Università Roma Tre
Master in "Diritto penitenziario e Costituzione"

Direttore
Marco Ruotolo

Condirettore
Massimo De Pascalis

9/II

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 II

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 978-88-9391-606-6

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

Patrizio Gonnella

Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni

Sommario: 1. Bisogni della personalità e bisogni della persona – 2. Identità e dignità: le innovazioni legislative in materia di identità di genere – 3. Le identità nell'ordinamento penitenziario del 1975 e nel Regolamento del 2000 – 4. Le donne – 5. Gli stranieri – 6. I minorenni.

1. *Bisogni della personalità e bisogni della persona*[1]

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

Il trattamento è individualizzato: così è scritto in apertura dell'Ordinamento Penitenziario all'articolo 1. Il successivo articolo 13, anche nella versione modificata dal legislatore nel 2018, connette il trattamento «*ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto*». I bisogni, dunque, non sarebbero quelli della persona bensì quelli della personalità. Uno scivolamento linguistico non casuale. D'altronde, subito dopo, nello stesso articolo 13 si scrive che: «*nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le*

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

carenze fisiopsichiche e le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento»[2]. Dunque viene disarticolato il binomio bisogni-diritti della persona e costruito un binomio di tipo medico-terapeutico[3]. Quest'ultimo è corroborato da un'enfasi pseudo-scientifica. La personalità evoca immediatamente il carattere. Nel linguaggio medico "caratteriale" è colui che nelle relazioni si propone agli altri attraverso un'esasperazione di alcuni dei propri tratti. Qualcosa dunque di cui non si è consapevoli. Il "caratteriale" non agita un conflitto perché intende confliggere ma perché è indotto a farlo da una tendenza del carattere. Il reato è dunque spiegato come se fosse il frutto di un mancato adattamento alla vita sociale ordinaria provocato da disturbi di personalità. Classico lo stereotipo che ricorre in questa visione: il reato sarebbe sempre qualcosa che segna un disadattamento o co-

[2] L'articolo 1, così come riformulato dall'art.11, comma 1, lettera a) D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 prevede che: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione. Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati. Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno. Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al princìpio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva». Intorno all'osservazione della personalità, scientifica o meno, si sono cimentati studiosi sin dagli anni '50. Si veda N. Reale, *L'osservazione scientifica della personalità del delinquente*, in *Rassegna di studi penitenziari*, fasc. 1, 1958; G. Di Gennaro, *L'osservazione della personalità del detenuto*, in *Secondo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Ministero di grazia e giustizia, Milano, 1959; T. Bandini, U. Gatti, *La crisi dell'ideologia del trattamento: contraddizioni e ambiguità dell'attuale realtà penitenziaria italiana*, in *Rassegna di Criminologia*, fasc. 1, 1979; G. Vassalli, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3-4, 1982.

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

munque delle carenze di dote fisica o psichica[4]. Si nega che il reato sia comunque produzione artificiosa del legislatore, che la sua commissione possa essere decisa in piena coscienza e libertà di azione ma soprattutto che ciò che oggi è considerato reato può non essere più tale con il passare del tempo. Eppure è facile ricordare come alcune condotte, che erano considerate criminose ai tempi dell'entrata in vigore del codice Rocco nel 1930, siano successivamente divenute legali o finanche ritenute meritevoli di apprezzamento.

Il trattamento individualizzato per essere autenticamente tale, ovvero affinché tenga conto non dei "caratteri" ma delle "identità" e delle "biografie"[5], andrebbe sganciato da ogni riferimento medico-psichiatrico alla personalità e viceversa agganciato ai bisogni della persona[6]. È questo un cambio di paradigma che richiede una collocazione della dignità umana e dei diritti delle persone private della libertà fuori dall'arco dell'offerta trattamentale.

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

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

Il tema del trattamento deve essere sottratto il più possibile alle ambiguità che lo circondano[7]. Deve essere demedicalizzato[8].

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

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

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

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

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

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

Le norme penitenziarie, per guardare alla persona, devono necessariamente usare le categorie intermedie del genere, dell'età, dell'origine. Esse servono a individualizzare le norme il più possibile, a evitare che gli eccessi di astrattezza penalizzino alcuni appartenenti a minoranze che andrebbero a soffrire l'indeterminatezza delle disposizioni. Pertanto il trattamento individualizzato, *de jure condendo,* dovrebbe essere sganciato dalla personalità, dovrebbe essere ancorato alla persona, dovrebbe spingere il legislatore a dedicare adeguato spazio e attenzione alle macro-categorie delle donne, degli stranieri, dei minorenni. La riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018 si è occupata solo di questi ultimi, forse perché, quando si parla di bambini e ragazzi, inferiore, e più gestibile, è il rischio di una contrarietà dell'opinione pubblica.

2. *Identità e dignità: le innovazioni legislative in materia di identità di genere*

«*La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla*»[11]. I costituenti tedeschi non ritennero dover definire cosa fosse quel parametro giuridico posto dalle Nazioni Unite a fondamento del sistema dei diritti umani[12]. La definizione della dignità umana è tutta in chiave negativa. È intuitivo

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

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

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

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

infatti cosa significhi violarla. Lo era ancor più per chi aveva negli occhi l'Olocausto e i campi di concentramento. «*Non vi è libertà ogniqualvolta le leggi permettano che l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa*».[13] Senza la dignità, per Kant[14], vi è la degradazione dell'uomo a oggetto. La degradazione dell'uomo a oggetto, per Beccaria, fa perdere la libertà. Senza la dignità non vi può essere libertà. Esiste quindi un rapporto di causa-effetto tra dignità e libertà. Se si perde la dignità si perde anche la libertà. Se l'uomo perde la libertà non perde la dignità[15]. Non è un caso che le norme che proibiscono la tortura vietano anche i trattamenti inumani o degradanti. La degradazione è quindi perdita totale o parziale di dignità umana.

È intuitivo cosa significhi violare la dignità umana in quanto usiamo l'empatia[16]. L'empatia ci rivela che esistono gli altri. Nella sua teoria Lynn Hunt intende dimostrare che grazie ai grandi romanzi nel Settecento che contenevano storie e biografie di uomini e donne appartenenti a classi sociali subalterne fosse evidente ai lettori che gli esseri umani fossero tutti uguali. L'uguaglianza dunque come prodotto dell'empatia[17]. Il diritto avrebbe preso coscienza e positivizzato ciò che era auto-evidente in quanto razionalmente ovvio. Nonostante A è A, e nonostante al contempo è anche Non-A, l'empatia comunque funziona in quanto esiste un unico genere umano. Siamo tutti uno. L'identità è individuale. Tutti noi abbiamo una carta di identità utile all'altrui "identificazione". Luogo, data di nascita e sesso sono elementi costitutivi dell'identità. Neanche la carta di identità però potrà mai tracciare l'identità completa di ciascuno. Nella carta d'identità giustamente non vi è traccia dell'orientamento sessuale né della propria percezione identitaria. Si discute da qualche decennio intorno alla non coincidenza di sesso e identità di genere[18]. Esistono infinite iden-

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

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

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

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

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

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

tità, tante quante sono le differenze ovvero tante quante sono le persone. Solo proteggendo la dignità umana su scala universale si potrà tenere conto delle infinite identità. La società libera – e limitativamente quella reclusa – dovrebbero occuparsi delle infinite identità. Per comodità o per semplificazione le si riassume in categorie. I riassunti di identità favoriscono i processi empatici.

Il trattamento individualizzato in un carcere dovrebbe essere capace di tenere conto delle singole identità. Per farlo non deve guardare ai bisogni della personalità ma ai bisogni della persona. Non essendo possibile costruire norme che si adattino in modo calzante alle infinite persone, sono evidentemente necessari contenitori normativi che tengano conto di caratteristiche comuni. Il legislatore penitenziario, per considerare in modo efficace i bisogni degli individui, deve sottrarre gli stessi dall'indistinzione e raggrupparli in insiemi più ampi che favoriscono a loro volta i percorsi di empatia, in quanto fanno avvicinare gli altri all'uno. Le azioni positive nel mondo del lavoro sono servite a ridurre il *gap* delle disuguaglianze tra uomo e donna. Ugualmente il sistema penitenziario deve partire dall'individualità dei bisogni e dei diritti sapendo che per farlo ha bisogno di ricorrere a insiemi che non siano troppo indistinti, altrimenti si vanno a perdere le biografie e si rende faticosa l'empatia. Anche il mondo penitenziario, così come il mondo del lavoro, necessita che siano previste azioni positive a promozione e protezione di alcune "identità" carcerarie. Il trattamento individualizzato è coerente con il rispetto del principio di uguaglianza, che ha nell'articolo 3 della Costituzione la sua fonte più alta: esso trova, rispetto al lontano 1975, una sua più ampia esplicitazione nell'articolo 1 dell'OP, così come riscritto nella riforma ultima. Il legislatore allarga i confini del principio di non discriminazione affermando che il trattamento penitenziario "è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose". Rispetto al testo precedente si introducono riferimenti espliciti al sesso, all'identità di genere, all'orientamento sessuale; tutta la parte restante della norma resta identica al testo precedente. Dunque i quarantatre anni trascorsi dal 1975 hanno

suggerito un'estensione del principio di non discriminazione oltre i confini più tradizionali. Così per la prima volta fanno ingresso nell'Ordinamento penitenziario anche le espressioni sesso, identità di genere e orientamento sessuale. Da ora in poi non saranno ammissibili, quanto meno in linea di principio, pratiche segregative o trattamenti deteriori giustificati sulla base di generiche esigenze di protezione individuale. Il divieto di discriminazione porta con sé ovviamente l'obbligo di attivare azioni positive per colmare i gap di pari trattamento. Le donne costituiscono una piccola minoranza rispetto agli uomini detenuti. Nella pratica penitenziaria sono spesso recluse in apposite sezioni all'interno di carceri maschili e in quanto numericamente poche (meno del 5% del totale della popolazione detenuta) non godono delle stesse opportunità di reinserimento sociale messe in campo per gli uomini. L'impianto della vita carceraria, così come disciplinato da norme, circolari e ordini di servizio, nonché dalle prassi pluridecennali e dall'organizzazione del personale, è tendenzialmente pensato per un detenuto maschio, italiano, di fede religiosa cattolica. Ad esempio manca presso l'amministrazione penitenziaria un ufficio che si occupi di diritti e bisogni delle donne detenute che sono ben diversi da quelli degli uomini, a partire da tutto ciò che è connesso alla maternità.

È significativo, dunque, che la condizione di genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere entrino nell'Ordinamento penitenziario, anche se la norma di principio introdotta all'articolo 1 non è seguita dalla previsione di piani articolati contenenti azioni positive. Ci si è limitati a rivedere l'articolo 14 dell'OP al quale è stato aggiunto il seguente comma: "L'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. È in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta". Ancora una volta a prevalere è l'esigenza di protezione fisica delle persone in considerazione del loro orientamento sessuale o della loro identità

di genere piuttosto che la messa in campo di progettualità trattamentali avanzate. In ogni caso è di rilievo sia il fatto che ai fini dell'assegnazione dei detenuti in sezioni omogenee si sia deciso di dare peso comunque al loro parere sia la previsione di attività interne al carcere organizzate non per categorie omogenee di detenuti. Nella vita carceraria accade spesso che con la giustificazione di evitare violenze o abusi sessuali nei confronti di detenuti vulnerabili, li si isoli negandogli ogni chance di partecipazione ad attività di intrattenimento o di reintegrazione sociale.

Va sicuramente valorizzata la decisione del legislatore di far emergere dall'opacità la condizione quotidiana di vita dei detenuti LGBT e di avere usato l'espressione sociologica 'identità di genere', non sempre accolta nei testi normativi in quanto contestata da settori dell'ortodossia religiosa. Il tema però, avrebbe potuto essere trattato in modo olistico, ad esempio non disdegnando indicazioni in materia di formazione del personale o di tutela della salute. Le sezioni omogenee potrebbero essere luoghi aperti, ben gestiti, ma anche trasformarsi in pericolosi luoghi segregativi[19].

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

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

Gli stranieri rispetto a oggi erano percentualmente pochi, i

[19] Vedi P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'Ordinamento Penitenziario*, Torino, 2019

minori erano in numero più alto rispetto a quello attuale ma solo dal 2018 hanno interessato il legislatore, le donne infine erano presenti nelle carceri in numeri percentuali e assoluti bassi e dunque corrispondenti a quelli odierni. Si trattava pertanto di minoranze penitenziarie alle quali nel 1975 non si prestò attenzione normativa adeguata. Nei venticinque anni intercorsi tra la legge del 1975 e il Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario del 2000[20] sono accadute molte cose nella società e nella giurisprudenza italiana, solo alcune delle quali hanno trovato adeguata codificazione nel Regolamento. Nel 2000 ad esempio uno spazio maggiore è stato dedicato ai bisogni linguistici e culturali delle persone detenute straniere, essendo queste ultime divenute numericamente sempre più numerose.

La contemporanea riduzione dei ragazzi reclusi negli istituti penali per minori dovuta alle nuove norme di procedura di fine anni '80 ha solo a partire dal novembre del 2018 favorito la previsione di norme *ad hoc* per la loro condizione detentiva. Nel caso delle donne l'attenzione si è fermata, retoricamente e a tratti, al sotto-insieme delle detenute madri.

Un discorso a parte va fatto per la normativa secondaria. Negli anni che sono trascorsi dall'approvazione del Regolamento di Esecuzione fino a oggi, a livello di normativa secondaria è emersa, seppur a tratti e non compiutamente, la consapevolezza di preoccuparsi delle identità penitenziarie sia nell'ottica di elevare gli standard di trattamento sia in quella di ridurre i tassi di conflittualità infra-penitenziari. Chi è infatti impegnato nella gestione dell'esecuzione penale non ha potuto ignorare le tante e diverse identità penitenziarie avendole sotto i propri occhi. Il legislatore invece è rimasto a lungo colpevolmente inerte, nonostante le sollecitazioni provenienti dall'ambito ONU, europeo e giudiziario-costituzionale.

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

4. *Le donne*[21]

Nella legge penitenziaria del 1975 non vi è una norma dedicata in modo specifico, articolato e completo ai bisogni e ai diritti delle donne detenute a differenza di quanto accade nelle Regole Penitenziarie Europee del 2006[22]. Nell'Ordinamento Penitenziario tutto è declinato al maschile, a partire dal linguaggio. Aldilà delle norme anti-discriminatorie, o alle norme in materia di separazione dagli uomini[23], vi sono riferimenti alle donne qua e là in ordine sparso, con uno sguardo rivolto quasi esclusivamente alla donna qualora si trovi nella condizione di madre di bambino piccolo. Vi è una considerazione normativa indiretta per la madre in quanto genitrice di un bambino di cui ha la potestà di cura. All'articolo 11 si prevede che in ogni istituto è assicurato un servizio per le gestanti e le puerpere. Al successivo articolo 14 si prevede che alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni[24]. Gli articoli 21-*bis* e 21-*ter*, introdotti nel 2011[25], assimilano l'assistenza

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

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

[23] Articolo 14, comma 6, dell'O.P., così come riformulato dal decreto legislativo n.123 dell'ottobre del 2018: «*Le donne sono ospitate in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali*».

[24] Articolo 14, comma 6, dell'O.P.: «*Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido*». E' rimasto invariato rispetto alla precedente versione.

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

dei figli al lavoro all'esterno[26]. Nonostante le cautele del legislatore che ha trattato la detenuta-madre al pari di tutti gli altri reclusi ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari, la Corte costituzionale, a più riprese, ha previsto che la cura della prole, non deve soggiacere ai vincoli previsti all'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario per l'accesso ai benefici premiali e alle misure alternative alla detenzione[27].

Queste norme insieme a quelle che seguono, in materia di donne in stato di gravidanza o di neo-madri, mettono al centro dunque non la donna in quanto tale ma la donna nel suo rapporto con il figlio che verrà o che è appena nato. Come detto è la relazione madre-figlio che si vorrebbe preservare nell'interesse superiore del minore. Con le due leggi del 2001 e del 2011, approvate nell'arco

[26] Articolo 21-*bis* o.p.: «*Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21. Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre*».Articolo 21-*ter* o.p: «I*n caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute*».

[27] Si veda la recente sentenza n.174 del 23 luglio 2018 che ha censurato l'articolo 21-*bis* nella parte in cui vincola l'assistenza dei figli al rispetto dei parametri di cui all'articolo 4-*bis*. In materia di detenzione domiciliare speciale, analogamente, la Corte costituzionale era già intervenuta con sentenza numero 239 del 2014 superando i limiti imposti dall'articolo 4-*bis*. I giudici hanno sostenuto testualmente: «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge [...] nonché la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti*».

di un decennio, il legislatore, sull'onda dell'emozione data dall'innocenza ristretta dietro le sbarre, ha cercato soluzioni che consentissero di andare oltre il modello detentivo classico, ogniqualvolta ci fossero donne con bimbi piccoli. Il legislatore ha provato a disegnare nei confronti della detenuta-madre un sistema di speciali misure alternative alla detenzione e di attenuazioni alla reclusione ordinaria[28]. In questo senso vanno intesi gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri (ICAM), che sono alternativi al carcere ordinario, e le case famiglia protette, che sono alternative alla dimora privata. Dunque più che un'attenzione specifica all'identità femminile nel tempo si è strutturata un'attenzione all'identità di madre. Un'attenzione che però non è rivolta alla madre *tout court*, ovvero anche a quella con figli piccoli o grandi fuori dall'istituto, bensì alla sola madre di minore costretto a restare in carcere per mancanza di altre soluzioni familiari. Sono dunque i soli articoli

[28] L'articolo 47 *ter* o.p prevede che: «*La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente…*». L'articolo 47-*quinquies* o.p introdotto nel 2011 prevede che*: «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (Icam) ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite*». Dunque si individua un ventaglio di soluzioni alternative al carcere. Dalla ipotesi che più gli assomiglia – la reclusione in un istituto a custodia attenuata – a quella più lontana per caratteristiche. Anche il precedente articolo 39 della legge, seppur in materia di isolamento per motivi disciplinari, è pensato principalmente in funzione dell'esigenza prioritaria di conservare intatto il rapporto con la prole e di non creare danni irreversibili a quest'ultima. Esso prevede che: «*L'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune è sospesa nei confronti delle donne gestanti e delle puerpere fino a sei mesi, e delle madri che allattino la propria prole fino ad un anno*». Il successivo articolo 50 prevede che: «*Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, essa ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà di cui all'ultimo comma dell'articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431*».

14, in materia di ubicazione delle donne e loro netta separazione dagli uomini, e 42-*bis* in materia di traduzioni (articolo introdotto nel 1992 in occasione delle modifiche dirette a irrigidire la legislazione penitenziaria nei confronti delle persone accusate o condannate per taluni crimini ritenuti più gravi)[29] a occuparsi della donna in quanto donna e non del solo caso della donna-madre di bambino piccolo. Come si può vedere l'insieme delle disposizioni di legge non guarda in profondità alla differenza femminile.

Una maggiore consapevolezza dell'identità femminile è presente, invece, all'interno del Regolamento di esecuzione del 2000[30]. All'articolo 8, a proposito di igiene personale, e all'articolo 9, in materia di vestiario e corredo, si introduce, seppur con molta cautela, il tema della specificità dei bisogni delle donne[31]. Alle sole donne viene concessa la presenza del bidet in cella[32].

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

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

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

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

Nel tempo pertanto l'attenzione amministrativa e legislativa ha riguardato le sole detenute madri. Nonostante ciò, nonostante due leggi, tra il 2000 e il 2018 non c'è stata una riduzione significativa dei numeri dei bimbi reclusi con le loro madri nelle carceri o nelle sezioni a custodia attenuata. Ciò per due ordini di motivi: in primo luogo per i richiami solo in parte e di recente superati ai vincoli di cui all'articolo 4-*bis*, in secondo luogo perché molte delle donne recluse con i loro figli provengono da aree sociali marginali e dunque prive di riferimenti affettivi e domicilio esterni utili a evitare la reclusione del figlio.

Tabella 1 – Detenute madri e asili nido – Anni 2000-2018[*]

Data rilevazione	Detenute madri con figli in carcere o nelle sezioni Icams	Bambini minori 3 anni in carcere	Detenute in stato di gravidanza
31/12/2000	70	78	33
31/12/2001	61	63	15
31/12/2002	56	60	16
31/12/2003	53	56	25
31/12/2004	56	60	24
31/12/2005	64	64	31
31/12/2006	48	51	17
31/12/2007	68	70	23
31/12/2008	53	55	18
31/12/2009	70	73	11
31/12/2010	42	43	6
31/12/2011	51	54	13
31/12/2012	40	41	5
31/12/2013	40	40	17
31/12/2014	27	28	9
31/12/2015	49	50	12
31/12/2016	34	37	9
31/12/2017	50	56	7
31/12/2018	47	52	3

[*] Fonte Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

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

Le donne delinquono molto meno degli uomini (non hanno mai rappresentato negli ultimi vent'anni più del 5% della popolazione detenuta). Il massimo della rappresentanza in termini percentuali è stato nel 1992 con il 5,43%. Nel 2018 è stato pari al 4,37%. Forse proprio il fatto che sono una piccola minoranza rispetto agli uomini ha prodotto una sotto-considerazione normativa.

Tabella 2 – I luoghi e i numeri della detenzione femminile in Italia al 30 aprile 2019[*]

Roma Rebibbia	369
Venezia Giudecca	86
Trani	40
Pozzuoli	174
40 Sezioni presso Istituti maschili	1.990
Totale	2.659

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

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

La detenzione di una donna non è assimilabile a quella di un

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

Tabella 3 – Le percentuali delle donne in carcere in alcuni paesi europei – Anno 2018[*]

Spagna	7,7%
Finlandia	7,6%
Germania	6,9%
Paesi Bassi	5,4%
Grecia	5,2%
Regno Unito	4,5%
Italia	4,3%
Polonia	4,2%

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

Alle donne è dedicata la Regola 34 che vuole andare oltre ogni forma di standardizzazione e omogeneizzazione del trattamento penitenziario. Esso tra l'altro prevede che: «*Le autorità devono porre un'attenzione particolare ai bisogni fisici, professionali, sociali e psicologici delle donne detenute al momento di prendere decisioni che coinvolgono qualsiasi aspetto della detenzione*». Dunque si parla di bisogni non solo fisici, ma anche professionali, sociali e psicologici, così delineando un'identità femminile che non è solo

[33] Si va dalle tesi positiviste di Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero esposte in *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Milano, 2009 fino a F. Adler, *Sisters in Crime*, *The Rise of the New Female Offender,* New York, 1974; S. Ambroset, G. Pisapia, *Numero oscuro della devianza femminile e questione criminale. Spunti teorici e verifica empirica*, Verona, 1980; C. Smart, *Donne, crimine e criminologia*, Roma, 1981. Per quanto riguarda il tema del ruolo delle donne nella criminalità organizzata vedi R. Siebert, *Donne in terra di mafia: i riflessi del processo di emancipazione femminile*, Bologna, 1998.

biologica ma è anche biografica e sociale. Nella successiva Regola 81 si prevede che debba esserci un personale penitenziario formato e specializzato a lavorare con le donne (oltre che con minorenni, stranieri e malati psichici). Dunque le identità penitenziarie richiedono attenzione su tanti livelli, compresi quelli organizzativi, formativi, strutturali. La donna nell'ordinamento penitenziario italiano è considerata nella sola sotto-identità di madre. In parte se ne è resa conto la stessa amministrazione penitenziaria, che pur non facendo il più lungo e necessario passo diretto a una più complessa riorganizzazione degli uffici, per colmare il *gap* che divide la nostra legge rispetto alle regole europee, nel 2008[34] ha proposto un regolamento ministeriale per le sezioni e gli istituti femminili. Viene messo a disposizione degli istituti periferici un regolamento-tipo che dovrebbe valere dappertutto a esclusione delle sezioni di Alta Sicurezza. Si ammette in modo esplicito che la circolare «*mira a colmare una grave lacuna dell'organizzazione penitenziaria, favorendo l'introduzione su tutto il territorio nazionale, pur con gli adattamenti necessari a ciascuna realtà locale, di una regolamentazione specifica che tenga conto delle peculiarità dell'esecuzione penale riguardante il genere femminile*». Compare la parola 'genere'. Si riconosce che «*forse anche a causa dell'esiguità della percentuale di donne detenute, rimasta pressoché costantemente attestata intorno al 5% delle presenze complessive, si riscontra un'evidente difficoltà del sistema a elaborare accorgimenti organizzativi e offerte riabilitative idonei a cogliere e valorizzare la specificità della popolazione detenuta femminile*». Addirittura si scrive che: «*nel mondo penitenziario, sono andati diffondendosi linguaggi e codici valoriali riferibili essenzialmente agli uomini, basati su meccanismi di dominio e su modalità relazionali fondate sul potere e sulla forza. Ciò ha determinato un'oggettiva difficoltà nel riconoscere ed accogliere la complessità del 'femminile' inteso non sono come differenza di sesso ma anche come diversità dl sistemi simbolici e valoriale (…). Si rende, quindi, necessario un lavoro di sensibilizzazione finalizzato all'attivazione e alla costruzione dl un impianto concettuale, metodologico*

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

e di intervento politico e sociale che riconosca e valorizzi la differenza di genere, così dando piena attuazione alle norme, nazionali ed internazionali, che tutelano i diritti delle persone ristrette». Dopo queste premesse ci si sarebbe potuti attendere una maggiore ambizione regolamentare. Invece restano ancora eccessive le assimilazioni tra uomo e donna nella vita quotidiana. Eppure le donne evadono meno, non commettono quasi mai atti di violenza e i magistrati di sorveglianza si fidano maggiormente di loro nella concessione di misure alternative alla detenzione. Seppur meritoriamente ispirato a un'idea nuova di regolamentazione specifica della identità femminile, tornano anche nella circolare alcuni stereotipi. Ad esempio sulle vocazioni e le passioni femminili. L'identità femminile di cui occuparsi pare sia in alcune regole quella della donna casalinga appassionata di sartoria, per cui la si autorizza a tenere con sé il kit per il cucito, cosa che mai sarebbe pensabile prevedere anche per il più tranquillo e "sicuro" degli uomini.

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

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

Tra i bisogni evidenziati nelle norme Onu vi sono quelli affettivi (deve esservi vicinanza del luogo di reclusione a quello di residenza abituale al fine di non rescindere il cordone parentale che nelle donne di fatto è più forte), quelli legati allo stato di sa-

lute psico-fisico (si pensi alla previsione di misure di prevenzione delle malattie ginecologiche anche per le donne in giovane età o al riferimento esplicito alla verifica di eventuali episodi di violenza sessuale subiti prima o durante la detenzione e al relativo sostegno medico, psicologico e legale che va garantito), quelli connessi alla riservatezza (diritto di rifiutare la divulgazione delle informazioni relative ai precedenti in ambito riproduttivo o di sottoporsi ad esami medici legati a tali precedenti). Una prigione femminile necessita attenzione anche nella selezione dello *staff*. Ad esempio la donna detenuta deve potere essere visitata da medici del suo stesso sesso, qualora lo richieda.

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

Anche il legislatore italiano si era reso conto della necessità di dedicare norme specifiche alle donne detenute. Il 14 giugno del 2017 è stata approvata in via definitiva la legge n. 103 che apporta modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario. Alla lettera t) del comma 85 tra i criteri di delega si fa riferimento alla «*previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute*». Purtroppo, però, il legislatore delegato non ha prodotto nulla di significativo su questo versante.

5. *Gli stranieri*[35]

I riferimenti ai "bisogni della personalità" e al reato quale indice di "carenze psico-fisiche" risultano ancora più macroscopicamente ideologici qualora riferiti agli stranieri detenuti. Allo straniero detenuto, circostanza che non sarebbe potuta accadere al detenuto autoctono, potrebbe essere capitata l'esperienza del-

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

la detenzione provocata dalla condizione esclusiva di straniero. Il luogo di nascita, che di certo la persona non si sceglie, diviene esso stesso parte del reato imputatogli. Sino al 2011[36] e per quasi un decennio lo *status* di straniero è stata la concausa di un'ipotesi di responsabilità penale; per due anni nel nostro ordinamento è stata la causa esclusiva dell'applicazione di un aggravio di pena[37]. Dunque, il trattamento individualizzato nel caso dello straniero perde ogni collegamento possibile e razionale con una concezione clinica e patologica del reato. Quale carenza psico-fisica mai può avere una persona che vede allungarsi la pena a causa del fatto che è nata in una nazione piuttosto che in un'altra? Il trattamento individualizzato, affinché non scada in trattamento sanitario il quale se applicato allo straniero fa venire in mente brutti ricordi, non può che essere un'operazione ben più articolata e complessa. I bisogni della persona straniera sono connessi a circostanze sociali, economiche, politiche e culturali.

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

[36] La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 28 aprile 2011, nel caso *El Dridi*, ha stabilito che non sia possibile introdurre, neanche surrettiziamente, sanzioni di carattere penale qualora il meccanismo dell'espulsione non sia effettivo e la persona immigrata si sottrae allo stesso. Le procedure di rimpatrio devono essere del tutto depenalizzate. L'Italia invece aveva nel suo ordinamento dal 2002 il reato di inottemperanza all'obbligo di espulsione del questore. Circa 10 mila persone l'anno facevano ingresso nel circuito penitenziario per questa sola fattispecie di reato. Con legge n.129 del 2011 il legislatore italiano ha dato esecuzione alla direttiva Rimpatri della Ue 2008/115/CE e ha abrogato il reato di inottemperanza all'obbligo di espulsione del questore.

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

bisogni all'interno della categoria dei non autoctoni. Ritornano i concetti di empatia e di approssimazione.

La nostra legislazione penitenziaria intesa in senso largo, ovvero non solo l'Ordinamento penitenziario del 1975 ma anche le norme sull'organizzazione dei servizi e sulla smilitarizzazione del corpo degli agenti di custodia del 1990[38], è pensata per un detenuto tipo maschio e italiano, scarsamente alfabetizzato. Eppure i numeri dei detenuti stranieri, molto cambiati negli ultimi decenni, avrebbero dovuto imporre una revisione normativa, mai invece avvenuta. Tra il 1981, quando i detenuti stranieri rappresentavano il 5,7% della popolazione detenuta globale, e il 2019 quando costituiscono il 33,7%[39], sono passati trentotto anni, sono state approvate cinque leggi più o meno organiche sull'immigrazione, è nata una tendenza all'etnicizzazione del diritto penale[40].

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

1981	1985	1996	1998	2015	2019
5,7%	10%	19,95%	25,04%	32,5%	33,7%

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

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

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

[39] Rilevazione risalente al 31 marzo del 2019.

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

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

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

[43] Per quanto riguarda il complesso dei dati statistici sull'immigrazione punto di

Tabella n. 5 – Tasso percentuale di detenzione delle comunità straniere in Italia. Numero di detenuti rispetto al totale dei residenti regolari (dati marzo 2019)[*]

MAROCCO	0,90
ALBANIA	0,58
ROMANIA	0,21
FILIPPINE	0,05

[*] Rielaborazione propria su dati Istat

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

Gli stranieri, genericamente intesi, sono dunque poco più di un terzo della popolazione reclusa mentre sono circa l'8% della popolazione libera, qualora includiamo anche quelli irregolari e dunque non censiti. La gran parte dei detenuti è costituita da persone prive del permesso di soggiorno. Non c'è uno scarto elevato tra indice di carcerazione per gli italiani e gli stranieri (genericamente intesi) se si considerano i regolari.

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

riferimento nel tempo è divenuto il Dossier Statistico Immigrazione inizialmente pubblicato dalla Caritas di Roma e ora da Idos.

quella immigrata una popolazione detenuta molto giovane. Nella predisposizione delle opportunità di risocializzazione (scuola, formazione professionale, lavoro) non si può non tenerne conto.

