria in favore delle persone private della libertà*, cit., § 3.4.

[40] Secondo i dati riportati dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, nell'anno 2016 sono stati attestati 8.540 episodi di autolesionismo, 1.006 tentati suicidi e 40 suicidi (*Relazione al Parlamento 2017*, 68 s.); nel 2018 il numero dei tentati suicidi è stato di 1.197 e quello dei decessi per suicidio di 64 (*Relazione al Parlamento 2019*, Tabelle 3.12 e 3.16).

all'assistenza intra-muraria sia alle garanzie di continuità del percorso terapeutico una volta fuori dal carcere. In vari istituti sono presenti sezioni per l'osservazione di persone con supposto disagio mentale (cfr. art. 112 Reg. esec.) nonché "Articolazioni per la tutela della salute mentale". Se, però, è previsto che queste sezioni siano sotto la responsabilità del personale sanitario dell'area psichiatrica e che divengano operative solo dopo aver predisposto un Protocollo con la A.S.L. per la definizione delle modalità dell'assistenza, si deve dire che non sempre la realtà rispecchia questo modello. Si è verificato in alcune strutture che tali Articolazioni, che «dovrebbero avere una fisionomia non claustrofobica, diversa dalla mera sezione detentiva ed essere un ambiente di stimolo per il possibile recupero del disagio mentale», «sono in realtà inesistenti e le persone rischiano di finire o in una normale sezione o in isolamento»: «resta ancora grave la persistenza di cosiddette "celle lisce" […], presentate dai responsabili come normali luoghi ove risolvere le situazioni di acuzie»[41].

I dati a nostra disposizione testimoniano il largo uso di trattamenti farmacologici per la cura delle patologie psichiatriche: sembra che il 46% dei farmaci utilizzati nelle strutture penitenziarie sia associato a queste malattie. L'insoddisfacente ricorso agli strumenti degli accordi, delle convenzioni e dei protocolli operativi tra Dipartimenti per la Salute Mentale del SSN e Direzioni degli istituti – previsti dal D.P.C.M. dell'aprile 2008, nella parte dedicata a "Prevenzione, cura e riabilitazione nel campo della salute mentale", per «garantire ai soggetti malati tutte le possibilità di cura e riabilitazione fornite dai servizi del territorio, attraverso la presa in carico con progetti individualizzati» – rende difficile la gestione realmente individualizzata e continuativa dei pazienti psichiatrici (il "dopo" la rilevazione del disturbo psichico e "altro" rispetto alle terapie farmacologiche); manca, poi, un servizio di supporto psicoterapeutico anche per i detenuti che, pur non avendo avuto diagnosi psichiatrica, trarrebbero giovamento da un percorso che li aiuti a gestire le difficoltà della vita in carcere, il quale avrebbe un'evidente valenza preventiva rispetto a successivi e più gravi

[41] *Relazione al Parlamento 2017*, cit., 67.

disturbi mentali[42]. Ad oggi, l'unica area in cui sono pienamente operative convenzioni con le A.S.L. per l'invio di psicologi e medici che seguano un percorso terapeutico con i detenuti bisognosi è quella delle tossicodipendenze, nella quale sono impegnati gli operatori del Ser.T. (Servizio per le Tossicodipendenze)[43].

Si noti che l'unica indicazione precisa all'interno della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario per l'implementazione di un'area dell'assistenza sanitaria era riferita alle patologie psichiatriche: occorre rivedere le norme sulla medicina penitenziaria «tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena», stabilisce l'art. 1, comma 85, lett. *l*). Da parte del Tavolo n. 10 degli S.G.E.P. erano state formulate proposte normative sul versante dei rimedi alle situazioni in cui la patologia dovrebbe essere gestita al di fuori del carcere, stante l'assenza nelle previsioni normative di misure alternative alla detenzione per il trattamento delle infermità psichiatriche sopravvenute

[42] È previsto che i "nuovi giunti" debbano avere un colloquio psicologico contestualmente alla prima visita medica e che – qualora emergano dei disagi particolari – i detenuti ricevano un sostegno, secondo il generico schema della garanzia di assistenza quotidiana, in base a criteri di appropriatezza clinica (cfr. art. 11 o.p.). Se può, allora, dirsi che il sostegno psicologico è garantito al soggetto recluso attraverso l'opera dell'educatore, del personale esterno ex art. 80 e, spesso, dei volontari, non può, al contrario, affermarsi che possa usufruire di assistenza psicoterapeutica, ossia che possa intraprendere un percorso individualizzato e scandito da incontri periodici, a orario definito, nell'ambito del quale un operatore specializzato si occupi delle sue fragilità.

[43] Sono numerosi i materiali normativi, "istituzionali", dottrinari e, pure, scientifici che è possibile consultare per suffragare l'importanza di assicurare «oltre ad un momento di rilevazione, anche una fase trattamentale psicoterapeutica a cui devono far riferimento i vari operatori che in qualche modo si occupano di problemi collegati al disagio psichico»: così B. GUALCO, *op. cit*., 18. «Si sottolinea l'importanza di programmare il coinvolgimento del dipartimento di salute mentale (DSM), al fine di affiancare all'assistenza psichiatrica specialistica a richiesta, interventi più sistematici», è scritto nella *Relazione sulle audizioni dei rappresentanti degli Osservatori regionali*, cit., 5; a seguito di incontri «con alcuni responsabili del Servizio Sanitario Nazionale, è emersa la necessità di passare, come anche precedentemente evidenziato, da un approccio "prestazionale", di mera risposta a un'esigenza posta dal detenuto, a un approccio di "presa in carico" dei singoli e del gruppo dei detenuti di un Istituto nel suo complesso, attraverso un intervento proattivo di tutela preventiva», così il *Documento finale dei lavori della Commissione Ministeriale " Palma"*, cit., 19. Si vedano, inoltre, C.N.B., *La salute "dentro le mura"*, cit., 15 e 20; Associazione Antigone, *Criticità nella sanità penitenziaria*, cit., 4.

(cioè diagnosticate durante l'esecuzione della pena) e del rinvio facoltativo della pena per "grave infermità psichica".

I decreti legislativi di riforma dell'o.p., però, non hanno attuato questo punto della delega[44]. La situazione di perdurante vuoto di tutela in riferimento ai diritti dei cd. "rei folli" è stata oggetto di analisi nel recente parere "Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere" del C.N.B. Se, come noto, per i "folli rei" (coloro che sono riconosciuti autori del fatto di reato ma dichiarati non imputabili) l'esecuzione della misura di sicurezza avviene nelle R.E.M.S., strutture non "custodial-securitarie" bensì aventi carattere terapeutico, per coloro la cui infermità sia sopravvenuta durante la detenzione non vi sono di fatto alternative a rimanere in carcere (almeno per chi non può accedere alla misura di cui all'art. 47-*ter*, primo comma, o.p.). Per ciò il C.N.B. ha insistito, da un lato, sulla necessità di potenziamento dei servizi psichiatrici intra-murari e, dall'altro, sull'opportunità di ampliare l'accesso a misure alternative o di introdurre nuove forme di esecuzione della pena in luogo esterno di cura.

In questo clima, è di indubbio rilievo la sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2019 con cui si è estesa la possibilità di accedere alla misura alternativa della detenzione domiciliare (o in luogo esterno di cura) in favore di detenuti con una lunga pena ancora da scontare affetti da grave infermità psichica sopravvenuta[45]. "Dichiara", infatti, "l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure pri-

[44] Lo schema di decreto legislativo recante la riforma dell'o.p. 501, trasmesso alla Camera a gennaio 2018, già richiamato, sul punto avrebbe previsto (artt. 1 e 2): a) all'art. 147, primo comma, numero 2), del codice penale, sono aggiunte in fine le seguenti parole: "o psichica"; b) l'articolo 148 del codice penale è abrogato; c) all'art. 11 o.p. si apportano variazioni e integrazioni; d) s'introduce l'articolo 11-*bis* o.p., per la previsione legislativa di Sezioni ad esclusiva gestione sanitaria per l'osservazione e il trattamento di detenuti con infermità psichiche e la contestuale abrogazione dell'articolo 112 del Regolamento esecutivo. Escludendo la modifica dell'art. 11 o.p., effettivamente realizzata, il resto delle proposte non sono state recepite in fase di approvazione finale dei decreti.

[45] A commento di questa decisione si veda M. Ruotolo, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2/2019.

vative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-*ter*". In via giurisprudenziale, dunque, è stata indicata una possibile via di accesso ad alternative terapeutiche in certi casi fondamentali per consentire alla persona di affrontare disagi psichici non compatibili con la vita in istituto penitenziario; rimane, come ovvio, possibile al legislatore, su questa scia, introdurne di nuove.

(*d*) Il riconoscimento della libertà di cura ha come implicazione il diritto di non essere curato, il diritto cioè di decidere di non voler ricevere trattamenti sanitari. «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», stabilisce il secondo comma dell'art. 32 Cost. I casi in cui, dunque, può essere somministrata una cura contro la volontà della persona sono stabiliti dalla legge, per ipotesi in cui il mancato intervento sanitario determinerebbe, oltre che un danno alla persona malata, un pericolo per la salute del resto della comunità: emerge, così, che il diritto alla salute è anche un interesse collettivo, oltre che un diritto fondamentale dell'individuo. Resta fermo che, per la generalità dei casi, «non sembra possibile invocare l'esistenza di un dovere del singolo alla salute»[46]. Occorre, dunque, che la persona presti un valido consen-

[46] Così M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 154. Il fine di salvaguardare il benessere fisico e psichico degli altri è, infatti, la *ratio* che può fondare la previsione di un trattamento obbligatorio «giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto alla salute di ciascuno in quanto diritto fondamentale»: Corte cost. n. 258 del 1994, riportata nel lavoro citato (149). Sui trattamenti sanitari obbligatori, tra i moltissimi autori che vi hanno dedicato studi, si vedano, almeno, D. Vincenzi Amato, *Art. 32, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna Roma, 1976, 167 ss.; S. P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, 875 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 303 ss.; M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Vol. III, *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 191 ss., spec. § 2.4 e 2.5.

so all'intervento medico, a meno che la legge non preveda diversamente, nel rispetto della dignità umana[47].

L'art. 11 o.p. prevede che, indipendentemente dalla richiesta dell'interessato, sia effettuata una visita medica generale d'ingresso, sia prestata assistenza periodica, in specie per i detenuti adibiti a mansioni lavorative. Si tratta di misure concepite per salvaguardare la salute individuale e collettiva. Due questioni in relazione alle quali emerge chiaramente il contrasto tra la volontà dell'individuo e l'esigenza di effettuare ad ogni modo il trattamento sanitario sono il TSO psichiatrico e la legittimità dell'alimentazione forzata.

Nel primo caso, come noto, si tratta di un ricovero psichiatrico coatto, deciso dalle autorità competenti in caso di gravi alterazioni psichiche o comportamentali che necessitino di cura ospedaliera in fase acuta (di fatto, viene disposto se la persona è pericolosa per sé o per altri, anche se questo presupposto non è previsto dalla legge). Non è infrequente il ricorso a questo rimedio nelle realtà carcerarie, anche se si riscontra grande difficoltà nel reperimento di dati statistici precisi: il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute, infatti, denuncia «il problema della non trasparenza dei dati [che] rende questo tipo di trattamento di difficile monitoraggio»[48]. Questa circostanza è singolare, anche in considerazione della procedura da seguire per disporre un TSO psichiatrico (quella prevista dagli artt. 33, 34 e 35 della l. n. 833 del 1978 per la generalità degli utenti del SSN, valida anche per i casi in cui interessi un detenuto), che prevede il coinvolgimento di diverse figure (medico, sindaco, giudice) presso le quali, dunque, dovrebbe potersi rinvenire la documentazione relativa ad ogni ricovero coatto. Il Garante Nazionale, in qualità, appunto, di istituzione di garanzia, si ripromette di monitorare più da vicino le pratiche di TSO in carcere, valutandole alla luce degli standard per i trattamenti involontari stabiliti in convenzioni internazionali o altri atti di carattere sovranazionale[49].

[47] Sulla «alternativa tra legge e consenso» si v., ancora, M. Ruotolo, *op. ult. cit.*, 148 e, *amplius* sul tema, F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit.

[48] *Relazione al Parlamento 2017*, cit., 136.

[49] Cfr. *Principles for the protection of persons with mental illness and the improve-*

La seconda questione è complessa. Mentre nel caso del TSO psichiatrico non si hanno dubbi sulla possibilità di effettuarlo, sulla legittimità della pratica dell'alimentazione forzata sono state espresse opinioni discordanti e si sono anche avute decisioni giurisprudenziali di segno diverso. Il caso è quello dei detenuti che decidono di fare il c.d. sciopero della fame, che rifiutano, insomma, di nutrirsi: l'interrogativo riguarda la capacità dei responsabili dell'assistenza di imporre l'alimentazione, almeno quella sufficiente al mantenimento in vita. In assenza di una previsione normativa specifica (necessaria – come si diceva – affinché la persona possa essere assoggettata a trattamenti involontari), ed in mancanza della stessa *ratio* che potrebbe giustificarla, visto che il rifiuto del cibo non ha effetti pregiudizievoli per la salute di terze persone, non sembrerebbe possibile ammettere questo genere di costrizione. A ben vedere si potrebbe trattare di una discriminazione, giacché si riserverebbe «un trattamento "particolare" nei confronti dei detenuti che valga a disconoscere, solo per essi, il diritto a non essere curati»[50]. Ci sono però state decisioni che hanno considerato legittima l'alimentazione forzata che mantenesse in vita il detenuto, sulla base della convinzione che la scelta di protrarre lo sciopero della fame sino a rischiare di morire denoti gravi disturbi mentali, tali da giustificare una sorta di TSO ai sensi dell'art. 34 l. n. 833 del 1978, oppure sulla base dell'art. 41 o.p. che consente l'uso della coercizione fisica nei confronti del detenuto anche per garantire la sua stessa incolumità. La dottrina maggioritaria, comunque sia, propende per la soluzione negativa, che valorizza il diritto all'autodeterminazione dell'individuo[51].

ment of mental health care, Risoluz. Nazioni Unite, 1991; *Convention on the rights of persons with disabilities*, FRA, 2008; Raccomandazione 2004 (10), Comitato dei Ministri, Cons. d'Europa.