Tabella n. 6 – L'età degli stranieri – dati 2018[*]

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

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

Vi è un chiaro *gap* discriminatorio nei confronti degli stranieri per quanto concerne il sistema dell'esecuzione penale esterna. Al 31 marzo 2019 la percentuale degli stranieri in detenzione domiciliare è del 31,6%, in semilibertà crolla al 13,5%. Lo scarto negativo è evidente rispetto a chi invece è detenuto in carcere. Infatti gli stranieri detenuti rappresentano il 33,6% della popolazione detenuta, ossia quasi il triplo di chi è ammesso alla semilibertà. Gli stranieri fruiscono meno delle opportunità di reintegrazione sociale rispetto agli italiani, eppure sono più giovani, commettono delitti meno gravi ed espiano pene meno lunghe. I motivi possono essere riassunti in tre grandi sottoinsiemi: minore fiducia nei loro confronti da parte della magistratura di sorveglianza, minore fiducia da parte dei servizi sociali, minori risorse economiche e legali a disposizione.

E guardando al reato contestato e alle pene comminate che si capiscono meglio la dimensione criminale e i bisogni socio-educativi dei detenuti stranieri. Come si vede i reati degli stranieri sono

principalmente connessi alla loro condizione di migranti, volontari o forzati.

Tabella n. 7 – I reati degli stranieri – Marzo 2019

Tipo di reato	*Percentuale italiani*	*Percentuale stranieri*
Ass. stampo mafioso	98,6%	1,4%
Legge armi	91,4%	8,6%
Legge droga	62,6%	37,4%
Prostituzione	24,7%	75,3%
Legge immigrazione	8,8%	91,2%

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

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

Tabella n. 8 – Le pene inflitte agli stranieri – Percentuali rispetto agli italiani – Anno 2018[*]

Condanne a meno di 1 anno	44,7%
Tra 1 e 2 anni	45,4%
Tra 2 e 3 anni	41,1%
Tra 3 e 5 anni	39,8%
Tra 5 e 10 anni	29,3%
Tra 10 e 20 anni	20,2%
Oltre 20 anni	12,3%
Ergastolo	6,2%

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

Il dato sulla pena residua da scontare segna come gli stranieri sono quelli in proporzione più vicini alla fine del periodo di carcerazione e di conseguenza all'accesso a talune delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario. Eppure come visto gli stranieri accedono meno rispetto agli italiani alle varie ipotesi di

esecuzione penale esterna. È questo il segno di un sistema che vive di giudizi e di pregiudizi.

Tabella n. 9 – La pena residua da scontare degli stranieri rispetto al totale della popolazione detenuta – Anno 2018[*]

Meno di 1 anno	42,2%
Ergastolo	6,2%

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

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

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

Le leggi italiane che regolamentano l'esecuzione della pena non tengono conto della specificità della condizione di migrante, nonostante da almeno vent'anni più di un terzo della popolazione reclusa è composta da stranieri. Vi è in apertura della legge del 1975 un riferimento generico di natura anti-discriminatoria[44]. La nozione di imparzialità, in apertura di una legge che regolamenta doveri pubblici nonché doveri e diritti individuali, rinvia alla nozione generica di uguaglianza ma non risolve la questione della presa in carico delle differenze e di una gestione profondamente attenta al trattamento individualizzato. Nel corpo della legge italiana le differenze nazionali, etniche, religiose non sono adeguatamente prese in considerazione. Mancano norme *ad hoc* sulla condizione

[44] Vedi nota numero 2 che riporta i contenuti dell'articolo 1 o.p. così come riformulato dal decreto legislativo n.123 dell'ottobre 2018.

del detenuto straniero. Esse sono necessarie sia dal punto di vista reale che simbolico. Pensiamo a tre punti cardine del regime penitenziario: religione, rapporti con la famiglia e disciplina.

L'articolo 26 dell'Ordinamento Penitenziario afferma quanto segue: «*I detenuti e gli internati hanno libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto. Negli istituti è assicurata la celebrazione dei riti del culto cattolico. A ciascun istituto è addetto almeno un cappellano. Gli appartenenti a religione diversa dalla cattolica hanno diritto di ricevere, su loro richiesta, l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti*». Ognuno ha dunque diritto a professare la propria religione ma solo il cappellano fa parte dello staff istituzionale e solo lui tra i ministri di culto è retribuito dallo Stato[45]. È questa una norma che guarda alla popolazione detenuta di un'altra stagione storica ovvero di quel periodo nel quale la quasi totalità di essa era costituita da italiani di fede cattolica. Ai fini dell'esercizio in concreto della propria fede religiosa non è proprio la stessa cosa autorizzare l'ingresso occasionale in carcere di ministri di culti di altre religioni o pagarne uno che possa esercitare il proprio ruolo praticamente *full time*. In tutte le carceri vi è la cappella cattolica ma raramente vi sono altri luoghi ufficiali di culto. Il cappellano, seppur informalmente e indirettamente, non è estraneo ai percorsi di reinserimento verso la società esterna. In alcuni casi l'équipe composta dal direttore, dall'educatore e dall'assistente sociale incaricata per legge di elaborare il programma individualizzato di trattamento tiene conto anche delle opinioni e dei suggerimenti operativi del cappellano. È la sua una voce in più che però non potrà levarsi, se non casualmente, a sostegno materiale dei detenuti stranieri di altre religioni[46].

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

[46] Nel Rapporto di Antigone 2018 consultabile all'indirizzo web *www.aantigone.it* si legge che «l'amministrazione penitenziaria non pubblica dati esaustivi sulle appartenenze religiose delle persone detenute dal 31.12.2016. A quella data i cattolici e le cattoliche rappresentavano il 54,7% della popolazione ristretta, il 26,3% non dichiarava il proprio credo perché ateo o perché preferiva non farlo, i musulmani costituivano l'11,4% del totale e gli ortodossi il 4,2%».

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

Infine, in carcere il sistema disciplinare è decisivo rispetto al percorso di anticipazione del rientro in libertà. È spesso sufficiente che la sola imputazione di un'infrazione (dunque il non esserne ancora condannati) sia alla base della decisione della magistratura di sorveglianza di negare la liberazione anticipata[47] il cui presupposto normativo è l'adesione alle regole di trattamento. Seppur vero che il sistema disciplinare è governato dal principio di legalità per cui «*i detenuti e gli internati non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento*»[48]

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

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

è altresì evidente come il mancato richiamo espresso al fatto che allo straniero sia data la possibilità di avere un interprete che gli spieghi la procedura e quali siano i suoi diritti depotenzia sino a rendere evanescente il principio di legalità. Inoltre le infrazioni disciplinari sono legate a episodi di vita carceraria che molto spesso riguardano le modalità di relazionarsi o le abitudini quotidiane. La previsione regolamentare di una vita omologata per lo straniero e l'italiano, dove il primo deve assumere le abitudini giornaliere del secondo (orario e qualità dei pasti, disponibilità dei canali televisivi, tipologia delle attività culturali) sul cui standard di vita è modellata la quotidianità penitenziaria, lo rende vulnerabile e soggetto al rischio di continue infrazioni.

Ci vorrebbe pertanto una rivoluzione organizzativa che tenga conto di come sia cambiata l'utenza penitenziaria e ridisegni il tutto alla luce della presenza non minoritaria dello straniero in carcere. Andrebbe rivisto lo *staff* penitenziario inserendo per via istituzionale figure nuove capaci di guardare alla composizione etnica e nazionale della popolazione detenuta. Pertanto l'enunciazione di principi anti-discriminatori, per essere effettiva, richiederebbe ulteriori modifiche legislative, organizzative e operative. Essa resta una petizione di principio qualora non si modifichino le norme prevedendo regole *ad hoc* per i detenuti stranieri in modo da specificarne condizione e diritti, e non si faccia un passo in avanti dal punto di vista manageriale e culturale. Ogni carcere dovrebbe avere un numero sufficiente di mediatori culturali[49], traduttori e interpreti pagati dallo Stato e inseriti a pieno titolo nella vita penitenziaria. Non dovrebbe trattarsi di figure, come oggi avviene, parificate al volontariato, pagate poco e male dalle Regioni o dai Comuni, prive di spazio e tempo per occuparsi di situazioni umane

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

complesse e di attenuare le sofferenze prodotte dalla detenzione. Dovrebbero essere professionisti assunti con concorso pubblico. Inoltre il restante personale deve avere competenze linguistiche e avere al proprio interno anche operatori di altre etnie o provenienti da altre nazioni.

La legge penitenziaria, come detto, ha un proprio Regolamento di Esecuzione del 2000. Il Regolamento dettaglia la vita interna al carcere, puntualizzando quanto previsto nella legge ma mai, ovviamente, potendo andare oltre i contenuti della stessa. La precedente versione del Regolamento di Esecuzione era del 1976. Nei 24 anni trascorsi tra una versione e la successiva è cambiata la composizione della popolazione detenuta. Nel giugno del 2000, il mese della sua entrata in vigore, gli stranieri erano il 27,86% del totale dei reclusi, ovvero una percentuale ai limiti della soglia del 30%. Un numero relativo e assoluto così grande che non avrebbe potuto essere rimosso dall'attenzione ministeriale. Così in quel Regolamento c'è un'attenzione meno episodica alla condizione detentiva dello straniero. L'articolo 35 è dedicato ai detenuti e internati stranieri. [50] Una norma che apre uno squarcio di attenzione specifica ma che appare anch'essa eccessivamente programmatoria e dunque priva di forza cogente. Non si dice nulla su come si debba fare ad affrontare le difficoltà linguistiche e culturali. Si indica un generico favore verso la presenza di mediatori culturali, ma non se ne prevede l'assunzione e si rimanda il tutto alla buona volontà di enti locali e organizzazioni di volontariato. Con la riforma del 2018 si è fatto un ulteriore passo in avanti: i mediatori culturali sono inseriti, all'articolo 80, tra il personale specializzato a cui l'amministrazione può rivolgersi, al pari degli interpreti. Dunque se ne riconosce il ruolo tanto che è stato modificato il precedente articolo 27 prevedendo che: «una commissione composta dal direttore dell'istituto, dagli educatori, dagli assistenti sociali, dai mediatori culturali che operano nell'istituto ai sensi dell'articolo 80, quar-

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

to comma, e dai rappresentanti dei detenuti e degli internati cura l'organizzazione delle attività di cui al precedente comma, anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale». I mediatori culturali diventano sempre più parte dello staff amministrativo. Ciò, però, impone una riflessione sui rischi di istituzionalizzazione di una figura professionale che non dovrebbe avere vincoli gerarchici con i responsabili della sicurezza interna alle carceri.

Poco si dice nella legge rispetto alla presenza obbligatoria degli interpreti o dei traduttori alla cui funzione sono invece assegnati impropriamente i mediatori. Altre norme presenti nel decreto del 2000 hanno invece un tasso di effettività maggiore essendo direttamente dispositive. Ad esempio al secondo comma dell'articolo 18 si prevede che «*I detenuti o internati stranieri, apolidi o senza fissa dimora iscritti al servizio sanitario nazionale, ai sensi della vigente normativa, ricevono l'assistenza sanitaria a carico del servizio sanitario pubblico nel cui territorio ha sede l'istituto di assegnazione del soggetto interessato*». Non è questa una norma dal carattere universale, visto che non vi è in essa un riferimento espresso ai migranti irregolari non iscritti al servizio sanitario nazionale.

Altri riferimenti espliciti allo straniero si trovano nella norma in materia di formazione professionale[51] e di trasmissione di informazioni alle autorità consolari[52]. Esse sono piccole specificazioni. Di più ampio respiro è invece l'articolo 69 che dispone che: «*All'atto dell'ingresso, a ciascun detenuto o internato è consegnato un estratto delle principali norme di cui al comma 1, con l'indicazione del luogo dove è possibile consultare i testi integrali. L'estratto suindicato è fornito nelle lingue più diffuse tra i detenuti e internati stranieri*». Questa è una norma che nasce dall'esigenza di informare i migranti intorno al complesso delle regole carcerarie, le quali hanno fonti diversificate e non sempre facili da reperire. Molti aspetti della vita penitenziaria (ad esempio beni e generi alimentari consentiti, limiti alla ricezione di pacchi, possibilità di adornare le celle con fotografie o poster, orari delle docce o della socialità)

[51] Articolo 42 RE.

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

sono disciplinati da ordini di servizio poco noti agli italiani e ancor meno agli stranieri con difficoltà linguistiche. Il migrante detenuto non deve trovarsi nella condizione di ignorarli altrimenti il principio di legalità nel procedimento disciplinare è evidentemente disatteso. Il Regolamento del 2000 si rende conto di questa esigenza elementare di trasparenza, democrazia, uguaglianza e legalità. La norma è non dappertutto applicata[53].

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

[53] La distribuzione della Carta dei diritti nelle lingue, secondo una rilevazione effettuata dalla stessa amministrazione penitenziaria negli anni successivi all'entrata in vigore della legge nel 2011, ha una percentuale di attuazione pari all'83,9%.

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

importante che recepisce quanto già presente in circolari dell'Amministrazione penitenziaria che si sono stratificate nel tempo.

Di rilievo, per le implicazioni pratiche, ossia al fine di evitare il passaggio dello straniero extracomunitario detenuto dal carcere al Centro di permanenza per i rimpatri (ex Cie, oggi Cpr in base al decreto legge del 17 febbraio 2017 n. 13), è quanto contenuto nella legge n. 10 del 21 febbraio 2014. All'articolo 6 si prevede che debbano essere avviate in carcere le procedure d'identificazione. Quale trattamento mai potrà esservi se non si conosce neanche l'identità della persona reclusa? È questa una norma di buon senso che prende atto della legislazione sulle espulsioni e mira ad evitare che un detenuto dopo la fine della pena sia trasferito in un Cpr per essere lì identificato. Il tempo della pena, anche quello più breve, è più che sufficiente per identificare lo straniero così evitando il calvario della detenzione amministrativa. A tal proposito va ricordato che la legge 30 ottobre 2014, n. 161, recante "*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis*", entrata in vigore il 25 novembre 2014, contiene disposizioni volte ad adeguare l'ordinamento giuridico italiano all'ordinamento europeo, e all'art. 3 riduce a un massimo di novanta giorni (ridiventati centottanta con il decreto legge n.113 del 2018) il periodo di trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione degli stranieri destinatari di provvedimento di respingimento o di espulsione da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera. Nel caso di straniero che abbia avuto una pregressa carcerazione la nuova legge prevede che: «*Lo straniero che sia già stato detenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni indicato al periodo precedente, può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni*». Pertanto diventa importante quanto accade nel passaggio carcerario per evitare successive reclusioni amministrative[55].

Nel complesso la legislazione penitenziaria primaria e secondaria italiana resta comunque insufficiente nel trattare la condi-

[55] Per stessa ammissione dell'Amministrazione penitenziaria, ancora in buona parte delle carceri non sono state avviate procedure standardizzate per l'identificazione degli stranieri detenuti.

zione specifica del detenuto straniero. Se ne è accorto il legislatore che ha inserito nella legge di riforma del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario approvata il 14 giugno 2017 la seguente norma al comma 85 lettera o): «*previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere*. Il legislatore delegato si è limitato a prevedere all'articolo 19 dell'ordinamento penitenziario una norma discutibile, secondo la quale speciale attenzione deve essere dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei princìpi costituzionali. Non solo agli stranieri andrebbero, infatti, insegnati i diritti costituzionali.

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

[56] Vedi nota n. 20.

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

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

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

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

6. *I minorenni*

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

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

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

Una scelta legislativa coerente e coraggiosa sarebbe quella di prevedere non solo norme di procedura ma anche norme penali differenziate con un arco di sanzioni diverse in qualità e quantità rispetto agli adulti.

L'articolo 79 dell'Ordinamento Penitenziario aveva previsto che: «*le norme della presente legge si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge. Nei confronti dei minori di cui al comma precedente e dei soggetti maggiorenni che commisero il reato quando erano minori degli anni diciotto, le funzioni della sezione di sorveglianza e del magistrato di sorveglianza sono esercitate, rispettivamente, dal tribunale per i minorenni e dal giudice di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni*». Una norma transitoria che, solo di recente, ha trovato una parziale forma di implementazione con la recente entrata in vigore del decreto legislativo per l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni (D. Lgs. n. 121/2018), in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 85, lettera p), della legge n. 103 del 23 giugno 2017. Nei quarantatre anni trascorsi tra la legge penitenziaria del 1975 e la riforma del 2018 il legislatore italiano è rimasto colpevolmente inerte nonostante i solleciti più o meno espliciti della Corte Costituzionale a dirigersi verso norme *ad hoc* per i minorenni. In modo molto chiaro e senza lasciare spazio a fraintendimenti la Consulta prima nel 1978 a proposito di libertà provvisoria[59], poi nel 1994 in tema di ergastolo [60], nel 1995 a proposito di giudizio abbreviato[61], poi ancora nel 1997 a proposito di sanzioni e misure alternative[62] e nel 1998 [63] e 1999[64] a proposito di benefici premiali ha ricordato la specificità della condizione di minorenne.

Nella sentenza del 1998 i giudici, in modo esplicito, hanno stigmatizzato «*la perdurante inerzia del legislatore che protrae nel tempo l'estensione provvisoria ai condannati minori dell'ordinamen-*

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

to penitenziario generale». La Corte con il passar del tempo ha mitigato la sua forza propulsiva e il legislatore si è adagiato nella sua inerzia. Fino alla recente riforma del 2018, ai minorenni, dunque, si applicavano le regole penitenziarie degli adulti, nelle quali erano ben pochi i riferimenti espressi ai minori: in materia di durata massima dei permessi premio (articolo 30-*ter*) e di detenzione domiciliare (articolo 47-*ter*), mentre nel Regolamento di esecuzione del 2000 in materia di vestiario (articolo 19), vitto (articolo 21), formazione e lavoro (articolo 47), lavoro all'esterno (articolo 48), comunicazioni al momento dell'ingresso in istituto (articolo 62). L'inerzia legislativa ha persistito nonostante dal diritto internazionale pattizio e dalla *soft-law* europea siano giunte nel tempo indicazioni nitide sulla necessità di costruire un sistema di regole pensate in funzione dell'interesse superiore e non negoziabile del minore[65].

Fino al 2018, l'unica novità normativa significativa fu introdotta con il decreto-legge del 26 giugno 2014 n. 92, convertito con modificazioni nella legge dell'11 agosto 2014, n. 117, che modificando l'articolo 24 del codice di procedura penale per minorenni del 1989 ha esteso la competenza dei servizi minorili anche nei

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

confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età. Ciò vale anche se l'esecuzione ha inizio dopo il compimento dei diciotto anni. Una sorta di spostamento verso il basso, in termini di età, della condizione giovanile. Si è preferito contaminare i ragazzi adolescenti con quelli un tantino più grandi, piuttosto che lasciare i giovani insieme agli adulti. Si è fatto questo per ragioni di prevenzione criminale e di natura organizzativa. In realtà negli istituti penali per minorenni (Ipm) valgono, salvo le eccezioni prima elencate, le stesse regole e lo stesso impianto pedagogico-disciplinare previsto per gli adulti.

La realizzazione di un ordinamento penitenziario apposito per i minorenni sarebbe stato funzionale a rendere il sistema detentivo minorile coerente nei fini con il sistema processuale della giustizia minorile; a partire dal 1989, grazie al codice di procedura penale per minorenni, si è nel tempo consolidata una nuova cultura dell'adolescenza.[66] La risposta carceraria al reato è diventata infatti residuale.

Dal 1988 i ragazzi reclusi negli Istituti penali per minori sono in numero sempre inferiore a cinquecento su scala nazionale. Per effetto della legge n. 117 del 2014 che prevede il trasferimento degli ultra ventunenni dal sistema degli adulti agli Ipm, i maggiorenni hanno superato il 50% del totale delle presenze. Dunque, il numero dei minorenni è fortunatamente così basso da consentire un progetto educativo effettivamente individualizzato.

Il sistema della giustizia minorile è riuscito a contenere il peso della risposta custodiale entro numeri bassi resistendo alle campagne che, nel tempo, hanno cercato di cambiare le regole, ora chiedendo l'abbassamento dell'età imputabile ora rimettendo in discussione il buon funzionamento di alcuni istituti processuali. Fino ad ora non sono state assecondate quelle tendenze, provenienti dall'estero, dirette a rivedere l'età imputabile del minore.[67]

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

[67] Nel codice penale del 1930 il legislatore, non potendo probabilmente fare altrimenti, ha scelto una età, sotto la quale ha dato per scontato che mancasse quella capacità di costruire relazioni consequenziali tra valori e fatti. L'età prescelta, in modo

Anzi è accaduto il contrario. Il sistema della messa alla prova è fortunatamente tracimato dalla giustizia minorile a quello degli adulti. È stato introdotto nell'ordinamento processuale di questi ultimi nell'aprile del 2014[68]. I provvedimenti di messa alla prova in tre anni hanno quasi raggiunto le diecimila unità. Ciò sicuramente ha contribuito a ridurre fortemente gli ingressi nel sistema penitenziario degli adulti. Una buona pratica minorile è stata esportata nel sistema dei grandi, quasi a confermare la tesi che a partire da alcune macro-identità penitenziarie si riesce a ridurre l'impatto della detenzione.

Anche per questo vanno attentamente analizzati i contenuti e l'impatto del decreto legislativo n.121 dell'ottobre 2018 per capire se esso mette o meno in discussione la filosofia pedagogico-clinico-disciplinare che governa le carceri degli adulti. L'intervento nei confronti dei minori e dei giovani adulti deve essere educativo e non rieducativo; nei loro confronti deve essere allargata l'area delle opportunità e non ristretta. Le regole per i minori, se coerenti con il dettato normativo internazionale e coi principi pedagogici più autorevoli, dovrebbero superare il modello premio-punizione e favorire senza limitazioni i rapporti del ragazzo o della ragazza con la società libera e con la famiglia. Risponde a tutto questo la riforma approvata sul finire del 2018?

In premessa si può dire che non essa può essere qualificata come un vero e proprio ordinamento penitenziario minorile visto che si limita a regolamentare alcuni aspetti , seppur significativi, della vita in carcere adattandoli all'età giovane dei ristretti. I ventisei articoli che compongono il decreto non esauriscono tutti i temi

manicheo come solo la legge è capace di fare, è quella dei quattordici anni. Non tutte le legislazioni qua e là in giro per il mondo hanno scelto d'altronde la stessa età. Segno che si tratta di un artificio normativo. C'è chi ha fatto retrocedere l'assunzione di responsabilità addirittura ai sette anni come la Svizzera o altri vari Paesi asiatici (dalla Thailandia all'Iran), chi come la Scozia agli otto anni, chi ai nove anni come le Filippine, chi ai dieci anni come l'Irlanda del nord, chi agli undici come la Turchia. C'è chi, invece, ha diversamente e più coraggiosamente codificato che la responsabilità penale si acquisisce a quindici anni come la Finlandia, chi a sedici anni come l'Argentina, chi come il Brasile a diciotto anni. Riflessioni presenti in P. Gonnella, in (a cura di S. Marietti) *Non è una giustizia minore,* Antigone, 2013.

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

dell'esecuzione penale. All'articolo 1, comma 1, si stabilisce che, in base al principio di specialità, devono essere osservate le disposizioni del D. Lgs. n. 121/2018 e, solo per quanto non previsto, in considerazione del principio di sussidiarietà, devono applicarsi le norme dell'ordinamento penitenziario (L. n.354/1975) e del relativo regolamento di esecuzione (d.P.R. n.230/2000). Dunque le nuove norme si inseriscono in un impianto normativo pre-definito. La riforma si è mossa nel solco dei criteri direttivi di cui al comma 85 lettera p) della legge n.103 del 2017: «*Adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età secondo i seguenti criteri: 1) giurisdizione specializzata e affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione; 2) previsione di disposizioni riguardanti l'organizzazione penitenziaria degli istituti penali per minorenni nell'ottica della socializzazione, della responsabilizzazione e della promozione della persona; 3) previsione dell'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto; 4) previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne; 5) ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975,. 354, e successive modificazioni; 6) eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento; 7) rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni; 8) rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale».* Ci sarebbe stato spazio per un nuovo ordinamento penitenziario minorile ispirato a principi distonici rispetto a quello più restrittivo degli adulti ma il legislatore ha preferito adottare una via di mezzo.

Il secondo comma dell'articolo 1 del decreto legislativo n.121

precisa quali sono gli obiettivi della riforma. «*L'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità deve favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato. Tende altresì a favorire la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e a prevenire la commissione di ulteriori reati, anche mediante il ricorso ai percorsi di istruzione, di formazione professionale, di istruzione e formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, e ad attività di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero*». Si opta, in apertura, per una via, quella della riparazione e della mediazione, che pur considerando le buone intenzioni del legislatore, non ha ancora tratti chiari. La giustizia riparativa in fase esecutiva della pena può prendere direzioni differenti: può essere una forma diretta a una libera assunzione delle responsabilità da parte del ragazzo oppure, più pericolosamente, configurarsi quale pena aggiuntiva (si pensi all'incontro forzato e ipocrita con la vittima del reato o alla previsione di attività coatte di utilità sociale o di volontariato) rispetto a quella detentiva. Il successivo articolo 3, nel definire quali debbano essere i contenuti delle misure di comunità, enfatizza l'importanza delle attività di utilità sociale, anche a titolo gratuito, o di volontariato. Qui alta deve essere l'attenzione pubblica per evitare che tali attività degenerino in forme di sfruttamento del lavoro.

La seconda parte del secondo comma dell'articolo 1, invece, impone all'amministrazione della giustizia minorile e delle misure di comunità il perseguimento di obiettivi educativi di grande portata. I riferimenti espliciti, in apertura della legge, ai percorsi di istruzione e di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, sono di particolare rilievo, in quanto costituiscono obiettivi fondamentali per un ragazzo o una ragazza in via di maturazione.

Gli articoli da 4 a 13 disciplinano le modalità di funzionamento e di esecuzione delle misure di comunità per i minorenni. Esse non si chiamano più, dunque, misure alternative alla detenzione, bensì misure di comunità. Un cambiamento non solo nominale. Esso costituisce il segno della loro elevazione a cuore e obiettivo primario dell'esecuzione penale per i ragazzi e le ragazze sottoposte a provvedimenti penali. Le misure non devono costituire

un'alternativa alla detenzione bensì la via per il ritorno in comunità. Il legislatore ha anche riposto attenzione al luogo della loro esecuzione. Va rispettato il principio di territorialità sempre però avendo uno sguardo ai rischi di un rientro all'interno di un contesto socialmente patogeno.

In materia di misure di comunità vanno sottolineate due significative novità insieme ad un'occasione normativa persa. Le due novità più importanti sono le seguenti: a) l'introduzione di una misura nuova – l'affidamento in sprova con detenzione domiciliare – che è un incrocio tra due misure pre-esistenti. Essa prevede che il giudice possa disporre la detenzione domiciliare in giorni determinati della settimana presso l'abitazione dell'affidato, altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, o comunità; b) l'allargamento delle possibilità normative di accesso alle misure rispetto a quanto previsto per gli adulti. L'occasione normativa mancata – la cui approvazione sarebbe stata viceversa coerente con la giurisprudenza prima richiamata della Corte Costituzionale – è quella che avrebbe dovuto escludere i minorenni dall'applicazione delle restrizioni di cui all'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. [69]

L'articolo 14 prevede la definizione di un progetto educativo individualizzato entro tre mesi dall'inizio dell'esecuzione della pena. La vita dentro gli istituti penali per minorenni è modellata intorno a un progetto educativo personalizzato e contiene attenuazioni rispetto alle asprezze della vita penitenziaria degli adulti (ad esempio è previsto un numero minimo di ore d'aria pari a quattro giornaliere e non due nonché la sanzione dell'esclusione da ogni attività in comune per non più di dieci giorni anziché quindici come invece previsto per gli adulti). Sono da menzionare altre due rilevanti novità rispetto all'ordinamento penitenziario del 1975. L'articolo 18 prevede che «*i detenuti possano essere ammessi a frequentare i corsi di istruzione o di formazione professionale all'esterno dell'istituto, previa intesa con istituzioni, imprese, coo-*

[69] Per un'analisi puntuale delle norme in materia di esecuzione delle misure di comunità e i cambiamenti rispetto alla disciplina prevista per gli adulti vedi i capitoli di M. G. Carnevale ed E. De Caro, in La riforma dell'ordinamento penitenziario (a cura di P. Gonnella), Torino, 2019.

perative 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». Non sono dunque le altre istituzioni – in questo caso quelle scolastiche – a entrare in carcere ma i detenuti a uscire e recarsi a scuola nella società libera. In questo modo il tasso di abbandono scolastico dovrebbe diminuire e la partecipazione ad attività educative dovrebbe aumentare. L'articolo 19 amplia notevolmente le possibilità per il detenuto di avere con i propri cari colloqui visivi (fino ad otto mensili, di cui almeno uno da svolgersi in un giorno festivo o prefestivo, della durata non inferiore a sessanta minuti e non superiore a novanta) e di telefonare (la durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di venti minuti e il detenuto può usufruire di un numero di conversazioni telefoniche non inferiore a due e non superiore a tre a settimana). La più grande novità della legge è inserita sempre all'interno dell'articolo 19 che concede al detenuto la possibilità di usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone a cui è affettivamente legato. Dunque viene previsto per la prima volta nel sistema penitenziario italiano il diritto alla sessualità, seppur per i soli detenuti ristretti negli istituti penali per minorenni. Sarà questa una breccia per portare analogo diritto nel sistema degli adulti oppure resterà norma scarsamente attuata anche nello stesso sistema minorile?

Silvia Talini

L'affettività ristretta[*]

SOMMARIO: 1. Sfera affettiva e pena detentiva. Riflessioni introduttive e inquadramento dell'indagine – 2. Tutela dei legami affettivi: dalla normativa penitenziaria agli apporti giurisprudenziali – 3. Il mantenimento delle relazioni affettive come posizione giuridica soggettiva. Il contributo della giurisprudenza di legittimità – 4. La sessualità intramuraria: un diritto negato – 5. Carcere e rapporto genitoriale: il diritto alla maternità/paternità nel corso dell'esecuzione penale – 6. Dall'Europa al Brasile: sistemi normativi a confronto. Cenni – 7. Riflessioni conclusive: quali possibili sviluppi dopo i decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario?

1. *Sfera affettiva e pena detentiva. Riflessioni introduttive e inquadramento dell'indagine*

In psicologia il termine "affettività" viene tradizionalmente utilizzato per indicare il complesso dinamico di fatti e fenomeni emotivi (sentimenti, emozioni, passioni etc.) che caratterizzano le tendenze e le reazioni psichiche dell'individuo[1]. Le varie sfumature in cui la dimensione affettiva può manifestarsi – e le relazioni che si instaurano al suo interno – assumono, in altri termini, una funzione modellatrice in grado di incidere a più livelli sulla relazione che intercorre tra soggetto, società e consociati[2].

[*] Il presente contributo costituisce un aggiornamento del lavoro dal titolo *L'affettività ristretta* già pubblicato nel fasc. 2/2015 di *Costituzionalismo.it*.

[1] G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2014, 39.

[2] Seppur con notevoli differenze, due tra i più importanti psichiatri del '900 inserirono la sfera affettiva tra gli elementi idonei a incidere sul funzionamento della psiche umana: S. FREUD, *L'Io e l'Es* (1922), Torino, 1985 e H. HARTMANN (1939), *Psicologia dell'Io e problema dell'adattamento*, Milano, 2006. Nel senso che la privazione della sfe-

Si comprende, allora, l'importanza di un'analisi che osservi come i rapporti emotivi possano "trasformarsi" da prerogativa umana in diritto soggettivo, trasformazione resa necessaria soprattutto in relazione alle situazioni in cui, per effetto di una sanzione penale, è lo stesso ordinamento giuridico a determinare una cesura degli affetti individuali attraverso l'applicazione di una misura detentiva.

L'indagine sulle conseguenze derivanti da tale distacco forzato si pone, quindi, non solo come un problema di natura medica, antropologica o sociologica ma anche – e soprattutto – come una questione giuridica, incidendo su una posizione soggettiva protetta dal dettato costituzionale: il diritto ai legami affettivi e familiari[3].

Si tratta, qui uno dei nodi maggiormente problematici, di un diritto complesso la cui struttura può facilmente ricondursi alla figura geometrica degli insiemi concentrici legati da rapporti di interdipendenza: si pensi, a titolo esemplificativo, alla tutela della filiazione, della genitorialità e della sessualità. Situazioni giuridiche estremamente diversificate ma funzionalmente rivolte ad apprestare effettiva protezione alla dimensione affettiva; sfera che all'interno dell'esecuzione penale assume una posizione di preminenza in vista della ricostruzione del percorso individuale del ristretto che dovrebbe consentire, stante il dettato costituzionale, un reinserimento nel consesso sociale (art. 27, terzo comma, Cost.).

ra affettiva aumenti il sentimento di oppressione ed emarginazione come conseguenza dei processi di regressione e deresponsabilizzazione, numerosi sociologi: Cfr. F. Ceraudo, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali,* in A. Sofri, F. Ceraudo, *Ferri battuti*, Pisa, 1999; M. Gresham, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Priceton, 1958; D. Clemmer, *The Prison Community*, Boston, 1941.

[3] Rilevano a tal riguardo gli artt. 2 e 3 della Costituzione, espressione del principio supremo della libertà-dignità (A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. Giur*, XIX, Roma, 1990, 20; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107), la tutela della famiglia e della maternità di cui agli artt. 29, 30 e 31 e, con specifico riguardo alla condizione detentiva, l'art. 27, terzo comma della Costituzione che, come noto, impone il rispetto del principio di umanizzazione e del finalismo rieducativo durante l'esecuzione penale. Si tratta di un quadro normativo indirettamente destinato a esplicare i suoi effetti non solo nei confronti della dimensione affettiva del ristretto ma anche verso i familiari; ciò in ragione della forza "bilaterale" che la pena assume in questo contesto (v. J. Matthews, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983).

All'interno di una sfera giuridica e relazionale tanto complessa, in cui le esigenze punitive si scontrano spesso con la valorizzazione dei legami personali, la bussola del legislatore non può che orientarsi grazie alle indicazioni provenienti da una giurisprudenza costituzionale pressoché costante, secondo cui alle persone private della libertà personale devono essere riconosciuti tutti i diritti costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire, esclusivamente, in ragione di comprovate e attuali esigenze di ordine e sicurezza[4]. A venire in gioco è la stessa legittimazione del potere sanzionatorio: se così non fosse, la logica del bilanciamento – che permette di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco – risulterebbe violata oltrepassando il punto di estrema tensione che, comportando il totale sacrificio di uno di essi, pregiudicherebbe la sua ineliminabile ragion d'essere[5].

Un'ultima considerazione appare necessaria al fine di cogliere

[4] Si vedano, tra le tante, le sentt. nn. 114/1979, 349/1993 e 26/1999. In riferimento all'ultima pronuncia, i giudici costituzionali ebbero modo di chiarire che i principi di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. «*si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti*». L'esecuzione, dunque, non può consistere «*in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà*». La restrizione della libertà personale, quindi, non può tradursi in una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione poiché «*la dignità della persona (…) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale*».

Sulla centralità di tale decisione in riferimento alla garanzia effettiva dei diritti sia consentito un rinvio a S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume. Specificamente sul concetto di dignità in relazione allo stato di detenzione, cfr. G.M. FLICK, *Per una nuova cultura della pena*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 22 settembre 2017; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 9 ss.; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 177 ss.; G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013; L. LIMOCCIA, *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli, 2012, 292 ss. Un'analisi empirica in argomento è contenuta in P. GONNELLA, *Carceri. I confini della dignità*, Milano, 2014.

[5] R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

la centralità del tema trattato e le sue implicazioni giuridiche, etiche e politiche. Alcuni diritti appartenenti alla dimensione affettività del ristretto, in ragione della sua natura complessa, possono agevolmente essere ricondotti alla categoria dei "diritti sommersi": posizioni giuridiche di vantaggio non espressamente contemplate – o non pienamente previste – dal dato normativo, ma che, ponendosi come diretta espressione del dettato costituzionale, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel diritto positivo e, conseguentemente, nella realtà penitenziaria.

Lo studio dell'esecuzione penale, infatti, impone un'indagine dinamica sui diritti, in cui il ragionamento condotto in termini di elenchi tassativi deve cedere il passo a un'analisi in progressivo sviluppo anche in riferimento all'evoluzione dei diritti – e alla percezione degli stessi – nella società civile.

Si tratta di un processo inevitabilmente osmotico tra carcere e realtà esterna che impone l'utilizzo di un metodo critico d'analisi, in grado di porre in costante relazione scelte legislative, silenzi normativi e interventi giurisprudenziali. Quanto sinora affermato risulta tanto più significativo se posto in relazione alla dimensione affettiva, a un diritto cioè direttamente incidente su corpo e psiche della persona ristretta, la cui mancata tutela incide significativamente sulle condizioni psicofisiche, comprimendo gli aspetti più intimi della sfera di garanzia posta dal dettato costituzionale a tutela della dignità umana.

Definite in questi termini le premesse per il corretto inquadramento dell'indagine, appare quanto mai necessario far luce sulla complessa natura del diritto in esame attraverso un'analisi che, prendendo le mosse dal quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, sappia far emergere la numerose criticità di quella che può definirsi "un'affettività ristretta".

2. *Tutela dei legami affittivi: dalla normativa penitenziaria agli apporti giurisprudenziali*

Quanto precede consente una prima riflessione prodromica all'analisi sulla natura del diritto in esame: la privazione della liber-

tà personale, conseguente all'applicazione di una misura detentiva, non si traduce esclusivamente in un obbligo di costrizione fisica, intesa come coazione idonea a limitare il movimento del corpo, ma soprattutto in una rilevante compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo. Tale restrizione, operata in ragione di esigenze di ordine e sicurezza, porta con sé un'ulteriore conseguenza idonea ad incidere sul detenuto: la perdita di una significativa parte del suo potere decisionale. Il ristretto non è libero di modellare autonomamente le relazioni interpersonali, è la legge a determinare quali legami siano meritevoli di tutela e, in relazione a tale scelta, a definirne tempi e modalità di godimento.

A una coazione sui corpi, quindi, corrisponde una coazione sui diritti che, con riguardo ai rapporti intimi, rischia di trasformare la privazione della libertà personale in privazione affettiva. Valutare come la normativa penitenziaria – nazionale e non – si ponga in relazione a tale dimensione significa, dunque, interrogarsi sulla liceità delle "flessioni in negativo" del diritto idonee a incidere sul corpo ristretto e, conseguentemente, sulle future possibilità di reinserimento.

Con riguardo alla normativa nazionale, essa risponde a un preciso obbligo di adempimento rispetto al dettato costituzionale in tema di esecuzione penale e tutela dei legami affettivi; il convincimento che la sfera relazionale rappresenti un aspetto indispensabile del trattamento, da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione, è ben espresso in diverse disposizioni dell'ordinamento penitenziario e del regolamento di esecuzione[6].

Da un'analisi d'insieme del quadro di riferimento, si evince nitidamente il duplice ruolo che il legislatore del '75 aveva inteso attribuire al mantenimento dei legami affettivi nel corso dell'esecuzione: per un verso parametro su cui modellare il processo di individualizzazione[7], per l'altro elemento positivo del trattamen-

[6] Rispettivamente legge n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" e d.P.R. n. 230 del 2000 "Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà".

[7] A norma dell'art. 13, primo comma, o.p. ("Individualizzazione del trattamento"): «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della perso-

to. V'è di più. La progressiva attenzione rivolta dalla normativa alla soggettività del ristretto ha fatto sì che l'antica logica della depersonalizzazione[8] lasciasse spazio a una piena valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto: gli istituti volti al mantenimento dei legami affettivi prescindono, oggi, da qualsiasi valutazione di tipo premiale svolta in riferimento alla condotta. Si punta così, almeno sul piano formale, alla creazione di un rinnovato sistema sanzionatorio, socialmente costruttivo e variamente diversificato, che consente di adeguare le conseguenze giuridiche del reato alle caratteristiche individuali dell'autore e alla sua condizione sociale[9].

Nitida espressione di tale volontà normativa sono: l'articolo 15 o.p. a norma del quale «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto […] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia» e, in modo ancor più incisivo, l'art. 28 o.p., secondo cui nel corso dell'esecuzione «particolare cura dev'essere dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[10].

Emblematico, in proposito, anche l'articolo 14-*quater*, quarto comma, o.p.: le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di sorveglianza particolare[11] non possono riguardare i colloqui con

nalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale».

[8] Logica che caratterizzava il primo Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento penitenziario adottato con il d.P.R. n. 431/1976 il quale, alla lettera b) dell'art. 76, comma 2, annoverava le visite tra le ricompense che il direttore poteva discrezionalmente concedere ai detenuti particolarmente meritevoli (si pensi, ad esempio, all'assidua partecipazione alle attività trattamentali offerte dall'istituto).

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

[10] Rispettivamente rubricati "Elementi del trattamento" e "Rapporti con la famiglia".

[11] Il regime di sorveglianza particolare, disciplinato dagli articoli 14-*bis*, *ter* e *quater* o.p., consente restrizioni al trattamento e ai diritti dei detenuti ritenuti pericolosi per la sicurezza penitenziaria. In base all'articolo 14-*bis* o.p. possono essere sottoposti a tale regime, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile ogni volta in misura non superiore a tre mesi, i detenuti che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza negli istituti penitenziari, quelli che con la violenza o le intimidazioni impediscono le attività degli altri detenuti, quelli che nella vita penitenziaria mettono in stato di soggezione altri ristretti.

i prossimi congiunti; e, soprattutto, il successivo art. 42, secondo comma, o.p.: «Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga»[12]. La previsione è stata ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 che ha premesso al primo comma dell'art. 14 o.p. il seguente: «I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari».

Si tratta, come noto, del principio di territorialità delle pena, declinabile anche in termini di diritto, oggi fortemente frustrato sul piano dell'effettività soprattutto a causa dell'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario[13].

I principi sinora esposti, lungi dal rappresentare mere enunciazioni formali, fungono da basi normative per altre previsioni riconducibili al mantenimento dei rapporti familiari: si pensi al diritto del detenuto a poter informare immediatamente la famiglia dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 o.p.); alla possibilità riconosciuta ai prossimi congiunti di richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria (art. 57 o.p.)[14];

[12] Testo così riformulato ad opera del d.lgs. n. 123 del 2018. In analoga direzione la precedente formulazione dell'art. 42 o.p. prevedeva che «nei trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie».

[13] Significative restrizioni a tali principi si pongono in relazione ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, a tal proposito si rinvia alla recente riflessione di M. NESTOLA *Il diritto all'affettività per i detenuti al 41-bis*, in *Affettività e carcere, un binomio (im)possibile*, *Giurisprudenza penale*, fasc. 2019, 2-bis, 159-182. Più in generale sul regime detentivo speciale si vedano, tra i molti, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in questo Volume; A, PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune consierazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in *Volti e maschere della pena – Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), Roma, 2013; P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, 2010; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012.

[14] In seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 123 del 2018 l'art. 57 o.p. ("Le-

all'attenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 o.p.), nonché al ruolo preminente assunto dalla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (art. 75 o.p.). Previsioni che, naturalmente, trovano ampia collocazione anche nella "Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati"[15], documento che esemplifica per detenuti e familiari quanto indicato nella normativa vigente anche in riferimento ai legami personali (numero dei colloqui visivi e telefonici, modalità di ingresso in istituto, svolgimento degli incontri etc.).

Evidente, dunque, come scopo precipuo del descritto quadro normativo sia la creazione di un apparato giuridico in cui le relazioni familiari continuino a incidere in maniera significativa sulle condizioni psicofisiche del ristretto e sulle sue prospettive di vita futura[16].

gittimazione alla richiesta di misure") è formulato come segue: «Le misure alternative e quelle di cui agli articoli 30, 30-ter, 52, 53 e 54 nonché all'articolo 6 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, possono essere richieste dal condannato, dall'internato, dai loro prossimi congiunti, dal difensore, ovvero proposte dal gruppo di osservazione e trattamento». Analoga attenzione alla dimensione affettiva è posta dal nuovo ultimo comma dell'art. 58 o.p., modificato dallo stesso decreto, ai sensi del quale: «Le attività di controllo sono svolte con modalità tali da garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento di attività lavorative».

[15] Art. 69, secondo comma, reg. esec.: «All'atto dell'ingresso, a ciascun detenuto o internato è consegnata la carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, contenente l'indicazione dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, delle strutture e dei servizi ad essi riservati», il cui contenuto è stato stabilito con decreto del Ministro della Giustizia il 5 dicembre 2012, in attuazione del d.P.R. n. 136 dello stesso anno.

[16] Riflesso dell'ordinamento penitenziario sono le indicazioni contenute negli articoli 37 ("Colloqui") e 61 ("Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento") dell'attuale regolamento di esecuzione. Gli istituti volti a migliorare, ristabilire e mantenere le relazioni affettive prescindono da una valutazione del comportamento del reo durante l'esecuzione penale e si ergono a strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire. Deve altresì richiamarsi l'eliminazione dei pannelli divisori durante i colloqui; la soppressione dell'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione degli incontri con persone diverse dai congiunti o conviventi; l'aumento del numero dei colloqui da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dallo stesso regolamento) e la scomparsa della previsione relativa ai due incontri supplementari la cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore.

Tale convincimento rappresenta – formalmente – uno degli aspetti più innovativi dell'attuale sistema penitenziario in conformità con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. Il riferimento è, *in primis,* agli articoli 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 12 ("Diritto al matrimonio") della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (di seguito CEDU)[17] e, con particolare riguardo alla condizione detentiva, alle due Raccomandazioni riguardanti gli effetti sociali e familiari derivanti dalla detenzione (Racc. n. 1340 del 1997 del Consiglio d'Europa e Racc. R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006)[18]. Nella prima raccomandazione, si pone in luce la necessità di predisporre all'interno degli istituti penitenziari dei luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visita-

Particolarmente critica appare la disciplina in tema di corrispondenza telefonica ed epistolare (art. 39 reg. esec.) rilevandosi un'inidoneità quantitativa (una chiamata una volta alla settima della durata di dieci minuti) e numerose difficoltà in ordine all'accesso. Si pensi all'obbligo di inoltrare istanza scritta all'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione, alle procedure per la verifica della rispondenza tra numero telefonico e nominativo nonché alla necessità di effettuare la chiamata sotto il controllo del personale penitenziario. Sono criticità che aumentano in riferimento ai detenuti stranieri per i quali la corrispondenza telefonica rappresenta l'unico strumento per mantenere i contatti con il nucleo familiare; a questo proposito va menzionata la necessità di un'autorizzazione da parte delle autorità consolari e di avvalersi dell'ausilio di un interprete iscritto negli albi del tribunale nel cui circondario ha sede l'istituto (circolare DAP n. 3254/5704 del 1988).

[17] Sulla portata delle disposizioni contenute nella Convenzione EDU e sull'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nel sistema interno, cfr. *ex plurimis*: V. ZAGREBELSKY, *La Corte dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il foro it*., 2012, V, 29; G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in M. RUOTOLO, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur*., 2010; M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R.R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

[18] Si tratta di atti che, seppur privi di forza vincolante perché appartenenti alla c.d. *soft-law*, ben esprimono l'esigenza di predisporre strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto anche attraverso un'ampia protezione della sua sfera affettiva.

tori da soli, superando così una delle più gravi restrizioni imposte dall'attuale quadro normativo nazionale[19].

La successiva raccomandazione del 2006 specifica che «i detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, terze persone, rappresentanti di organismi esterni e a ricevere visite da dette persone»; ancora al quarto comma della Regola n. 24 si specifica che: «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali». Tale disposizione, di per sé rilevante per il riferimento alla "normalità" delle relazioni familiari, contiene una specificazione – nel commento in calce – quanto ai tempi di godimento del diritto: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate» in quanto la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i *partner*»[20].

La consapevolezza che il mantenimento dei legami affettivi rappresenti una condizione irrinunciabile per la costruzione di un percorso individuale anche nel corso dell'esecuzione penale, è ben espresso altresì dalle c.d. "Regole di Bangkok", adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010[21]. Le Regole nn. 23, 26 e 28, in particolare, prescrivono il divieto di adottare, tramite provvedimenti disciplinari, misure in grado di incidere sui contatti con il mondo esterno e, più in generale, sanciscono la necessità di prevedere misure idonee a far fronte alle difficoltà derivanti dalla reclusione in un istituto lontano dal proprio domicilio, in ossequio al citato principio di territorialità della

[19] L'attuale formulazione dell'art. 18, secondo comma, o.p. ("Colloqui) prevede l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia per l'intera durata degli incontri. Come si avrà modo di specificare, tale imperativo è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale riguardante l'annosa questione della garanzia del diritto alla sessualità intramuraria (*infra,* par. 4).

[20] A ulteriore conferma della tendenza del regime penitenziario europeo, l'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra le posizioni da garantire ai detenuti il diritto ad avere «una vita affettiva e sessuale attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi».

[21] "Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati".

pena. A questo fine, devono essere incoraggiati colloqui prolungati e, nel caso di madri detenute con figli in affidamento, la normativa deve predisporre meccanismi che facilitino gli incontri, in ragione del preminente interesse del minore rispetto alle esigenze di pubblica sicurezza (Regola n. 52)[22].

3. *Il mantenimento delle relazioni affettive come posizione giuridica soggettiva. Il contributo della giurisprudenza di legittimità*

Il diritto all'affettività – inteso come possibilità di coltivare in senso ampio i rapporti che conformano la sfera intima dell'individuo – integra, dunque, una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e tutelabile dinnanzi alla magistratura di sorveglianza. Occorre tuttavia rilevare come tale processo di formale previsione del diritto risulterebbe privo di ogni significato – trasformandosi in una mera formulazione statica e astratta – se al riconoscimento della titolarità non corrispondessero effettive forme di tutela idonee a garantire ogni aspetto in cui la sfera affettiva si manifesti.

Se è vero che l'intervento del '75 ha segnato un adeguamento della normativa ai principi posti dal dettato costituzionale, aprendo la strada a una pena umana, rieducativa e risocializzante in cui il mantenimento dei legami affettivi si erge a elemento positivo del trattamento (art. 15 o.p.), è altrettanto vero che un contributo significativo nel percorrere tale strada è giunto dalla giurisprudenza. Nelle riflessioni che seguono, riguardanti due diritti in cui l'affettività si manifesta (genitorialità e sessualità), si concentrerà l'indagine sul contributo offerto dalla giurisprudenza di legittimità, che ha agito a più riprese sul contenuto del diritto – ora definendo i suoi contenuti, ora ampliandone la portata. Con riguardo al primo profilo, la Corte di Cassazione ha chiaramente specificato che, integrando il mantenimento delle relazioni familiari un diritto

[22] Per un quadro maggiormente esaustivo delle previsioni poste dall'ordinamento penitenziario e dalla normativa sovranazionale a tutela dei legami affettivi delle persone detenute sia consentito un rinvio a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normativa, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 253-271.

soggettivo facente parte del trattamento penitenziario, l'adozione di generalizzate restrizioni in ambito affettivo comporta un'ulteriore afflizione nel grado di privazione della libertà personale. Tale aggravio richiede necessariamente il rispetto delle garanzie poste dall'art. 13, secondo comma, Cost.[23]; ciò in quanto i rapporti affettivi «*sono tanto più preziosi in quanto costituiscono l'unico ambito nel quale possono trovare riconoscimento istanze fondamentali quali quelle alla, e della, famiglia, comprimibili solo ove ricorrano comprovate e motivate esigenze di ordine e sicurezza*»[24].

In un momento successivo, la stessa Corte ha espressamente riconosciuto come diritto soggettivo il «*mantenimento delle relazioni affettive familiari, che trova nell'istituto dei colloqui la sua principale forma di espressione, costituendo la condizione di effettività del diritto stesso*»[25].

Sotto il secondo profilo – definizione del contenuto del diritto – la giurisprudenza di legittimità si è espressa sulla portata dei limiti alla carcerazione preventiva, a tutela del rapporto genitoriale con i figli minori. Chiamata a pronunciarsi su una questione estremamente delicata[26], la Suprema Corte ha agito sul significato del diritto all'affettività risolvendo il bilanciamento in senso favorevole al minore: in tema di misure cautelari personali, il manteni-

[23] Il riferimento è, naturalmente, alla doppia riserva di legge e di giurisdizione: «Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge» (art. 13, secondo comma, Cost.).

[24] Cass. Sez. Un., sent. n. 6754/2003. La stessa Corte ha successivamente affermato che i provvedimenti idonei ad incidere sulle istanze riguardanti i colloqui, potendosi risolvere in un inasprimento del grado di afflittività della pena, incidono sui diritti soggettivi risultando pertanto ricorribili in Cassazione (Cass. Sez. I, sentt. nn. 26835/2011 e 47326/2011). In riferimento al regime detentivo speciale (art. 41-*bis* o.p.), i giudici di legittimità hanno stabilito che il colloquio mensile possa essere prolungato fino a due ore qualora i familiari, purché residenti in un comune diverso da quello dell'istituto di detenzione, non abbiano fruito dell'incontro nel mese precedente alla richiesta (Cass. Sez. I, sentt. nn. 52545/2014, 39537/2013, 49732/2013, 49733/2013, 49734/2013).

[25] Cass. Sez. I, sent. n. 52544/2014.

[26] Il ricorrente, padre di tre figli di cui uno infraseenne e un altro di quindici anni affetto da patologia tale da non renderlo autonomo, aveva chiesto al Tribunale di Sorveglianza la revoca – o la sostituzione – della custodia cautelare atteso che la moglie, anch'essa affetta da grave patologia, non era in grado di occuparsi del figlio infraseenne essendo le sue energie interamente assorbite nelle cure prestate al figlio disabile.

mento della custodia in carcere «*non può essere giustificato avendo riguardo alla presenza di altri familiari o di strutture assistenziali, in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui fungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia*»[27].

V'è di più. La Suprema Corte, attraverso un lungo *iter* giurisprudenziale, ha saputo intervenire sul dato normativo contribuendo al processo di emersione di uno dei diritti maggiormente attinenti alla sfera dell'affettività: il riferimento è alla tutela della paternità (o maternità) per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale attraverso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA)[28]. Prendendo le mosse da una nota pronuncia della Corte costituzionale[29], il Giudice di legittimità – servendosi di un'interpretazione costituzionalmente orientata – giunge ad affermare che nelle situazioni in cui occorre bilanciare sicurezza e garanzia di un diritto «*il principio da applicare […] non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione […], il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto*»[30]. Ne deriva che i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, affetti da malattie virali con elevato rischio di trasmissio-

[27] Cass. sent. n. 4748/2013. Nel senso di attribuire una posizione di preminenza all'interesse del minore rispetto alle esigenze punitive anche Cass, II Sez., sent. n. 541/2012 e Cass., Sez. V, n. 41626/2007. Occorre tuttavia rilevare come l'orientamento della prima sezione penale si muova in una direzione opposta in materia di regime detentivo speciale. Lo dimostra la sentenza n. 28250/2014 in cui la Corte afferma espressamente l'inderogabilità della disposizione che prevede l'allontanamento dei familiari del minore durante l'incontro diretto tra il detenuto e il figlio senza vetro divisorio.

[28] L'accesso alla PMA è attualmente disciplinato dalla legge n. 40 del 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Ai sensi del primo comma dell'art. 4 ("Accesso alle tecniche"): «Il ricorso è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

[29] Il riferimento è alla già citata sentenza n. 26 del 1999.

[30] Considerazioni peraltro ribadite dalla stessa Corte nella sentenza n. 46728 del 2011.

ne[31] o impeditive della procreazione, possono essere autorizzati al prelievo di liquido seminale al fine di accedere alla PMA poiché «*il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale*». Lo stato detentivo, quindi, non costituisce – e non può costituire – causa ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dal dettato costituzionale senza alcuna distinzione tra liberi e ristretti, purché la limitazione non appaia giustificata da preminenti esigenze di sicurezza[32].

È anche grazie a tali pronunce che il diritto all'affettività ha assunto un significato più esteso rispetto all'originaria formulazione: attraverso l'ampliamento del suo contenuto la giurisprudenza ha consentito l'ingresso – all'interno dei flessibili confini del diritto – di situazioni originariamente non previste dalla normativa, ma espressione del dettato costituzionale. Si tratta di un processo giurisprudenziale di emersione dei diritti guidato dall'opera dalla Corte costituzionale, una prassi sviluppatasi in reazione alla frequente inerzia parlamentare o a scelte normative spesso lacunose, incoerenti e lontane dalla realizzazione dei principi costituzionali che la riforma del '75 poneva a tutela della dignità della persona detenuta. Dunque, nonostante ci si muova in un sistema che, come ampiamente illustrato, attribuisce primaria importanza al mantenimento dei legami affettivi, la normativa penitenziaria presenta

[31] Cass. sent. n. 11259/2009.

[32] Occorre tuttavia rilevare come la Cassazione abbia assunto un atteggiamento diametralmente opposto in riferimento al diritto alla sessualità intramuraria (*infra* par. 4) dichiarando che «*non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto […] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere*». L'istituto normativamente preposto a offrire tutela all'esigenza sessuale sarebbe piuttosto il permesso premio; in ragione di ciò «*non vi è alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un'esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di detenzione […]. Tra gli eventi di particolare gravità può rientrare tutto ciò che ha il carattere dell'eccezionalità e non il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità*» (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008 in linea di continuità con la giurisprudenza precedente: sentt. nn. 1553 e 1524 del 1992).

In ordine alla questione relativa all'accesso alle tecniche di PMA, come esempio di "emersione applicativa" di un diritto ad opera della giurisprudenza di legittimità, si rinvia all'ampia riflessione contenuta in S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 212-221.

– ancora oggi – diverse criticità in riferimento alla garanzia dell'affettività: è all'interno di tale "cono d'ombra" che si collocano le riflessioni intorno al diritto alla sessualità intramuraria e alla genitorialità in carcere.

4. *La sessualità intramuraria: un diritto negato*

È stato ampiamente messo in luce come il mantenimento della sfera affettiva del ristretto si ponga quale elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi costituzionali. L'allontanamento forzato dai legami affettivi determina cioè profondi cambiamenti nell'identità della persona, tali da poter compromettere il percorso di reinserimento sociale che l'art. 27, terzo comma, Cost. pone a fondamento della funzione della pena[33].

Se tali affermazioni, almeno in termini generali, sembrano ricadere nell'ovvietà, le stesse considerazioni, in riferimento alla ricerca del nucleo del diritto all'affettività ristretta, assumono primaria rilevanza. In effetti, le eterogenee disposizioni poste a tutela dei legami personali non contemplano norme a garanzia dell'espressione – anche fisica – dell'affettività. È un silenzio, questo, che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per tutti i detenuti, e relativi *partners*, che non possono accedere ai permessi premio *ex* art. 30-*ter* o.p.[34].

Il paradosso giuridico si mostra in tutta la sua evidenza: se, per un verso, la garanzia del diritto al mantenimento dei legami

[33] Sulla funzione della pena, tra i molti, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 1 ss. Con riguardo all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale si vedano le sentt. nn. 12/1966, 22/1971, 264/1974, 282/1989, 313/1990, 129/2008 e 149/2018.

[34] Si tratta dei permessi all'esterno del carcere in grado di riportare la sessualità in una dimensione di "normalità". Occorre tuttavia rilevare il carattere meramente residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione delle misure premiali.

Per un approfondimento riguardo alle problematiche connesse alla concessione dei permessi premio e di quelli ordinari (art. 30 o.p.), anche a seguito dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario dell'ottobre 2018, si rinvia a S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 262-265.

familiari assume la qualifica di elemento positivo del trattamento penitenziario – da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione –, per l'altro il silenzio della normativa impedisce la tutela del diritto alla sessualità intramuraria. Si legittima, così, il degradante fenomeno dei c.d. "matrimoni bianchi", che vedono la celebrazione dell'atto non seguita dalla consumazione dello stesso, e parallelamente una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, *de facto*, la qualifica di conseguenza accessoria della pena, senza che vi siano esigenze di ordine e sicurezza tali da giustificare siffatta negazione *tout court* del diritto.

La questione, quanto mai delicata, rivela la sua complessità anche in relazione al disinteresse manifestato dalle forze politiche al governo negli ultimi decenni: la storia parlamentare dei progetti di legge in materia di affettività-sessualità intramuraria è costellata da numerosi insuccessi, riconducibili alla silente – ma indiscutibilmente consapevole – volontà del legislatore, tesa a impedire l'emersione del diritto[35].

Un'apertura in questo senso era stata tentata durante la XIII legislatura, in occasione dell'approvazione del regolamento penitenziario del 2000; lo schema originario dell'attuale art. 61 prevedeva la possibilità, per il direttore dell'istituto, di concedere uno speciale permesso volto a consentire ai ristretti di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore continuative in apposite unità abitative, con un controllo limitato alla sorveglianza esterna

[35] Particolare attenzione merita il disegno di legge n. 3420 presentato il 24 luglio 2012, su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante. La proposta era tesa a un rinnovamento del quadro normativo mediante la modifica dell'art. 28 o.p., con l'introduzione di una visita al mese – della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro – in locali appositamente adibiti senza controlli auditivi e visivi; prevedeva altresì la modifica dell'art. 30 o.p. attraverso la concessione dei c.d. "permessi di necessità" per eventi familiari di particolare rilevanza nonché dell'art. 30-*ter* o.p., attraverso un ulteriore permesso di dieci giorni ogni semestre per coltivare specificatamente interessi affettivi.

Nella stessa direzione erano mosse le precedenti proposte di legge: n. 1503, d'iniziativa dell'on. Folena, presentata il 13 giugno 1996; n. 3331, d'iniziativa dell'on. Pisapia, presentata il 28 febbraio 1997; n. 3020, d'iniziativa degli on.li Boato e Ruggieri, presentata il 12 luglio 2002; n. 3801, d'iniziativa degli on.li Schirru e Codurelli, presentata il 21 ottobre 2010 e n. 63, d'iniziativa del senatore Malabarba, presentata il 28 aprile 2006.

dei locali[36]. La proposta, seppur apprezzabile sul piano del riconoscimento della sessualità in ambiente penitenziario, ha tuttavia incontrato il parere sfavorevole del Consiglio di Stato il quale, nell'adunanza del 17 aprile 2000[37], ha rilevato come l'introduzione fosse concretamente complessa «*stante il forte divario tra modello trattamentale teorico, prefigurato dal nuovo regolamento penitenziario e inadeguatezza del carcere "reale"*» e giuridicamente inidonea in considerazione dell'impossibilità di introdurre norme a favore della sessualità intramuraria mediante fonte regolamentare[38]. L'originaria formulazione, in effetti, era destinata a scontrarsi con l'insormontabile ostacolo gerarchico rappresentato dalla previsione di cui al secondo comma dell'art. 18 o.p., a norma del quale «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia»[39].

[36] P. CANEVELLI, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *"Diritto Penale e Processo"*, 10, 2000, 1321.

[37] Parere n. 61 del 2000.

[38] Sulla scia di tali considerazioni, era difficilmente ipotizzabile che il diritto alla sessualità intramuraria trovasse spazio nella citata "Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati" di cui all'art. 69, comma 2 del Regolamento di esecuzione. Pur trattandosi di un intervento che ha avuto sicuramente il pregio di consentire al detenuto una maggiore consapevolezza delle regole applicate nell'ambiente detentivo, le disposizioni volte al mantenimento dei rapporti con la società esterna restano pressoché invariate. Con riguardo alla disciplina dei colloqui la Carta, oltre a mantenere la previsione dei sei incontri mensili, ribadisce che gli stessi si svolgono in appositi locali senza mezzi divisori ma inderogabilmente sotto il controllo visivo (non anche auditivo) del personale di sorveglianza.