[50] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 160. Si veda anche, in senso conforme, il punto di vista del medico penitenziario: *Il trattamento sanitario obbligatorio. È possibile in carcere?*, Relazione dott. Luciano-dott. Greco, V Congresso nazionale S.I.M.S.Pe., 2004, disponibile on-line alla pagina *dsmvibo.altervista.org*.

[51] Per un'analisi delle contrapposte visioni, con commento favorevole all'imposizione dei trattamenti nutritivi, in considerazione dell'obbligo giuridico di intervenire da parte dei pubblici ufficiali che hanno la responsabilità della custodia, si v. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Nona edizione, 2010, 145 s.

4. *I rimedi alle violazioni del diritto alla salute del detenuto: giudici dell'esecuzione penale e giudici di Strasburgo*

Se la pena va scontata nel rispetto del senso di umanità, è chiaro che essa deve potersi "adattare" alle esigenze della persona che, nel corso della sua esecuzione, sviluppi una patologia comunque invalidante. Quali sono, allora, i rimedi che è possibile esperire nei casi in cui la detenzione comprometta lo stato di salute psichica o fisica del recluso? Ve ne sono alcuni che assicurano una tutela immediata, utile a evitare il protrarsi del pregiudizio, mentre ne esistono altri da attivare solo se si ritenga che tutte le precedenti richieste siano state ingiustamente disattese e la violazione del diritto alla salute sia stata, quindi, già perpetrata.

Tramite l'applicazione dell'art. 42 o.p., il giudice può accordare il trasferimento del detenuto ad altro istituto, tra le altre ipotesi, per motivi di salute. Un'altra struttura può ritenersi più adatta ad ospitare il soggetto malato per varie ragioni, come per esempio perché la strumentazione medica a disposizione o la conformazione architettonica risultano più adeguate alla gestione di una determinata patologia oppure perché si considera opportuna una maggiore vicinanza al luogo di residenza della famiglia.

Il condannato alla pena dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni può chiedere di espiarla in una dimora privata o in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, se il magistrato competente riconosce «condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali», per previsione dell'art. 47-*ter* o.p. Il minore di 21 anni può ottenere la stessa misura della detenzione domiciliare anche se il quadro clinico non è "particolarmente grave", ma sussistono «comprovate esigenze di salute».

Il codice penale, agli artt. 146 e 147, disciplina le ipotesi in cui il giudice deve o può disporre il rinvio dell'esecuzione della pena. Mentre nella prima ipotesi è necessario che si riscontri «AIDS conclamata» o «grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando

la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative», per decidere il differimento di pena facoltativo il magistrato deve constatare che l'istante versi «in condizioni di grave infermità fisica». Il rinvio obbligatorio della pena detentiva si applica, quindi, nelle ipotesi di patologie gravissime che determinino l'incompatibilità con la reclusione in carcere, tra le quali sembra possibile comprendere anche quelle di natura psichica. Nei casi di differimento facoltativo, invece, non necessariamente deve attestarsi l'impossibilità materiale di continuare la detenzione; si tratta comunque di circostanze in cui, però, la condizione patologica costringe la persona alla «sottomissione ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli, in quanto espiata in uno stato di menomazione fisica». Chiarisce, infatti, la Cassazione che «la ragione ispiratrice dell'art. 147 è quella di evitare al condannato trattamenti inumani»[52], in linea con quanto già affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 1979, che imponeva di interpretare la norma sul rinvio facoltativo della pena alla luce dell'art. 27, comma terzo, Cost. (v. punto 4, cons. in dir.)[53].

[52] Cfr. Cassazione pen., n. 6283 del 1997.

[53] «Si registrano disomogeneità nell'ambito delle riflessioni giurisprudenziali elaborate in ordine al livello di gravità legittimante il differimento o la sospensione dell'esecuzione di pena detentiva», ha scritto C. Fiorio, *Salute del condannato*, cit., concludendo che tuttavia «il criterio maggiormente utilizzato in giurisprudenza, alla stregua del quale commisurare la gravità dello stato di malattia al fine di poter disporre il rinvio dell'esecuzione della pena, consiste nella valutazione della possibilità per il condannato di giovarsi, in stato di libertà, di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono garantiti dai presidi sanitari penitenziari» (86 s.).

Anche in un caso più recente la Cassazione è tornata ad affermare che non è necessario provare la completa impossibilità di fruire di trattamenti sanitari in carcere per accedere alla misura ex art. 147 c.p., ma basta che a causa di un gravemente compromesso stato di salute la persona reclusa, permanendo *in vinculis*, sia sottoposta a una pena eccessivamente afflittiva, consistente, in definitiva, in un trattamento inumano o degradante. Ci si riferisce alla nota vicenda che coinvolge il "boss" mafioso Riina (cfr. Cass., 5 giugno 2017, sent. n. 966/2017), nella quale interessante è proprio la lettura dell'art. 147 c.p. (e anche dell'art. 47-*ter* o.p.) alla luce dei principi recati dall'art. 27 Cost. e 3 C.E.D.U., al di là dell'erronea idea, veicolata dalla maggioranza dei mezzi di stampa, secondo cui da quella ricostruzione discenderebbe l'automatica scarcerazione del soggetto detenuto.

Se durante l'esecuzione della pena detentiva sopravvengono condizioni di salute che giustificherebbero il differimento della pena, l'art. 47-*ter*, quarto comma, o.p. (c.d. detenzione domiciliare in deroga) prevede che il magistrato di sorveglianza possa concedere la detenzione domiciliare anche se la pena da scontare superi i limiti di cui al primo comma. Come ricordato, la detenzione domiciliare in deroga, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, può anche ottenersi in caso la "grave infermità" sia psichica.

Se il detenuto prova di aver dovuto scontare la pena della reclusione in carcere, per un tempo non inferiore a quindici giorni, in condizioni suscettibili di violare l'art. 3 C.E.D.U., può ottenere dal magistrato di sorveglianza un provvedimento che lo risarcisca del danno subìto mediante uno sconto sulla pena detentiva residua oppure, se non è possibile, mediante un ristoro economico, entrambi da determinarsi secondo criteri stabiliti dalla legge (art. 35-*ter* o.p., introdotto dall'art. 1 del d.l. n. 92 del 2014).

Si può, infine, invocare la protezione offerta dall'art. 3 C.E.D.U. rivolgendosi direttamente alla Corte di Strasburgo se si lamentano pregiudizi inerenti la tutela della salute e sofferti durante la detenzione, quando essi siano tanto gravi da consistere in trattamenti inumani o degradanti (anche diversi dai disagi psico-fisici causati dal sovraffollamento delle carceri, sul quale come si sa i giudici di quel consesso sono intervenuti con forza)[54].

Come noto alla Corte E.D.U. si può ricorrere solo una volta infruttuosamente esperiti i rimedi offerti dal diritto nazionale. Ripercorrendo la giurisprudenza europea è possibile individuare quali sono i casi in cui le condotte, anche omissive, dello Stato siano tanto gravi da comportare la condanna per violazione degli obblighi imposti dall'art. 3 C.E.D.U.: si può, dunque, affermare che il diritto alla salute del soggetto detenuto è tutelato dalla Convenzione, per il tramite di un'interpretazione evolutiva dell'art. 3, pur non essendo altrove esplicitamente previsto[55]. I tre "tipi" di

[54] Cfr., almeno, C. eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 15 ottobre 2009, *Buzhinayev c. Russia*; C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*; C. eur. dir. uomo, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*.

[55] Si vedano i lavori di L. Cesaris, *Nuovi interventi della Corte europea dei dirit-*

condizioni che, se connotate da una certa gravità (da valutarsi caso per caso in termini di "drammaticità" della situazione o serietà della patologia, durata temporale dei lamentati pregiudizi, ecc.), configurano casi di sottoposizione del detenuto a un trattamento inumano e degradante, in relazione ai suoi bisogni di salute, sono: *a)* detenzione in luoghi nei quali non vengano osservate le basilari prescrizioni sull'igiene pubblica, la pulizia o la salubrità dei locali[56]; *b)* inadeguatezza della diagnosi e/o del trattamento terapeutico effettuati durante il periodo di reclusione, che causino un peggioramento del quadro clinico[57]; *c)* incompatibilità della condizione detentiva con lo stato di salute della persona[58]. L'efficacia delle cure o l'impossibilità di mantenere il condannato all'interno di un istituto penitenziario vengono valutate anche in relazione alla malattia mentale, oltre che alle infermità fisiche[59].

ti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute, in *Rass. penit. crim*., 2012; V. Manca, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 ss., 7 novembre 2014; F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, anticipato nella stessa *Rivista*, gennaio 2017, e nel volume a cura di A. Massaro, *La tutela della salute nei "luoghi di detenzione". Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, Roma, 2017.

[56] Cfr. C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia* e *Andreyevskiy c. Russia*; C. eur. dir. uomo, 14 settembre 2010, *Marinescu c. Romania* e *Florea c. Romania*.

[57] Cfr. C. eur. dir. uomo, 26 settembre 2000, *Kudla c. Polonia*; C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Wenerski c. Polonia*; C. eur. dir. uomo, 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 22 aprile 2014, *G.C. c. Italia*.

[58] Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Cirillo c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia*, su cui v. il già citato contributo di V. Manca, nonché G. Sorrenti, *La densità delle carceri. Dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al "seguito" legislativo interno*, in *giucost.org*, 06.03.14, § 4. Nella decisione sul caso *S. Riina c. Italia* (del 19 marzo 2013), la Corte E.D.U. ha ritenuto che, in relazione ai motivi del ricorso, le violazioni non avessero raggiunto "la soglia minima di gravità per l'applicazione dell'art. 3 della Convenzione".

[59] Si veda la decisione C. eur. dir. uomo, 26 aprile 2016, *Murray c. Olanda*, in cui la perdurante pericolosità del soggetto si fa derivare anche dalla violazione da parte dello Stato dell'obbligo di offrire le cure psichiatriche di cui il detenuto aveva bisogno che, se adeguate, avrebbero potuto contenerne e controllarne i disturbi comportamentali. Cfr. anche C. eur. dir. uomo, 17 novembre 2015, *Bamouhammad c. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 3 maggio 2012, *M.S. c. Regno Unito*.

Sul punto *b)*, sembra interessante rilevare come, nell'ottica dei giudici di Strasburgo, non solo è obbligo dello Stato somministrare le cure mediche, ma lo è anche verificare che esse siano quelle adeguate a evitare o quanto meno procrastinare al tempo più lontano possibile un infausto decorso della malattia; l'eventuale segnale di peggioramento dovrebbe infatti portare l'Amministrazione preposta a trasferire il soggetto in un luogo di cura adatto alle sue esigenze. Per quanto concerne il punto *c)*, invece, si tratta dei casi in cui un soggetto debba soffrire ogni giorno i disagi causati dall'incompatibilità delle sue gravissime condizioni di salute con lo stato di reclusione: sono richieste, per casi come questi, delle prove schiaccianti e univoche dell'incompatibilità, per esempio più referti medici – provenienti sia dal servizio sanitario interno che da consulenti esterni – che attestino inconfutabilmente l'inconciliabilità tra esecuzione della pena carceraria e quadro patologico del paziente detenuto[60].

Può ben dirsi, alla luce di quanto esposto, che nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il diritto alla salute del detenuto è presidiato da garanzie forti, circostanza che condiziona il nostro legislatore (che a quegli standard si deve adeguare ex art. 117, primo comma, Cost.) e gli stessi operatori impegnati in prima persona nella cura e nella custodia della persona reclusa. Se si crede nelle virtualità del principio di massimizzazione delle tutele (per cui quella dovuta alla persona è quella *migliore* nell'ambito della protezione "multilivello" dei diritti fondamentali), non si può che rilevare come la protezione del diritto alla salute del detenuto in ambito internazionale valga a "integrare" l'impegno già assunto in forza delle previsioni costituzionali per la promozione, con ogni mezzo, del benessere psico-fisico delle persone sottoposte a limitazione della libertà personale.

[60] Si veda Corte suprema di Cassazione, IV Sez. penale, n. 58363 del 2018, per avere testimonianza del fatto che nell'ordinamento interno si attribuisce importante valore, in tema di incompatibilità delle condizioni di salute con il regime carcerario, alla giurisprudenza della Corte E.D.U. e alle Regole penitenziarie europee: spec. punto 2 del Considerato in diritto.

5. *Note conclusive*

Per garantire nella maniera migliore possibile il diritto alla salute dei detenuti e delle detenute occorrerebbero ulteriori modifiche normative e, forse soprattutto, l'impegno nella realizzazione degli interventi già previsti con la Riforma della medicina penitenziaria. La "pratica" della vita carceraria tende ad adeguarsi lentamente alle conquiste culturali che si vanno creando il loro spazio, almeno nelle disposizioni di legge. È in questo senso che si parla, da tempo, di «effettività di tipo "rinnegante" rispetto alle decantate prospettive […], innegabilmente connessa ad un tipo di normativa qual è quella penitenziaria: è, infatti, uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme». Queste le parole usate da F. Bricola all'indomani dell'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, che recava nuovi e importanti principi che egli temeva potessero rimanere solo sulla carta. E questo per un duplice ordine di ragioni: un po' perché questa "rinnegazione pratica dei principi" espressi dalla Costituzione e dalle leggi si riconosceva come elemento connaturato alla realtà dell'esecuzione penale (e in generale delle cc.dd. comunità separate, in cui «il corpo è irretito in un sistema di costrizioni e di privazioni, di obblighi e di divieti»[61]), ma anche perché scorgeva le pericolose contraddizioni esistenti tra affermazioni di principio e "esigenze" politiche. Scriveva che i «sintomi di un'effettività "rinnegante" erano già latenti nel tessuto normativo e nelle contingenze storico-politiche che caratterizzavano il momento della sua entrata in vigore»[62].