[39] Va peraltro rilevato come, alla luce di tale articolo, spetterebbe alle direzioni dei singoli istituti dotarsi di aree idonee allo svolgimento dei colloqui: luoghi e modalità di godimento assumono infatti una rilevanza primaria per la creazione di una situazione favorevole all'espressione dell'affettività di ciascun individuo (si pensi all'importanza di predisporre aree all'esterno degli istituti in grado di diminuire – soprattutto in relazione all'incontro con i figli – l'impatto potenzialmente traumatico con la realtà carceraria). A questo proposito deve rilevarsi come l'Amministrazione penitenziaria, con la circolare n. 3478 del 1998, abbia stimolato la realizzazione di spazi all'aperto sottolineando come «non vi sia alcuna ragione ordinamentale che impedisca lo sviluppo delle aree verdi come modalità generalizzata di svolgimento di colloqui e che veda la partecipazione di tutto il nucleo familiare o di altre persone che abbiano un vincolo significativo». Occorre tuttavia precisare che – in concreto – l'inadeguatezza delle strutture penitenziarie (spesso ospitate in vecchi edifici) e le scarse risorse economiche, rendano difficile la realizzazione di spazi all'esterno effettivamente idonei a favorire il mantenimento delle

La stessa previsione è apparsa idonea a riportare l'affettività in una dimensione "naturale" anche in una nota questione di costituzionalità sollevata proprio in riferimento all'emersione del diritto alla sessualità intramuraria. Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha chiesto alla Corte di censurare l'art. 18, secondo comma, o.p. nella parte in cui, imponendo l'obbligatorio controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, impedisce di fatto la piena esplicazione del diritto all'affettività, di cui la sfera sessuale costituisce un'imprescindibile modalità di espressione[40]. La scelta normativa si porrebbe in contrasto con diversi parametri costituzionali – primi fra i quali il principio supremo della libertà-dignità[41] consacrato dagli articoli 2 e 3 Cost. –, con l'applicazione di una pena umana, rieducativa e risocializzante imposta dall'art. 27, terzo comma, Cost., con il ruolo propulsivo assunto dallo Stato nel favorire, proteggere e agevolare la famiglia e la maternità (artt. 29, primo comma e 31 Cost.) e con la tutela accordata al diritto alla salute dall'art. 32 Cost.

Inoltre, prosegue il giudice *a quo*, il riconoscimento dell'espressione anche fisica dell'affettività, quale specifica declinazione di un diritto fondamentale della persona detenuta, sarebbe costituzionalmente auspicabile anche in relazione alla citata "tendenza normativa del regime europeo"[42] e alla giurisprudenza della Cor-

relazioni affettive, creando spesso una disparità di trattamento a seconda del luogo di detenzione.

Sulla disciplina dei colloqui in generale e suoi rapporti con la famiglia cfr. E. Bertolotto, *Art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), Padova, 2011, 227 ss.; P. Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 175 ss. e M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti,* cit., 75 ss.

[40] Ordinanza di rimessione n. 132 del 2012. Per un approfondimento sull'ordinanza: C. Renoldi*, Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale,* in *Quest. giust.,* 2012, n. 4, 215 ss.; sia consentito altresì un rinvio a S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale,* in *www.forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2012.

[41] A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, cit., 20; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107.

[42] Il riferimento è agli artt. 3 e 8, co. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alle due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1340/1997, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, e alla regola n. 24.4 sulle regole penitenziarie europee del 2006. A conferma di tale "tendenza" l'art. 1 lett. c) della Raccoman-

te Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare i giudici di Strasburgo, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12 della Convenzione ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e "Diritto al matrimonio"), hanno più volte manifestato il proprio apprezzamento nei confronti dei movimenti di riforma in tal senso equiparando, sotto il profilo soggettivo, il convivente stabile al coniuge nel godimento del diritto[43].

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 301 del 2012, ha dichiarato inammissibile la questione: la giurisprudenza costituzionale non può spingersi sino a favorire la completa emersione del diritto alla sessualità intramuraria, rendendosi necessario uno specifico intervento legislativo in tal senso[44]. Il *petitum*, in altri termini, sarebbe comunque incongruo rispetto allo scopo perseguidazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra i diritti da riconoscere ai detenuti quello ad avere «una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

La tendenza appare altresì confermata dai sistemi penitenziari di numerosi paesi anche al di fuori dell'area comunitaria (*infra* par. 6).

[43] Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro Regno Unito*, ricorsi n. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980. Sull'equiparazione del convivente stabile Corte EDU, 22 maggio 2008, *Petrov contro Bulgaria*, ricorso n. 15197/02.

Una recente riflessione sulla tutela dei legami affettivi in carcere dinnanzi ai giudici di Strasburgo è contenuta in M.E. Salerno, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Affettività e carcere, un binomio (im)possibile*, cit., 46-62.

In riferimento alla tutela della dignità umana nella giurisprudenza delle Corti europee v. V. Zagrebelsky, M. De Salvia, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee,* Milano, 2006, 46 ss. e M. Di Ciommo, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010, 201 ss.

Occorre tuttavia precisare che, al contrario, la giurisprudenza di legittimità italiana è tesa ad avallare la mancata previsione del diritto alla sessualità intramuraria in ragione di preminenti esigenze di ordine e sicurezza (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008; Cass., Sez. 1, sent. n. 1553/1992; Cass., Sez. 1, ord. n. 1524/1992).

[44] Preme ricordare come il primo motivo di inammissibilità risieda nell'assoluta mancanza di una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il rimettente a ritenere applicabile la norma al caso di specie stante il principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione (Corte cost. sent. n. 338/2011 e ord. n. 93 e 127 del 2012 e n. 260/2011).

to; l'eliminazione del controllo a vista di cui all'art. 18, secondo comma, o.p., non comporterebbe l'automatico riconoscimento del diritto alla sessualità, per due ordini di motivi. Da un lato, l'obbligatorietà della sorveglianza trova la sua ragion d'essere nella necessità di apprestare tutela all'ordine e alla sicurezza; la circostanza che tale statuizione renda di fatto impossibili i rapporti affettivi e sessuali costituisce solo un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di controllo sulla generalità dei colloqui. Dall'altro, il richiesto intervento ablativo non sarebbe di per sé sufficiente a ottenere il riconoscimento del diritto, presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche in riferimento al processo di bilanciamento che vede contrapposti l'esplicarsi del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate alla condizione detentiva. Scelta discrezionale che sarebbe compiuta dalla Corte qualora intervenisse con la richiesta sentenza additiva.

La pronuncia assume tuttavia un'importante valenza monitoria: una riforma del sistema penitenziario idonea ad apprestare adeguata tutela al diritto alla sessualità, proseguono i giudici costituzionali, sarebbe quantomeno auspicabile non solo in riferimento alla più volte ricordata tendenza europea, ma anche – e soprattutto – in relazione al tentativo di valorizzare i principi costituzionali in materia penitenziaria. Se la rieducazione è una delle qualità essenziali della pena, che ne caratterizza il contenuto ontologico[45], essa difficilmente potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, connotato dell'identità di ogni individuo.

Dalle riflessioni che precedono discende una naturale considerazione di carattere generale. Ragionare intorno alla *ratio* della negazione del diritto non significa valutare la previsione della sessualità intramuraria in termini etici o morali, quanto piuttosto interrogarsi sul bilanciamento tra valori costituzionali. Qui il nucleo della *quaestio*: occorre stabilire quando la preminenza delle esigenze di sicurezza debba ritenersi giustificata, se non si vuole rischiare di relegare le ipotesi di riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti al rango di mera eccezione.

[45] Corte costituzionale nella nota sentenza n. 313 del 1990.

Se, per quel che concerne la sessualità intramuraria, vi sono ipotesi in cui tale compressione appare inevitabile – si pensi alle limitazioni dei diritti per i soggetti sottoposti al regime speciale – una valutazione complessiva della normativa non può che condurre a differenti conclusioni considerando la sessualità ristretta come posizione giuridica soggettiva nella sua più ampia accezione. In altri termini, generiche esigenze di sicurezza – accompagnate da «*una costante sorveglianza di principio*»[46] – non possono giustificare quella che appare non già come compressione del diritto alla sessualità intramuraria, ma negazione *tout court* dello stesso; negazione che appare difficilmente giustificabile in termini di compatibilità con il dettato costituzionale.

5. *Carcere e rapporto genitoriale: il diritto alla maternità/paternità nel corso dell'esecuzione penale*

La normativa penitenziaria, pur non contemplando un diritto alla sessualità intramuraria, attribuisce preminente rilevanza ai legami familiari, affinché questi continuino a incidere sulle prospettive di vita futura del ristretto. Poste in questi termini le premesse per l'indagine, occorre chiedersi come si ponga tale principio non solo in riferimento alla sessualità intramuraria, ma anche in relazione ad altro diritto afferente alla sfera dell'affettività ristretta: la genitorialità in carcere. Oltre ai citati istituti di carattere generale (colloqui, visite, permessi), la legge penitenziaria dedica numerose disposizioni alla tutela del rapporto con i figli; la più discussa delle quali è quella che consente alle madri detenute di tenere «presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido»[47]. Non è difficile immaginare

[46] Così il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione.

[47] A seguito dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario dell'ottobre 2018 la previsione è attualmente contenuta nell'art. 14, settimo comma, o.p., mentre la disciplina regolamentare si trova nell'articolo 19 reg. esec.

Fortunatamente il numero dei minori in carcere è relativamente esiguo: nel corso degli anni ha oscillato tra le 40 e le 70 unità. I dati sono costantemente aggiornati nella sezione "Statistiche" del sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*).

come il sovraffollamento carcerario, le rigide regole degli istituti e il contatto forzato con soggetti esterni al nucleo familiare creino una situazione di forte tensione che, ripercuotendosi sullo sviluppo psicofisico del minore, risulta difficilmente compatibile con il quadro costituzionale e internazionale in materia[48]. Il problema, ancora una volta, è calibrare l'intensità della pretesa punitiva dello Stato tenendo conto dei diversi bisogni dei periodi dell'infanzia e del ruolo fondamentale che, all'interno di questi, gioca il rapporto con le figure genitoriali di riferimento. Rilevante, in questo senso, il principio della "bigenitorialità" inteso come diritto del figlio a mantenere rapporti con entrambi i genitori: al minore va quindi assicurata la possibilità di intrattenere un rapporto equilibrato e continuativo sia con la figura materna sia con quella paterna, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale[49].

[48] Quanto alle fonte costituzionale le norme di riferimento sono, ancora una volta, gli articoli 30, 31 e 32 Cost. volti alla salvaguardia della maternità, dell'infanzia, dell'integrità psico-fisica dei minori e della loro salute. A livello sovranazionale significativa è la Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia del 1989, ratificata dall'Italia nel maggio 1991 (l. n. 176/1991). L'art. 3, primo comma, della Convenzione stabilisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi (...) l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Rilevante altresì il rapporto sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale dell'ONU nel giugno 2012 in cui, con specifico riferimento all'Italia, vengono indirizzate alcune raccomandazioni sul piano delle riforme politiche e legislative; ciò al fine di «promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore».

Si ricorda, infine, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 a proposito della necessità di adottare una strategia comune dell'Unione europea sui diritti dei minori (2007/2093(INI)).

[49] Il diritto è posto dalla legge n. 54 del 2006 "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli" e dal successivo decreto legislativo n. 154 del 2014 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art, 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219".

Del resto il diritto-dovere di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli, sancito dal primo comma dell'art. 30 Cost., nonché dagli articoli 147 ("Doveri verso i figli") e 315-*bis* (Diritti e doveri del figlio) del codice civile, risulta inequivocabilmente

La progressiva preminenza assunta dagli interessi del minore rispetto alle esigenze punitive è ben espressa, seppur con diverse ombre, nella legge di riforma n. 62 del 2011[50] nata dall'intento, esplicitato nei lavori preparatori, di superare i limiti applicativi emersi dall'esperienza precedente e il degradante fenomeno dei "bambini detenuti"[51]. Tra le modifiche apportate al codice di rito e all'ordinamento penitenziario[52], la legge prevede l'istituzione di nuove strutture – Istituti a custodia attenuata (di seguito ICAM) e case famiglia protette – introdotti nel tentativo di evitare che i minori soffrano l'esperienza della carcerazione forzata, attraverso la predisposizione di luoghi alternativi al carcere nei quali sia possibile tutelare il rapporto con il genitore che si trovi in stato

rivolto ad entrambe le figure genitoriali: ai "genitori" senza distinzioni si riferisce, infatti, la citata norma costituzionale; di "ambedue i coniugi" parla l'art. 147 c.c. e di nuovo "ai genitori" si rivolge l'art. 315-*bis* c.c.

Sul punto risulta altresì rilevante la sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 1990 che, spostando il punto di bilanciamento in una posizione sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo del minore, ha posto le basi per l'affermazione del principio di parificazione genitoriale nella concessione dei benefici penitenziari affermando che «la previsione dell'art. 47-*ter* secondo cui soltanto alla madre viene riconosciuto, mediante la concessione della detenzione domiciliare, il diritto-dovere di assistere la prole infratreenne, nega implicitamente al padre l'esercizio dello stesso diritto e l'adempimento dell'identico dovere per il caso in cui la madre manchi o sia assolutamente impossibilitata ad espletare quel compito: eppure si tratta di compiti doverosi che la Costituzione affida, invece, alla pari responsabilità dei genitori».

[50] Titolata "Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori". Su cui, più ampiamente, F. Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. di merito*, 2011, 2616 ss.

[51] Tra i principali interventi di riforma in materia: l. n. 663 del 1986 (c.d. "Gozzini"); l. n. 165 del 1998 e, soprattutto, l. n. 40 del 2001 (c.d. "Finocchiaro"). Con particolare riguardo a quest'ultimo intervento, si evidenzia come le novità introdotte non siano applicabili nei confronti della maggior parte delle madri in carcere: straniere senza residenza, tossicodipendenti e detenute in attesa di giudizio. Sul fenomeno dei bambini detenuti v., di recente, M. Minafra, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, in *Affettività e carcere, un binomio (im) possibile*, cit., 102 ss. Sull'evoluzione storica della condizione delle donne detenute v. A. Roscioli, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2007, n. 3, 459 ss.

[52] Per un'indagine sulle modifiche apportate v. F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4, 2012.

di privazione della libertà personale[53]. Nonostante gli indiscutibili passi avanti raggiunti attraverso tale intervento di riforma, il legislatore non ha tuttavia attribuito alla tutela dell'infanzia una posizione di assoluta preminenza, tale da eliminare il fenomeno delle sezioni nido all'interno degli istituti: la disciplina non è applicabile nei confronti delle condannate per uno dei reati ostativi elencati dall'art. 4-*bis* o.p., con la conseguenza che in questo caso tornerà a essere applicabile l'esecuzione in istituto[54].

Ne deriva che, almeno in questo caso, il bilanciamento sarà affidato all'opera della giurisprudenza che dovrà, utilizzando un metodo casistico, valutare in che relazione si ponga la protezione della maternità (e del minore) con le esigenze punitive dello Stato[55]. È quanto avvenuto nelle sentenze della Corte costituzionale

[53] In estrema sintesi può dirsi che – in assenza di indicazioni legislative – gli ICAM hanno assunto le caratteristiche del primo istituto attivo in Italia, che opera come sezione distaccata del carcere di San Vittore (a cui si aggiungono le caratteristiche degli Istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti, c.d. ICATT): strutture arredate in modo familiare, dotate dei necessari sistemi di sicurezza ma prive dei tratti caratteristici dell'edilizia carceraria (sbarre, celle chiuse e così via); numero ristretto di posti, spazi tendenzialmente aperti con libertà di circolazione, presenza di operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli, agenti di Polizia penitenziaria in borghese e possibilità per i bambini di frequentare il nido di zona così favorendo relazioni diversificate.

Il decreto del Ministero della Giustizia del 26 luglio 2012 ha invece definito le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette: strutture tali da consentire una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; un massimo di sei nuclei familiari per istituto; predisposizione di spazi da destinare al gioco e agli incontri al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi.

Per un approfondimento sulle caratteristiche di tali istituti v. P. Corso, *Il trattamento dei condannati*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, 78 ss.; sulle problematiche connesse alla condizione detentiva delle donne si rinvia a P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in questo Volume.

[54] A ciò si aggiunge il rilevante problema relativo al finanziamento delle strutture: la legge e il decreto attuativo dispongono esplicitamente che la costruzione deve avvenire senza oneri per l'amministrazione penitenziaria, sia sotto il profilo della realizzazione sia con riferimento all'aspetto gestionale. Inoltre, l'esiguo numero di istituti presenti nel territorio nazione, si pone in un difficile rapporto di coerenza con il principio di territorialità della pena (F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari*, cit., 5 ss.).

[55] Occorre rilevare come l'Amministrazione penitenziaria si sia dimostrata in taluni casi attenta – almeno nella prassi – alla salvaguardia del rapporto tra figli e genitori detenuti. Sono numerose le associazioni volte a offrire un sostegno in questo settore attraverso l'apertura di sportelli d'ascolto e finanziamento di progetti all'interno di diversi istituti italiani (ne è esempio l'Associazione "Bambinisenzasbarre" che opera da

nn. 239 del 2014 e 76 del 2017. La prima questione, sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, riguardava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, primo comma, o.p. nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, stabilito nei confronti dei detenuti e degli internati per taluni gravi delitti che non collaborino con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale[56] a favore delle condannate madri di prole di età inferiore a dieci anni[57]. La Corte, attraverso una puntuale ricostruzione del rapporto che lega regime speciale e tutela dei rapporti affettivi, ritiene la questione fondata, attribuendo centralità alle esigenze di protezione dell'infanzia. In particolare, facendo leva sulla doppia natura sottesa all'introduzione della detenzione domiciliare speciale – misura alternativa e strumento di garanzia a favore «*di un soggetto debole, distinto dal condannato*

più di dieci anni negli istituti di San Vittore, Bollate e Opera). Muovendosi in questa direzione è stata approvata, nel marzo 2014, la "Carta dei figli dei genitori detenuti" che riconosce ai minori il diritto a mantenere in modo continuativo il legame affettivo con il genitore ristretto.

[56] Si tratta di una misura introdotta dalla legge n. 40 del 2001 e oggi prevista dall'art. 47-*quinquies* o.p.: quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47-*ter* o.p., le madri condannate, con prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli possono essere ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena, ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il Tribunale di Sorveglianza può disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà. Può altresì disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'articolo 21-*bis* o.p., tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua.

[57] Secondo la ricostruzione offerta dal rimettente, la norma violerebbe il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), assoggettando la detenzione domiciliare speciale al medesimo regime restrittivo stabilito per altre misure alternative, senza tener conto dei suoi marcati tratti differenziali. In altri termini, la misura non costituirebbe solo un beneficio tendente al reinserimento del condannato, ma tutelerebbe il preminente interesse del figlio minore a recuperare al più presto un normale rapporto di convivenza con la madre al di fuori dell'ambiente carcerario. La norma si porrebbe altresì in contrasto con gli artt. 29, 30 e 31 Cost., contraddicendo l'imperativo costituzionale di tutelare la famiglia come società naturale, con il diritto-dovere dei genitori di educare i figli e con l'obbligo di protezione dell'infanzia.

e particolarmente meritevole di protezione» (il minore) – i giudici rilevano come l'istituto non possa essere ragionevolmente assoggettato agli stessi limiti previsti dal regime di cui al 4-*bis* o.p. in relazione agli altri benefici penitenziari.

La stessa finalità di prevenzione, perseguita dalla norma oggetto del giudizio, non può valere a legittimare il divieto d'accesso *tout court* alla misura: subordinare la concessione a un indice legale del "ravvedimento" del condannato, infatti, non è giustificabile «*quando al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo*». Tuttavia, proprio in ragione della necessità di muovere all'interno di un delicato bilanciamento di valori costituzionali, la Corte chiarisce espressamente che neanche l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo elevato rango, «*forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore*». In ogni caso, affinché l'interesse del bambino possa venire sacrificato alle esigenze di protezione della società dal crimine «*occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi – quali quelli prefigurati dalla norma censurata – che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni*».

L'illegittimità costituzionale, dunque, non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura oggetto del giudizio, ma nell'aver reso tale preclusione generale e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione. Funzione, questa, posta dall'ordinamento a tutela dell'interesse primario dell'infanzia che, solo nelle ipotesi in cui ricorrano esigenze a carattere eccezionale, può conoscere limitazioni in ragione della pretesa punitiva dell'apparato statale.

Logica analoga muove la Corte costituzionale nella sentenza n. 76 del 2017 ancora in riferimento alla misura della detenzione domiciliare speciale.

Il Tribunale di sorveglianza di Bari aveva dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* o.p., nella

parte in cui impediva alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. l'accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste[58]. Secondo il rimettente, tale preclusione all'accesso si poneva in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione: la previsione ispirata alla volontà di far prevalere l'esigenza punitiva rispetto alla necessità di tutela della maternità e del minore vanificherebbe la *ratio* della detenzione domiciliare speciale volta, come specificato nella sentenza 239 del 2014, a mantenere vivo il legame tra madri e figli.

La Corte costituzionale ritiene la questione fondata per violazione dell'art. 31, secondo comma, Cost., con conseguente assorbimento delle censure relative agli ulteriori parametri evocati dal Tribunale di Bari. Nella decisione il Giudice delle leggi afferma che «*affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni. Proprio una tale preclusione è contenuta nella disposizione censurata*». Nella disposizione in esame, proseguono i giudici, «*il legislatore ha escluso in assoluto dall'accesso ad un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall'aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-bis o.p.) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sent. n. 32 del 2016)*». Ne consegue che «*vengono del tutto pretermessi l'interesse del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata, non estra-*

[58] A norma del comma 1-*bis*, dell'art. 47-*quinquies* o.p. «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite».

nea, come si è già detto, alla detenzione domiciliare speciale, quale misura alternativa alla detenzione. Questa sorta di esemplarità della sanzione – la madre deve inevitabilmente espiare in carcere la prima frazione di pena – non può essere giustificata da finalità di prevenzione generale o di difesa sociale (sent. n. 313 del 1990). Infatti, le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole»[59-60].

[59] Sulla sentenza n. 76 del 2017 cfr. G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017, 321-329 e P. Sechi, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost*., 2017, in particolare 737, 738.

[60] Occorre tuttavia precisare che, nel bilanciamento di valori in cui entra in gioco l'interesse del minore, non sempre la Corte costituzionale si è spinta sino alla modifica del dato normativo, ritenendo legittimi taluni limiti previsti dal legislatore. È quanto accaduto in altra pronuncia, la n. 17 del 2017, in cui la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione al disposto dell'art. 275, comma 4, c.p.p. nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni. Tale invalicabile limite di età, secondo il rimettente, si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza, a causa dell'ingiustificata differenziazione tra minori di sei anni e "soggetti di poco maggiori", con l'art. 31 Cost., che – garantendo specifica protezione all'infanzia – imporrebbe una considerazione dell'interesse del fanciullo come sempre preminente e, infine, il "rigido automatismo" del limite di età non consentirebbe al giudice di esprimersi nel merito, rendendo non effettivo l'obbligo di motivazione del provvedimento. La Corte costituzionale con la sentenza n. 17 del 2017 afferma che la questione, nei termini tracciati dal rimettente, non può essere accolta: «*l'individuazione normativa del limite dei sei anni di età del minore per l'applicazione del divieto di custodia cautelare in carcere non può essere accostata alle presunzioni legali assolute che comportano l'applicazione di determinate misure o pene sulla base di un titolo di reato*». Il giudice *a quo*, inoltre, non ha concentrato la sua attenzione sull'effettiva presunzione legale, contenuta nel terzo comma dell'art. 275 c.p.p., ma ha posto l'accento sull'individuazione legislativa del limite dei sei anni così censurando una valutazione discrezionale compiuta in astratto dal legislatore. Tale scelta legislativa, specifica la Corte, è incensurabile fintantoché non appaia irragionevole, irragionevolezza che non sembra risiedere nella disciplina vigente la quale «*appare non irragionevolmente giustificata dalla considerazione che tale età coincide con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre*».

Su tale pronuncia cfr. E. Andolfatto, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.* in *dirittopenalecontemporaneo*, 3 marzo 2017 e M. Caredda., *Il limite d'età del*

6. *Dall'Europa al Brasile: sistemi normativi a confronto. Cenni*

Tornando al problema della più ampia garanzia del diritto all'affettività, inteso quale rapporto intimo con i familiari, l'irragionevolezza della scelta negazionista del legislatore italiano in ordine alla possibilità di incontri riservati si coglie in tutta la sua evidenza anche in termini comparatistici. La possibilità di incontrare i familiari in spazi adeguati e senza il controllo visivo del personale di custodia è consolidata da tempo in diverse esperienze, anche al di fuori dell'area comunitaria.

Si passa da realtà normative in cui la sfera affettiva è garantita attraverso la semplice concessione di colloqui prolungati e non controllati (è il caso di Croazia[61], Albania[62] e Armenia) a soluzioni più complesse, in cui l'esplicazione del diritto viene garantita mediante la predisposizione di apposite strutture.

In diversi paesi del nord Europa – come Norvegia e Danimarca – la normativa garantisce la più ampia intimità, mettendo a disposizione dei ristretti, indipendentemente dalla posizione giuridica, strutture con camere matrimoniali, servizi e cucina[63]. L'intento è ricreare una condizione quanto più possibile tendente alla "normalità" della vita relazionale, in cui detenuto, *partner* e figli possano manifestare liberamente il proprio rapporto affettivo. Oltre alle illuminate esperienze del Nord Europa, sono diversi i Paesi dell'Unione Europea che hanno introdotto una specifica disciplina in materia di intimità carceraria. In Spagna, nella regione della Catalogna, sono concesse due visite al mese senza sorveglianza, ciascuna della durata di un'ora e mezza: una con la famiglia, l'altra con il *partner* (c.d. visita intima)[64]. Tali incontri si configurano come un

figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?, in *Giur. cost*., 1, 2017.

[61] La normativa penitenziaria consente colloqui non sorvegliati di quattro ore con il coniuge o *partner.*

[62] Il Regolamento penitenziario albanese prevede otto telefonate e quattro colloqui mensili in ambienti riservati, uno dei quali è prolungato fino a cinque ore per i detenuti sposati con figli.

[63] In Finlandia, al contrario, tale visita è riservata a coloro che non possono usufruire di permessi all'esterno.

[64] L'ordinamento spagnolo accoglie una definizione ampia del termine "*partner*"

elemento necessario del trattamento penitenziario, prescindendo da qualsiasi valutazione sulla condotta della persona detenuta. La legge penitenziaria spagnola prescrive, inoltre, il diritto dei reclusi a comunicare con familiari, amici e rappresentati di associazioni accreditate due volte alla settimana, anche contemporaneamente, per un numero di massimo quattro persone a incontro[65].

In Francia sono in corso sperimentazioni simili a quelle richiamate; in particolare sono state istituite in tutti gli istituti francesi le Unità di Visita Familiare (UVF). Si tratta di appartamenti arredati e composti da diversi ambienti, comprensivi di uno spazio esterno, ove i ristretti possono ricevere familiari e amici per un periodo di tempo che varia dalle sei alle settantadue ore senza la presenza del personale di custodia. Nelle "stanze per le visite", che in alcuni istituti sostituiscono le UVF per l'impossibilità di modificare la struttura carceraria, i detenuti possono ricevere i familiari senza sorveglianza ogni tre mesi per mezza giornata: si tratta di spazi piuttosto ampi, dotati di diversi servizi tra cui doccia, tavolo, divano letto, bollitore o caffettiera.

In Svizzera, le visite senza controllo visivo del personale sono state introdotte già nei primi anni '80, svolgendosi in appositi ambienti simili a monolocali arredati. L'unica forma di sorveglianza è prevista all'esterno: l'agente deve tuttavia tenere una distanza pari ad almeno quindici metri rispetto alla struttura, così da garantire la più ampia intimità. Tali permessi si configurano come benefici penitenziari: l'accesso è subordinato all'aver scontato due anni di pena, oppure, a discrezione del direttore, almeno diciotto mesi[66].

che indica, genericamente, la persona che si presenta regolarmente ai colloqui ordinari ed è legata al detenuto da un rapporto di natura sentimentale.

[65] Sul sistema spagnolo v., di recente, J. A. Ramòs Vazquez, *Affettività e carcere: un binomio (quasi)possibile nella esperienza spagnola*, in *Affettività e carcere, un binomio (im)possibile*, cit., 65 ss.

[66] Particolarmente nota è l'esperienza del Canton Ticino: ai detenuti che non possono fruire di congedi esterni è riconosciuto l'accesso a una serie articolata di colloqui, che vanno dal c.d. "colloquio gastronomico", con la possibilità di pranzare con i propri cari, al c.d. "colloquio pollicino" volto a mantenere i rapporti tra detenuto e figli. Per un approfondimento sull'esperienza del Cantone v. A. La Villa, *Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà del Canton Ticino tra prassi e norma*, in *Quaderni ISSP, La dimen-*

Ancora, in Inghilterra, Galles e Scozia è previsto un piano di assistenza finanziaria per consentire alle famiglie a basso reddito di visitare i parenti in carcere: il piano prevede il rimborso delle spese di viaggio, vitto e pernottamento per le persone con le quali il detenuto viveva in rapporto continuativo e consolidato nel periodo immediatamente precedente alla detenzione, per un finanziamento massimo di due visite ogni ventotto giorni e ventisei in un anno. In Scozia, per far fronte alle difficoltà relazionali dei detenuti reclusi lontani dal luogo di origine, è attivo un servizio di video-chiamata della durata di un'ora in aggiunta al numero ordinario dei colloqui.

L'ampio riconoscimento a livello europeo del diritto all'affettività ristretta testimonia come sia largamente diffusa la convinzione che, solo attraverso la sua garanzia, possa essere tutelata la sfera più intima della dignità di ogni individuo, favorendo non solo l'integrità del nucleo familiare ma anche la sfera psicofisica del detenuto, in vista di un suo positivo reinserimento sociale.

Anche oltreoceano sono diverse le esperienze volte a un riconoscimento ampio del diritto all'affettività intramuraria. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla realtà canadese, che riconosce ai detenuti la possibilità di incontrare le famiglie all'interno di prefabbricati posti negli istituti anche per tre giorni consecutivi. Analogamente, alcuni degli Stati USA[67] hanno introdotto – tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli '80 – i c.d. "*Coniugal o Family Visitation Programs*", permessi che consentono ai ristretti di incontrare il coniuge (ogni due settimane) e la famiglia (ogni mese), in appartamenti mobili siti all'interno del carcere, anche qui per tre giorni consecutivi[68].

Da ultimo vale la pena ricordare come il diritto all'intimità venga considerato componente ineliminabile della vita del detenuto persino in sistemi che, per diversi aspetti, si pongono in un difficile rapporto con la tutela internazionale dei diritti umani: è il caso del Brasile dove, nonostante le condizioni di detenzione

sione affettiva in carcere, 13 giugno 2015, pp.73-96 e S. PRIVITERA, *L'esperienza Svizzera, in particolare quella del Cantone Ticino,* in *www.ristretti.it*.

[67] Si tratta degli Stati del Mississippi, New York, California, Washington e New Mexico.

[68] C. HENSLEY, *Prison Sex. Practice & Policy,* London, 2002.

particolarmente severe, la normativa riconosce alla generalità dei reclusi il diritto a un incontro intimo a settimana – della durata di un'ora – con chi desidera, indipendentemente cioè da precedenti rapporti di convivenza accertati dallo Stato.