Ma il rischio della "rinnegazione" di quanto affermato in via di principio c'è anche riportando l'attenzione all'oggi e al solo ambito del diritto alla salute delle persone recluse. Il timore è quello che l'attuazione del principio della parità di trattamento nella fruizione

[61] Sono celebri parole di M. Focault, *Sorvegliare e punire. Nascita del carcere*, Torino, ed. 2014, 13.

[62] I passaggi virgolettati sono ripresi da F. Bricola, *Introduzione* a Id. (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, 9 s., testo riprodotto anche nel fasc. n. 2/2015 della Rivista *costituzionalismo.it*.

delle prestazioni offerte dal sistema pubblico di protezione della salute contrasti, nei fatti, con l' "immobilismo" degli apparati istituzionali che dovrebbero attuare i cambiamenti, che si palesa anche nella decisione di portare avanti l'innovazione "a costo zero". Le "materie prime" da reperire ed organizzare, in campo sanitario, sono costose (personale qualificato, strumentazione medica, ideazione e attuazione dei programmi individualizzati di trattamento in ambito psichiatrico, ecc.). Si criticava la Riforma della sanità penitenziaria avviata nel 1998 per il fatto di voler intervenire – appunto – "a costo zero", tramite il mero trasferimento delle (stesse) risorse prima destinate al D.A.P. per l'organizzazione del servizio sanitario penitenziario al S.S.N.[63]. Per ottenere un innalzamento del livello qualitativo del servizio occorrerebbe, forse, invece, un impegno concreto ulteriore, ricordando che, certo, «le condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla mancanza di risorse», come stabiliscono le Regole penitenziarie europee (Principi fondamentali).

Il diritto alla salute, l'unico cui la Costituzione espressamente conferisce la qualifica di diritto "fondamentale" al primo comma dell'art. 32, protegge «un ambito inviolabile della dignità umana»[64], essendo perciò degno del massimo rilievo, anche, o forse soprattutto, in un contesto come quello carcerario, in cui la persona già subisce importanti limitazioni in riferimento all'esercizio di altri diritti. Se non si riesce a salvaguardare l'integrità psico-fisica dei detenuti, si finisce, peraltro, per vanificare ogni intento di favorire la "risocializzazione". E, allora, se pur condizionato da esigenze organizzative e finanziarie, il diritto alla salute non deve perdere la centralità che la Costituzione gli attribuisce: Legislatore e Amministrazione hanno il compito di promuovere, "ad ogni costo", la realizzazione dei suoi contenuti essenziali.

[63] Così B. Brunetti, *La tutela della salute in carcere. Organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Evoluzione normativa*, spec. 10, disponibile in *www.ristretti.it/areestudio/salute/zippati/salute_brunetti.pdf*.

[64] Così, *ex multis*, Corte cost. sent. n. 252 del 2001.

Tatiana Guarnier

Libertà collettive e detenzione penale

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. Le libertà collettive nelle formazioni sociali – 3. Il diritto di riunione dei detenuti – 3.1. La riunione per fini politici e di manifestazione del pensiero – 3.2. Le attività culturali, ricreative e sportive – 3.3. Spazi e limiti del riconoscimento della libertà di riunione nel vigente ordinamento penitenziario – 4. Il diritto di associazione dei detenuti – 4.1. Diritto di associazione e connessione con la società civile – 4.2. Spazi e limiti dell'esercizio della libertà di associazione nel vigente ordinamento penitenziario – 4.3. Libertà di associazione e diritti sindacali – 5. La partecipazione democratica alla vita carceraria.

1. *Premesse*

Per affrontare il tema delle libertà collettive all'interno del carcere è necessario porre alcune premesse e sgomberare il campo da possibili equivoci.

La prima indispensabile premessa attiene ai princìpi informativi della legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26.7.1975, n. 354; d'ora innanzi o.p.). È noto, infatti, che quest'ultima ha inteso riformare dalle fondamenta il sistema penitenziario in precedenza disciplinato dal regolamento Rocco del 1931[1] – di matrice fascista – ribaltandone la prospettiva: se il regolamento si preoccupava principalmente di garantire l'ordine e la disciplina all'interno degli istituti detentivi mediante una serie di strumenti che garantissero l'«adesione coatta alle regole e all'ideologia

[1] Regio decreto 18.6.1931, n. 787, recante il "Nuovo regolamento per gli istituti di detenzione e pena".

del trattamento»[2], la legge del 1975 ha radicalmente mutato la *ratio* di fondo, enunciando la priorità delle esigenze dei detenuti e subordinando a tali esigenze (e diritti) le relative regole organizzative[3].

Questo mutamento è in grado di incidere profondamente sul tema delle libertà collettive. È, infatti, piuttosto intuitivo quanto il loro esercizio costituisse una fonte di preoccupazione nella prima prospettiva (tanto è vero che il regolamento Rocco guardava con grande sospetto ad ogni forma di attività collettiva e preferiva la strategia dell'atomizzazione degli individui, al fine di poterli meglio governare e gestire[4]). A prospettiva mutata, invece, ove ci si rivolga prioritariamente alla tutela della dignità del detenuto[5], le attività comuni e l'esercizio delle libertà collettive non dovrebbero essere più guardate con sospetto, costituendo all'inverso uno dei principali strumenti di "svolgimento della personalità" di cui un individuo non può essere privato per il solo fatto di trovarsi in condizione detentiva.

Strettamente correlate a questo assunto di base sono gli ulteriori che è necessario anteporre all'analisi del tema. La seconda premessa, infatti, concerne il mutamento di paradigma e di finalità della pena di cui quella riforma dell'ordinamento penitenziario si è fatta portavoce, all'unisono con il dettato costituzionale e con la

[2] Così G. Neppi Modona, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in M. Cappelletto, A. Lombroso (a cura di), *Carcere e società*, Venezia, 1976, 69.

[3] V. M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *RivistaAIC*, n. 3/2016, 6.8.2016, 7.

[4] Si v., a titolo esemplificativo, il divieto di canti (art. 86), di giochi e di ogni altra occupazione non espressamente consentita (art. 93), il divieto di esporre reclami al direttore alla presenza dei compagni (art. 91) e di rivolgere domande o reclami collettivi alle autorità dirigenti (art. 86) o l'obbligo di seguire in silenzio le pratiche collettive del culto cattolico (art. 142). Disposizioni di questo tipo rievocano quanto ricordato da Nelson Mandela nella sua autobiografia: «i regolamenti del carcere imponevano esplicitamente di parlare a titolo esclusivamente personale, cosa che mirava a negare qualsiasi spazio organizzativo e a neutralizzare la nostra forza collettiva. Avevamo protestato contro questa regola, ma con scarsi risultati, e non ci era nemmeno consentito di parlare al plurale quando esponevamo le nostre lagnanze» (N. Mandela, *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Milano, 2013, 376).

[5] Cfr. art. 1, co. 1, primo periodo o.p.: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona».

normativa europea ed internazionale. Il regolamento si faceva promotore ed attuatore di una concezione restitutiva e afflittiva della pena, secondo lo schema dello «scambio di equivalenti: alla violenza del delinquente l'ordinamento reagisce con una violenza uguale e contraria, che ne è la restituzione e il corrispettivo»[6]. La Costituzione ha invece fatto proprio un modello di pena estremamente diverso, privilegiando la funzione rieducativa (cfr. art. 27, co. 3, Cost.) in ragione della quale gli istituti carcerari devono tendere alla predisposizione di mezzi e strumenti in grado di assicurare il reinserimento del condannato nel tessuto sociale[7]. In quest'ottica, allora, l'esercizio delle libertà collettive potrebbe costituire uno strumento prezioso per facilitare il graduale ripristino dello strappo fra individuo e società di cui – per un verso – l'atto criminale costituisce un epifenomeno, ma che – per l'altro verso – sovente affonda le sue radici in una pregressa situazione di emarginazione economico-sociale.

Se, dunque, la funzione della pena non è più afflittiva, bensì rieducativa, necessaria conseguenza è quella che si pone come terza premessa del discorso: l'unica libertà limitata dalla detenzione in carcere è quella di movimento; tutte le altre libertà e gli altri diritti costituzionalmente previsti (ivi inclusi quelli collettivi) devono essere invece garantiti, sia pur modellandone e limitandone le tutele in funzione della particolare situazione nel cui ambito se ne svolge l'esercizio[8]. Anzi, proprio quei «residui di libertà»[9], declinati di recente anche nella «possibilità di accedere a piccoli gesti di norma-

[6] Così L. Ferrajoli, *Dal regolamento fascista Rocco al nuovo progetto di riforma carceraria*, in *Probl. soc.*, 1974, 420 s.

[7] Il discorso relativo al concetto di rieducazione e alle sue evoluzioni è, per la verità, più complesso e non può essere adeguatamente affrontato in questa sede. Si v., anche per i dovuti approfondimenti bibliografici, G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012, 190 ss.; A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 3 ss.; I. Nicotra, *Pena e reinserimento sociale*, *ivi*, 59 ss.; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 22 ss. e 42 ss.

[8] Cfr., fra le altre, C. cost., 24.6.1993, n. 349; Id., 15.11.2000, n. 526; Id., 23.10.2006, n. 341; Id., 8.10.2009, n. 266; Id., 26.5.2010, n. 190, ma vedi anche i principi fondamentali nn. 2 e 3 della raccomandazione R(2006)2, recante le "Regole penitenziarie europee".

[9] Così, C. cost., 24.6.1993, n. 349.

lità quotidiana»[10], sono «tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà individuale», la «personalità individuale»[11].

È proprio, però, in sede di verifica di compatibilità dell'esercizio dei diritti collettivi con la situazione detentiva (e della conseguente loro necessaria modulazione) che rischia di innestarsi un equivoco che ha spesso ingombrato il campo degli studi dedicati alle libertà collettive in carcere. È piuttosto frequente, infatti, che tali studi partano dall'assunto dell'assoluta incompatibilità dei primi con la seconda poiché, si dice, «la detenzione, restringendo la libertà personale, determin[a] conseguentemente la impossibilità pratica e giuridica di liberamente disporre della propria persona (e cioè impedisce logicamente l'attuazione di quelle attività *libere* che sono il contenuto dei diritti di libertà)»[12]. Si tratta di tesi che occorre però contestualizzare, poiché troppo spesso portata ad estreme conseguenze, senza tenere in considerazione l'idea di fondo da cui quella stessa dottrina esplicitamente muove: quella per cui presupposto indispensabile della libertà di riunione è la possibilità di esercitare nella loro pienezza sia la libertà fisica che la libertà di autodeterminazione, con la precisazione che mentre le restrizioni alla libertà fisica (ad es. lo stato di detenzione) impediscono *materialmente* la libertà di riunirsi, altre restrizioni (ad es. la sottoposizione alla misura preventiva della sorveglianza speciale[13]), incidendo sulla libertà di autodeterminazione, la inibiscono solo *giuridicamente*. In tale ultimo caso, «conseguentemente, il riunirsi con altri, per quanto sanzionabile, resterà materialmente possibile»[14].

[10] Così, C. cost., 12.10.2018, n. 186.

[11] Così, oltre alle sentenze già menzionate, C. cost., 24.01.2017, n. 20; Id., 26.05.2017, n. 122.

[12] Così A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 147. Sulla scia di tale autorevole dottrina, A. Gardino Carli, *Riunione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 491; R. Borrello, *Riunione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 1421, che escludono la possibilità di estendere la tutela della libertà di riunione contemplata nell'art. 17 Cost. alla popolazione detenuta.

[13] Cfr. art. 5, l. 27.12.1956, n. 1423, sulla cui compatibilità con la Costituzione, v. C. cost., 5.5.1959, n. 27 e 5.5.1983, n. 126.

[14] Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte speciale II*, Padova, 1988, 320.

Dunque, se l'impedimento determinato dalla condizione detentiva attiene ad un'impossibilità *materiale* per il detenuto di esercitare i diritti collettivi, allora tale impossibilità deve intendersi riferita alle sole riunioni svolte all'*esterno* del carcere, mentre all'*interno* delle mura rimane la possibilità – *rectius*, come vedremo, la necessità – di assicurarne la tutela, verificando previamente quali siano gli indispensabili adattamenti e le limitazioni determinate dalle esigenze di una buona gestione dell'amministrazione e della sicurezza all'interno dell'istituto, in conformità con l'art. 1, co. 3-5, o.p.

Quest'ultima impostazione appare accolta dalla stessa normativa sull'ordinamento penitenziario, che oggi contempla e disciplina l'esercizio di alcuni diritti collettivi per i detenuti (su tutti, la libertà religiosa, tutelata sia nella dimensione individuale che in quella collettiva, ed il diritto di organizzare e partecipare ad attività culturali, ricreative e sportive *intra moenia*), dimostrando così che le libertà collettive non sono ontologicamente incompatibili con la condizione detentiva, ma sono piuttosto oggetto di un filtro, di scelte legislative relative al regime carcerario, nell'ambito delle quali si può optare per la previsione di talune e l'esclusione o limitazione di altre, sempre purché ciò sia compatibile con il dettato costituzionale riferito a ciascuna delle libertà e dei diritti contemplati.

Muovere da tali premesse è indispensabile poiché non è sfuggito ad attenta dottrina come in questa sede si giochi un'importantissima partita per la delineazione effettiva della struttura e della funzionalizzazione della pena all'interno dell'ordinamento: è il concetto stesso di rieducazione del condannato ad essere modellato dalla concessione o meno dell'esercizio di libertà collettive nelle carceri.

La rieducazione può, infatti, essere concepita e praticata «in due opposte maniere: come riadattamento sociale o recupero del condannato attraverso l'imposizione autoritaria dei modelli di comportamento propri della cultura dominante, o invece come presa di coscienza politica da parte del detenuto delle matrici sociali del reato e della sua condizione di escluso, cioè come emancipazione politica dai condizionamenti sociali dell'esclusione e della

delinquenza»[15]. Detto in altri termini, la pratica dei diritti collettivi all'interno delle carceri potrebbe costituire una forma di costruzione o riappropriazione della dimensione sociale da parte del recluso[16] e può essere in grado di emancipare il carcere dal modello in cui il detenuto è solo *oggetto* o, al più, *soggetto passivo* di una rieducazione guidata dall'alto, verso un modello in cui invece il detenuto si fa *soggetto attivo*, *partecipe* e *responsabile* della propria rieducazione e del proprio reinserimento sociale, tramite la socializzazione e la democratizzazione della vita all'interno delle mura.

2. *Le libertà collettive nelle formazioni sociali*

La riforma dell'ordinamento penitenziario compiuta mediante il d.lgs. n. 123 del 2018 appare muovere in quest'ultimo senso, quantomeno nelle petizioni di principio cui si ispira. Emblematico a tal proposito è, in particolare, l'art. 11 del menzionato decreto che, modificando l'art. 1, comma 1, o.p., afferma nell'ultimo periodo che la normativa penitenziaria «si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione».

Dinnanzi a un'affermazione di questo tenore s'impone di recuperare il dibattito dottrinale relativo alla possibilità di qualificare il carcere come *formazione sociale* e di rievocarne gli argomenti, oltreché le obiezioni ad essa opposte, per verificare se la prassi, la giurisprudenza e la riforma normativa abbiano mosso nella direzione auspicata da questa, pur minoritaria, tesi o se, addirittura, la possano accreditare come rispondente al reale evolversi delle dinamiche giuridico-sociali degli istituti detentivi.

Il punto, come si vedrà, possiede una particolare rilevanza nell'ambito delle riflessioni relative alle libertà collettive dei detenuti, poiché dalla qualificazione del carcere come formazione sociale la dottrina ha fatto, in primo luogo, discendere l'obbligo di prevedere all'interno degli istituti di pena adeguati strumenti e

[15] Così, L. Ferrajoli, *op. cit.*, 429.

[16] V. G. Neppi Modona, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, cit., 27 s.

veicoli di promozione della personalità individuale, fra cui quelli di partecipazione democratica alla vita carceraria[17].

Obiettivo polemico di questa tesi è, innanzitutto, l'idea del carcere come «organizzazione chiusa e separata dalla società libera», ovvero la «tenace concezione dell'istituzione carceraria e della sua popolazione come una realtà che non fa parte della società, che ne è per definizione esclusa»[18], ritenuta ragione prima di resistenza culturale all'inclusione del carcere fra quelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo e nelle quali l'art. 2 Cost. impone il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo. La convinzione da cui si muove è, infatti, quella per cui, superata questa resistenza e considerato che l'art. 27, comma 3, Cost. indica la rieducazione del condannato come finalità della pena carceraria, si possano leggere congiuntamente gli artt. 2 e 27 Cost. nel senso che, dovendo attribuirsi alla finalità rieducativa della pena la funzione principale di garantire lo svolgimento della personalità dei detenuti, il carcere sia istituito dalla Costituzione come formazione sociale. Tale dottrina rileva inoltre che il diritto di sviluppare la propria personalità necessita di essere rafforzato quando si viene a far parte di una formazione sociale contro la propria volontà, a titolo di controbilanciamento rispetto alla limitazione della libertà personale sofferta[19]. Da tale premessa si ricava dunque la centralità degli aspetti della vita penitenziaria che presuppongono la partecipazione collettiva della popolazione carceraria: diritti di riunione, di associazione, di libera manifestazione del pensiero, di professione libera (e collettiva) del culto e soprattutto, come si diceva, di partecipazione con metodo democratico alle scelte relative alla vita carceraria.

Secondo altra tesi, tuttavia, ad opporsi a questa concezione non vale la sola resistenza "culturale" dettata dall'idea della separatezza del carcere dalla società civile, ma anche altri ostacoli e, in particolare, il carattere volontario delle formazioni sociali che la Costituente aveva a mente nella redazione dell'art. 2 Cost.;

[17] Su cui v. *infra*, par. 5.

[18] Così, G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Pol. dir.*, 1976, 173.

[19] Cfr. G. Neppi Modona, *Op. ult. cit.*, 174.

volontarietà che evidentemente non caratterizza l'inclusione nella collettività carceraria[20]. A questo ulteriore impedimento si risponde che anche altre entità superindividuali a base coattiva vengono riconosciute come formazioni sociali (ad esempio, gli istituti scolastici, nell'ambito del ciclo di istruzione obbligatoria[21]; le famiglie, di cui i figli fanno parte al di là della loro volontà) e che l'esercizio delle libertà *delle* e *nelle* associazioni non deve essere confuso con l'esercizio della libertà *di* associazione[22].

Si tratta di argomentazioni distinte, che si svolgono su due piani differenti, per quanto interconnessi, e che meritano quindi una distinta considerazione. La prima argomentazione attiene al perimetro del concetto di "formazione sociale"; la seconda attiene invece all'esercizio e alla tutela dei diritti che *in* essa o *tramite* essa si possono svolgere (e la precisazione, come vedremo più avanti, possiede una certa rilevanza).

Quanto al primo punto, occorre innanzitutto sciogliere il nodo dell'ampiezza del concetto di formazione sociale, per comprendere se esso sia inclusivo di tutte le associazioni e delle altrimenti qualificate collettività di persone – come sembrerebbe sottinteso dalla menzionata opinione dottrinale – o se, invece, esso sia un concetto autonomo, connotato da precisi elementi di specificità che pongono in essere un discrimine fra le associazioni "comuni" e quelle che, invece, possano ritenersi *pure* formazioni sociali. Si tratta di un punto cruciale perché, a ben vedere, la dottrina costituzionalistica, tradizionalmente e in via largamente maggioritaria, appare attribuire al concetto di formazione sociale un significato specifico e autonomo, sulla scia della lettura degli atti preparatori della Costituzione.

Il concetto infatti rispecchia – e intendeva in quel dibatto rispecchiare – una precisa idea della forma di Stato che si andava delineando in Costituzione e che trova i propri antecedenti filosofici nelle elaborazioni montesquiviane circa il ruolo degli «ordini intermedi» nell'emancipazione dagli ordinamenti dispotici e nel-

[20] Cfr. P. Rescigno, *Persona e comunità: saggi di diritto privato*, Padova, 1966, 43.
[21] Cfr., sul punto, C. cost., 08.06.1987, n. 215.
[22] V. G. Neppi Modona, *loc. ult. cit.*

la configurazione di una democrazia matura e non plebiscitaria[23]; elaborazioni prodromiche alla «scoperta della società come luogo sottostante allo stato in cui l'individuo sviluppa la propria personalità e persegue i propri interessi *al di fuori* dello stato e anche *contro* lo stato»[24]. In questo quadro e su queste fondamenta si sono sviluppate le maggiori ideologie che hanno influenzato il dibattito preparatorio dell'art. 2 Cost. e che, pur propugnando visioni non coincidenti della natura dei corpi intermedi nei confronti dello Stato[25], conseguentemente proponendo diversi atteggiamenti dello Stato nei confronti degli stessi[26], muovono tutte dal presupposto dell'autonomia – intesa anche come auto-regolazione o auto-organizzazione – delle formazioni sociali come requisito fondamentale per assicurarne il carattere *intermedio* fra società e Stato[27].

Si tratta di un'impostazione che appare trovare riscontro anche in una giurisprudenza costituzionale abbastanza recente e in particolare nella sent. n. 138 del 2010, ove si precisa che per for-

[23] Cfr. N. Bobbio, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. Dir.*, 1975, 431 ss., il quale avverte che, certo, i corpi intermedi di cui parlava Montesquieu (nobiltà, clero, antichi ordini privilegiati) erano ben diversi da quelli oggetto delle odierne riflessioni (partiti, sindacati, associazioni e movimenti della società civile), ma la funzione di contro-potere e di intermediazione di interessi plurali al fine di individuare una sintesi comune è al presente affine, in quanto veicolo dell'idea della complessità, frammentarietà e pluralità degli interessi che compongono quello generale (in opposizione all'impostazione, ad esempio, di Hobbes e Rousseau). Il punto è ripercorso, nelle sue numerose implicazioni di rilievo costituzionale, da P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987; E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 6 ss.

[24] Così N. Bobbio, *Libertà*, cit., 439 (corsivi aggiunti).

[25] Ora come associazioni volontarie, di carattere eminentemente politico, ora come forme comunitarie di base (famiglia e parrocchia, nell'impostazione cattolica); distinzione da taluni riprodotta in una classificazione delle formazioni sociali (cfr. ad es. M. Pedrazza Gorlero, *'Formazione sociale', 'formazione sociale naturale' e rapporto di filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 257 ss.). Per una tassonomia delle diverse opinioni circa l'identificazione delle formazioni v. A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 109, nt. 22.

[26] Ora di garanzia, ora di non-ingerenza.

[27] Cfr., da ultimo, A. Ruggeri, *Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)*, in *Consultaonline*, 27.5.2019, 272. La strumentalità delle formazioni sociali alla conformazione dell'ordinamento pluralistico emerge anche nei lavori di P. Rescigno raccolti in *Persona e comunità*, cit.; A. Barbera, *Art. 2*, cit., 110 s.; E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 51.

mazione sociale deve intendersi, sì, «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione», ma pur sempre «*nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*»[28].

Non è solo, dunque, il profilo della coattività o meno dell'ingresso nell'entità plurisoggettiva ad essere rilevante[29], né la sola idoneità dell'ente plurisoggettivo a promuovere uno svolgimento della personalità individuale, ma pure l'interazione di quella collettività con la società, l'intento e la possibilità di partecipare effettivamente e democraticamente alla vita della società nel suo complesso, auto-organizzando le sue forme e modalità di interazione con lo Stato, facendosi soggetto portatore di interessi ed istanze; il suo porsi, in altri termini, come corpo *intermedio*.

Certo, gli intenti costituenti non devono ritenersi insuperabili ove la lettura del testo costituzionale si presti ad aperture differenti da quelle immaginate dai redattori e, difatti, non sono mancate proposte di interpretazione estensiva e di ampliamento del perimetro del concetto di formazione sociale, al fine di includervi tutti quei luoghi e quelle attività tramite i quali un individuo, entro un contesto plurisoggettivo, sviluppa la propria personalità[30]. Si ribalta, così, l'impostazione originaria della disposizione: non sarebbe l'intento o la possibilità di partecipare attivamente alla vita sociale a connotare una collettività come formazione sociale, ponendola come corpo intermedio, ma la sua qualificazione come corpo sociale (per via dello sviluppo della personalità tramite essa per-

[28] C. cost., 15.04.2010, n. 138, § 8 *Cons. dir.* (corsivi aggiunti).

[29] Profilo effettivamente superabile, come correttamente rilevato da G. Neppi Modona, *Formazione sociale*, cit., 173 ss.

[30] Non solo nel senso dell'ampliamento delle figure ricomprese entro le "tradizionali" formazioni sociali (su cui si v., C. cost., 18.11.1986, n. 237), ma anche verso figure del tutto nuove e talmente varie da rendere il concetto di formazione sociale una sorta di contenitore vuoto, ove l'unico denominatore comune dei contenuti ivi racchiudibili appare determinato dalla loro strumentalità allo sviluppo della personalità dell'individuo. Emblematica, a tal proposito, la proposta di qualificazione del lavoro (e non già delle collettività di lavoratori nei luoghi di lavoro, come da una più convincente impostazione, per cui v. U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 68 ss.) come formazione sociale (in quest'ultimo senso, v. M. Pedrazzoli, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una formazione sociale?*, in *Quad. cost.*, 2011, 980 ss.).

seguibile) a obbligare costituzionalmente nel senso di prevedere per quell'ente strumenti adeguati di partecipazione democratica al suo interno.

Si tratta di proposte entro le quali chiaramente si inquadra anche quella che include il carcere fra le formazioni sociali e che meritano di essere valutate sia in relazione ai rischi derivanti dal discostamento dal senso immaginato dai Costituenti, entro il quadro costituzionale, sia in relazione alle ragioni per le quali lo si propone. Quanto ai rischi, evidentemente, vi sono quelli connessi a una diluizione del concetto e alla conseguente attenuazione della funzione contro-maggioritaria o alternativa al potere che ha tradizionalmente accompagnato la nozione di formazione sociale. Quanto ai vantaggi e, dunque, alle ragioni per le quali si accede a questa espansione, lo si è detto, vi è innanzitutto la volontà di estendere, conseguentemente, l'ambito di tutela costituzionale dei diritti di partecipazione democratica all'interno delle istituzioni carcerarie[31]. L'obiettivo è dunque non tanto quello di garantire i diritti della formazione sociale nel suo complesso, né quello di garantire i diritti che *tramite* la formazione sociale gli individui possono esercitare, bensì quello di garantire gli individui *contro* forme di oppressione che possono esercitarsi anche all'interno delle formazioni stesse[32]. Si tratta di un punto, com'è stato evidenziato, particolarmente «delicato e complesso»[33] poiché potenzialmente in frizione con quello della necessaria autonomia della formazione sociale affinché possa esercitare il suo ruolo intermedio[34].

[31] Così, esplicitamente, G. NEPPI MODONA, *Formazione sociale*, cit., 175 ss.

[32] In linea con un'impostazione dottrinale che legge nell'art. 2 Cost. non tanto una disposizione a tutela delle formazioni sociali e del pluralismo sociale, ma una presa d'atto della loro esistenza e del riconoscimento e garanzia dei diritti individuali dell'uomo contro il rischio di possibili oppressioni che da esse derivino (cfr. P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 171).