7. *Riflessioni conclusive: quali possibili sviluppi dopo i decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario?*

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, appare evidente come la questione relativa alla tutela del diritto all'affettività intramuraria meriterebbe di essere rivista; ciò in chiave di un più generale ripensamento degli spazi carcerari che sappia garantire l'effettiva operatività dei principi costituzionali. In tal senso, l'accento non può che essere posto, *in primis*, su quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Torreggiani e a. c. Italia*[69]. Come noto, in tale occasione i giudici di Strasburgo hanno offerto al legislatore italiano un'importante occasione: ridisegnare gli spazi della pena che, in conformità al dettato costituzionale, avrebbero dovuto garantire un'esecuzione umana, rieducativa e risocializzante. Si trattava di operare un ripensamento dell'ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti – ma sostanzialmente negati (è il caso del diritto alla genitorialità) – sia a quelli che, pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale, sono ancora ignorati dalla normativa (si pensi al diritto alla sessualità-intimità).

A distanza di oltre cinque anni dalla scadenza del termine of-

[69] Adottata l'8 gennaio 2013, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10. La pronuncia assume un'importanza particolare, per il diritto in analisi, non tanto in riferimento all'oggetto quanto alla sua qualifica giuridica: scegliendo di adottare una sentenza pilota (prevista dall'art. 46 CEDU, co. 1 e dall'art. 61 del Regolamento della CtEDU), la Corte ha messo in mora lo Stato italiano fissando in un anno il termine entro il quale adottare provvedimenti a carattere strutturale idonei a far fronte all'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario. Sull'importanza di tale pronuncia anche in relazione alla previsione di adeguati strumenti di tutela dei diritti dei detenuti v. S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

ferto dalla Corte di Strasburgo (28 maggio 2014), può dirsi che il legislatore non abbia saputo cogliere tale occasione. Nell'affrontare la sfida dell'adeguamento della normativa penitenziaria alle istanze sollecitate sia dalla Corte Europea sia dai moniti della Corte costituzionale, gli interventi normativi hanno adottato logiche quasi esclusivamente deflattive, mirate a una riduzione numerica della popolazione carceraria; lasciando in secondo piano il tentativo di ridisegnare uno spazio della pena capace di garantire la piena espressione del diritto all'affettività, attraverso la predisposizione di spazi e strutture idonee al suo effettivo godimento.

Analogo discorso deve muoversi in riferimento alla più recente delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario[70]. Con riguardo alla tutela delle madri detenute il delegato prescriveva, all'art. 1, comma 85, lett. s), la «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di età». Si tratta di un criterio rimasto privo di attuazione, unitamente alle deleghe riguardanti l'aumento delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative (lett. b), la revisione del sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari (lett. d ed e) e l'eliminazione delle preclusioni per i detenuti di cui all'art. 4-*bis* ribadendosi, dunque, la necessità di istituire nelle strutture penitenziarie asili nido per la cura e l'assistenza di minori conviventi con le madri detenute.

La medesima legge di delega, genericamente riferita all'ampliamento della «garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e [al]la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio» (lett. n), difficilmente avrebbe condotto a un'emersione dell'intimità intramuraria, intervento effettivamente non presente nel d.lgs. n. 123 del 2018. Limitandosi a prevedere nell'art. 18, co. 2 o.p., che i «locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono,

[70] Legge delega n. 103 del 2017 recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario".

ove possibile, una dimensione riservata del colloquio», il delegato ha mantenuto l'obbligatorietà del controllo a vista, manifestando – ancora una volta – la volontà di non garantire il diritto all'intimità-sessualità all'interno delle mura penitenziarie.

Ribadendo che l'adeguata garanzia di tale diritto incide significativamente sulla sfera più intima di ciascun ristretto, aumentando il sentimento di umiliazione e frustrazione nel corso dell'esperienza detentiva[71], sembra percorribile – a normativa invariata – una duplice via[72].

In primo luogo potrebbe ipotizzarsi la proposizione di una nuova questione di costituzionalità al Giudice delle leggi ancora con riguardo all'opportunità di mantenere un'obbligatorietà assoluta dei controlli visivi sui colloqui; significativi dubbi, lo si è anticipato, sorgono in riferimento alla circostanza che la sicurezza possegga, almeno in questo caso, una forza tale da poter giustificare l'assolutezza di un obbligo fortemente incidente sull'espressione dell'affettività – ampiamente intesa come intimità – precludendo una valutazione di tipo casistico ad opera della magistratura di sorveglianza.

In quello che appare non già come uno squilibrio tra esigenze a rilevanza costituzionale, ma vera e propria assenza di bilanciamento tra sicurezza e garanzia del diritto, ciò che si propone di sottoporre all'attenzione della Corte, per il tramite della magistratura di sorveglianza, è l'irragionevolezza della mancata previsione della possibilità che il colloquio, ove le esigenze del caso concreto lo consentano, si svolga in assenza del controllo a vista degli agenti di custodia. In altri termini, in linea con le argomentazioni del richiamato filone della giurisprudenza costituzionale teso a rimuovere le presunzioni assolute di pericolosità in favore di valutazioni di

[71] Si pensi anche agli effetti indiretti prodotti della negazione della sessualità intramuraria sul diritto alla genitorialità, tanto più incidente sulle donne detenute in ragione dei tempi biologici assai più ridotti rispetto a quelli maschili in ordine al concepimento e alla successiva gestazione.

Sulle peculiarità della detenzione femminile, ampiamente, E. CAMPELLI, F. FACCIOLI, V. GIORDANO, T. PITCH, *Donne in carcere*, Milano, 1992.

[72] Riprendo qui, quasi integralmente, le riflessioni recentemente proposte in S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 278-284.

tipo casistico anche nella sfera affettiva[73], la magistratura potrebbe richiedere alla Corte una declaratoria di incostituzionalità, mediante sentenza additiva, dell'art. 18, secondo comma, o.p. – per violazione degli artt. 2, 3 secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31 e 117 primo comma (in riferimento agli artt. 8 e 12 della CEDU) Cost. – nella parte in cui «nel prevedere che i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che tale esigenza di controllo a vista non sussista».

L'accoglimento della *quaestio* consentirebbe di tramutare la presunzione di pericolosità, di cui è espressione l'attuale formulazione del secondo comma dell'art. 18 o.p., da assoluta a relativa rendendo possibile, riguardo alle specificità del caso concreto, un'alternativa all'obbligatorietà del controllo visivo. Tale manipolazione additiva (con effetto sostitutivo) consentirebbe sia di garantire un'affettività «il più possibile normale» nelle sue espressioni relazionali; sia, in una visione più ampia della normativa penitenziaria, di porre le necessarie premesse di sistema per un successivo intervento – anche di natura regolamentare – che definisca modalità, spazi e tempi per la tutela del diritto alla sessualità.

Tuttavia le ragioni del mancato riconoscimento della possibilità di intrattenere rapporti intimi all'interno delle mura penitenziarie non si rinvengono solo in resistenze di tipo giuridico (o di natura organizzativa degli spazi) quanto, piuttosto, in un giudizio di forte disapprovazione morale sulla sessualità in carcere di cui è espressione la lacuna normativa. Difficilmente, dunque, potrà immaginarsi – almeno nel breve periodo – un intervento legislativo rivolto in questa direzione; ciò anche in assenza di quella cogenza e pervasività che la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale ha avuto nei processi di emersione di altri diritti[74].

[73] Il riferimento, con riguardo al tema oggetto del presente contributo, è alle richiamate sentenze della Corte costituzionale nn. 239 del 2014 e 76 del 2017.

Una ricostruzione della giurisprudenza e della dottrina in materia di automatismi legislativi con particolare riguardo allo stato detentivo è contenuto nel volume di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018, 217-232.

[74] Si pensi, a titolo esemplificativo, al riconoscimento del diritto alle ferie per i

Ma il rispetto della discrezionalità del legislatore, può spingersi sino al punto di avallare – seppure *de facto* – il protrarsi di una negazione direttamente incidente sulla dignità della persona? Guardando alla deprivazione sessuale come a una condizione generativa di un (innegabile) effetto umiliante e degradante su corpo e psiche del ristretto, direttamente discendente dalla carcerazione, senza che vi siano esigenze di sicurezza tali da giustificane l'assolutezza[75], sembra quantomeno lecito domandarsi se l'astinenza coatta – spesso protratta per lunghi periodi di tempo – non assuma piuttosto la fisionomia di una vera e propria violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizione della libertà e, come tale, rilevante anche ai sensi dell'art. 13, quarto comma, della Costituzione[76].

Se, indiscutibilmente, non è la mancata garanzia di alcuni diritti in carcere a porsi in un rapporto di potenziale contrasto con il richiamato parametro costituzionale – basti pensare alla negazione del diritto di sciopero per i lavoratori detenuti[77] – la deprivazione assoluta di una funzione vitale del corpo, che incide sulla psiche del ristretto, frustrandone istinti naturali e connaturati alla sua qualifica di persona, potrebbe essere ricompresa nell'ampia for-

lavoratori detenuti, emerso in via giurisprudenziale grazie alla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 158 del 2001. Si veda, sul punto, D. Chinni, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in questo Volume. Più in generale sul processo giurisprudenziale di emersione dei diritti nel corso dell'esecuzione penale si rinvia a S. Talini, *La privazione della libertà personale*, cit., 177-284.

[75] In proposito si ponga nuovamente a mente la diffusione del diritto all'intimità-sessualità intramuraria nelle principali esperienze normative non soltanto europee (*supra*, par. 6).

[76] Sul punto si ricorda che il d.lgs. n. 123 del 2018 ha recentemente inserito l'espresso divieto di ogni violenza fisica e morale sulle persone private della libertà personale nel riformulato terzo comma dell'art. 1 o.p.

Nel senso che il quarto comma dell'art. 13 Cost. ponga un vero e proprio obbligo costituzionale di repressione penale delle condotte di violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà v., recentemente, Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in questo Volume; M. Orofino, *Diritti e doveri della persona. Diritti di libertà personale*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018, 395.

[77] In argomento v. T. Guarnier, *Libertà collettive e detenzione penale*, in questo Volume.

mulazione («ogni violenza fisica o morale») utilizzata dai Costituenti nel quarto comma dell'articolo 13 Cost.[78].

Volendo percorrere tale strada – di certa tortuosità – il compito di "punire la violenza", indirettamente perpetrata su psiche e corpo del detenuto tramite l'omissione legislativa, spetterebbe, in una visione di sistema, al Giudice delle leggi tramite la declaratoria di incostituzionalità. L'inammissibilità dichiarata nella citata sentenza n. 301 del 2012 non sembra infatti poter precludere una futura riproposizione – ed eventuale accoglimento – della questione[79] tanto più se l'immobilismo parlamentare incide significativamente sulla dignità della persona. Si pensi al comunicato che accompagna la decisione n. 279 del 2013 sul sovraffollamento carcerario: i giudici costituzionali, pur dichiarando inammissibile la quesitone sul rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena – stante la pluralità di soluzioni percorribili, la cui scelta spetta al legislatore – ammoniscono che sarebbe intollerabile «il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella pronuncia»; in assenza di un tempestivo intervento parlamentare la Corte, se nuovamente investita di analoghe questioni, non potrà che «adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità» a causa del sovraffollamento carcerario.

È una logica argomentativa che ben potrebbe estendersi anche all'emersione della sessualità intramuraria quale diritto il cui diniego assoluto – oltre al presunto superamento di quella soglia di gravità che permettere di distinguere il trattamento inumano e degradante da ipotesi ben più gravi – appare del tutto inconciliabile anche con il finalismo rieducativo assegnato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione ad ogni pena. Del resto non va dimenticato che la stessa giurisprudenza costituzionale, già a metà degli

[78] Del resto se i Costituenti avessero voluto punire esclusivamente le ipotesi di tortura non avrebbero utilizzato una formulazione ampia come quella accolta nel penultimo comma dell'art. 13 della Costituzione.

[79] In ordine alla riproposizione della questione in seguito alla dichiarazione di inammissibilità della Corte costituzionale v., per tutti, L. CARLASSARE, *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, 1, Padova, 1985, 133 ss.

anni '80, affermava «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale (…) [come] aspetto e fattore di svolgimento della personalità» che i «membri della collettività sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale»[80]; dunque, essendo la sessualità «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto»[81].

Volgendo lo sguardo agli eterogenei apporti che la Corte EDU ha fornito nell'ampliamento del sistema di garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale, non è escluso inoltre che la garanzia del diritto all'intimità intramuraria possa derivare anche da una futura evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo. In proposito è stato recentemente osservato che i diritti presenti nella Convenzione Europea, come anche in altri strumenti internazionali, «sono descritti in termini estremamente ampi, così che l'interpretazione evolutiva operata dalla Corte possa manifestarsi con grande facilità, sulla spinta di una crescita evidente e rapida che in diversi campi caratterizza la società europea e la sua cultura». Proprio l'articolo 8 della Convenzione, concernente il rispetto della vita privata e familiare, rappresenta «l'esempio maggiore di diritto che ha manifestato una grande attitudine a darsi contenuti via via più ampi e vari (…). Al suo ambito è stato [addirittura] ricondotto il diritto a non subire interferenze da un ambiente inquinato»[82].

Dunque, in attesa di futuri sviluppi in materia – giurisprudenziali o legislativi – l'auspicio non può che dirigersi verso un ampiamento del diritto all'affettività intramuraria, che presuppone un cambiamento politico e culturale nel modo di concepire genitorialità e intimità nella dimensione detentiva e, più in generale, le relazioni che si instaurano all'interno delle mura penitenziarie.

[80] Corte cost., sent. n. 161 del 1985.

[81] Corte cost., sent. n. 561 del 1987.

Una riflessione ampia sulle problematiche a rilevanza costituzionale connesse alla mancata garanzia del diritto alla sessualità a seguito dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario è contenuta in A. Pugiotto, *La castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Affettività e carcere, un binomio (im)possibile*, cit., 15-45.

[82] V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Quest. giust*., 1, 2015.

Ilaria Del Vecchio

L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulla rilevanza costituzionale del diritto all'informazione – 2. Alcune difficoltà definitorie tra vecchie e nuove forme comunicative – 3. La normativa penitenziaria in materia di informazione – 4. L'informazione attiva e passiva in carcere – 5. L'informazione per i detenuti soggetti al c.d. regime detentivo speciale – 6. Il necessario ripensamento dell'informazione come diritto del soggetto ristretto e quale elemento trattamentale autonomo. Qualche spunto nella recente riforma dell'ordinamento penitenziario.

1. *Cenni introduttivi sulla rilevanza costituzionale del diritto all'informazione*

Sebbene si parli già da anni di società dell'informazione[1], i fondamenti costituzionali del connesso diritto non sono di facile

[1] In questi termini V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione*, in *Enciclopedia Italiana, XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, 2009, 301 il quale afferma «tutto è informazione». Per una lettura approfondita e multidisciplinare sull'argomento si v. Servizio studi del Senato della Repubblica, *Aspetti della società dell'informazione nell'era globale*, 2005, in partic. 9-15 dove si rintraccia la nascita della c.d. società dell'informazione nell'espressione "società post-industriale", coniata nel 1973 da Daniel Bell, Professore di sociologia della Università di Harvard. La società post-industriale, quale società dell'informazione è la «società moderna che, giunta al culmine del processo di industrializzazione, deve – per continuare a crescere – concentrare i propri sforzi verso la produzione non più di beni materiali bensì di servizi immateriali (…) una società in cui tutte le potenzialità dell'essere umano vengono valorizzate grazie all'accesso alle tecnologie e all'educazione che permette di imparare ad utilizzarle in modo efficace. La società dell'informazione impone dunque lo sviluppo di conoscenze incrementali e l'espansione della formazione continua. Senza quest'ultima e senza l'universalità dei servizi di comunicazione le nuove tecnologie rischiano di generare atomizzazione anziché integrazione» .

individuazione[2]. Per tali ragioni, prima di trattare della libertà di informazione all'interno della realtà carceraria, occorre fare una breve premessa sulla rilevanza della stessa nel contesto ordinamentale generale.

Sul piano sovranazionale, per la verità, il quadro è ampio e le Carte europee e internazionali dei diritti offrono una base puntuale del diritto che ci occupa. L'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ha una estensione oggettiva omnicomprensiva che fa riferimento al diritto di informazione sia come libertà di opinione e di espressione, che come diritto di non essere molestato per la propria opinione nonché come diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo; la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU), poi, nell'enucleare all'art. 10 la libertà di espressione contempla tanto la libertà d'opinione quanto la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee; l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE), infine, già dalla rubrica accompagna alla libertà di espressione il riconoscimento esplicito della libertà d'informazione.

La lettura delle norme richiamate permette di cogliere uno dei tratti caratterizzanti l'informazione: la sua articolazione complessa. È infatti possibile racchiudere nel concetto di informazione due diverse posizioni soggettive: nella sua accezione attiva, si può guardare all'informazione come diritto *di* informare ovvero come libertà di espressione «riferita a coloro che operano nel sistema dei media»[3]; oppure, nella accezione passiva, come diritto *all'*informazione, ovvero come diritto di ciascuno di ricevere e di cercare

[2] Per un quadro completo, benché risalente, si v. A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 472 ss. dove si distingue tra la libertà d'informazione "in senso lato" e la libertà di informazione "in senso stretto". La prima «identifica comprensivamente il duplice ordine di situazioni soggettive connesso sia all'attività acquisitiva di conoscenze («l'informarsi») sia al comportamento attivo di espressione («l'informare»)»; la seconda, invece ricomprende solamente l'accezione attiva, ovvero il diritto all'informazione».

[3] Così E. Cheli, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, relazione all'Incontro di studio con la Corte costituzionale del Kosovo, Roma, Palazzo della Consulta, 7 giugno 2013, in *www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_20130606_CHELI.pdf*, 3.

informazioni (e, quale presupposto indefettibile, come diritto di accedere alle informazioni)[4].

Ebbene, nel sistema costituzionale italiano non vi è un esplicito riferimento al diritto in parola. La posizione maggioritaria è solita rintracciare, quale fondamento costituzionale del diritto-libertà all'informazione, l'art. 21 della Costituzione[5]. Tale articolo enuncia al primo comma la libertà di manifestazione del pensiero e tratta, nei commi successivi, della libertà di stampa[6] con l'esplicitazione, al comma 6, dell'unico limite espresso per tutte le forme di manifestazione del pensiero: il buon costume[7].

La Carta costituzionale italiana manca, quindi, di una disciplina espressa del diritto *all'*informazione, ovvero del diritto dei singoli di informarsi, di accedere alle fonti e di ricevere informazioni (profilo passivo)[8]. Nell'art. 21 Cost., infatti, vi è il solo riconosci-

[4] Tale, ulteriore, aspetto è stato oggetto di una giurisprudenza oscillante della Corte Edu che ha inizialmente stentato a ricomprendere nell'art. 10 Cedu anche il diritto di cercare (*to seek*) informazioni. Sul punto si v., da ult., Corte Edu caso *Magyar Helsinki c. Ungheria*, 8.11.2016 e – con particolare riferimento alla ricerca di informazioni da parte dei detenuti – caso *Kalda c. Estonia*, 19.10.2016. Per un quadro completo della giurisprudenza convenzionale sulla questione v. F. LEHNE, P. WEISMANN, *The ECHR and access to information*, in *International Human Rights Law Review*, 3, 2014, 303-315.

[5] Così, ad esempio, F. MODUGNO, *Perché è corretto desumere da (o proporre per) l'art. 21 della Costituzione l'esistenza di un diritto all'informazione*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. I, 2013, 833-834 il quale afferma: «È difficile dubitare che il diritto all'informazione germogli dal ramo della libertà di manifestazione del pensiero (di dare e divulgare notizie opinioni commenti e così via) ma va certamente oltre. (…) Non vi è dubbio, peraltro, che l'articolo 21 Cost. sia insufficiente a fondare una tutela sia pur minima riflessa del diritto all'informazione. Di qui la ricerca (…) di un autonomo fondamento costituzionale del diritto».

[6] Il riferimento specifico alla stampa quale mezzo di informazione ha aperto un dibattito interpretativo sulla estendibilità della copertura costituzionale agli altri mezzi di informazione sul quale v. *infra* in questo stesso paragrafo.

[7] Non soggiacciono a questo limite le manifestazioni del pensiero di carattere artistico e scientifico che godono, *ex* art. 33 Cost., di una tutela particolare.

[8] Rilevano tale mancanza, tra gli altri, A. LOIODICE, *Libertà e società dell'informazione*, in AA.VV., *Problemi Attuali di Diritto Pubblico*, Bari, 1990, 139 ss. e C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, *passim*, dove viene ricordato che «se la democrazia poggia sul concorso dei singoli alla formazione della volontà collettiva, e se pertanto ciascuno deve recare l'apporto di un massimo di informazione e di consapevolezza intorno ai problemi affidati alla sua decisione, è necessario non solo non porre ostacolo all'uso di ogni mezzo d'informazione (…), ma anzi promuoverne e facilitarne la diffusione».

mento del diritto di informazione (profilo attivo) quale estrinsecazione della libera manifestazione del pensiero.

La giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni '70, ha dato una lettura estensiva dell'art. 21 Cost. individuando nel diritto all'informazione – nella sua accezione passiva – il profilo implicito della libertà di manifestazione del pensiero[9]. Il diritto *all'*informazione sarebbe un riflesso del diritto *di* informazione stante la correlazione funzionale tra l'informare e l'informarsi: si tratta di un «interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee»[10].

È chiaro, dunque, lo stretto legame che unisce l'accesso alle informazioni e la libertà di informazione con il concetto stesso di democrazia e con i «principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»[11].

[9] Tra le prime pronunce si v. Corte cost. sent. 9.06.1972, n. 105, poi la sent. 6.05.1987, n. 153 e la sent. 24.03.1993, n. 112.

[10] Cfr. Corte cost. sent. 9.06.1972, n.105, p. 4 cons. in dir. dove, in riferimento alla normativa oggetto del giudizio (artt. 13, 14, primo comma, 22, 23, 24, 25, 26 e 28 della legge 22 febbraio 1934, n. 370) che disponeva il riposo necessariamente domenicale anche per i dipendenti della agenzie giornalistiche e simili, di fatto sospendendo l'attività informativa per quella giornata, afferma: «ne risulta perciò, dal lato attivo, indebitamente compressa la libertà di manifestazione (libertà di dare e divulgare notizie, opinioni, commenti); e ne risulta altresì menomato – dal punto di vista, invece, dei destinatari della manifestazione – l'interesse generale, (…), alla informazione».

[11] Cfr. Corte cost. sent. 24.03.1993, n. 112, p. 7 cons. dir. dove si enucleano, poi, i requisiti del diritto stesso, che si deve caratterizzare per: «a) (…) pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse – in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti; b) (…) obiettività e (…) imparzialità dei dati forniti; c) (…) completezza, (…) correttezza e (…) continuità dell'attività di informazione erogata; d) (…) rispetto della dignità umana, dell'ordine pubblico, del buon costume e del libero sviluppo psichico e morale dei minori». Cfr. anche sentt. 24.06.1970, n. 122; 9.06.1972, n.105; 22.01.1981, n. 1; 21.05.1987, n. 194. Sul punto v.

Il diritto all'informazione in senso passivo non richiederebbe, quindi, un'apposita consacrazione nei testi costituzionali in quanto sarebbe implicitamente previsto nella libertà di manifestazione del pensiero contenuta nell'art. 21 Cost.[12]. L'articolo, in altre parole, costituirebbe una vera e propria cerniera tra il diritto individuale e l'interesse generale della collettività all'informazione, così come desumibile dalla consolidata giurisprudenza costituzionale per la quale la libertà di espressione ha carattere fondamentale in quanto «pietra angolare dell'ordine democratico»[13].

2. *Alcune difficoltà definitorie tra vecchie e nuove forme comunicative*

Un'altra questione preliminare di carattere generale a cui è opportuno accennare prima di addentrarsi nella normativa penitenziaria, riguarda il rapporto in cui si pone l'art. 21 Cost. con le altre norme costituzionali che trattano diverse forme comunicative.

Nel nostro ordinamento costituzionale, come è noto, esistono diverse discipline delle comunicazioni, siano esse private o pubbliche, con un diverso atteggiarsi delle limitazioni alle stesse e una distinta graduazione di tutele apprestate. I riferimenti corrono subito agli artt. 15 e 21 della Costituzione, due norme che trattano di due forme comunicative (la corrispondenza e la libera manifestazione del pensiero) che si è soliti distinguere per il diverso ambito di operatività.

L'art. 15 Cost. ha ad oggetto le comunicazioni caratterizzate da determinatezza del destinatario e attualità dell'attività comunicativa. In altre parole, la comunicazione ha rilievo costituzionale e

C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 5, dove l'A. sostiene che «se la democrazia poggia sul concorso dei singoli alla formazione della volontà collettiva, e se pertanto ciascuno deve recare l'apporto di un massimo di informazione e di consapevolezza intorno ai problemi affidati alla sua decisione, è necessario non solo non porre ostacolo all'uso di ogni mezzo d'informazione (…), ma anzi promuoverne e facilitarne la diffusione».

[12] V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 285 ss.

[13] Cfr. sent. 2.04.1969, n. 84, p. 5 cons. dir.

rientra nell'ombrello di tutela dell'art. 15 Cost. quando è possibile individuare il soggetto o i soggetti destinatari della stessa e quando sia riferibile ad un tempo storico recente nel quale è ragionevole che la comunicazione conservi il suo carattere di segretezza. Come si è visto, invece, l'art. 21 Cost. tutela la libertà di pensiero intesa quale comunicazione diffusa e, in via residuale, quale corrispondenza interpersonale per la quale venga meno l'esigenza di segretezza (si pensi al caso degli epistolari di personaggi storici che, venuto a mancare il carattere dell'attualità, sono pubblicati e diffusi ad un pubblico indeterminabile senza che questo possa importare la violazione dell'art. 15 Cost.)[14].

Al fine di delimitare l'area di competenza delle due norme si è, in un primo momento, posta l'attenzione al mezzo di comunicazione usato. Il discrimine del tipo di strumento comunicativo, però, deve considerarsi superato alla luce della evoluzione tecnologica che consente di servirsi di uno stesso mezzo (ad esempio la posta elettronica) per compiere tanto una comunicazione interpersonale (es. *mailing list* c.d. chiuse) quanto una informazione diffusa (es. *mailing list* c.d. aperte). Nel primo caso si dovrà avere riguardo alla disciplina delle comunicazioni *ex* art. 15 Cost., nel secondo invece rispettare i limiti e le garanzie apprestate dall'art. 21 Cost.

L'ambito oggettivo di operatività, dunque, sfuma se considerato alla luce dello strumento di comunicazione. Per questo sono oggi usati diversi criteri discretivi quali quelli dell'attualità della comunicazione e dell'entità dei destinatari. Le comunicazioni, in altre parole, possono essere considerate come rientranti nella tutela dell'art. 15 Cost. al sussistere di due requisiti: l'intersoggettività e l'attualità. Si tratta cioè di quelle «comunicazioni che, indirizzate ad uno o più destinatari ben individuati (e non dirette alla generalità del

[14] Una questione lessicale riguarda il limine tra "pensiero" ed "espressione". I due termini, usati talvolta in maniera promiscua, non risultano del tutto sovrapponibili. L'espressione ha un'ampiezza definitoria tale da ricomprendere qualsiasi fatto umano, sia esso anche un mero comportamento. Il punto di incontro tra i due concetti si ha nei casi in cui l'espressione – quale mero comportamento – veicoli il pensiero di chi lo pone in essere così risolvendosi in una vera e propria manifestazione (non verbale) di un messaggio. Per una esemplificazione, con particolare riferimento ai discorsi razzisti, si v. G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, 2, 2008, 294.

pubblico), costituiscono un modo di trasmissione del pensiero tra questi soggetti che presenta un carattere di attualità»[15]. Viceversa, le attività di comunicazione rivolte ad un numero indeterminato di destinatari (le cc.dd. comunicazioni al pubblico) o per le quali venga meno l'elemento temporale della attualità ricadono sotto la disciplina dell'art. 21 Cost.

La diversa collocazione di una comunicazione, si noti, «ha riflessi concreti assai rilevanti, in conseguenza della diversa intensità dei limiti che all'una e all'altra forma di comunicazione possono essere legittimamente imposti»[16]. Come si vedrà, il riflesso del diverso precipitato costituzionale si ripercuote anche sulla disciplina penitenziaria che sarà presa ad esame in questo lavoro, con particolare riferimento alle situazioni riconducibili alle comunicazioni di cui all'art. 21 Cost.

3. *La normativa penitenziaria in materia di informazione*

Quanto appena visto da un punto di vista generale può trovare esatto riscontro anche nella realtà carceraria, con specifico riferimento al diritto all'informazione e di informazione dei soggetti detenuti. Le dinamiche che attengono all'esecuzione penale e alla situazione detentiva, però, si caratterizzano per le peculiarità proprie derivanti principalmente dal sempre difficile bilanciamento tra la garanzia dei diritti del singolo e le esigenze di sicurezza dell'istituto penitenziario che possono risolversi in misure limitative del diritto sempre che siano congrue e proporzionate rispetto all'obiettivo che perseguono.

La disciplina del diritto all'informazione delle persone detenute, posto in relazione alla «tutela dell'integrità culturale»[17], è contenuta in parte nell'ordinamento penitenziario (l. 26.07.1975, n. 354, d'ora in avanti o.p.) e in parte nel regolamento di esecuzione dello stesso (d.P.R. 30.06.2000, n. 230, d'ora in poi reg. esecuz.).

[15] P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 376.

[16] *Ibidem*, 392.

[17] Così M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 156.

Nel primo testo si trova un espresso riferimento all'informazione nell'art. 18, comma 6, a norma del quale «i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione». La disposizione accorda ai detenuti la possibilità di avere accesso ai mezzi di informazione così da consentire il mantenimento dei contatti con il mondo esterno. L'informazione, infatti, è un'esigenza tanto più avvertita dal soggetto ristretto al punto che una sua preclusione generalizzata comporterebbe «un forte e immotivato isolamento rispetto alla società libera»[18], con una conseguente violazione dell'art. 21 Cost. Salvo i casi in cui sono proprio i legami con l'ambiente criminale di provenienza a dover essere recisi[19], infatti, la permanenza in carcere non dovrebbe risolversi in una esclusione del detenuto e l'amministrazione penitenziaria è chiamata a impegnarsi nel «profondere ogni sforzo per ridurre, sin dai primissimi momenti di permanenza in carcere, il distacco tra il detenuto ed il mondo esterno»[20].

Nella norma, poi, si fa riferimento, quale unico limite-requisito perché il mezzo di informazione possa circolare all'interno del carcere, al concetto di "libera vendita all'esterno". La scelta del legislatore penitenziario è stata quella di operare un parallelismo tra la circolazione della stampa interna ed esterna al carcere. Si è così consentito l'ingresso della stampa al sussistere «delle condizioni per cui lo stampato è idoneo a circolare nell'ambiente libero in quanto non viola prescrizioni di legge»[21]. La circostanza per la quale la norma richiama la liceità della circolazione delle pubblicazioni e non la loro commercializzazione comporta, infine, che possano avere ingresso in carcere anche le pubblicazioni a distribuzione gratuita[22].

[18] S. Ardita, L. Degl'Innocenti, F. Faldi*, Diritto penitenziario,* Roma, 2014, 77. V. anche C. Santinelli, *Art. 18 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 230.

[19] Si tratta di particolari ipotesi che consentono la sospensione del trattamento penitenziario, ovvero il regime di detenzione speciale *ex* art. 41-*bis* o.p. sul quale v. *infra* § 5.

[20] V. lettera circolare D.a.p. n. 0177644 del 2010.

[21] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 157.

[22] V. J. Saccomani, *Restrizioni alla ricezione della stampa ex art. 18 ter ord. penit.: i legittimati alla richiesta,* in *Giustizia Penale*, II, giugno 2010, 352 ss.

Per quanto riguarda le limitazioni alla stampa, a differenza della normativa precedente[23], l'art. 18 dell'o.p. del 1975 si caratterizza per aver eliminato qualsiasi forma di censura preventiva, peraltro già ridimensionata a partire dal 1970[24]. La norma, in ossequio all'art. 21 Cost., non prevede alcun tipo di limitazione *ex ante* all'accesso alla stampa "lecita" da parte dei detenuti e, pertanto, le limitazioni possono essere dettate solo da esigenze di ordine e di spazio[25] o di sicurezza[26]. La verifica della sussistenza di eventuali condizioni tali da giustificare compressioni del diritto all'informazione è rimessa alla disciplina dell'art. 18-*ter* o.p., dove si prevede che l'autorità giudiziaria possa, con decreto motivato, stabilire limitazioni nella ricezione della stampa del detenuto[27].

Il regolamento di esecuzione, poi, reca una serie di norme che riguardano l'accesso all'informazione. In particolare si prevede la possibilità per il detenuto di accedere alla biblioteca e, sulla base di intese, di accedere ad altre biblioteche; altre norme – come si vedrà a breve – riguardano l'utilizzo di *personal computer*, *compact disc* portatili e radio testimoniando «una discreta sensibilità per le nuove tecnologie, in coerenza, del resto, con la crescita di una più generale attenzione per la dimensione informativa dei detenuti»[28].

[23] Cfr. il Regolamento carcerario del 1931 (R.D. 18 giugno 1931, n. 787, *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*) che prevedeva una censura preventiva generalizzata. In base a tale normativa, ad esempio, la lettura di giornali politici e di quotidiani era fortemente limitata attraverso il ritaglio di articoli ritenuti non idonei. I giornali che venivano acquistati o portati ai detenuti durante i colloqui venivano controllati e spesso stravolti dal taglio degli articoli, riguardanti soprattutto processi in corso, disordini all'interno di qualche penitenziario o episodi di cronaca nera.

[24] Cfr. Circolare Ministeriale 14.02.1970, n. 1862/3419.

[25] P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015, 137 ss.

[26] Si v. ad esempio Ord. Mag. Sorv. Vercelli, 26.05.2005, sulla quale si v. F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza: la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008, 33 s.

[27] Per la trattazione approfondita dell'articolo, approvato a seguito di diverse condanne all'Italia da parte della Corte di Strasburgo, si rinvia a A. TURTURRO, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, in questo stesso Volume.

[28] Così P. COSTANZO, *Internet e libertà di informazione dentro le mura carcerarie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informativa*, XXX, 6, 2015, 941 s.

4. *L'informazione attiva e passiva in carcere*

Il dato normativo esaminato mette in luce come la quasi esclusiva attenzione del legislatore penitenziario sia rivolta all'informazione nella sua accezione passiva, ovvero come diritto del singolo ad essere informato e a ricevere una informazione pluralista e differenziata, piuttosto che in quella attiva, ovverosia alla libertà di informare e di diffondere il pensiero[29].

Questo diritto, invero, cardine della democrazia, assume ancora maggiore rilievo in una realtà ristretta dove la diffusione di notizie dall'interno potrebbe costituire uno strumento di contatto e di interazione con l'esterno, scongiurando l'isolamento del soggetto detenuto. Vero è che il contatto con il "fuori", sebbene riconosciuto dalla legge penitenziaria quale diritto fondamentale al mantenimento delle relazioni personali e con il mondo esterno[30], deve sempre soggiacere alla verifica del rispetto delle esigenze di sicurezza e di controllo che, come per la generalità dei diritti delle persone ristrette, deve costituire elemento di valutazione.

L'informazione attiva, implicitamente garantita dall'art. 21 Cost., costituisce una importante attività che ben può inserirsi nel percorso di risocializzazione dei soggetti privati della libertà personale.

A questo proposito, rappresenta un dato positivo la sempre più ampia diffusione di redazioni giornalistiche all'interno degli istituti penitenziari dove si curano riviste online o a stampa[31]. La

[29] Dello stesso tenore anche le Regole penitenziarie europee che, all'art. 24.10, pur scendendo nel dettaglio della disciplina si limitano a considerare la forma passiva del diritto in parola: «Ai detenuti deve essere permesso di tenersi informati regolarmente degli avvenimenti pubblici abbonandosi e leggendo quotidiani, riviste ed altre pubblicazioni ed ascoltando la radio o vedendo trasmissioni televisive, a meno che non vi sia un divieto specifico imposto dall'autorità giudiziaria su un singolo caso per un periodo determinato».

[30] Così C. Santinelli, *Art. 18 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 201 e C. Brunetti, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2008, 107.

[31] Discorso più ampio andrebbe fatto per la prassi della "domandina", ovvero la procedura richiesta ai detenuti per la presentazione di qualsiasi istanza (anche la più elementare). Si tratta di un modulo prestampato che il detenuto deve compilare e sottoporre all'approvazione della Direzione. «La "domandina" è il genere letterario più dif-

storia del giornalismo dal carcere affonda le sue radici in una prima isolata esperienza risalente agli anni '50[32] quando nella casa di reclusione di Porto Azzurro, sull'Isola d'Elba, venne fondato il primo periodico intramurario[33]. L'approvazione dell'ordinamento penitenziario nel 1975, poi, pose per la prima volta l'accento sulla necessità di promuovere la cultura anche tra le mura carcerarie, dove peraltro il tasso di analfabetismo era allora piuttosto elevato[34], favorendo – seppur in maniera indiretta – la produzione editoriale dal carcere[35]. Oggi la diffusione di redazioni interne al carcere è ancor più capillare, tanto da aver portato nel 2004 alla costituzione della Federazione dei giornali dal carcere che attualmente conta numerose testate dal e sul carcere[36].

Diversi operatori, infatti, con l'approvazione e il sostegno della direzione degli istituti, hanno realizzato pagine web e riviste dal carcere che assumono un rilievo fondamentale nella dinamica carceraria non solo quali canali d'informazione tradizionali ma anche come strumento per «dare visibilità all'esterno del mondo carcerario» nonché per «restituire alla società civile un'immagine dello stesso e delle persone che vi sono recluse assai diversa da quella usualmente conosciuta»[37].

fuso dentro il carcere» afferma sarcasticamente L. MANCONI, *Carcere tra "domandina" e bisogno di comunicazione*, intervento al Convegno "La scrittura in carcere – Esperienze a confronto" – 27 febbraio 2007 – Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, reperibile su *www.giustizia.it*.

[32] Per la letteratura sul carcere si è soliti prendere le mosse dagli scritti di Silvio Pellico "Le mie prigioni" e di Antonio Gramsci "Quaderni del carcere". Si possono, invece, far risalire le prime riviste italiane specializzate a partire dall'Unità di Italia con la fondazione, nel 1865, del periodico *Effemeride carceraria*. Per un excursus sull'evoluzione della letteratura dal e sul carcere si v. L. BACCARO, *Comunicazione e giornalismo dal carcere in Italia e all'estero*, in *Rivista di psicodinamica criminale*, VI, 2013, 11 s.

[33] La rivista a partire dal 1989 si chiama "La grande promessa" e prevede una pubblicazione a cadenza mensile sia su supporto cartaceo che informatico.

[34] Ha costituito un'eccezione al *trend* l'esperienza del Carcere di Santo Stefano, isola di confinati politici e simbolo dell'antifascismo.

[35] Si v., tra i primi, il periodico fiorentino "Noi e gli altri" o "Ora d'aria" del carcere romano di Rebibbia.

[36] *http://www.ristretti.it/areestudio/informazione/giornali/coordina/convegno/progetto.htm*.

[37] L. FRANZINI, *Comunicare dal carcere: giornali e Internet*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 3, 2002, 399 s.

Anche lo spettacolo (cinematografico e teatrale) è uno dei modi di diffusione del pensiero che trova riconoscimento nell'art. 21 Cost., ultimo comma, e nell'art. 33 Cost. Sebbene anche di queste pratiche non vi sia traccia nell'ordinamento penitenziario, le attività di spettacolo sono diffuse in molti penitenziari[38] e le compagnie teatrali composte da attori detenuti si sono andate affermando con una incidenza positiva sul percorso trattamentale e di reinserimento sociale[39].

Il tavolo 9 degli Stati generali dell'esecuzione penale, in particolare, è stato dedicato, oltre che all'istruzione e allo sport, proprio alla cultura, prefiggendosi obiettivi puntuali sia di carattere ricognitivo – come ad esempio la verifica della presenza di biblioteche, locali ricreativi, di progetti pilota che coinvolgono le persone detenute riguardo a teatro, ripresa video-documentaria e di finzione, espressività del corpo, espressione musicale in genere, scrittura creativa e giornalismo, arti figurative – sia di carattere innovativo – quali l'individuazione di linee guida nella formazione degli operatori nel campo della cultura e la valutazione circa opportunità di configurare il teatro come attività "istituzionalizzata" negli istituti di pena[40] –.

L'attività del tavolo ha permesso di mettere in luce l'incidenza – in termini percentuali – che lo sviluppo di attività culturali ha sul tasso di recidiva[41]. Anche sulla scorta di questo si è proposto l'inserimento nell'Ordinamento penitenziario di una regolazione delle attività culturali che, al pari del lavoro e dell'istruzione, possano

[38] Per una ricognizione delle compagnie teatrali, presenti e passate, che operano in carcere v. *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Compagnie_teatrali.pdf*.

[39] Noto è il caso della rappresentazione "Cesare non deve morire" della compagnia Teatro Libero di Rebibbia dalla quale è stato tratto l'omonimo film nel 2012 diretto da Paolo e Vittorio Taviani, che ha ricevuto diversi premi cinematografici nazionali ed internazionali. L'interesse e lo sviluppo delle attività teatrali interne al carcere è testimoniato da ultimo dalla stipula, in data 24 marzo 2016, del Protocollo d'intesa tra Dipartimento amministrazione penitenziaria, Coordinamento nazionale teatro in carcere e Università Roma Tre. Sul rapporto tra carcere e teatro si v. il focus *Teatro in carcere*, in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_3_0_6.page*.

[40] Cfr. gli obiettivi indicati dal Comitato degli esperti per il coordinamento degli Stati Generali, Sgep, *Relazione finale Tavolo 9*, in *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo9_relazione.pdf*, 3 s.

[41] Sgep, *Relazione finale Tavolo 9*, cit., 79 s.

costituire vere e proprie «attività strutturanti la vita detentiva»[42] e, nella Relazione finale degli Stati generali, si è fatto espresso riferimento all'importante ruolo del teatro quale «potente, anche se impegnativo, antidoto rispetto all'impoverimento emozionale derivante dalla routine carceraria»[43].

Come si anticipava, diverso rilievo è dato all'articolazione passiva del diritto all'informazione, con una disciplina espressa tanto del suo esercizio quanto delle modalità di limitazione dello stesso.

In primo luogo, l'acquisto e la detenzione di quotidiani, periodici e libri, concessa ai sensi dell'art. 18, comma 6, o. p., è garantita anche dall'illuminazione dei locali nei quali si svolge la vita dei detenuti così da permettere la lettura (art. 6 o.p.) e dalla presenza in ogni istituto di biblioteche (art. 12 o.p.) fornite di libri e periodici scelti in modo da realizzare una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società (art. 21, comma 2. reg. esecuz.).

I giornali quotidiani, sebbene la normativa appena richiamata faccia riferimento ai soli "periodici", non sono esclusi dalla fruizione per le persone detenute che però possono accedervi solo tramite acquisto personale in quanto non ne viene assicurata la disponibilità in consultazione gratuita presso le biblioteche degli istituti. La scelta per cui il legislatore sembra aver optato, ovvero di non rendere disponibile il «veicolo più aggiornato di notizie dall'esterno, e meglio in grado di mantenere vivo l'interesse per la realtà al di fuori delle mura carcerarie», sembra essere «il riflesso di una inspiegabile ritrosia, magari motivata anche da ragioni economiche, ad offrire, nei limiti del possibile, interventi diretti a sostenere gli interessi umani, culturali e professionali dei detenuti e degli internati (art. 1 reg. esec.)»[44].

L'art. 44, comma 4, reg. esecuz., inoltre, consente ai detenuti studenti universitari – ma pare estendibile a tutti i detenuti iscrit-

[42] SGEP, *Relazione finale Tavolo 9*, cit., 80.

[43] SGEP, *Documento finale*, in *https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/documento_finale_SGEP.pdf*, 57.

[44] P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. GREVI, a cura di, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Roma, 1981, 191 s.

ti a corsi scolastici[45] – di essere autorizzati a tenere nella propria camera e negli altri locali di studio, i libri, le pubblicazioni e tutti gli strumenti didattici necessari al loro studio[46]. I libri e la stampa in generale possono essere acquistati dai detenuti, fruendo delle somme di cui dispongono nel peculio, nei limiti stabiliti con una circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ai sensi dell'art. 57, comma 6 reg. esecuz.[47].

Come si è già notato il possesso di libri o periodici, benché diritto espressamente riconosciuto alla persona detenuta, è sottoposto al potere autorizzativo dell'autorità amministrativa. La posizione assunta dal soggetto dinnanzi alla decisione discrezionale dell'amministrazione è stata da alcuni letta quale condizione inferiore rispetto ad un diritto soggettivo pieno, «una facoltà assimilabile all'interesse legittimo: […] una situazione soggettiva, cioè, nella quale il libero esplicarsi della facoltà della persona può essere conformato da regole, direttive o divieti promananti dall'amministrazione, sul cui legittimo esercizio insiste l'interesse giuridicamente tutelato del soggetto»[48]. Invero, il procedimento autorizzatorio cui è subordinata la possibilità per il soggetto di tenere libri e stampa nelle celle si risolve in un mero riscontro dell'assenza di divieti previsti dalla legge (liceità delle pubblicazioni, compatibilità del possesso della stampa con le esigenze di ordine e sicurezza dell'istituto). Pur non trattandosi di una posizione giuridica deteriore rispetto a quella del libero cittadino, l'esercizio del diritto da parte dei soggetti detenuti è sempre assoggettabile al bilanciamento con le contrapposte esigenze di sicurezza. Le limitazioni all'accesso alla stampa, infine, possono essere considerate legittime purché congrue e proporzionate alla finalità

[45] Cfr. F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 301, il quale parla di estensione analogica «per evidenti ragioni di uniformità di trattamento di situazioni omogenee».

[46] Sullo studio e, più in generale, sul diritto all'istruzione e la cultura in carcere si v. l'art. 19 o.p. e C. Tomba, *Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri*, in questo Volume.

[47] Attualmente i limiti di spesa del c.d. peculio sono regolati dalla Circolare DAP n. 3650/6100 – Prot. n. 0277389-2013 in base alla quale l'ammontare delle somme che possono essere spese dai detenuti ed internati per gli acquisti e la corrispondenza è pari ad un massimo mensile di € 500,00 e ad un massimo settimanale di € 150,00.

[48] F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 301.

perseguita ed è, pertanto, inibito all'amministrazione penitenziaria di «precludere in senso assoluto – attraverso l'imposizione di divieti o limiti che vanifichino nella sostanza la facoltà riconosciuta ai ristretti – la disponibilità di libri in favore dei detenuti»[49].

Dibattito ulteriore riguarda il possesso di pubblicazioni a carattere pornografico da parte dei detenuti. In particolare ci si è chiesti se un tale tipo di pubblicazioni sia contrario limite del buon costume imposto dall'art. 21 Cost. Alcuni provvedimenti assunti della Magistratura di sorveglianza hanno negato la possibilità ai detenuti di possedere riviste pornografiche sostenendo che le stesse siano vietate ai minori, altri assumendo che la loro esposizione sia vietata dalla legge e che l'esonero da responsabilità per la loro divulgazione sia previsto dalla legge solo per gli edicolanti e i librai e non per l'Amministrazione penitenziaria. D'altro canto, come si è visto, l'art. 18, comma 6, o.p. prevede quale unico limite posto al diritto di possedere la stampa in cella la sola liceità della stessa: non può essere vietata in carcere la diffusione di stampa autorizzata all'esterno. È proprio sulla base di tale parallelismo tra liceità di diffusione della stampa esternamente e internamente al carcere che, secondo una diversa lettura della giurisprudenza di merito, si deve consentire la circolazione di tale tipologia di stampato. Questa seconda lettura sembrerebbe maggiormente aderire all'*intentio legislatoris* che, «prevedendo quale unico parametro per l'ingresso delle pubblicazioni negli istituti la libera circolazione delle stesse, (…) ha assunto una posizione chiara anche in relazione alla stampa pornografica»[50].

Si segnala che Corte costituzionale in una sola occasione, e del tutto incidentalmente, si è trovata a trattare di questioni connesse alla diffusione di stampa presunta oscena all'interno del carcere non essendo intervenuta in maniera espressa sulla legittimità del suo trattenimento da parte dell'Amministrazione penitenziaria ma avendo, piuttosto, specificato che lo stesso possa costituire una illegittima compressione del diritto riconosciuto dall'art. 21 Cost.

[49] *Idem.*

[50] C. SANTINELLI, *Art. 18 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 230.

per il quale al soggetto detenuto dovrebbe essere garantita una tutela giurisdizionale[51].

D'altra parte, infine, con riferimento a riviste vietate ai minori, prevedere la possibilità del loro accesso non comporta il conseguente obbligo per l'Amministrazione penitenziaria di inserire tali riviste nell'elenco dei beni e dei generi per i quali è intervenuta la convenzione tra la ditta appaltatrice dal momento che, non costituendo oggetto di indispensabile utilizzo, il mancato inserimento non comporta la violazione di un diritto del detenuto[52]. Sebbene il possesso e la ricezione di stampa pornografica da parte del detenuto non debbano ritenersi vietati, dunque, non vi è un obbligo in capo all'istituto penitenziario di fornitura e il diritto del soggetto detenuto non potrà dirsi leso visto che lo stesso potrà ottenere la stampa stessa sia con il mezzo della corrispondenza ordinaria che attraverso la spedizione in abbonamento, ferme restando le limitazioni dettate dalle esigenze di ordine e spazio.

Vi sono, poi, altri strumenti di informazione di cui, ai sensi dell'ordinamento penitenziario, i soggetti detenuti possono servirsi. Tra questi dispositivi vanno richiamati la radio e la televisione, il cui utilizzo era concesso in origine solo per la valenza didattica degli stessi finalizzata a contribuire al percorso rieducativo del detenuto. Con l'art. 40 reg. esecuz. si è invece inteso liberalizzare l'utilizzo di tali mezzi purché per dimensioni e caratteristiche si conformino alle prescrizioni ministeriali[53]. Inoltre, un regolamento interno a ciascun istituto disciplina l'utilizzo di radio e televisione in modo da non arrecare disturbo alle altre persone.

Il processo di liberalizzazione che ha coinvolto da tempo l'uso

[51] Cfr. sent. n. 26 del 1999 riguardante la legittimità del sistema dei reclami a quel tempo previsto dall'ordinamento penitenziario. Per la trattazione approfondita di questo aspetto e per la disamina del provvedimento richiamato si rinvia a S. Talini, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

[52] Cfr. Cassazione penale, sez. I, 30.06.2011, n. 45410.

[53] Per la verità una timida apertura in questo senso già era presente nell'art. 38 reg. esecuz. 1976 (Decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431) in base al quale era consentito usare un apparecchio radio personale purché autoalimentato (l'autoalimentazione era letta quale forma di ostacolo ai consumi di elettricità non controllati e quale misura per prevenire propositi suicidi).

dei tradizionali strumenti di accesso alle informazioni, quali radio e televisione, è ancora lungi dal riconoscersi per i più moderni strumenti. Infatti, nonostante i *personal computer* e i cd portatili siano espressamente richiamati dal regolamento di esecuzione, l'uso degli stessi può essere autorizzato al detenuto solo per "motivi di lavoro e di studio" (art. 40 reg. esecuz.)[54]. La funzionalizzazione dell'uso del pc ai motivi lavorativi e scolastici e non al mero accesso informativo ha comportato che la giurisprudenza di legittimità si sia orientata nel senso di ritenere legittimi i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria di divieto dell'uso di pc nella stanza di detenzione "per approfondimento culturale", perché non rientranti tra le finalità riconosciute dalla norma[55].

Rimane ancora fermo, infine, il divieto nei confronti dei soggetti detenuti di accedere al web, avvalendosi dei computer per i quali è stato autorizzato il possesso. Un cambio di rotta, con un progressivo ampliamento dell'uso della rete in carcere, sembra rappresentato dalla circolare D.A.P. n. 0366755 del 2 novembre 2015 che ha dato nuovo impulso alla sentita esigenza di adeguamento nell'utilizzo di internet da parte dei detenuti, pur se ancora rimasta inattuata. La circolare, in particolare, individua in tutte le "categorie" di detenuti i possibili destinatari del beneficio in questione, non operando distinzioni per i detenuti ristretti in condizione di alta sicurezza e per quelli in condizione di elevato indice di vigilanza, ma esclude – per ragioni solo parzialmente condivisibili – chi si trovi nello stato di detenzione prevista dall'art. 41-*bis* o.p.[56].

[54] Sulle modalità di utilizzo del pc si vv. circolari D.A.P. 15.06.2001, n. 3556/6006, e 4.11.2002, n. 000826 e circolare D.A.P. 21.04.2000, n. 161940/5-3-compl.

[55] In questo senso cfr. Cass. penale, sez. VII, 15.10.2013, n. 20832 nella quale la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto avverso l'ordinanza con la quale il magistrato di sorveglianza respingeva il reclamo relativo al provvedimento di rigetto dell'amministrazione penitenziaria. La SC ritiene che il divieto dell'uso del pc nella stanza di detenzione per motivi di approfondimento culturale (nella specie, relativi a cultura biblica) sia legittimo dal momento che l'art. 40 reg. esecuz. prevede la concedibilità di autorizzare tale modalità di fruizione dello strumento informatico solo per motivi di lavoro o di studio curriculare. Con particolare riferimento al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., Cass. penale, sez. I, 28.04.2004, n. 2319.

[56] La legittimità di questa specifica preclusione, in quanto diretta ad impedire illecite comunicazioni intra ed extramurarie molto più agevoli e incontrollabili mediante l'uso di supporti elettronici trova riscontro nelle esigenze preventive poste a fondamento del

La circolare, in particolare, consente l'uso di pc integrati di lettore di CD o DVD e di un'unità *floppy-disk*, ed esclude, invece, l'uso di stampanti, scanner e masterizzatori collegati al pc, nonché di modem anche in modalità fax, in quanto abilitanti ad una comunicazione esterna. Tali ultimi potranno essere fruiti solo ove sia possibile disabilitare la capacità di connessione o, in caso contrario, utilizzabili solo fuori della camera di detenzione nelle sale comuni sotto il controllo diretto di un operatore penitenziario. Anche per le eventuali forme di accesso alla rete, prospettate dalla circolare e ancora in via di definizione, sussiste il requisito della subordinazione dell'autorizzazione alla funzione lavorativa o educativa. L'autorizzazione all'accesso al web dovrebbe in ogni caso essere consentito solo previo accertamento della coerenza dell'utilizzo con finalità di lavoro o di studio.

5. *L'informazione per i detenuti sottoposti al c.d. regime detentivo speciale*

Il regime previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, o.p., occasionato da situazioni nelle quali vi siano elementi tali da ritenere la sussistenza di legami tra il detenuto e un'associazione criminale, terroristica o eversiva, può comportare la sospensione delle regole trattamentali risolvendosi talvolta nella parziale compressione del diritto all'informazione del detenuto stesso[57].

È chiaro che il regime detentivo speciale rappresenta la massima espressione della tensione sussistente tra la tutela dei diritti del soggetto detenuto e l'esigenza di sicurezza che consente la limitazione (congrua e proporzionata) dei diritti stessi. La *ratio* di tale regime è infatti quella di impedire il mantenimento di lega-

regime di detenzione speciale su cui v. *amplius infra* § 5. Di dubbia legittimità, invece, è l'automatismo operato dal Ministero a fronte di una disciplina normativa che invita a valutare caso per caso le situazioni che possano costituire un pericolo per la comunicazione del soggetto in regime speciale con l'associazione criminale di provenienza.

[57] Sul punto si v. diffusamente, in questo stesso Volume, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*.

mi tra il detenuto e l'associazione criminale di provenienza e per questo per i detenuti in regime "differenziato", in maniera molto più pregnante rispetto ai detenuti "ordinari", qualsiasi forma di comunicazione con l'esterno è oggetto di particolare attenzione e può essere limitata.

Proprio la delicatezza della situazione prospettata, data dalla potenziale lesione di diritti fondamentali del detenuto, da un lato, e dalle gravi ragioni di ordine e sicurezza pubblica, dall'altro, ha comportato che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni a valutare, direttamente o indirettamente, la legittimità del trattamento differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p. In alcune delle questioni trattate, per quanto in questa sede interessa, a venire in rilievo è stato proprio il diritto all'informazione del detenuto.

Il diritto all'informazione inteso come accesso al mezzo televisivo, ad esempio, è stato oggetto "mediato" della sent. n. 135 del 2013 con la quale, in via "immediata", la Corte è stata chiamata ad esprimersi circa la vincolatività delle decisioni del Magistrato di sorveglianza[58]. La questione prendeva le mosse da un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto dal Magistrato di sorveglianza di Roma nei confronti del Ministero della giustizia. Il Magistrato di sorveglianza, in particolare, riteneva ingiustificato il provvedimento assunto dall'Amministrazione con il quale si vietava a due detenuti in regime speciale la visione dei canali "Rai Storia" e "Rai Sport". Secondo il giudice romano, infatti, il provvedimento inibitorio implicava una ingiustificata compressione del pieno esercizio del diritto all'informazione.

Al di là dell'interesse che la decisione desta sotto il profilo dell'effettività della tutela del soggetto detenuto, ciò che rileva sotto la diversa prospettiva del diritto all'informazione è l'affermazione, presente in maniera chiara nella parte motiva del provvedimento, dell'informazione televisiva quale diritto fondamentale del detenuto, così da ritenersi, nella specie in questione, non «una doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione peni-

[58] Per una trattazione approfondita di questo profilo si rinvia al capitolo dedicato S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume.

tenziaria, ma la lesione del diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost. che il giudice competente ha ritenuto ingiustificatamente compresso da un provvedimento limitativo dell'Amministrazione penitenziaria»[59].

Altro e diverso caso è quello che ha riguardato la ricezione di libri e riviste a stampa tramite corrispondenza o pacco postale, ovvero mediante consegna in occasione dei colloqui nell'istituto penitenziario[60]. Tale possibilità è stata negata da una circolare del 2011[61], di fatto ripristinata da una nuova circolare nel 2014[62], che ha sostanzialmente disposto il divieto di ricevere ed inviare libri e riviste provenienti dai e dirette ai familiari, anche tramite pacco consegnato in sede di colloquio o spedito per posta. Ai detenuti in regime detentivo speciale l'accesso alla stampa sarebbe consentito così solo attraverso l'acquisto personale per il tramite dell'istituto penitenziario.

Le ragioni che hanno spinto all'adozione di tali direttive restrittive sono da rintracciarsi in episodi nei quali, tramite la consegna al detenuto in sede di colloquio o tramite invio postale di pacchi contenenti libri, si erano elusi i controlli sulle comunicazioni con l'esterno, particolarmente stringenti nel regime detentivo speciale.

Larga parte della magistratura di sorveglianza si è orientata nel senso di disapplicare le suddette circolari, accogliendo i

[59] Corte cost. sent. 12.06.2013, n. 135, p. 6 cons. dir. In questa stessa ottica, può guardarsi anche al noto caso *Öcalan c. Turchia* (n. 2) 18.3.2014, in cui la Corte Edu ha affermato «che l'accesso ai mezzi audiovisuali (televisione) costituisce un modo per ridurre l'isolamento sociale», e ha distinto, nell'esaminare la liceità del trattamento carcerario praticato al ricorrente, una prima fase in cui la mancata autorizzazione ad avere la tv in cella era giustificata a causa della sua supposta pericolosità. In un periodo successivo, a seguito dell'intervento del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti la limitazione all'accesso al mezzo informativo imposto in precedenza era venuto meno senza alcuna giustificazione convincente, così comportando una condanna della Turchia per il periodo detentivo in cui il soggetto non aveva potuto avere disponibilità del mezzo.

[60] M. Ruotolo, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41*-bis*. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen*., 2, 2015, 842 ss.

[61] Cfr. Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 8845/2011 del 16 novembre 2011.

[62] Cfr. Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia n. 3701/2014 dell'11 febbraio 2014.

reclami dei detenuti che ritenevano leso il proprio diritto costituzionale alla libertà di corrispondenza. Il provvedimento amministrativo restrittivo, in particolare, si sarebbe posto in contrasto con la riserva di legge e la riserva di giurisdizione imposta dall'art. 15 Cost.[63].

A venire in rilievo, però, non è solo la libertà di corrispondenza (art. 15 Cost.) ma anche la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.). Come si è visto il margine distintivo tra le due norme costituzionali è labile ma ha ripercussioni di non poco conto anche sulla normativa penitenziaria applicabile. Diverse conseguenze derivano a seconda che voglia considerarsi il pacco quale "altra forma di comunicazione" *ex* art. 15 Cost. o quale comunicazione *ex* art. 21 Cost. L'equiparazione del pacco alla missiva potrebbe derivare dalla presenza, nel caso prospettato, di un destinatario determinato e dalla veicolazione (pur se tramite la consegna di un libro scritto da terzi) di un messaggio tra il mittente e il destinatario. Di qui ne deriverebbe una disciplina penitenziaria molto garantista nei confronti del detenuto e meno nei confronti delle esigenze di sicurezza. Il diritto dei detenuti alla corrispondenza epistolare, infatti, non conosce limitazioni quantitative né di categorie di persone con cui svolgere la comunicazione interpersonale. Al contrario i pacchi, quali forme comunicative non equiparabili alla corrispondenza, sono aperti e visionati dagli operatori del carcere e soggiacciono a limiti quantitativi, particolarmente stringenti per i detenuti in regime speciale[64].

Altra questione riguarda la legittimità dei provvedimenti ministeriali richiamati a fronte di una disciplina, contenuta nell'art. 18-*ter* o.p., che riserva all'autorità giudiziaria la prerogativa di limitare la ricezione della stampa ai detenuti per motivi tassativi.

Sul punto l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità è stato quello di escludere la sussistenza di restrizioni ingiustificate dal momento che le suddette circolari avrebbero la funzione di regolare le modalità con le quali possono essere ricevu-

[63] Si v., ad es., Mag. sorv. Spoleto, ord. 18.12.2012; Mag. sorv. Roma, ord. 18.02.2013; Mag. sorv. Reggio Emilia, ord. 13.05.2013; Mag. sorv. Marcerata, ord. 20.05.2013; Mag. sorv. L'Aquila, ord.10.10.2013.

[64] Cfr. la normativa contenuta nell'art. 14, commi 1 e 6, Reg. esecuz.

ti, consegnati o custoditi libri nella propria camera di detenzione in funzione degli scopi del regime di detenzione speciale, senza intaccare il diritto del detenuto ad informarsi o a studiare[65]. In alcuni casi la Cassazione si è spinta ad affermare che non ci si troverebbe in presenza di una violazione di diritti soggettivi, dal momento che l'ordinamento penitenziario contempla espressamente la sola facoltà per il detenuto di acquistare e tenere presso di sé i libri[66].

A fronte di tale "diritto vivente", sorto sull'interpretazione dell'art. 41-*bis* o.p. alla luce delle circolari ministeriali in ordine al divieto di ricezione della stampa ai colloqui o via posta, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, dubitando della legittimità costituzionale di tale interpretazione, si è visto costretto a sollevare una questione davanti alla Corte costituzionale. Nell'ordinanza di rimessione, in particolare, il Magistrato esamina, quale uno dei motivi di censura, proprio la violazione dell'art. 21 Cost. dal momento che le limitazioni nella ricezione della stampa disposte dall'amministrazione determinerebbero «una compressione del diritto del detenuto ad essere informato alla quale non corrisponde – in contrasto con quanto richiesto dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della legittimità delle limitazioni ai diritti fondamentali (sono citate le sentenze n. 143 e n. 135 del 2013) – alcun apprezzabile incremento della tutela di interessi contrapposti di pari rango, legati, nella specie, ad esigenze di contrasto della criminalità organizzata»[67].