[33] Così E. ROSSI, *Art. 2* , cit., 53.

[34] Il punto è sottolineato da A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 113 ss., che, riflettendo intorno al ruolo dei partiti politici e dei sindacati, riporta il dubbio che «difendendo la libertà *nei* partiti e nei sindacati si sopprima il necessario presupposto che è la libertà *dei* partiti e dei sindacati stessi», concludendo che «se può ribadirsi che l'art. in esame pone un'esigenza di tutela del singolo all'interno delle formazioni sociali non si può operare una trasposizione meccanica al loro interno di tutti i diritti di cui l'individuo gode nell'ordinamento generale», ma occorre una duttilità di conclusioni circa il regime

Occorre allora considerare con cautela la necessità di attingere alla tesi del carcere come formazione sociale al fine di ottenere il "vantaggio" della garanzia dei diritti al suo interno. E soprattutto, a tal fine, occorre considerare che, a ben vedere, si tratta di un vantaggio solo apparente poiché, com'è stato correttamente osservato, per raggiungere questo obiettivo non è indispensabile accedere alla qualificazione del carcere come formazione sociale: «l'impulso costituzionale al cambiamento è già tutto compreso nel principio del libero sviluppo della personalità e in una delle sue traduzioni, quella dell'umanizzazione della pena»[35]. I rimarchevoli e del tutto condivisibili intenti della tesi che propugna il carcere come formazione sociale (quello dell'emancipazione dall'idea della separatezza del carcere dalla società e quello della promozione dei diritti di partecipazione democratica al suo interno) possono – o meglio, come vedremo, *devono* – essere costituzionalmente perseguiti in funzione di numerosi articoli costituzionali, anche a prescindere dalla loro lettura combinata con l'art. 2 Cost.

Sembra vero, semmai, il contrario, ossia che non è tanto la considerazione del carcere come formazione sociale a richiedere la garanzia piena ed effettiva delle libertà collettive, quanto l'implementazione di queste ultime a poter gradualmente aprire la realtà chiusa dell'istituzione totale[36], a poterla avvicinare alla società civile e a poter quindi consentire di intraprendere il cammino verso una visione del carcere come formazione sociale, ossia come luogo in cui, attraverso la partecipazione democratica degli individui alla vita carceraria, si possano individuare quegli interessi di cui la comunità si fa portatrice verso la società nel suo complesso, superando così, davvero, la separatezza del carcere dalla società civile[37].

di ciascuna formazione sociale. Nello stesso senso, v. anche A. Ruggeri, *Costituzione e formazioni sociali*, cit., 272.

[35] Così, M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 164; conforme P. Buffa, *Umanizzare il carcere. Diritto, resistenze, contraddizioni ed opportunità di un percorso finalizzato alla restituzione della dignità ai detenuti*, Roma, 2015 (*e-book*), pos. 1046.

[36] Sul carcere come "istituzione totale", v. E. Goffman, *On the Characteristics of Total Institutions* [1961], in Id., *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*, New Brunswick-London, 2009, 1 ss.; M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (trad. it.), Torino, 1993.

[37] Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 163 s., il quale insiste pure sulla forte

Vedremo tuttavia, nell'ambito di questo scritto, come, pure nell'ambito della più recente riforma dell'ordinamento penitenziario, il modello normativo di partecipazione alla vita collettiva e quello praticato negli istituti detentivi sia per molti versi ancora distante da questo approdo e vedremo anche, quindi, come molti altri passi in avanti potrebbero essere compiuti nell'ottica di un potenziamento delle libertà poste a presidio dello svolgimento della personalità dei reclusi.

3. *Il diritto di riunione dei detenuti*

Che il diritto di riunione costituisca una specificazione e uno svolgimento del principio promanante dall'art. 2 Cost. è acquisizione pacifica nella dottrina costituzionalistica, ove si sottolinea che esso «costituisce una concreta e specifica esplicitazione del *favor* che la Costituzione esprime nei confronti della fenomenologia sociale, vista come naturale e fisiologico prolungamento in dimensione collettiva della persona umana, valore primario e fine stesso dello Stato»[38]. Per tale ragione la libertà in parola è strettamente connessa alla concezione dei diritti che non guarda più alla loro sola dimensione liberal-individualistica, ma soprattutto alla loro dimensione collettiva e all'ambito delle formazioni sociali ove si svolge la personalità umana[39].

Posta, dunque, l'essenzialità di tale diritto – quale "porta di ingresso" verso la dimensione sociale e dunque verso la dignità sociale di cui parla l'art. 3 Cost. – occorre valutarne, a partire da questo assunto, la compatibilità con le esigenze di sicurezza e ordine imposte dalla condizione detentiva.

Esigenze di ordine e sicurezza in relazione a cui la recente riforma dell'ordinamento penitenziario si è espressa nel senso che

– e ineludibile – valenza sociologica del concetto, che ne impone un radicamento solido proprio nella realtà sociale.

[38] Così R. Borrello, *Riunione*, cit., 1404, ma per la stretta interconnessione fra art. 2 e art. 17 Cost. v. già G. Guarino, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969, 227.

[39] Su questo punto cruciale, v. N. Bobbio, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, spec. 443 ss.

«negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà»[40], che «non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con il mantenimento dell'ordine e della disciplina»[41].

Si tratta di operazione di verifica e bilanciamento estremamente delicata, che non si presta ad essere svolta in astratto, ma che deve essere effettuata con riferimento ai vari fini cui di volta in volta la riunione è orientata poiché quest'ultima (a differenza di altri gruppi sociali, come la famiglia) non è fine a sé stessa, ma è un «gruppo sociale secondario» che «contiene sempre l'esplicamento, l'esercizio di un altro diritto di libertà»[42]: si tratta di un mezzo per esercitare la libertà di opinione, oppure la libertà di culto, oppure ancora la libertà di svolgimento di attività ricreative, culturali, sportive. Il diritto di riunione si struttura dunque come una libertà *strumentale* all'esercizio di un diverso diritto, il quale costituisce il *fine* ultimo della sua garanzia. Ciò significa che l'attività svolta nel corso della riunione è soggetta ad un'autonoma disciplina (costituzionale, legislativa e regolamentare) che incontra – da un lato – limiti propri e – dall'altro – proprie garanzie, da assicurarsi anche quando il diritto-fine viene esercitato in forma collettiva[43].

Scindendo, dunque, questi due aspetti emerge chiaramente che non è solo la *modalità*-riunione in sé (e la correlativa libertà riconosciuta in Costituzione) da calibrarsi rispetto alla condizione detentiva, ma anche la sua strumentalizzazione ai vari diritti-*fini* ad incontrare potenziali limiti o, viceversa, particolari esigenze di garanzia; versanti, entrambi, dei quali occorre valutare la compatibilità con le finalità e le peculiarità della detenzione. Ciò impone di procedere ad analisi diversificate in ragione delle diverse libertà e diritti esercitabili in forma collettiva.

Questa impostazione può essere riscontrata nella legge sull'ordinamento penitenziario, ove non è dato rinvenire un'unica ed uniforme disciplina delle riunioni, ma una trattazione differenzia-

[40] Art. 11, c. 4, d.lgs. n. 123/2018.

[41] Art. 11, c. 5, d.lgs. n. 123/2018.

[42] In questi termini, A. Pace, *Art. 17*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 147.

[43] Cfr. G. Guarino, *Lezioni*, cit., 227 s.

ta. Gli articoli di riferimento sono, in particolare, l'art. 26 o.p., che si occupa di «religione e pratiche di culto», e l'art. 27 o.p., dedicato alle «attività culturali, ricreative e sportive».

In questa sede si può prescindere dall'analisi dell'esercizio collettivo della libertà di culto, cui è dedicato un apposito spazio nel volume[44]; si approfondirà, invece, lo studio del secondo scopo esplicitato dalla normativa penitenziaria, non senza sottolineare preliminarmente, però, una visibile mancanza: quella della disciplina della riunione per fini di espressione di opinioni politiche, di manifestazione del pensiero o quale forma di partecipazione democratica alla vita carceraria (punto, come si è potuto vedere già sopra, delicatissimo e di grande importanza).

Come interpretare questo silenzio?

3.1. La riunione per fini politici e di manifestazione del pensiero

Coloro che intendono il diritto di riunione precluso dalla sussistenza della limitazione della libertà personale, evidentemente, interpretano il silenzio della legge sull'ordinamento penitenziario come un divieto di esercizio del diritto di manifestazione del pensiero ed opinione politica in forma collettiva da parte dei detenuti. Confutata, però, questa impostazione, in virtù degli argomenti sistemici ed assiologici sopra riferiti[45], occorre tentare una diversa operazione, ossia quella della verifica della compatibilità della normativa generale relativa all'esercizio collettivo della libertà di espressione con la condizione detentiva. Occorre, in altri termini, verificare se sussistano diritti, interessi o esigenze contrapposti che ne giustifichino non già la mera compressione, bensì il divieto assoluto.

Tali possibili esigenze contrapposte sono quelle indicate dall'art. 32 o.p., il quale prevede che «nessun detenuto o internato può avere, nei servizi dell'istituto, mansioni che importino un potere disciplinare o consentano la acquisizione di una posizione di preminenza sugli altri»; posizione di preminenza che è un po-

[44] Si fa rinvio pertanto, sul punto, al contributo di E. Olivito, *La libertà religiosa*, in questo volume.

[45] V. *supra*, par. 1.

tenziale rischio nella concessione del diritto di riunione – specialmente ove quest'ultima abbia un contenuto politico – risultando piuttosto evidente che esso potrebbe sfociare in simili esiti.

Ebbene, tentando un'operazione di bilanciamento fra le esigenze sottostanti al diritto di riunione al fine di espressione collettiva del pensiero e quelle sottese alla sua compressione non pare possano esserci dubbi circa la maggiore forza delle prime. Ciò si arguisce in primo luogo dall'ampissima tutela assicurata – da un lato – dall'art. 21 Cost. alla manifestazione del pensiero (libera e non sottoponibile a censura, purché esercitata entro il limite del rispetto del buon costume) e – dall'altro – dall'art. 17 Cost. (il quale richiede per le riunioni svolte in luogo pubblico il solo rispetto delle condizioni della pacificità e dell'assenza di armi, oltre che del mero preavviso all'autorità di pubblica sicurezza). In secondo luogo, come si vedeva già in apertura, la priorità delle esigenze sottese alla garanzia della libertà di riunione si desume dalla necessità di assicurare il rispetto della dignità sociale del detenuto (che oggi costituisce il valore informatore dell'ordinamento penitenziario a norma dell'art. 1 o.p.), dalla finalità di rieducazione del condannato (intesa, in linea con l'art. 27 Cost., come reinserimento sociale partecipato e non più come "addomesticamento" del recluso), oltre che dalla esplicita previsione per cui l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà (art. 11, c. 4, d.lgs. n. 123/2018).

Peraltro, andando al di là del dato normativo, può rilevarsi pure che l'impedimento o il divieto dell'esercizio di libertà collettive per il timore astratto che esse possano dar vita a posizioni di supremazia non sarebbe efficace mezzo da predisporre al fine del perseguimento dello scopo: è piuttosto evidente, infatti, che i detenuti potrebbero acquisire una tale posizione a prescindere dalla concessione esplicita da parte dell'amministrazione penitenziaria di spazi per la riunione di gruppi o – come si vedrà più avanti – di cooperative ed associazioni. Anzi, probabilmente tali casi si farebbero più preoccupanti poiché si tratterebbe di posizioni di preminenza che non deriverebbero dall'esercizio di attività positive e propositive all'interno del carcere, ma da situazioni di fatto o relazioni di forza e potere preesistenti o create all'interno dell'istituto.

Vietare le riunioni o le associazioni, insomma, non risolverebbe affatto il problema, ma si tradurrebbe invece in una compressione di diritti fondamentali incongrua, non proporzionata né giustificata dall'esistenza di ragioni di bilanciamento sufficienti. Di più: non si tratterebbe neppure di un bilanciamento, ma di una soppressione, che pertanto andrebbe contro al principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., il quale impone che la considerazione di esigenze o interessi contrapposti all'esercizio di un diritto non ne comportino mai il sacrificio totale, ma solo la compressione entro i limiti strettamente necessari[46].

Ciò significa che le seconde esigenze, legate all'ordine e alla sicurezza all'interno degli istituti detentivi, non potendo giustificare un divieto preventivo ed astratto all'esercizio del diritto di riunione, possono semmai giustificarne una compressione da parte dell'autorità carceraria; compressione che andrà però motivata sulla base di una valutazione concreta, da esercitarsi *ex post* e caso per caso, *dimostrando* che un detenuto o un gruppo di detenuti abbiano profittato delle riunioni per acquisire una posizione di preminenza nell'istituto che possa minare l'equilibrio della vita carceraria. Dovrebbe, dunque, trattarsi di disposti impugnabili in caso di difetto o irragionevolezza della motivazione.

Il condizionale, però, è purtroppo d'obbligo perché ad oggi non risulta – a quanto ci consta – che siano stati portati all'attenzione giudiziaria casi di tal genere, né casi di divieto *ex ante* allo svolgimento di riunioni in carcere.

3.2. Le attività culturali, ricreative e sportive

Analoghe considerazioni valgono pure per l'esercizio collettivo di attività culturali, ricreative e sportive, in relazione alle quali, però, i problemi di bilanciamento sono parzialmente mitigati o talora risolti dalla loro espressa disciplina e tutela all'interno della legge del 1975. A proposito di tali attività è interessante innanzitutto sottolineare che il par. 27.7 della raccomandazione europea R(2006)2 sulle "Regole penitenziarie

[46] Cfr., per tutti, F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 63 ss.

europee"[47] raccomanda agli Stati UE di autorizzare i detenuti a riunirsi per poterle esercitare, pur guardando ad esse non tanto – o quantomeno non solo – come strumenti di affermazione e sviluppo della personalità individuale, ma soprattutto come "occasioni di distrazione"[48], come mezzi per evitare che l'inattività dei ristretti possa minare la sicurezza e l'ordine all'interno degli istituti[49]. Emerge così un duplice potenziale – e, del pari, un duplice fine di disciplina – delle attività ricreative, sportive e culturali, del quale è opportuno tenere conto per verificare verso quali indirizzi si sia mosso il nostro legislatore nel prevederle e garantirne l'esercizio.

Le disposizioni di riferimento, però, sono piuttosto essenziali e non sempre lasciano trasparire chiaramente quale di questi fini sia stato maggiormente tenuto in considerazione.

L'art. 27, co. 1, o.p., si limita a stabilire che «negli istituti devono essere favorite e organizzate attività culturali, sportive e ricreative e ogni altra attività volta alla realizzazione della personalità dei detenuti e degli internati, anche nel quadro del trattamento rieducativo», mentre l'art. 59 reg. esec. si occupa di entrare maggiormente nel dettaglio: «i programmi delle attività culturali, ricreative e sportive sono articolati in modo da favorirne possibilità di espressioni differenziate. Tali attività devono essere organizzate in modo da favorire la partecipazione dei detenuti e internati lavoratori e studenti. I programmi delle attività sportive sono rivolti, in particolare, ai giovani; per il loro svolgimento deve essere sollecitata la collaborazione degli enti nazionali e locali preposti alla cura delle attività sportive».

Entrambi gli articoli prevedono poi l'istituzione di una commissione, composta dal direttore dell'istituto, dagli educatori e dagli assistenti sociali e dai rappresentanti dei detenuti e degli inter-

[47] La raccomandazione appartiene agli strumenti di c.d. *soft law*, per cui, pur non vincolando giuridicamente gli Stati ad una loro implementazione diretta o indiretta (come, rispettivamente, i regolamenti e le direttive), esercita un importante ruolo in sede interpretativa e di individuazione politico-normativa dei princìpi e degli *standard* comuni da rispettare all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.

[48] Così, esplicitamente, il par. 27.3, R(2006)2, con riferimento alle attività sportive.

[49] Cfr. P. Buffa, *Umanizzare il carcere*, cit., 1470.

nati che cura l'organizzazione di tali attività «anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale»[50].

È importante sottolineare che, a partire dalla riforma del 1975, queste attività sono entrate a pieno titolo a far parte del trattamento penitenziario[51], integrandone – insieme ai contatti con il mondo esterno e familiare – i più tradizionali elementi (costituiti dal lavoro, dall'istruzione e dalla religione) che, nel precedente sistema, esaurivano l'attività trattamentale. Ne scaturisce una visione più estesa del concetto di trattamento[52], che guarda alla qualità dei rapporti umani, alla *relazione* fra gli individui[53], anche come mezzo di compensazione degli effetti negativi prodotti dalla detenzione[54].

In linea con questo ampliamento di prospettiva si muove anche la previsione espressa secondo cui i programmi delle attività culturali, ricreative e sportive devono essere articolati «in modo da favorire possibilità di espressioni differenziate» (in favore dunque del pluralismo culturale), nonché la previsione della facoltatività di tali attività. Infatti, mentre nell'ottica del regolamento Rocco gli elementi del trattamento venivano concepiti come "medicine" da somministrarsi obbligatoriamente per la "redenzione" del recluso, oggi il rapporto tra amministrazione e carcerati è ribaltato e l'obbligo non risiede più in capo al detenuto, bensì in capo all'amministrazione penitenziaria, tenuta a profondere l'impegno necessario per assicurare a tutti l'accesso agli elementi del trattamento di cui si voglia usufruire[55].

[50] Sulla disciplina ed il ruolo dei detenuti all'interno di tali commissioni, v. *infra*, par. 4.

[51] Così, l'art. 15 o.p., ma un richiamo esplicito al «quadro del trattamento rieducativo» è contenuto, come si è visto, anche nel sopra menzionato art. 27 o.p.

[52] A. Bernasconi, *Art. 15*, in V. Grevi, G. Giostra, F. della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, Tomo I, *Trattamento penitenziario*, 2001, Padova, 203.

[53] Cfr. G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 115 s.

[54] R. Ciccotti, *Le attività culturali, ricreative e sportive nel processo rieducativo dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 1979, 198.

[55] Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 129 ss. e 136 ss.; G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario*, cit., 118. Sul riconoscimento dell'esistenza di un diritto al trattamento e di un corrispondente obbligo dell'amministrazione penitenziaria, v. in giurisprudenza Cass., sez. I, 1.7.1981, in *Rass. pen. crim.*, 1981, 523 ss.; C. cost., 8.2.1999, n. 26.

Compito dell'amministrazione, più in particolare, non è solo quello di «organizzare» tali attività, ma quello di «favorirne» l'ideazione e la realizzazione[56]. Da ciò emerge che non deve trattarsi solo di attività calate dall'alto, ma di promozione di iniziative degli stessi detenuti[57] per le quali si sollecita la partecipazione diretta sia in fase organizzativa che di realizzazione[58].

A tale proposito, l'art. 71 reg. esec. concede, inoltre, a singoli detenuti o internati che abbiano dimostrato particolari attitudini a collaborare per il proficuo svolgimento dei programmi dell'istituto, la direzione di mansioni che comportino compiti di animazione nelle attività di gruppo, di carattere culturale, ricreativo e sportivo, sotto la diretta supervisione del personale. Tale supervisione è predisposta, esplicitamente, al fine di «garantire che in nessuna circostanza l'esercizio di esse importi un potere disciplinare o possa servire come pretesto per l'acquisizione di una posizione di preminenza sugli altri detenuti o internati». Emerge così, in maniera specifica, la preoccupazione principale che – come si è già visto – l'ordinamento rivolge all'esercizio di attività in comune, ossia quella che tali attività possano trasformarsi in occasioni di organizzazione autonoma (e indipendente da quella di sorveglianza) da parte dei ristretti, favorendo la creazione di gerarchie o posizioni di preminenza di alcuni detenuti all'interno del carcere. D'altra parte, la norma menzionata concorre a supportare l'impostazione del rapporto fra diritto di riunione e sue compressioni sopra sostenuta – ossia, quella per cui le esigenze di ordine e sicurezza non possono giustificare un divieto *ex ante*, ma solo una eventuale limitazione *ex post* – dal momento che la supervisione è contemplata in relazione ad un caso in cui addirittura si *promuove* il particolare attivismo o la dedizione di taluno tramite l'acquisizione di un ruolo di coordinamento delle attività collettive. In altri termini, l'esistenza dell'esigenza di supervisione, lungi dall'opporre un ostacolo alla possibilità di esercizio di libertà collettive, lo dà invece per *presupposto* ed interviene pro-

[56] Art. 27, co. 1, o.p.

[57] Cfr. G. Spangher, *Art. 27*, in V. Grevi, G. Giostra, F. della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 259.

[58] Cfr. art. 59 reg. esec.

prio al fine di verificare che tali attività si svolgano in maniera compatibile con la vita carceraria.

3.3. Spazi e limiti del riconoscimento della libertà di riunione nel vigente ordinamento penitenziario

Volendo tentare una sintesi di quanto sin qui detto in punto di libertà di riunione dei detenuti, potremmo dire che diversi sono i passi in avanti compiuti dalla legge sull'ordinamento penitenziario rispetto al regime previgente (sussistendo vari elementi di promozione dello sviluppo della personalità del detenuto), ma anche che diversi sono i limiti frapposti a tale potenzialità (dettati innanzitutto dalla limitatezza dei fini di riunione disciplinati, dalla scarsità delle disposizioni dedicate – ove esistenti – e dal loro carattere prevalentemente generico, ossia tale da esporsi alle più diverse regolamentazioni interne degli istituti penitenziari ed alle più diverse prassi). Anche la più recente riforma dell'o.p. non pare avere mutato la consistenza di questi limiti poiché, al di là delle affermazioni di principio sopra riportate, il punto non è stato oggetto di specifica attenzione né del legislatore di delega, né del legislatore delegato. Ciò espone alla possibilità che la realtà carceraria venga a non rispondere adeguatamente alle – pur essenziali – previsioni normative, complici le note deficienze strutturali (in termini sia finanziari, sia di personale, sia di distribuzione degli spazi) che, certo, non facilitano il percorso verso un effettivo cambiamento di mentalità all'interno degli istituti e verso una piena valorizzazione delle potenzialità delle attività collettive.

A tale ultimo proposito il legislatore ha mostrato, in effetti, di essere consapevole dell'inestricabilità della tutela effettiva delle libertà collettive con l'organizzazione degli spazi carcerari e con quella del personale, ma con disposizioni che, ancora una volta, non appaiono sufficientemente esaurienti. Dal punto di vista dell'edilizia carceraria, ad esempio, l'art. 5, co. 2, o.p. prevede che gli edifici penitenziari debbano essere dotati di locali per lo svolgimento di attività in comune e l'art. 16 reg. esec. che gli spazi destinati alla permanenza all'aperto debbano essere utilizzati per l'installazione di campi attrezzati per lo svolgimento di giochi sportivi.

Dal punto di vista del personale, invece, ancor meno viene detto, limitandosi l'art. 78, co. 2, o.p. e l'art. 59, ult. co., reg. esec. a prevedere che gli assistenti volontari possono cooperare (senza diritto a retribuzione) nelle attività culturali e ricreative, sotto la guida del direttore, che ne coordina l'azione con quella del personale addetto al trattamento.

Ancora una volta, l'esiguità di queste previsioni, combinata con il loro carattere generico, depone a sostegno dell'opinione di coloro che vedono nella normazione riferita alle attività comuni una scarsa capacità di realizzazione del loro potenziale di promozione dello svolgimento autonomo e collettivo della personalità individuale.

Probabilmente, in quest'ultimo senso muove anche la connessione delle stesse a meccanismi disciplinari e di obbedienza: l'art. 39, co. 1, nn. 3, 4 e 5, o.p. prevede, fra le sanzioni disciplinari, l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta (sanzione comminabile per non più di dieci giorni) e l'esclusione dalle attività in comune (per non più di quindici giorni); l'art. 23, lett. *c)* e *d)*, del d.lgs. n. 121 del 2018 prevede, con riferimento all'esecuzione della pena nei confronti di condannato minorenne, le sanzioni disciplinari dell'esclusione dalle attività ricreative e dalle attività in comune per un massimo di dieci giorni. Dall'altro versante, l'art. 76, co. 1, lett. *c)*, reg. esec. collega la concessione di ricompense all'attiva collaborazione nell'organizzazione e nello svolgimento di attività culturali, ricreative e sportive.

Previsioni di tale tipo, subordinando le possibilità di effettivo svolgimento della personalità ad una comprovata obbedienza da parte del soggetto alle regole dell'istituto, contribuiscono a quella "tracimazione" del modello trattamentale in modello disciplinare sovente denunciata in letteratura[59], che rischia di riavvicinare il sistema penitenziario alla filosofia di fondo del previgente regolamento Rocco, in contrasto con il mutamento di prospettiva di cui si parlava in apertura.

[59] V. P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Milano, 2014, 32 ss. Per una storia dei modelli di trattamento e delle critiche di volta in volta ad essi opposte, v. L. Daga, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 1304 ss. (sul punto, v. in particolare il §10).

Tuttavia, fermi questi limiti sui quali sarebbe opportuno riflettere, al fine di migliorare la normativa e le prassi all'interno delle carceri, l'esperienza ci ha consegnato esempi importanti delle potenzialità delle attività collettive in termini di contribuzione al cammino di autonomo sviluppo della personalità del detenuto e del suo percorso di socializzazione (e rieducazione): si pensi alle squadre di calcio in composizione mista[60] oppure alle redazioni di giornali interni[61] o alle attività teatrali[62]. Molti esempi potrebbero farsi, anche in relazione ad ulteriori attività motorie[63] o culturali[64] a dimostrazione della sicura proficuità di tali attività e del loro esercizio collettivo non solo al fine di garantire un maggiore equilibrio degli individui (e, dunque, della vita all'interno degli istituti), ma anche al fine di risocializzazione, di prospettazione e di progettazione di un futuro differente dal percorso di vita che ha condotto il detenuto all'interno del carcere.

4. *Il diritto di associazione dei detenuti*

Se il diritto di riunione, pur nei limiti sopra individuati, ha

[60] Si v. ad esempio l'esperienza del carcere di Torino, ove annualmente il Centro Territoriale Permanente, il Settore Giovanile e Scolastico della Federazione Italiana Giuoco Calcio e la Casa Circondariale di Torino organizzano la manifestazione sportiva "Un pallone di speranza", cui partecipano istituti scolastici esterni, composti da studenti delle scuole medie superiori, e squadre interne alla Casa circondariale (cfr. *http://www.carceretorino.it/sport/calcio*) o l'esperienza dell'"Atletico diritti", squadra composta da immigrati, detenuti o ex detenuti e studenti universitari, promossa dalle associazioni Progetto Diritti e Antigone, con il patrocinio dell'Università di Roma Tre (v. *http://www.progettodiritti.it/atletico-diritti/*).

[61] Reperibili al link *http://www.ristretti.org/Rassegna-giornali-dal-carcere/*.

[62] La cui proficuità ai fini della rielaborazione della personalità del detenuto è efficacemente testimoniata dal film-documentario "Cesare deve morire". A tal proposito, cfr. il Protocollo nazionale con il Coordinamento nazionale del Teatro in carcere che prevede, fra le altre cose, la realizzazione di un progetto volto ad attivare una Scuola Nazionale per i detenuti in materia di Arti e Mestieri, con particolare attenzione al mondo del Teatro e del Cinema.