Secondo il giudice, infatti, la circolare ministeriale non si limiterebbe a regolare le modalità di accesso alla stampa, senza incidere sul diritto del detenuto ad informarsi, dal momento che, pur potendo quest'ultimo sempre acquistare libri, riviste e quotidiani tramite la direzione dell'istituto penitenziario, ha in via di fatto serie difficoltà nel reperire il materiale librario. Le difficoltà deri-

[65] Cfr. Cassazione penale, sez. I, 11.11.2014, n. 11184. Conf. Cassazione penale, sez. I, 16.10.2014, n. 50156 nella quale si afferma la legittimità di tali restrizioni dal momento che si tratta di disposizioni finalizzate ad evitare ogni possibilità di contatto con l'organizzazione criminale di appartenenza, «senza incidere sui diritti del detenuto allo studio e all'informazione».

[66] V. Cassazione penale, sez. I, 03.10.2013, n. 9674.

[67] Corte cost., sent. 26.05.2017, 122, p. 1.4 riten. in fatto.

verebbero dalle lungaggini legate all'acquisto tramite l'istituto, ai costi più elevati da sostenere dal momento che non si potrebbero acquistare libri usati e dalle limitazioni di spesa mensili, ancora più rigide rispetto ai detenuti "ordinari".

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione riguardante la presunta violazione dell'art. 21 Cost. riaffermando quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità: pur riconoscendo il fondamento costituzionale del diritto di essere informati nell'art. 21 Cost. e pur richiamando le norme dell'ordinamento penitenziario che attuano la garanzia costituzionale (art. 18, comma 6, o.p., nell'art. 18-*ter*, comma 1, lettera a), o.p.), conferma che «la tutela – tanto costituzionale quanto legislativa – è (…) riferita alla facoltà del detenuto di scegliere con piena libertà i testi con i quali informarsi, mentre restano indifferenti i mezzi mediante i quali gli viene garantito il diritto di entrare in possesso delle pubblicazioni desiderate»[68].

Di qui l'infondatezza della questione in quanto nel caso di specie a venire in rilievo sono le modalità di ricezione e di invio della stampa e non l'accesso alla stessa. Non sussisterebbe alcuna violazione dell'art. 21 Cost. dal momento che l'accesso all'informazione sarebbe comunque garantito attraverso gli altri mezzi di reperimento della stampa. In altre parole le circolari ministeriali, in attuazione dell'art. 41-*bis* o.p., pur vietando la ricezione di stampa tramite consegna *brevi manu* o invio tramite pacco postale, non costituiscono una limitazione al diritto all'informazione, imponendo piuttosto che l'acquisto della stampa – in ossequio della libera scelta del detenuto – avvenga attraverso canali sicuri. Infine, la Corte riafferma il principio in base al quale la residuale possibilità per il detenuto di acquistare la stampa «non deve tradursi in una negazione surrettizia del diritto». In questo ultimo caso, infatti, il diritto all'informazione del detenuto verrebbe completamente frustrato comportando una lesione costituzionalmente vietata.

Per quanto riguarda, in ultimo, il rapporto intercorrente tra l'art. 15 e l'art. 21 Cost. e le difficoltà definitorie cui si è accennato in apertura, a differenza di quanto sostenuto dal giudice rimetten-

[68] Corte cost., sent. 26.05.2017, 122, p. 5 cons. dir.

te – il quale ha inteso la spedizione *de qua*, in quanto veicolo di un messaggio indirizzato in modo specifico al destinatario, come rientrante nel concetto di corrispondenza *ex* art. 15 Cost.[69] – la Corte nella sentenza in esame sostiene che «la postulata idoneità a fungere da veicolo di comunicazione di idee, sentimenti e notizie tra mittente e destinatario» a prescindere dal supporto comunicativo non può costituire elemento alla stregua del quale ricondurre la stampa entro la tutela predisposta dall'art. 15 Cost. Secondo la Corte, si tratterebbe di una caratteristica non esclusiva delle pubblicazioni a stampa dal momento che «qualsiasi oggetto si presta astrattamente ad assumere – per effetto di una precedente convenzione, per la sua valenza simbolica intrinseca o semplicemente per i rapporti interpersonali tra le parti – un determinato significato comunicativo, quando non pure a fungere da sostituto "anomalo" dell'ordinario supporto cartaceo per la redazione di messaggi, o da contenitore per celarli al suo interno»[70]. Se si prescindesse dalla valutazione del supporto materiale attraverso il quale si veicola la comunicazione, ne deriverebbe una indiscriminata libertà di circolazione dei beni tra il carcere e l'esterno incompatibile con le esigenze connesse al regime detentivo speciale.

In questo ultimo assunto, in altre parole, la Corte sembra cogliere una distinzione definitoria rilevante con esclusivo riferimento al contesto penitenziario. Come si è affermato, infatti, l'interpretazione dell'art. 15 Cost. si è andata estendendo al fine di ricondurre entro la tutela costituzionale tutte le forme di comunicazione interpersonale, indipendentemente dal supporto usato. L'indifferenza rispetto al mezzo materiale non opererebbe nei confronti delle comunicazioni con i detenuti, in particolare con quelli in regime di 41-*bis*, cosicché «la libertà di corrispondenza [è] riconosciuta ai detenuti in quanto esplicata attraverso gli ordinari strumenti di comunicazione, e non anche nella forma anomala dello scambio diretto o per posta di oggetti aventi un significato convenzionale, o estemporaneamente vicari dell'usuale supporto cartaceo»[71].

[69] Cfr. Mag. sorv. Spoleto, ord. 26.04.2016.
[70] Corte cost., sent. 26.05.2017, 122, p. 6 cons. dir.
[71] *Idem*.

6. *Il necessario ripensamento dell'informazione come diritto del soggetto ristretto e quale elemento trattamentale autonomo. Qualche spunto nella recente riforma dell'Ordinamento penitenziario*

Al termine della disamina della disciplina dell'informazione in carcere e delle questioni ad essa connesse, è possibile fornire qualche rilievo conclusivo circa i punti di arrivo e le prospettive auspicate nel contesto comunicativo odierno.

Partendo dagli approdi consolidati, sembra ormai superata la *querelle* circa la posizione giuridica da riconoscersi al singolo rispetto all'informazione quale diritto soggettivo o interesse legittimo. Come si è visto, non tutte le sfumature dell'informazione sono contemplate dalla normativa riguardante l'organizzazione penitenziaria e, per la parte disciplinata, si prevede sempre un procedimento autorizzatorio in capo all'Amministrazione. Questi fattori, insieme al lessico utilizzato dal legislatore penitenziario[72], hanno portato in passato a propendere per una soluzione che non riconoscesse nell'esigenza informativa del detenuto natura di diritto soggettivo, «con la conseguenza che la facoltà di accedere alla stampa periodica pot[esse] al limite essere negata qualora, in concreto, il suo esercizio non dimostrasse alcuna valenza trattamentale»[73].

D'altra parte, come si è già avuto modo di sottolineare, la condizione carceraria si caratterizza – in punto di riconoscimento dei diritti – per due componenti complementari. Da un lato, come da tempo sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale, la circostanza detentiva non può e non deve costituire giustificazione per un azzeramento dei diritti del singolo ma anzi «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo (…) opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente compor-

[72] Cfr. "sono autorizzati" (art. 18, comma 6, o.p.).

[73] Così P. COSTANZO, *Internet e libertà d'informazione dentro le mura del carcere*, cit., 944.

ta»[74]. Dall'altra, le esigenze di sicurezza e prevenzione connesse alla detenzione, possono essere motivo di restrizioni legittime dei diritti.

In altre parole, la situazione detentiva può costituire il presupposto per una restrizione del diritto del detenuto a fronte dell'esigenza di tutela di un contrapposto interesse parimenti costituzionalmente garantito. Il godimento dei diritti da parte del soggetto detenuto è pertanto connaturato al procedimento autorizzatorio; ciò, tuttavia, non implica la qualificazione della posizione giuridica in termini di interesse legittimo. Sarebbe, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, in ogni caso scorretto, invocare la qualificazione di interesse legittimo quale giustificazione per una tutela meno intensa del soggetto detenuto rispetto al libero cittadino.

Ulteriore conferma di tale quadro ricostruttivo – che non nega l'esistenza del diritto per il solo fatto che sia sottoposto ad un procedimento autorizzatorio e di bilanciamento costante – può scorgersi, ad opinione di chi scrive, proprio nella sentenza della Corte costituzionale da ultimo richiamata[75] dove il giudice costituzionale, pur addivenendo ad un dispositivo di infondatezza, ammette la possibilità di condizionamenti modali del diritto all'informazione presupponendo, così, l'esistenza del diritto stesso e della sua posizione costituzionalmente guarentigiata.

La seconda questione, strettamente connessa alla prima, riguarda la potenziale autonomia dell'uso del mezzo informativo, ovvero la possibilità di intendere l'accesso alle informazioni (nelle varie forme evocate) quale diritto autonomo finalizzato al "mero" arricchimento culturale e non funzionalizzato alla salvaguardia di altri diritti (quali, ad esempio, lo studio e l'istruzione).

Nel preambolo della richiamata circolare del 2015 in materia di accesso alla rete[76], vi era un primo accenno alla valorizzazione dell'utilizzo di strumenti informatici quale fattore di crescita

[74] Cfr. *ex multis* sent. n. 204 del 1974. Sul punto si v. M. Ruotolo, *Dignità a carcere*, Napoli, 2014, 51 ss.

[75] Corte cost. sent. n. 122 del 2017.

[76] Circolare D.A.P. n. 0366755 del 2 novembre 2015.

personale del soggetto ristretto e come efficace strumento di sviluppo di percorsi trattamentali complessi. Nella stessa circolare, inoltre, si prende in considerazione l'alfabetizzazione informatica quale strumento di integrazione del ristretto. L'analfabetismo tecnologico, infatti, può costituire un elemento ulteriore di emarginazione e per questo è stato individuato quale punto di criticità del sistema penitenziario anche dal Garante nazionale per le persone private della libertà personale che, nella Relazione annuale al Parlamento, ha sottolineato una certa diffidenza dell'Amministrazione penitenziaria verso la tecnologia, auspicando una valorizzazione della formazione in campo tecnologico quale «valore irrinunciabile nell'esecuzione penale ai fini del reinserimento sociale»[77].

L'autonoma considerazione del diritto all'informazione quale elemento trattamentale, poi, non sembrava essere stata del tutto assorbita quale priorità per il legislatore penitenziario che, nella delega penitenziaria approvata con voto di fiducia il 14 giugno 2017[78], non faceva cenno alcuno alle forme di informazione attiva[79].

Nell'attuare la delega, però, il D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha introdotto delle rilevanti modifiche all'art. 18 o.p., che sembrano per la prima volta valorizzare gli aspetti dell'informazione in carcere richiamati. Con l'art. 11 lett. g) n. 4 del D. Lgs. n. 123 del 2018, si sono inseriti i seguenti due periodi all'art. 18: "Ogni detenuto ha diritto a una libera informazione e di esprimere le proprie opinioni, anche usando gli strumenti di comunicazione disponibili e previsti dal regolamento. L'informazione è garantita per mezzo

[77] GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento* 2017, in *http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/bc9d71fe50adf78f32b68253d1891aae.pdf*, 75 dove si attesa che al momento, tra coloro che hanno il potere di stabilire l'offerta trattamentale «prevale un paradossale timore di un possibile uso improprio della tecnologia e, quindi, del venir meno di norme di sicurezza».

[78] Cfr. L. 23.06.2017, n. 103.

[79] L'unico riferimento presente tra i principi e i criteri direttivi della delega riguardava i collegamenti audiovisivi per il mantenimento delle relazioni familiari o per esigenze processuali. Cfr. art. 1, comma 85, lett. i) dove si dispone che, quali principi e criteri direttivi della delega la disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari.

dell'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento".

Queste aggiunte, seppur marginali, devono essere accolte con favore. Per la prima volta, infatti, si qualifica espressamente l'informazione come diritto[80] così valorizzandone il ruolo e la tutela. Inoltre, in via generale si riconosce una qualche forma di informazione attiva ("Ogni detenuto ha diritto… di esprimere le proprie opinioni"). Infine, seppure con possibili limitazioni, si prevede la possibilità di usufruire della rete internet per accedere alle informazioni. Questi ultimi aspetti, una volta chiarite le modalità attuative e il coordinamento con il regolamento richiamato dalla norma ("diritto…di esprimere le proprie opinioni, anche usando strumenti di comunicazione… previsti dal regolamento" e "accesso… ai siti informativi con le cautele previste dal regolamento"), hanno una portata potenzialmente dirompente in quanto non funzionalizzano l'utilizzo degli strumenti di informazione (attiva o passiva) a ragioni di lavoro o di istruzione così ampliando decisamente la possibilità di usufruirne.

Per concludere, è forse giunto il momento di ripensare all'informazione in carcere sotto una diversa prospettiva. Fino ad oggi l'ordinamento penitenziario si era caratterizzato per trascurare completamente le forme attive di informazione, che pure rivestono nella prassi un ruolo cruciale non riducibile alle sole attività ricreative e ludiche. Nell'accezione passiva di esercizio del diritto, invece, persistono nella normativa penitenziaria forme di funzionalizzazione dell'accesso alle informazioni a comprovate esigenze di istruzione e di lavoro.

La recente riforma dell'Ordinamento penitenziario, però, sembra dare segnali di discontinuità e di innovazione sul punto. Come si è cercato di mettere in luce, infatti, l'attività informativa può e deve costituire un elemento trattamentale autonomo, capace di accrescere la consapevolezza e la risocializzazione del soggetto detenuto scongiurando le derive dell'isolamento sociale. Tale diversa prospettiva si tradurrebbe, peraltro, in benefici diretti sulla resa dell'esecuzione

[80] Sul punto si v. S. Marietti, *Il trattamento e la vita interna*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'Ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 93-94.

penale in carcere, come dimostrato – ad esempio – dall'incidenza positiva delle attività teatrali sul fenomeno della recidiva.

L'avanzamento tecnologico, infine, ben può assicurare la predisposizione di accorgimenti tecnici in grado di garantire le sempre rilevanti esigenze di sicurezza e prevenzione. Per questo, è fondamentale che le disposizioni sull'informazione recentemente aggiunte all'art. 18 o.p., non rimangano lettera morta.

Andrea Turturro

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

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. Riservatezza e *privacy*: una definizione minima – 3. La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione dei detenuti – 3.1. L'art. 15 della Costituzione (cenni) – 3.2. Il diritto alla corrispondenza e alle comunicazioni dei detenuti – 3.2.1. Un inquadramento generale – 3.2.2. Comunicazioni *inter praesentes*: i colloqui – 3.2.2.1 Comunicazioni *inter absentes* equiparate ai colloqui: le videochiamate tramite *Skype* – 3.2.3. Comunicazioni *inter absentes*: la corrispondenza epistolare, telegrafica e via fax – 3.2.4. (segue) Comunicazioni *inter absentes*: la corrispondenza telefonica – 3.2.5. Limitazioni e controlli delle comunicazioni – 4. La protezione dei dati personali – 4.1 Il Codice *privacy* e il nuovo Regolamento europeo: una visione d'insieme – 4.2. La direttiva sul trattamento dei dati nell'ambito della sicurezza e della giustizia penale – 4.3. La protezione dei dati personali dei detenuti in un provvedimento del Garante per la *privacy* – 4.4. La banca dati nazionale del DNA ed il laboratorio centrale – 4.5. Il c.d. diritto all'oblio a seguito della sentenza *Google Spain.*

1. *Cenni introduttivi*

Discorrere di un diritto alla riservatezza dei detenuti[1] potrebbe

[1] Sembra opportuno specificare che, all'interno della categoria dei "detenuti", rientrano tanto i soggetti condannati in via definitiva, quanto gli imputati sottoposti alla custodia cautelare in carcere. Lo *status* è naturalmente diverso (in ossequio anche al fondamentale principio di cui all'art. 27, secondo comma, Cost.) e ciò giustifica la previsione di regole diverse. Nel testo si farà riferimento, per non appesantire la lettura, ai detenuti in generale, salvo evidenziare, in taluni casi, la specificità della disciplina relativa a chi ancora è imputato e, dunque, non colpevole sino all'eventuale condanna definitiva (cfr., in tal senso, l'art. 1, comma 7, della l. n. 354/1975, «Norme sull'ordina-

apparire paradossale[2] o quantomeno controintuitivo, trattandosi probabilmente della situazione giuridica soggettiva che, dopo la libertà personale, risulta maggiormente incisa dall'assoggettamento a pena detentiva. Al riguardo non è neanche necessario evocare il *Panopticon* delineato[3] da Jeremy Bentham sul finire del XVIII secolo[4], costruzione circolare nella quale i reclusi sono (potenzialmente) sempre sotto controllo visivo; possono cioè, senza vedere, essere visti in ogni momento dall'«ispettore», che si trova in un locale posto al centro della circonferenza. Anche nell'attuale sistema penitenziario, così diverso da quello distopico (almeno per un occhio contemporaneo) immaginato dal filosofo inglese, infatti, sembrerebbe arduo ipotizzare l'esistenza di uno spazio di riservatezza per i detenuti.

Tale paradosso, tuttavia, in una concezione costituzionalmente orientata dell'esecuzione penale è solo apparente; ciò è evidente sol che si consideri la prospettiva, ormai pacifica, secondo la quale i detenuti sono titolari di tutte le posizioni giuridiche (specie se costituzionalmente fondate) riconosciute all'individuo e al cittadino[5], salvo quelle incompatibili con lo stato di detenzione[6] (in tal senso, v. ora l'art. 1, comma 3, o.p.: «*Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali*»[7], disposizione peraltro

mento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», di seguito anche denominata «o.p.»). Occorre rammentare, per completezza, anche la categoria degli "internati" (assoggettati a misura di sicurezza detentiva).

[2] Lo segnalava già M. Paissan, Privacy *nel carcere e presunta* privacy *sul carcere*, in *www.ristretti.it*.

[3] O, più correttamente, sviluppato e reso celebre.

[4] J. Bentham, *Panopticon or the Inspection House*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, 1838-1843 (la stesura originale del testo risale al 1787, trad. it. *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Venezia, 2009). Come sottolinea M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, 219, l'effetto principale del *Panopticon* è «indurre nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicura il funzionamento automatico del potere».

[5] In senso non dissimile, ancorché meno preciso, v. anche l'art. 5 della Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri ("Regole penitenziarie europee", attualmente in fase di aggiornamento): «La vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera».

[6] Art. 1, comma 5, o.p., come modificato dal d. lgs. n. 123/2018: «Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari».

[7] Nel testo introdotto dal d. lgs. n. 123/2018, che ribadisce anche il divieto di ogni violenza fisica o morale.

meramente ricognitiva di un principio di rango costituzionale)[8]. Come è noto, superata la concezione del carcere come ordinamento separato[9], si è gradualmente arrivati a riconoscere anche per i detenuti – ferme le esigenze di ordine e sicurezza interne al carcere[10] e l'inevitabile limitazione della libertà personale che integra il contenuto afflittivo della sanzione penale – il principio della massima espansione delle libertà individuali[11].

Tale prospettiva, oggi abbracciata dalla dottrina in feconda dialettica con la giurisprudenza costituzionale[12], può essere efficacemente sintetizzata richiamando proprio due affermazioni del Giudice delle leggi: la prima, assai celebre ancorché troppo timida, secondo la quale «*chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale*»[13]; la seconda, più netta e maggiormente condivisibile, secondo cui «*la dignità della persona* (…) *è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale* (…)»[14].

Si tratta, evidentemente, del risultato di una lettura complessi-

[8] Ciò non significa, tuttavia, sottovalutarne l'importanza; si vuole evidenziare semplicemente il rango superprimario del principio in esame.

[9] Sul tema e sulla connessa nozione di «supremazia speciale», v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 12 ss.

[10] L'attuale art. 1, comma 4, o.p. precisa che l'ordine e la disciplina devono essere mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà.

[11] Teorizzato, come è noto, da P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

[12] Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'adeguamento dell'ordinamento penitenziario ai principi contenuti nella Legge fondamentale, v. la ricostruzione di M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2016. Riferimenti si trovano anche in C. Colapietro, *La condizione dei carcerati*, in *Diritto e società*, 2006, 333 ss. e G. M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 2012, 187 ss.

[13] Sent. n. 349 del 1993, n. 4.2. del *Cons. in diritto*. Critica sull'espressione «residuo» S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 1 ss.

[14] Sent. n. 26 del 1999, n. 3.1 del *Cons. in diritto*. In particolare, sul tema della dignità in relazione alla realtà penitenziaria, v. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014.

va della trama dei principi costituzionali, che trascende dunque la mera esegesi della disposizione che governa, al livello più alto della gerarchia delle fonti, l'esecuzione penale: l'art. 27, terzo comma, della Carta, secondo il quale «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*». In tale visione sistematica, l'umanità dei trattamenti costituisce una condizione minimale ma non certo sufficiente per un'esecuzione penale costituzionalmente legittima, dovendosi invece riconoscere – anche in funzione rieducativa, che difficilmente potrebbe essere percorsa altrimenti – il più ampio rispetto dei diritti dei soggetti sottoposti a pena detentiva[15].

È in tale prospettiva, dunque, che si svolgerà la presente indagine sulla riservatezza dei detenuti; coerentemente con le coordinate sinteticamente tracciate, sarà dunque necessario un preliminare riferimento alle situazioni giuridiche soggettive riconosciute alla generalità dei consociati, per poi analizzare la disciplina applicabile ai detenuti (onde valutarne la compatibilità con il dettato costituzionale).

2. *Riservatezza e* privacy*: una definizione minima*

Nel delineare, seppur in termini sintetici, la nozione di «riservatezza» (o *privacy*)[16] è necessario evidenziare che essa può essere intesa in due significati essenziali, uno risalente ed uno più moderno. Nel primo – che viene comunemente fatto risalire ad un lavoro di Warren e Brandeis[17], pubblicato sulla *Harvard Law Review* nel

[15] Sul tema, v. l'interessante lavoro di A. Bonomi, Status *del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018.

[16] Nella copiosa dottrina, v. almeno L. Califano*, Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, 3 ss.; A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla). III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur*., Roma, 1995; G. M. Salerno, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, 617 ss.; M. Timiani, *Un contributo allo studio del diritto alla riservatezza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2012, 51 ss.; G. Busia, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Vol. I, Torino, 2000, 476 ss.

[17] V. però la precisazione di A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, 9 s., il quale – dato conto della posizione di Westin, secondo

1890[18] – si intende la pretesa ad uno spazio di intimità immune da ingerenze esterne, tanto di matrice pubblicistica quanto privatistica (*right to be let alone*)[19]. Nel secondo significato, da poco più di un ventennio ad oggi, la *privacy* viene declinata come diritto alla protezione dei dati personali, e dunque come possibilità di controllo del soggetto («interessato») sull'utilizzo (*recte* «trattamento») di informazioni che lo riguardano («dati personali»)[20].

Per ciò che concerne la prima accezione, può osservarsi che essa costituisce una caratteristica distintiva degli ordinamenti liberal-democratici rispetto alle esperienze precedenti. Essa è legata alla definitiva emersione di una dialettica tra individuo e collettività, nella quale il primo pretende di proteggere una propria sfera (riservata, appunto) nei confronti della seconda. Le esperienze politiche precedenti, invece, contemplavano ingerenze della comunità nella vita privata dei cittadini che sarebbero oggi assolutamente impensabili[21]. La riservatezza, si configura, in questa accezione, nei termini di una tipica libertà negativa («libertà da»)[22].

La declinazione più moderna, come protezione dei dati personali, è il risultato dell'evoluzione (soprattutto) tecnologica e della necessità di una tutela positiva e proattiva sul contenuto informativo riferibile ad una persona e non più semplicemente negativa e reattiva rispetto a eventuali ingerenze esterne nella sfera intima dell'individuo. In questo senso, il diritto alla protezione dei dati personali si configura come un diritto all'autodeterminazione in-

cui tale diritto era già emerso in epoca antecedente alla guerra civile statunitense – afferma: «è vero che prima della fine del secolo scorso [l'A. scriveva nel Novecento] non esisteva una consaputa teoria sul diritto alla *privacy*, ma, in altro senso, è pur vero che Warren e Brandeis non hanno fatto che portare a compimento enunciazioni preesistenti, la cui precisione e la cui chiarezza sono per molti versi sorprendenti».

[18] S. Warren-L. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard L. R.* 193 (Dec. 15, 1890).

[19] «Riservatezza è, innanzi tutto, libertà da intrusioni della curiosità sociale. E, dunque, diritto *erga omnes* avente come oggetto un insieme di vicende della propria vita e come contenuto una pretesa di esclusione» (A. Cerri, *Riservatezza*, cit., 4).

[20] «Un diritto che comprende la possibilità di accedere alle informazioni che riguardano se stessi per controllarne l'esattezza, per correggerne gli eventuali errori, e, soprattutto, per sorvegliarne e dirigerne l'utilizzo nel corso del tempo»: così G. Busia, *Riservatezza*, cit., 479.

[21] Per questa considerazione, A. Cerri, *Riservatezza*, cit., 1.

[22] L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 11.

formativa[23] (*habeas data*, secondo un'icastica espressione)[24], ossia al controllo sui propri dati personali "trattati" da terzi.

Il diritto alla riservatezza (nella prima e, poi, nella seconda accezione) è emerso progressivamente, all'esito di un articolato processo che ha visto coinvolta la più sensibile dottrina (all'origine, specialmente civilistica)[25], la giurisprudenza (fondamentale la pronuncia della Cassazione nel caso *Soraya* del 1975)[26] e, sino a tempi recenti in misura minore, il legislatore.

Oggi è diffusamente riconosciuto – e ciò risulta confermato dalle decisioni del Giudice delle leggi[27] – il carattere costituzionale del diritto alla riservatezza, pur in difetto di un'espressa previsione nella Legge fondamentale[28]. Con una certa dose di approssimazione[29], due sono i possibili percorsi interpretativi per raggiungere tale conclusione: mediante il riferimento a specifiche disposizioni (in particolare, gli artt. 13, 14 e 15 Cost.)[30] oppure valorizzando l'art. 2 Cost. come «norma a fattispecie aperta»[31]. In particolare,

[23] G.M. Salerno, *Le origini ed il contesto*, in L. Califano-C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, Napoli, 2017, 83.

[24] C. Colapietro-M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, Torino, 2014, 48 s. ed ivi il rinvio a V. Frosini, *Informatica diritto e società*, Milano, 1988, 295.

[25] Come segnalato da A. Cerri, *Riservatezza*, cit., 2.

[26] Cass., sez. I civ., 27 maggio 1975, n. 2129.

[27] Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di riservatezza, v. M. Timiani, *Un contributo allo studio*, cit., 64 ss. Per l'osservazione secondo cui dalla giurisprudenza costituzionale emerge in maniera più netta il fondamento costituzionale della riservatezza nel suo significato tradizionale, mentre non è ancora presente «quell'indirizzo che potrebbe essere il segno di emersione di un più complessivo diritto alla tutela e al corretto trattamento dei dati personali», v. G.M. Salerno, *Le origini ed il contesto*, cit., 82 s.

[28] A differenza di quanto accade in altre esperienze ordinamentali: cfr., per puntuali riferimenti, G. M. Salerno, *La protezione della riservatezza*, cit., 627 ss.

[29] Una più completa analisi del dibattito dottrinale si trova in M. Timiani, *Un contributo allo studio*, cit., 60 ss.

[30] L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 13, individua ulteriori referenti costituzionali: libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), diritto all'esercizio privato di un culto religioso (art. 19), diritto al nome (art. 22), diritto di difesa (art. 24), diritti della famiglia (art. 29), rispetto della dignità umana nel caso di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32).

[31] Secondo una tesi che, come è noto, ha il suo araldo in A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss. Peraltro – come rileva C. Colapietro, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, Napoli, 2016, 4 s. – al medesimo risultato interpretati-

gli artt. 13, 14 e 15 Cost. sembrano effettivamente delineare una protezione della riservatezza rispetto a indebite interferenze all'interno della sfera personale, spaziale e relazionale dell'individuo.

La *privacy* declinata come protezione dei dati personali – della quale si rimarca lo stretto legame con la dignità umana e la funzione strumentale rispetto al godimento delle classiche libertà costituzionali[32] – ha ricevuto una compiuta disciplina, nel nostro ordinamento, solo in tempi relativamente recenti, sotto la spinta del diritto dell'Unione europea (*infra*, par. 4). Il relativo diritto trova riconoscimento anche nella Carta dei diritti fondamentali UE (c.d. Carta di Nizza), all'art. 8[33] (oltre che nell'art. 16 TFUE).

La possibilità di ricondurre diverse situazioni giuridiche ad una identica matrice (forse concettuale[34] ma sicuramente) terminologica – la riservatezza/*privacy*[35], appunto – spiega, con opzione non inedita nella manualistica sui diritti[36], la scelta dei temi che saranno trattati in questo capitolo. Nei paragrafi successivi – omesso, per ragioni "ambientali", il riferimento all'inviolabilità del domicilio[37] (che pure avrebbe trovato in un discorso sulla riservatezza

vo può giungersi aderendo alla tesi "mediana" patrocinata, in relazione all'art. 2 Cost., da F. Modugno.

[32] L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 16.

[33] Rubricato *Protezione dei dati di carattere personale*: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

[34] Si condivide qui quanto affermato da G. M. Salerno, *La protezione della riservatezza*, cit., 618, secondo il quale il processo di maturazione della sfera (o delle sfere) di riservatezza costituzionalmente protetta (o protette) «non può dirsi dommaticamente concluso».

[35] La ricostruzione più comune, peraltro, è la seguente: la *privacy* può essere declinata in un duplice senso, come riservatezza (nel significato tradizionale) o come protezione dei dati personali (così, *ex multis*, C. Colapietro, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Napoli, 2018, 21 s.).

[36] Il riferimento è a G. M. Salerno, *La protezione della riservatezza*, cit., 617 ss. Non mancano, peraltro, soluzioni diverse, quale, ad esempio, quella di P. Caretti, *I diritti fondamentali*, III ed., Torino, 2011, 292 ss., che si occupa del diritto alla riservatezza nell'ambito della libertà personale (analogamente C. Colapietro-M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, cit., 48 ss.).

[37] Per uno spunto nel senso che una garanzia del domicilio sia ipotizzabile anche

in generale una sede appropriata) – si analizzeranno la libertà e la segretezza delle comunicazioni dei detenuti nonché la protezione dei loro dati personali.

3. *La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione dei detenuti*

3.1. L'art. 15 della Costituzione (cenni)

L'art. 15 Cost. proclama solennemente l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione[38], presidiandola con una riserva di legge (comunemente ritenuta assoluta)[39] ed una riserva di giurisdizione; ciò significa che le limitazioni dell'una o dell'altra (della libertà o della segretezza, che non necessariamente vanno di pari passo)[40] possono avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge. A differenza di quanto previsto per la libertà personale e per la libertà di domicilio (la cui disciplina è mutuata dalla prima), non sono espressamente previste misure

per i detenuti, v. M. Cavino-L. Conte, *Il diritto pubblico e la sua economia*, II ed., Santarcangelo di Romagna, 2014, 400, i quali si riferiscono alla possibilità di personalizzare la cella e di godere di uno spazio fisico adeguato. Pur non rientrando tali aspetti nel tradizionale contenuto della libertà di domicilio, essi possono comunque essere effettivamente ricondotti alla più ampia dimensione della riservatezza dei detenuti.