[63] Diversi i progetti che contemplano, ad esempio, l'uso della danza, dello yoga o della meditazione per ritrovare l'equilibrio psico-fisico minato dalla restrizione in carcere. Cfr. pure il Protocollo di intesa con il Presidente dell'Unione Sportiva Acli per la promozione della pratica sportiva all'interno degli istituti penitenziari.

[64] Fra cui spiccano la pittura, la poesia e la musica, anche mediante la creazione di complessi musicali.

conosciuto qualche spazio all'interno degli istituti penitenziari italiani, il diritto di associazione sembra aver riscosso ancor meno fortuna. Ciò, probabilmente, affonda le radici nella circostanza che il timore di assunzione di un ruolo preminente da parte di alcuni detenuti può farsi ancor più forte dinnanzi alla creazione di strutturati corpi intermedi, dotati di una propria forza ed autonomia e potenzialmente in grado di contrapporsi all'autorità di sorveglianza[65]. A differenza del diritto di riunione, infatti, la forma associativa non si limita a contemplare la volontaria compresenza di diversi individui per il compimento di un'attività comune, ma presuppone la costituzione di un soggetto giuridico nuovo, dotato di un proprio statuto, composto dai singoli associati, i quali si vincolano al perseguimento di un fine comune, nell'ambito dei limiti previsti dall'art. 18 Cost.

Ci troviamo insomma, ancora una volta, dinnanzi ad un diritto strumentale al perseguimento di diversi possibili scopi e suscettibile di essere sottoposto a ulteriori limiti o di dover rispondere a diverse garanzie a seconda del fine di volta in volta perseguito: economico, religioso, culturale, politico, sindacale (a questi ultimi due scopi, che si terranno in considerazione in questo paragrafo, sono dedicate due apposite previsioni costituzionali: rispettivamente, l'art. 49 Cost. e l'art. 39 Cost.). Ma, a differenza di quanto abbiamo visto nell'ambito della riunione, la possibilità di associarsi al fine del perseguimento di uno di questi obiettivi non è contemplata dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Vi è, insomma, una lacuna, un vuoto normativo che necessita di essere colmato tramite

[65] D'altra parte, la storia del riconoscimento del diritto di associazione ha presentato problematiche non del tutto distanti anche a livello statale, dove la prima occasione di riconoscimento costituzionale dello stesso, per timori analoghi, si è avuta solo nel 1948. Cfr. sul punto N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali*, cit.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte Speciale*, Padova, 1992, 344 ss. Emerge qui, dunque, al suo apice, la pragmaticità delle questioni poste sopra con riferimento alla possibilità di qualificare il carcere come formazione sociale a partire dalle libertà che in esso vengono effettivamente tutelate o dalle libertà che in esso è obbligatorio tutelare. In questo paragrafo, dunque, si potrà verificare quanto già sopra si sosteneva (v. par. 2.) circa la possibilità di appoggiare il fondamento di tutela dei diritti di partecipazione collettiva, anche mediante corpi intermedi strutturati, non tanto o soltanto nell'art. 2 Cost., ma nel complesso degli articoli costituzionali dedicati alle libertà collettive.

la verifica della compatibilità delle disposizioni generali previste dall'ordinamento italiano con la situazione detentiva e con le particolari esigenze dettate dalla tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno delle carceri.

A tal proposito, in linea di principio, gli articoli costituzionali riferiti al diritto di associazione non sembrano ostare all'esercizio dello stesso da parte dei detenuti. Gli unici limiti posti dall'art. 18 Cost. alla libertà associativa sono infatti quello del divieto di perseguimento di fini penalmente illeciti, quello della segretezza dell'associazione e quello del perseguimento di scopi politici mediante un'organizzazione di carattere militare. Alle associazioni sindacali viene anche richiesto che l'ordinamento interno sia a base democratica e a quelle politiche (in aggiunta) che si propongano di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. Una volta rispettate queste condizioni, insomma, nulla sembrerebbe ostare alla partecipazione o costituzione di tali associazioni da parte di soggetti detenuti. Né sembra opponibile l'argomento già discusso sopra[66] dell'incompatibilità dell'esercizio delle libertà collettive con la limitazione della libertà personale, tanto più che in questo caso non sussisterebbe neanche l'impedimento materiale determinato dalla condizione di detenzione: è infatti pacifico che l'iscrizione ad un'associazione non richiede la presenza fisica alle riunioni della stessa[67], così che al detenuto non può essere opposta l'impossibilità di partecipare ad associazioni anche *esterne* al carcere.

4.1. Diritto di associazione e connessione con la società civile

Proprio l'ultimo dei profili sottolineati costituisce un possibile ambito di valorizzazione della connessione fra il "dentro" e il "fuori" le mura che tanta rilevanza ha nel processo di socializzazione del detenuto quale tentativo di apertura della struttura chiusa carceraria. Occorre ricordare infatti che il contatto con il mondo esterno, insieme ai rapporti con la famiglia, viene enumerato tra

[66] V. par. 1.
[67] Cfr. A. PACE, *Op. ult. cit.*, 361.

gli elementi che compongono il trattamento[68] non solo al fine di garantire dei canali di contiguità con la società esistente fuori dal carcere, ma anche di «assicurare che questi riflettano la ricchezza e complessità che caratterizzano ogni sistema sociale a base pluralistica, nel quale il recluso deve essere aiutato a reinserirsi»[69]. In questo senso muovono anche le regole n. 5 e n. 7 della raccomandazione europea R(2006)2, a norma delle quali «la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera» e «devono essere incoraggiate la cooperazione con i servizi sociali esterni e, per quanto possibile, la partecipazione della società civile agli aspetti della vita penitenziaria».

Questa visione della società esterna come «orizzonte del trattamento»[70], particolarmente forte soprattutto nell'esecuzione di pena nei confronti di condannato minorenne[71], trova una conferma nella disciplina di un elemento centrale dello stesso – quello del lavoro – in relazione al quale l'art. 20, co. 3, o.p. impone che l'organizzazione e i metodi riflettano quelli del lavoro nella società libera «al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale».

La vigente normativa, almeno in linea di principio, si muove in quest'ottica: l'art. 17 o.p. prevede infatti che «la finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa» e che a tale fine debbano essere ammessi a frequentare gli istituti penitenziari tutti coloro che «dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera», previa autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, oltre che su parere favorevole e sotto il controllo del direttore.

[68] Cfr. art. 15, co. 1, o.p.

[69] Così R. Ciccotti, *Le attività culturali*, cit., 203.

[70] Cfr. R. Ciccotti, *Loc. ult. cit.*

[71] Cfr. art. 14, d.lgs., n. 121/2018, secondo cui il progetto di intervento educativo «contiene indicazioni delle modalità con cui coltivare le relazioni con il mondo esterno e attuare vita di gruppo e la cittadinanza responsabile».

Ciò consente un duplice movimento: da un lato quello che dall'esterno va verso l'interno e che implica l'ingresso nelle carceri di membri di associazioni che presentano i requisiti previsti, dall'altro quello che dall'interno va verso l'esterno, promuovendo un contatto del detenuto con l'associazione e una sua possibile iscrizione, in vista del reingresso nella società (come ad esempio accade nei casi delle cooperative sociali o delle associazioni sindacali in occasione dell'esercizio di prestazioni di lavoro all'esterno del carcere).

Tuttavia, l'art. 68, co. 5, reg. esec. prevede che, «in caso di inosservanza delle condizioni o di comportamento pregiudizievole all'ordine e alla sicurezza dell'istituto» da parte degli esterni che entrano nel carcere in ragione dell'esercizio dell'attività associativa, il direttore può comunicare al magistrato di sorveglianza il venir meno del proprio parere favorevole, per i provvedimenti conseguenti, e disporre eventualmente, con provvedimento motivato, la sospensione dell'efficacia del provvedimento autorizzativo. Ciò, ancora una volta, vale a contemperare l'esercizio dell'attività con le particolari esigenze poste dalla condizione detentiva.

Certo, l'ampiezza della formula «comportamento pregiudizievole» apre ad una possibile discrezionalità del direttore dell'istituto e richiede di valutare se i timori incontrati in sede di disciplina della riunione – quello della potenziale creazione di gerarchie o di ruoli preminenti di taluni detenuti nelle carceri, in potenziale opposizione all'autorità di sorveglianza – non si manifestino ancor più nella prassi quando si abbia a che vedere con realtà collettive e corpi intermedi che assumono una propria soggettività giuridica all'interno degli istituti detentivi. Questa problematica sembra essere stata, infatti, particolarmente sentita, soprattutto nei confronti dell'ipotesi di associazioni costituite all'interno del carcere: poche sono le esperienze di questo tipo[72] e più numerosi i casi in cui un gruppo esistente all'interno di un istituto detentivo, già uso a riunirsi periodicamente per l'esercizio, ad esempio, di attività cultura-

[72] Probabilmente può ritenersi rientrare in questa casistica l'associazione "Libertà di studiare", che ha unito in forma associativa studenti detenuti del carcere di Rebibbia e studenti esterni iscritti alla facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma "Sapienza" (v. *http://libertadistudiare.blogspot.it/*).

li, ricreative o sportive, decida di affiliarsi ad associazioni esterne[73], oppure il caso di associazioni o istituzioni esterne cui è consentito l'ingresso all'interno degli istituti per svolgere azioni connesse alle attività trattamentali.

4.2. Spazi e limiti dell'esercizio della libertà di associazione nel vigente ordinamento penitenziario

Andando al di là delle problematiche legate alla necessità di un superamento culturale di resistenze antiche, sussistono anche alcuni ostacoli di ordine pratico o burocratico alla possibilità di esercizio della libertà associativa da parte dei detenuti. Quanto agli ostacoli di ordine pratico, è piuttosto frequente che gli statuti delle associazioni prevedano il divieto di iscrizione a detenuti o a coloro che abbiano riportato talune condanne penali o che subordinino la possibilità di iscrizione dei detenuti ad un voto collegiale dell'assemblea dei soci o, ancora, che escludano la possibilità per i detenuti o condannati a talune condanne penali di acquisire cariche sociali. Dinnanzi ad impedimenti statutari di tale tipo, sembra che poco possa obiettarsi, costituendo anch'essi manifestazioni della libertà di associazione (*sub specie* di libertà di scegliere come caratterizzare l'associazione stessa).

Quanto agli ostacoli di ordine burocratico, occorre invece segnalare la necessità di un passaggio autorizzatorio da parte dell'amministrazione carceraria, poiché l'affiliazione ad un'associazione richiede il pagamento di una quota associativa per il quale è indispensabile il "nulla osta" del direttore dell'istituto[74]. Si tratta di un passaggio che, comunque, non può impedire l'esercizio del diritto e la libera disposizione del denaro in tal senso, ove non sussista una congrua motivazione legata alle esigenze sopra analizzate,

[73] V., ad esempio, all'interno del carcere di Rebibbia, il circolo Giano, affiliato a Legambiente (v. *http://web.tiscali.it/ecologiaumana/area_aggiornamenti/Dentro_Fuori.html*) e il circolo Albatros, affiliato all'ARCI (v. *http://www.uisp.it/roma/pagina/circoli*).

[74] L'art. 25, co. 3, o.p. prevede infatti che il peculio del detenuto è tenuto in deposito dalla direzione dell'istituto; elemento, anch'esso, che la dottrina denuncia quale indice della persistenza di un modello trattamentale di tipo «correzionale paternalista», anziché fondato sulla responsabilizzazione del detenuto: cfr. P. GONNELLA, *Carceri*, cit., 42.

ma che potrebbe nella prassi prestarsi a divenire un ostacolo di tipo assoluto, ove la direzione del carcere volesse dare al silenzio della legge sull'ordinamento penitenziario in punto di associazioni un'interpretazione restrittiva. Come si è già visto con riferimento all'esercizio della libertà di riunione, infatti, nella mancanza di ricorsi in proposito, rimane ancora da verificare quali potrebbero essere gli eventuali esiti giudiziali di un diniego[75].

Allo stato, tuttavia, possiamo senz'altro dire che esistono casi di affermazione positiva del diritto di iscrizione ad associazioni esterne al carcere e di concessione del relativo nulla osta: lunga è la storia di iscrizioni di detenuti al Partito radicale, nonché a cooperative sociali che operano fuori e dentro il carcere[76]. A tale ultimo proposito, merita anzi di essere menzionato un importante intervento normativo a promozione del ruolo del terzo settore negli istituti detentivi: la l. 22.6.2000, n. 193 (c.d. "legge Smuraglia"), poi confluita pure nella riforma dell'ordinamento penitenziario più recente, che ha introdotto l'obbligo per le amministrazioni penitenziarie, centrali e periferiche, di stipulare apposite convenzioni di inserimento lavorativo con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire opportunità di lavoro a detenuti o internati»[77] e la previsione che «per la costituzione e lo svolgimento di rapporti di lavoro nonché per l'assunzione della qualità di socio nelle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, non si applicano le incapacità derivanti da condanne penali o civili»[78], così che l'eventuale sottoposizione alla pena accessoria dell'interdizione ai pubblici uffici non impedisce ai detenuti di essere soci di cooperative o di costituire cooperative sociali.

[75] Nella prassi, al netto dei casi che potrebbero non essere giunti all'attenzione pubblica per mancata proposizione di ricorsi, pare sia stata sperimentata in passato la sola difficoltà da parte di detenuti soggetti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. ad inviare un vaglia telegrafico al fine del pagamento della quota associativa di iscrizione al Partito radicale; problema ovviato, in prima battuta, con l'invio del denaro da parte di parenti o familiari del detenuto e, in seconda battuta, mediante l'utilizzo di diverse forme di pagamento.

[76] Cfr. sul punto V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario. Aspetti giuridici e sociologici*, 2008, in *http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/furfaro/index.htm*.

[77] Art. 20, comma 8, o.p.

[78] Cfr. art. 20, comma 14, o.p.

Queste innovazioni, unite all'abbattimento di oneri sociali per le cooperative che abbiano alle proprie dipendenze lavoratori detenuti e condannati[79], contribuiscono a rafforzare il ruolo dei legami fra interno ed esterno del carcere ai fini di un percorso di risocializzazione del detenuto che passi prioritariamente attraverso la promozione di mezzi di relazione fra detenuti, strutturati anche nella forma associativa, e che contempli una loro responsabilizzazione e progressiva autonomizzazione nell'esercizio di attività collettive.

4.3. Libertà di associazione e diritti sindacali

Discorso in parte differente merita, infine, l'esercizio collettivo di diritti sindacali mediante iscrizione ad associazioni sindacali o mediante l'organizzazione collettiva di forme di protesta avverso condizioni di lavoro o di vita ritenute inadeguate o violative dei diritti all'interno degli istituti. Anche in quest'ambito, ovviamente, si può registrare la consueta opposizione fra coloro che ritengono che lo stato detentivo impedisca l'esercizio di tali diritti[80], e coloro che sostengono la compatibilità dei diritti sindacali con la detenzione, ferma sempre la necessità di una loro modulazione in ragione della particolarità della situazione considerata[81]. Quest'ultima impostazione risulta nello specifico suffragata, oltre che dagli argomenti di ordine generale più volte sopra ricordati, dalla previsione di cui all'art. 48, co. 11, reg. esec., secondo cui «i detenuti e gli internati ammessi al lavoro all'esterno esercitano i diritti riconosciuti ai lavoratori liberi, con le sole limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti alla esecuzione della misura privativa della libertà». Vi è, dunque, piena ammissione dei diritti generalmente riconosciuti ai lavoratori, inclusi quelli sindacali, ma nel rispetto della compatibilità con la condizione detentiva[82].

[79] Si v. V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit., par. 1.4.

[80] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006, 128.

[81] G. Ichino, *Sindacato e questione carceraria*, in M. Cappelletto, A. Lombroso (a cura di), *Carcere e società*, cit., 132 ss.; U. Romagnoli, *Il lavoro nella riforma carceraria*, *ivi*, 102 s.; V. Furfaro, *Il lavoro penitenziario*, cit.

[82] Che, ad esempio, può comportare il divieto di lavoro notturno e l'obbligo per

Se tanto vale per il lavoro prestato all'esterno, all'interno del carcere non è invece dato riscontrare analoga affermazione di equiparazione, né la presenza di autonome associazioni sindacali[83], ma solo la previsione della partecipazione alle commissioni che si occupano della determinazione della mercede di un rappresentante unitariamente designato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e di un rappresentante delle organizzazioni sindacali territoriali[84]. Si tratta dunque di un ruolo limitato, sia in termini di rappresentanza – posto che i detenuti non occupano alcun ruolo nella scelta dei loro rappresentanti sindacali –, sia in termini contrattuali, dal momento che l'unico piano di rivendicazione previsto è quello relativo alla retribuzione.

Quid, allora, per l'esercizio di altri diritti sindacali, relativamente all'attività di lavoro prestata all'interno del carcere? In molti hanno sostenuto che la mancata equiparazione esclude la sussistenza di siffatti diritti[85]. Applicando, invece, l'oramai familiare meccanismo di verifica della compatibilità della normativa generale vigente con la situazione detentiva – in vista del riempimento della lacuna esistente nella normativa speciale – sembra di poter ancora una volta affermare l'insussistenza di ragioni ostative all'esercizio di diritti sindacali all'interno del carcere: l'art. 14 della l. 20.6.1970 n. 300 (c.d. statuto dei lavoratori) prevede infatti, senza limitazioni di sorta, che «il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, è garantito a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro». Si tratta, semplicemente, di renderne compatibile l'esercizio con l'amministrazione delle carceri[86] e, dunque, con le esigenze sopra già incontrate di doman-

il datore di lavoro di versare la retribuzione alla direzione dell'istituto penitenziario.

[83] Pure da non ritenersi escluse *a priori*, anche alla luce della lettura del diritto di associazione in sindacati sostenuta dalla C. cost. 13.06.2018, n. 120, ricavato dall'art. 39 Cost. nel quadro della tutela dei diritti sovranazionale anche con riferimento a corpi entro i quali appariva escluso (in particolare, nel caso di specie, nell'ordinamento militare).

[84] Cfr. art. 20, co. 4, o.p.

[85] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 133; G. Pera, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Scritti di Giuseppe Pera*, Vol. I, Milano, 2007, 305.

[86] Cfr. A. Gaboardi, in Aa.Vv., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2012, 33 ss.

dare all'amministrazione penitenziaria uno spazio per le eventuali riunioni o il nulla osta per il pagamento della quota associativa e di consentire una supervisione da parte del personale di sorveglianza onde evitare che tali occasioni di riunione si trasformino in strumenti per l'acquisizione di posizioni privilegiate da parte dei detenuti.

5. *La partecipazione democratica alla vita carceraria*

Il quadro fin qui rappresentato delle possibilità effettive di esercizio e garanzia delle libertà collettive in carcere non restituisce un'immagine rassicurante circa la loro valorizzazione al fine di contribuire a quel processo di costruzione o riappropriazione della dimensione sociale che tanto importante sarebbe in vista dell'emancipazione da un modello trattamentale ancora troppo "calato dall'alto" e troppo poco "partecipato dal basso". Tale impressione, ricavata in primo luogo dalla mancata considerazione della funzionalizzazione delle attività collettive a fini di manifestazione del pensiero o per l'esercizio di attività *lato sensu* politiche, trova conferma nella frequente esplicita subordinazione alle esigenze di sicurezza, che si traduce sia in una istanza di obbedienza alle regole quale presupposto per il loro esercizio, sia in una prassi ancora decisamente esigua e confinata a talune realtà carcerarie più all'avanguardia.

Complementari a queste considerazioni sono quelle che possono specularmente rivolgersi alla disciplina della partecipazione democratica alla vita carceraria. Molto scarse sono, infatti, le possibilità di interlocuzione dei detenuti con l'amministrazione carceraria al fine di assumere le decisioni concernenti l'organizzazione e la gestione della comune vita all'interno degli istituti. Lo strumento principale contemplato a tal fine è quello delle *commissioni*, all'interno delle quali possono sedere detenuti e internati (purché non sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis*[87]) insieme al personale dell'amministrazione ed al personale di sorveglianza.

[87] Cfr. art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. *d)*, o.p.

Diversi sono i casi previsti dal vigente ordinamento penitenziario di partecipazione dei reclusi alle commissioni.

L'art. 9, co. 6, o.p. prevede una rappresentanza di detenuti o internati nella commissione che controlla l'applicazione delle tabelle relative alla qualità, quantità e preparazione del vitto, con possibilità di presentare osservazioni al direttore dell'istituto. Significativo, in tal caso, è che l'originario disegno di legge sull'ordinamento penitenziario del 1973 prevedeva che i rappresentanti venissero eletti dai reclusi, mentre nella stesura definitiva della legge si è optato per il meccanismo del sorteggio[88].

L'art. 20, co. 6, o.p. prevede la partecipazione di un rappresentante dei detenuti e degli internati (nominato con sorteggio) alla commissione competente sulle scelte attinenti al lavoro. In questo caso la partecipazione non consente l'esercizio di alcun potere deliberativo.

L'art. 27, o.p. prevede – come già accennato sopra[89] – la partecipazione di rappresentanti dei detenuti e degli internati alla commissione che cura le attività culturali, ricreative e sportive e l'art. 59, reg. esec. dispone a tal proposito che i rappresentanti sono nominati per sorteggio, nel numero di tre o cinque (rispettivamente, per gli istituti con un numero di detenuti o di internati presenti non superiore o superiore a cinquecento unità) con il compito di occuparsi, insieme a coloro che si sono distinti per interesse e dedizione a talune di queste attività[90], della cura della loro organizzazione in corrispondenza alle previsioni dei programmi.

Connessa alla tutela delle attività culturali è la previsione dell'istituzione di una biblioteca all'interno di ciascun istituto[91], con possibilità di accesso alle pubblicazioni contenute in essa e piena libertà di scelta nelle letture[92] e con possibilità, a mezzo di intese, di usufruire di pubblicazioni conservate in biblioteche e centri di lettura esterni al carcere[93]. I rappresentanti dei detenuti o degli

[88] Sul punto, cfr. G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria*, cit., 181.
[89] Cfr. par. 3.2.
[90] Cfr. art. 71, reg. esec., su cui v. *supra*, par. 3.2.
[91] Art. 12, co. 2, o.p.
[92] Art. 19, co. 6, o.p.
[93] Art. 21, co. 2, reg. esec.

internati sono sorteggiati nel numero di tre o cinque (rispettivamente, per gli istituti con un numero di presenti non superiore o superiore a cinquecento).

Quello della biblioteca è uno snodo importante, poiché garantisce la possibilità del detenuto di interfacciarsi con la complessità sociale esistente all'esterno del carcere. A questo scopo è stata disposta, infatti, esplicitamente, l'abolizione della censura sulla stampa[94] ed è stato previsto che «nella scelta dei libri e dei periodici si deve avere cura che vi sia una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società esterna»[95]. Tuttavia, come si è potuto vedere, la possibilità dei detenuti di partecipare effettivamente alle sue attività è confinata entro spazi molto angusti e ad attività di tipo per lo più operativo.

Considerazioni analoghe possono, per la verità, essere rivolte nel loro complesso a tutti i casi di partecipazione fin qui elencati: si tratta di ipotesi molto limitate, riferite soprattutto alle decisioni inerenti al trattamento e spesso contenute nei poteri. La frequente mancanza di pieno potere deliberativo, inoltre, è solo una delle problematiche dell'attuale configurazione della partecipazione democratica alla vita carceraria. Un altro ostacolo alla capacità di queste commissioni di farsi strumento di una partecipazione effettiva dei detenuti risiede anche nell'esiguità del numero dei rappresentanti rispetto agli altri membri provenienti dall'amministrazione. Ancor di più incide, poi, un altro fattore: come si è visto, la modalità indicata per la selezione dei rappresentanti non è quella elettiva, bensì quella del sorteggio[96], ossia una modalità che, oltre a non consentire una rappresentanza effettiva (non legando il detenuto rappresentante ad alcuna responsabilità nei confronti dei detenuti che è chiamato a rappresentare), non garantisce affatto la competenza del sorteggiato ad esercitare il compito assegnatogli[97].

[94] Art. 18, co. 6, o.p.

[95] Art. 21, co. 2, reg. esec.

[96] Art. 9, co. 6, o.p.; art. 31 o.p.

[97] Nello stesso senso, G. Neppi Modona, *Formazione sociale carceraria*, cit., 184 ss.; S. Bellomia, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, 925; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 165 s.

Alla base di questa opinabile scelta appare ancora figurare la prevalenza accordata alle esigenze di sicurezza e di prevenzione della formazione di gruppi di potere, a tutto detrimento della creazione all'interno del carcere di un contesto che sia in grado di replicare le dinamiche sociali esterne, ossia tale da non moltiplicare in maniera esponenziale la separazione e la chiusura dell'istituto dalla realtà alla quale, invece, dovrebbe essere orientato, per le più volte ricordate finalità rieducative e di sviluppo della personalità individuale dei reclusi.

Tutto ciò, combinato alla mancata previsione di rappresentanze dei detenuti nelle commissioni che elaborano, ad esempio, i regolamenti interni o le modalità di trattamento, è un chiaro indice della necessità di ripensare dalle fondamenta i meccanismi della partecipazione, per consentire di affrancare il carcere dalla sua persistente configurabilità come istituzione totale e come luogo in cui dunque, ontologicamente, si metta in dubbio la dignità umana[98] (valore che, invece, non è suscettibile di bilanciamento né di compressione[99]).

Al momento può registrarsi solo qualche primissimo passo nel senso qui auspicato: il carcere di Milano-Bollate e quello di Padova hanno dato avvio ad elezioni per la scelta di una commissione di detenuti incaricati di rappresentare le esigenze dei reclusi nell'interlocuzione con l'amministrazione penitenziaria[100]; il carcere di Firenze-Sollicciano ha istituito un Consiglio dei detenuti, con mandato annuale, composto da due rappresentanti eletti per ciascuna delle sezioni detentive, i quali hanno a loro volta eletto al loro interno un rappresentante con compiti di coordinamento e rappresentanza del Consiglio e costituito tre commissioni aventi funzioni propositiva e consultiva sulle materie del lavoro interno, delle attività trattamentali, ivi comprese quelle ricreative e sportive, sul vitto e sopravvitto[101].

[98] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. soc.*, 2015, 1 ss.

[99] Fra i molti, con specifico riferimento al tema qui trattato, v. G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 177 ss.

[100] Cfr. *http://www.uglppts.it/2017/04/20/padova-i-detenuti-eleggono-il-loro-sindacato/*.

[101] Cfr. ordine di servizio n. 57 dell'11.04.2018 del Direttore dell'Istituto.

Queste esperienze dimostrano che esistono spazi di potenziale sviluppo della vita democratica in carcere, al di là degli angusti confini delle commissioni attualmente previste, e meritano di essere evidenziate e promosse come buone prassi, in grado di scardinare alcune tenaci resistenze nella configurazione del carcere come luogo di sviluppo della personalità individuale, che abbia come orizzonte il reingresso dei detenuti nella società.

Notizie sugli Autori

Marta Caredda, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Daniele Chinni, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

Tatiana Guarnier, Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino

Elisa Olivito, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, «Sapienza» - Università di Roma

Marco Ruotolo, Professore ordinario di Diritto costituzionale e Direttore del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione, Università degli Studi «Roma Tre»

Caterina Tomba, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino

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*, 2017
7. S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, 2018
8. M. Ruotolo (a cura di), *Informazione e giustizia penale*, 2019

Finito di stampare nel mese di settembre 2019
dalla *Vulcanica srl* - Nola (NA)