[38] Sul tema v. P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 343 ss.; C. Colapietro-M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, cit., 62 s.; F. Donati, *Art. 15*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006, vol. I, 362 ss.; A. Pace, *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da G. Branca, *Rapporti civili, artt. 13-20*, Bologna-Roma, 1977; Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 241 ss.; C. Troisio, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, in *Enc. giur.*, *ad vocem*; più di recente, C. Caruso, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 ottobre 2013. Esula evidentemente dall'ambito del presente lavoro la tutela rafforzata che la Costituzione riconosce alle comunicazioni dei parlamentari (art. 68, comma 3, Cost.).

[39] C. Troisio, *Corrispondenza*, cit., 6. Lo ha confermato la Corte cost. con la sent. n. 20 del 2017 (n. 3.1 del *Cons. in diritto*).

[40] Al riguardo, sono sufficienti due esempi: si pensi, da un lato, al caso dell'intercettazione telefonica, che incide sulla segretezza ma non sulla libertà di comunicazione; dall'altro lato, si consideri il fermo della corrispondenza, che invece limita la libertà e non anche la segretezza (in questo senso, P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 343 s.).

temporanee che possano essere adottate dall'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza, in difetto di un previo provvedimento giurisdizionale[41].

Da un punto di vista sistematico, nella progressione dei diritti fondamentali, il Costituente, dopo essersi occupato della libertà della persona e della sua proiezione spaziale più immediata (il domicilio)[42] e prima di ampliare ulteriormente il raggio di azione[43], si dedica a tutelare il collegamento tra l'individuo ed il mondo esterno, essendo la comunicazione la fisiologica modalità di interazione con altre persone[44].

Caratteristiche della comunicazione rilevante *ex* art. 15 sono, evidentemente, l'"intersoggettività"[45] – con l'ulteriore precisazione che deve trattarsi di soggetti determinati, criterio distintivo rispetto all'ambito di applicazione del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost.[46] – e l'"attualità"[47].

Sul versante soggettivo, il diritto in parola – stante la sua stretta inerenza alla persona umana ed il suo carattere di inviolabilità –

[41] Al riguardo, dopo l'iniziale prevalenza di una tesi dottrinale che qualificava la lacuna come mera svista del Costituente, con possibilità di applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 13, si è affermata l'opposta concezione secondo cui la mancata previsione equivale a negazione dei poteri d'urgenza, sulla base di una triplice argomentazione: 1) maggiore garanzia di una situazione che coinvolge sempre anche un terzo; 2) minore esigenza di interventi di urgenza in riferimento alle comunicazioni; 3) maggiore facilità di abusi, rispetto a violazioni della libertà personale e domiciliare. Cfr., per tale ricostruzione, P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 345 s.

[42] Il sostantivo, per comune e condivisibile opinione, non deve essere inteso nel senso di cui all'art. 43 c.c., bensì in un significato più ampio, identificato, a seconda delle prospettazioni, nella nozione penalistica ovvero in una distinta accezione costituzionalistica (ricostruisce il dibattito, tra gli altri P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 308 ss.; sullo stesso tema, nell'ambito di un'ampia riflessione sull'ermeneutica giuridica, A. Longo, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, Napoli, 2016, 145 ss.).

[43] Con la libertà di circolazione (art. 16) e poi con le cc.dd. libertà collettive (riunione ed associazione: artt. 17 e 18 Cost).

[44] Per un riferimento alla triplice dimensione evocata dalle citate disposizioni costituzionali (fisica, spaziale, spirituale), v. C. Troisio, *Corrispondenza*, cit., 2. Notevole è anche la circostanza che i tre diritti in questione siano tutti espressamente contrassegnati dall'attributo dell'inviolabilità.

[45] La pluralità di soggetti (almeno due) è coessenziale all'idea stessa di comunicazione, neppure astrattamente pensabile in forma monosoggettiva.

[46] P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 344.

[47] Sul requisito in parola v. A. Pace, *Problematica*, cit., 246 s.

è riconosciuto a tutti gli individui[48], a prescindere da altri requisiti, quali la cittadinanza o la capacità di agire. Nelle più diffuse trattazioni manualistiche ed enciclopediche, è frequente la sottolineatura che determinate condizioni personali (tra loro assai eterogenee) comportano l'applicazione di peculiari discipline (altrettanto eterogenee) in tema di corrispondenza e comunicazioni, talora di dubbia legittimità costituzionale: è il caso di falliti[49], infermi di mente, minori e detenuti[50].

Per ciò che attiene al profilo oggettivo, la tutela costituzionale concerne qualsiasi forma di comunicazione, *inter praesentes* e *inter absentes*, a prescindere dal mezzo utilizzato, dal contenuto e dalla forma[51]. È pacificamente riconosciuto che il diritto *de quo* riguarda tanto la posizione del mittente quanto quella del destinatario, e dunque comprende sia il diritto di trasmettere, sia di ricevere messaggi[52].

Non pare inopportuno ricordare, peraltro, che la libertà e la segretezza delle comunicazioni sono state annoverate dalla giurisprudenza costituzionale tra i diritti che costituiscono valori supremi, il cui contenuto essenziale è sottratto alla procedura di revisione *ex* art. 138 Cost. [53]. Si segnala, inoltre, che il diritto in questione è tutelato anche mediante apposite disposizioni penali[54].

La libertà e la segretezza della corrispondenza trovano protezione normativa – nell'ambito della più generale tutela della vita privata e familiare – anche a livello sovranazionale ed internazionale: l'art. 7 della Carta di Nizza e l'art. 8, par. 1, CEDU sanciscono, rispettivamente, il diritto al rispetto delle «comunicazioni» e della

[48] Si ritiene che anche gli enti giuridici, personificati e no, godano del diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni.

[49] Terminologia da ritenersi superata per effetto dell'approvazione del *Codice della crisi di impresa* (d. lgs. n. 14/2019), sebbene la gran parte di esso non sia ancora entrata in vigore. Si segnala, peraltro, che, a parte la sostituzione dei termini «fallito» e «fallimento», l'art. 148 del citato Codice riproduce fedelmente l'art. 48 della Legge fallimentare, relativo alla corrispondenza.

[50] A. Pace, *Problematica*, cit., 260 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 356 s.; C. Troisio, *Corrispondenza*, cit., 7 ss.

[51] Così, condivisibilmente, P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., 344.

[52] Per tutti A. Pace, *Problematica*, cit., 252.

[53] Sent. n. 366/1991, n. 3 del *Cons. in diritto*.

[54] Si v., in particolare, gli artt. 616 ss. del codice penale.

«corrispondenza»[55]. Come si avrà modo di notare, diverse pronunce della Corte di Strasburgo hanno riguardato la (in)compatibilità della normativa penitenziaria italiana con l'art. 8 CEDU.

3.2. Il diritto alla corrispondenza e alle comunicazioni dei detenuti

3.2.1. Un inquadramento generale

Alla luce del tratteggiato quadro costituzionale, si impone ora di prestare attenzione alla normativa contenuta nell'*Ordinamento penitenziario* e nel relativo regolamento di esecuzione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà», di seguito «reg. es.»).

È necessaria, tuttavia, una notazione introduttiva: se per la generalità degli individui, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni si configura nei termini classici della libertà negativa (pretesa di non ingerenza, da parte dei pubblici poteri o di privati), nel caso dei detenuti la questione si pone in termini diversi. I ristretti, infatti, vivono in un contesto che è di per sé limitativo della libertà e della segretezza delle comunicazioni[56]; ciò comporta la necessità, logicamente preliminare, di predisporre strumenti idonei a garantire la materiale possibilità di intrattenere contatti con il mondo esterno. La «libertà», dunque, richiede la predeterminazione, a livello legislativo e regolamentare, delle forme e delle modalità attraverso le quali i detenuti possono svolgere tali comunicazioni; previsioni che poi devono essere concretamente attuate in via amministrativa.

Solo in seconda battuta (ma non per questo ha minore rilevanza), si pone il tema dei controlli e delle eventuali limitazioni, in particolare per quanto riguarda la compatibilità con le già citate

[55] Non si dubita, peraltro, che il riferimento alla corrispondenza da parte dell'art. 8 CEDU vada inteso in senso estensivo, ossia comprensivo di ogni forma di comunicazione.

[56] Così, con spiccata sensibilità, Corte cost., sent. n. 20/2017, n. 4.1 del *Cons. in diritto*.

garanzie previste dall'art. 15 Cost. (riserva di legge e di giurisdizione).

È appena il caso di porre in evidenza, peraltro, il particolare valore che, per le persone detenute, assumono la corrispondenza e le altre forme di comunicazione con familiari e altri soggetti ai quali siano legate da vincoli di amicizia o affetto. Oltre a costituire condizioni minime per un'esecuzione non disumana della pena (quale sicuramente sarebbe, se venisse reciso ogni legame con il mondo esterno)[57], si tratta di strumenti necessari al trattamento rieducativo, in una prospettiva risocializzante (e non desocializzante, come purtroppo talvolta accade in concreto). Ciò è positivamente previsto dall'art. 15 o.p. che cita gli «opportuni contatti con il mondo esterno» e i «rapporti con la famiglia» tra gli elementi del trattamento[58]. In senso analogo, con specifico riferimento ai rapporti familiari, si esprime anche il successivo art. 28, secondo il quale «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[59].

Stante questo peculiare significato, i contatti con il mondo esterno, salve le eccezioni che si diranno connesse ai regimi speciali, non sono legati né alla gravità del reato commesso né alla fattiva collaborazione del detenuto al trattamento rieducativo[60]. Tali contatti comprendono, allo stato attuale, comunicazioni *inter praesentes* (i colloqui) e contatti *inter absentes*, o a distanza, quali la corrispondenza epistolare, telegrafica, via fax e telefonica (per l'inquadramento dei colloqui via *Skype*, v. *infra*).

Per quanto attiene alle fonti che vengono in rilievo, la disciplina della corrispondenza e dei colloqui è contenuta, in via generale, nell'art. 18 o.p.; per ciò che riguarda le limitazioni e i controlli, essi sono previsti dall'art. 18-*ter*, il cui testo vigente risponde all'esigenza di adeguare il nostro ordinamento alle pronunce di condanna

[57] Lo rileva anche Corte cost., sent. n. 122/2017, n. 6 del *Cons. in diritto*.

[58] Cfr. anche l'art. 1, comma 2, o.p., come modificato dal più volte citato d. lgs. n. 123/2018, secondo cui il trattamento tende al reinserimento sociale «anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno».

[59] Sul diritto al mantenimento delle relazioni affettive come elemento positivo del trattamento si rinvia a S. Talini, *L'affettività ristretta*, in questo Volume.

[60] Come sottolinea M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, cit., 76.

della Corte europea dei diritti dell'uomo[61], che aveva rilevato l'illegittimità convenzionale della precedente disciplina[62]. L'art. 18-*bis* o.p., dedicato ai colloqui investigativi[63], esula dal nostro campo di indagine.

È appena il caso di precisare che la normativa in esame ha subito modifiche, invero non particolarmente incisive, per effetto della recente riforma di cui alla legge delega n. 103/2017, che ha trovato attuazione, per quanto qui interessa, con il d. lgs. n. 123/2018. Diverso decreto di attuazione della predetta delega (il d.lgs. n. 121/2018)[64] ha dettato disposizioni specifiche per l'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, anche in relazione alle comunicazioni con l'esterno.

La disciplina è completata, a livello secondario, dalle disposizioni dettate dagli artt. 37 ss. del regolamento di esecuzione, che si occupano rispettivamente, come segnalano le rubriche, di «Colloqui», «Corrispondenza epistolare e telegrafica» e «Corrispondenza telefonica».

Seguendo la topografia della normativa regolamentare, sarà dunque riportata la disciplina dei colloqui (ivi compresi, per le ragioni che si diranno, quelli via *Skype*), della corrispondenza e delle comunicazioni telefoniche. Dopo tale sintetica trattazione, si dedicherà un'analisi specifica al tema delle limitazioni e dei controlli.

In relazione a ciascun tipo di comunicazione si farà anche riferimento alle speciali restrizioni quantitative o qualitative previste dal legislatore per particolari categorie di detenuti: ci si riferisce, rispettivamente, ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p.,

[61] Sentt. 21 ottobre 1996, *Calogero Diana contro Italia*; 15 novembre 1996, *Domenichini contro Italia*; 6 aprile 2000, *Labita contro Italia*; 26 luglio 2001, *Di Giovine contro Italia*; 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas contro Italia*. L'attuale versione dell'art. 18-*ter* è definita, per tale ragione, «norma dagli influssi europei» da P. Maggio, *Art. 18*-ter, in F. Fiorentin-F. Siracusano, *L'esecuzione penale*, Milano, 2019, 285.

[62] V. la ricostruzione di M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 90 ss., che evidenzia come il punto dolente individuato dalla Corte Edu fosse l'eccessivo margine di discrezionalità lasciato alle autorità nazionali.

[63] Su cui vedi C. Santinelli, *Art. 18*-bis, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, 231 ss.

[64] Per un sintetico quadro di insieme, v. L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2018.

ai detenuti sottoposti alla sorveglianza particolare *ex* art. 14-*bis* o al regime di cui all'art. 41-*bis*[65]. Pur non potendo approfondire la questione in questa sede – ed evidenziando peraltro l'eterogeneità delle relative situazioni – merita di essere sottolineato che talune di queste limitazioni suscitano diffuse perplessità, dal punto di vista dell'opportunità o addirittura della legittimità costituzionale[66].

3.2.2. Comunicazioni inter praesentes*: i colloqui*

L'art. 18 o.p. stabilisce che i detenuti «sono ammessi ad avere colloqui con i congiunti e con altre persone, anche al fine di compiere atti giuridici». Il quarto comma specifica che «particolare favore» è riconosciuto ai colloqui con i familiari (espressione che deve ritenersi comprensiva di congiunti e conviventi)[67]. L'art. 37 reg. es. precisa che i colloqui con persone diverse sono autorizzati in presenza di "ragionevoli motivi" (non può sottacersi l'ampio margine discrezionalità sotteso a tale clausola, diffusamente criticata in dottrina[68]).

L'autorizzazione al colloquio (espressione da intendere in senso atecnico[69], atteso che diversamente si verificherebbe un'illegittimità per violazione dell'art. 15 Cost.[70]) è rilasciata dal direttore dell'istituto (autorità amministrativa, circostanza questa che ha suscitato critiche, pur essendo dettata da com-

[65] Per un inquadramento v. il contributo di L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, in questo Volume.

[66] V., ad es., quanto osservato nel *Documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale* al n. 3.4.1 della Parte seconda (consultabile su *www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page*), in relazione alle limitazioni quantitative di colloqui e comunicazioni telefoniche previste per i detenuti condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* ai quali si applica il divieto di benefici. In senso analogo, con riferimento ai detenuti sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis*, si esprime anche A. Ciavola, *Art. 18*, in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, Milano, 2019, 267 s.

[67] V. oggi anche l'art. 1, comma 38, della l. n. 76/2016: «I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario».

[68] Riferimenti in C. Santinelli, *Art. 18*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 204.

[69] O comunque generico: A. Ciavola, *Art. 18*, cit., 230. Sul punto si v. quanto osservato da Cass. pen., SS.UU., n. 25079/2003, *Gianni*.

[70] C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 206.

prensibili ragioni pratiche[71]), salvo che per gli imputati sino alla sentenza di primo grado (la relativa competenza è attribuita all'autorità giudiziaria procedente)[72]. Avverso il diniego opposto dal direttore dell'istituto può essere esperito il reclamo *ex* art. 35-*bis* o.p.[73].

La recente novella ha previsto che i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscano, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e siano collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto[74] (particolare cura deve essere riservata ai colloqui con i minori infraquattordicenni[75]). Pur dovendosi salutare con favore tale previsione, può nutrirsi qualche dubbio sulla sua applicazione in concreto, peraltro meramente facoltizzata – o comunque temperata da una "riserva del possibile" – dallo stesso legislatore.

Gli incontri devono avvenire sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di Polizia penitenziaria (art. 18, comma 2, o.p. e art. 37, comma 5, reg. es.). La disposizione mira evidentemente a contemperare la segretezza del colloquio (assenza di controllo uditivo) con – a dire la verità, dubbie e indimostrate[76] – esigenze di sicurezza (presenza di controllo visivo). Se tale previsione può ritenersi rispettosa del diritto di cui all'art. 15 Cost. (nel senso che non incide sulla libertà o sulla segretezza del colloquio), il problema

[71] Come ricorda C. SANTINELLI, *Art. 18*, cit., 208.

[72] Per i problemi che pone tale disposizione, v. C. SANTINELLI, *Art. 18*, cit., 207 ss.; alcuni di essi sono stati risolti dal d. lgs. n. 123/2018 (v. A. CIAVOLA, *Art. 18*, cit., 232 s.).

[73] Sul quale si v. il contributo di S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in questo Volume. Più complessa è la questione nel caso in cui il permesso sia negato dall'autorità giudiziaria (v. C. SANTINELLI, *Art. 18*, cit., 210).

[74] Sul punto si legge nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo: «i locali destinati ai colloqui devono essere articolati in modo tale da limitarne il carattere rumoroso e l'eccessiva visibilità tra i diversi gruppi familiari. Pur non venendo meno il controllo a vista del personale addetto, si deve tendere a offrire alle singole famiglie *un minimo di riservatezza*» (enfasi aggiunta).

[75] V. ancora la relazione illustrativa citata alla nota precedente, secondo la quale i colloqui con i minori «potranno essere fatti anche nelle giornate festive, al fine di non ostacolarne i percorsi scolastici, e in locali ed aree, specialmente all'aperto (le cc.dd. "aree verdi"), appositamente attrezzati».

[76] Come nota C. SANTINELLI, *Art. 18*, cit., 215, il bilanciamento operato dal legislatore «sembra caratterizzato da un'irragionevole assoluta rigidità».

che essa pone riguarda la sostanziale negazione del diverso diritto all'affettività[77] (che sembra avere trovato riconoscimento solo per i detenuti minorenni[78]).

I colloqui avvengono in locali interni senza mezzi divisori[79] (tranne che per i detenuti in regime di 41-*bis*) o in locali all'aperto appositamente destinati[80].

Gli incontri sono previsti, in via generale, nella misura di sei al mese (art. 37, comma 8, reg. es.), salva la derogabilità *in melius*[81], e hanno la durata massima di un'ora, prorogabile sino a due ore in particolari circostanze[82]. Ove si tratti di detenuti o internati per uno dei reati previsti dall'art. 4-*bis* ai quali si applichi il divieto di benefici, il limite mensile di colloqui è fissato in quattro (anche tale limite può essere derogato in senso ampliativo).

Vi sono poi ulteriori previsioni particolari, legate ai regimi differenziati. Per quanto concerne il regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*bis* o.p., il legislatore ha espressamente previsto che non possano essere limitati i colloqui con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli[83] (art. 14-*quater*, comma 4, o.p.). Da ciò si deduce, *a contrario*, che colloqui con soggetti diversi da quelli indicati possono essere sospesi. Per ciò che attiene ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis*, è consentito un

[77] Sul quale si rinvia ancora al contributo di S. Talini, *L'affettività ristretta,* in questo Volume; Ead., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, cit., 253 ss.

[78] Commi 3 e 4 dell'art. 19 d.lgs. n. 121/2018: «3. Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone di cui al comma 1 [congiunti o con persone con cui sussiste un significativo legame affettivo].

4. Le visite prolungate si svolgono in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico».

[79] Salva la sussistenza di ragioni sanitarie o di sicurezza (art. 37, comma 5, reg. es.).

[80] La direzione può consentire che, per speciali motivi, il colloquio si svolga in locale distinto (art. 37, comma 5, reg. es.). Per i detenuti e gli internati infermi i colloqui possono avvenire in infermeria (art. 37, comma 7, reg. es.).

[81] Cfr. art. 37, comma 9, reg. es. V. inoltre quanto previsto dall'art. 61, comma 2, lett. a), del medesimo regolamento.

[82] Cfr. art. 37, comma 10, reg. es.

[83] Oltre a quelli con il difensore, sui quali v. *infra* nel testo.

solo colloquio al mese[84], con familiari e conviventi, salvo casi eccezionali, sottoposto in ogni caso a controllo auditivo[85] (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b).

Disposizioni di favore sono state recentemente dettate per i detenuti minorenni: l'art. 19 d. lgs. n. 121/2018 prevede otto colloqui mensili (con congiunti o con persone con cui sussiste un significativo legame affettivo[86]) di durata non inferiore a sessanta e non superiore a novanta minuti[87] (salvi i colloqui di durata prolungata volti a favorire le relazioni affettive).

Un'ulteriore disciplina integrativa, di carattere generale, è dettata dal regolamento interno di ogni istituto, al quale rinvia l'art. 36, comma 2, lett. f), reg. es., per «i tempi e le modalità particolari dei colloqui», nonché l'art. 37, comma 3, per quanto concerne l'identificazione e il controllo delle persone ammesse al colloquio con i detenuti.

Esulano dall'oggetto del presente studio i colloqui con il difensore (art. 18, comma 2, o.p.) i quali, più che dare corpo al diritto di cui all'art. 15 Cost., sono strumentali all'esercizio di altro diritto inviolabile, quello alla difesa *ex* art. 24 Cost.[88]. È altresì previsto, nella medesima disposizione, il diritto al colloquio (oltre che alla corrispondenza) con il garante dei diritti dei detenuti[89].

[84] V. L. Cesaris, *Art. 41*-bis, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 459 s.

[85] Esprime perplessità su tale previsione L. Cesaris, *Art. 41*-bis, cit., 460 s.

[86] F. Fiorentin, *Esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, Milano, 2019, 1444, evidenzia l'ampio margine di discrezionalità che la disposizione lascia all'amministrazione nella valutazione della significatività del legame affettivo, «anche per evitare abusi o strumentalizzazioni del diritto da parte degli interessati».

[87] Per i detenuti privi di riferimenti socio-familiari sono favoriti colloqui con volontari autorizzati ad operare negli istituti penali ed è assicurato un costante supporto psicologico (art. 19, comma 2, d. lgs. n. 121/2018).

[88] In tal senso anche M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 77 s.

[89] Sui colloqui con il Garante da parte dei detenuti in regime di 41-*bis*, v. l'ord. n. 2017/1030 del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto (consultabile su www.conams.it).

3.2.2.1 Comunicazioni inter absentes *equiparate ai colloqui: le videochiamate tramite Skype*

Il decreto legislativo n. 123/2018 ha rappresentato, nell'ambito che qui interessa, un'occasione mancata[90]: la legge n. 103/2017 aveva previsto, tra i principi e criteri direttivi della riforma dell'ordinamento penitenziario, la disciplina dei collegamenti audiovisivi non solo a fini processuali ma anche per favorire le relazioni familiari (art. 1, comma 85, lett. i). Sul punto merita di essere ricordato che il Progetto della cd. Commissione Giostra prevedeva la possibilità per i detenuti di avvalersi di strumenti di comunicazione a distanza «mediante programmi informatici di comunicazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet». Il testo normativo non ha raccolto tale indicazione, tacendo completamente sul punto[91].

Pur nel silenzio della legge, pochi mesi dopo è intervenuta una circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (del 30.1.2019) che ha previsto la possibilità, per i detenuti, di effettuare videochiamate tramite il noto sistema *Skype*.

Giova evidenziare che tale forma di comunicazione presenta qualche difficoltà di collocazione sistematica nella presente trattazione: pur trattandosi, infatti, di comunicazione tra persone non fisicamente presenti nel medesimo luogo (e come tale collocabile nei successivi paragrafi), essa viene giuridicamente equiparata ad un colloquio da parte della circolare; questa è la ragione per cui se ne tratta nella presente sede.

A seguito di una fase sperimentale[92], con la circolare citata, sono state fornite agli istituti penitenziari le indicazioni volte ad offrire la possibilità di effettuare videochiamate con familiari e con-

[90] In senso analogo 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, par. 7.

[91] Lacuna segnalata anche nel parere sullo schema di decreto legislativo, reso dal Garante nazionale per i diritti dei detenuti in data 7 agosto 2018 (che ha espresso «forte perplessità sul punto»). Il documento è consultabile sul sito del Garante, nella sezione *Pareri*.

[92] Circolare DAP 2.11.2015, nella quale si invitavano tutte le strutture ospitanti detenuti comuni ad implementare l'utilizzo di tale strumento.

viventi da parte di detenuti del circuito di media sicurezza, con i limiti (anche quantitativi) stabiliti per i colloqui. La videochiamata deve essere sottoposta, da postazione remota, a controllo visivo e non auditivo del personale di sorveglianza, con possibilità di immediata interruzione ove, ad esempio, intervengano nella conversazione soggetti non autorizzati; da tale utilizzo improprio discende, secondo la circolare citata, la preclusione del servizio di videochiamata per il detenuto coinvolto, *ex* art. 37, comma 4, reg. es.

Si tratta, evidentemente, di novità da salutare con favore, consentendo di effettuare il colloquio (seppur a distanza) anche nei casi in cui ai congiunti non sia possibile, per qualsivoglia ragione (malattia, lavoro, residenza in luogo distante dal carcere, etc.), recarsi presso l'istituto penitenziario.

Rimane comunque auspicabile un intervento del legislatore che traduca in norma di diritto oggettivo (quale certamente non è la previsione di una circolare amministrativa) il diritto dei detenuti di utilizzare gli strumenti informatici finalizzati ai citati "colloqui a distanza".

3.2.3. Comunicazioni inter absentes: *la corrispondenza epistolare, telegrafica e via fax*

Le possibilità di corrispondenza epistolare si caratterizzano per un'ampiezza sconosciuta tanto ai colloqui quanto alle comunicazioni telefoniche (v. par. successivo); né l'*Ordinamento penitenziario* né il regolamento di esecuzione prevedono, infatti, limitazioni di carattere quantitativo o qualitativo: ciò significa che il detenuto può inviare o ricevere un numero non prefissato di missive, senza che sussistano restrizioni rispetto ai soggetti con i quali può corrispondere[93]. L'assenza di limiti probabilmente spiega perché il recente decreto legislativo in materia di esecuzione penale minorile nulla abbia previsto sul punto: stante l'impossibilità di delineare un regime di maggior favore, per l'applicazione di tale disciplina anche ai detenuti minori è sufficiente il generale rinvio all'*Ordinamento penitenziario* effettuato dall'art. 1 d. lgs. n. 121/2018.

[93] C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 218.

Per rendere effettivo tale diritto, è previsto che, presso lo spaccio dell'istituto, devono essere sempre presenti materiali di cancelleria necessari per la corrispondenza (art. 38, comma 3, reg. es.). Con disposizione che si segnala come esempio di applicazione del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.), si prescrive all'amministrazione di fornire gratuitamente il materiale occorrente e l'affrancatura ordinaria ai detenuti che non possono provvedervi autonomamente (art. 38, comma 2, reg. es.).

Il regolamento esecutivo, pur in assenza di espressa indicazione da parte della fonte primaria, contempla la possibilità di corrispondenza telegrafica, alla quale estende la disciplina della corrispondenza epistolare. La direzione può inoltre consentire la ricezione (non l'invio)[94] di fax (così l'art. 38, comma 1, reg. es.).

Merita infine di essere segnalato che, nel silenzio della vigente normativa, alcuni istituti penitenziari hanno riconosciuto ai detenuti la possibilità di inviare e ricevere messaggi di posta elettronica[95]. Si tratta di un'innovazione che, in una prospettiva *de jure condendo*, meriterebbe di essere recepita a livello normativo, pur non potendosi tacere i problemi di carattere pratico-organizzativo che essa comporterebbe (i quali peraltro sono stati superati nelle realtà carcerarie "pioniere").

3.2.4. (segue) *Comunicazioni* inter absentes*: la corrispondenza telefonica*

La scarna disciplina contenuta nell'art. 18, comma 5, o.p. prevede che la corrispondenza telefonica possa essere autorizzata[96] nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi, rinviando per «modalità e cautele» al regolamento esecutivo.

La possibilità di corrispondenza telefonica, peraltro, stanti le difficoltà pratiche alle quali altrimenti si andrebbe incontro, è generalmente riconosciuta «in uscita», ma non anche «in entrata». Il comma conclusivo dell'art. 39 reg. es., infatti, prevede che in caso

[94] Almeno stando al tenore letterale della disposizione.

[95] Si tratta di una «buona prassi», citata nel *Documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale* al n. 3.4.1 della Parte seconda.

[96] Sul punto si richiama nuovamente la già citata sentenza *Gianni* delle SS.UU.

di chiamata dall'esterno, salvo che non ostino particolari motivi di cautela, al detenuto interessato sia comunicato il nominativo del chiamante, evidentemente per consentirgli, laddove lo ritenga opportuno, di ricontattarlo, previa autorizzazione[97].

Il detenuto – mediante apposita istanza[98] – può chiedere l'autorizzazione[99] per colloqui telefonici con congiunti e conviventi e, in caso di «ragionevoli e verificati motivi», con persone diverse (art. 39, comma 2, reg. es.). Per effetto delle recenti modifiche normative, che hanno condotto all'omogeneità rispetto alla disciplina dei colloqui, l'autorizzazione è di competenza dell'autorità giudiziaria procedente per gli imputati sino alla sentenza di primo grado; successivamente, oltre che ovviamente per i condannati in via definitiva e gli internati, essa spetta al direttore dell'istituto (art. 18, comma 7, o.p.).

L'art. 39, comma 2, reg. es. stabilisce che i detenuti possano intrattenere corrispondenza telefonica una volta alla settimana[100], salvo i condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. ai quali si applichi il divieto di benefici, che si vedono riconosciuti solo due colloqui telefonici al mese. I detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* possono invece essere autorizzati ad un solo colloquio telefonico mensile, esclusivamente con familiari o conviven-

[97] Opportunamente il regolamento fa salva l'ipotesi in cui la chiamata provenga da congiunto o convivente anch'esso detenuto, nel qual caso, laddove entrambi siano stati previamente autorizzati, si dà corso alla comunicazione. In difetto di tale previsione, infatti, si verificherebbe evidentemente un "cortocircuito" tale da impedire lo svolgimento della conversazione.

[98] «Il detenuto o l'internato che intende intrattenere corrispondenza telefonica deve rivolgere istanza scritta all'autorità competente, indicando il numero telefonico richiesto e le persone con cui deve corrispondere. L'autorizzazione concessa è efficace fino a che non ne intervenga la revoca. Nei casi di cui ai commi 2 e 3, il richiedente deve anche indicare i motivi che consentono l'autorizzazione, che resta efficace, se concessa, solo fino a che sussistono i motivi indicati. La decisione sulla richiesta, sia in caso di accoglimento che di rigetto, deve essere motivata».

[99] Ancora una volta una precisazione sul punto, che si mutua da A. CIAVOLA, *Art. 18*, cit., 254 s.: tale espressione deve intendersi in senso atecnico; il potere amministrativo in questione, quantomeno con riferimento alla corrispondenza telefonica con familiari e conviventi, è infatti vincolato.

[100] I detenuti possono inoltre essere autorizzati ad effettuare una comunicazione telefonica con familiari o conviventi in occasione del loro rientro in istituto dopo un permesso o una licenza.

ti[101], peraltro solo dopo sei mesi dall'applicazione del regime sospensivo.

Il limite settimanale generale, peraltro, può essere derogato, *in melius*, «in considerazione di motivi di urgenza o di particolare rilevanza», ove la comunicazione «si svolga con prole di età inferiore ai dieci anni, nonché in caso di trasferimento del detenuto» (art. 39, comma 3, reg. es.); tale formula ha suscitato una controversia interpretativa[102], discutendosi se i motivi di urgenza e di particolare rilevanza, da un lato, e la circostanza che il colloquio intercorra con prole di età inferiore ai dieci anni, dall'altro, costituiscano requisiti alternativi o cumulativi.

Il regolamento prevede che la chiamata, la quale avviene a spese del detenuto (commi 8 e 9), possa avere una durata massima di dieci minuti (comma 6).

I detenuti minorenni possono usufruire di un numero di conversazioni telefoniche non inferiore a due e non superiore a tre a settimana, ciascuna della durata massima di venti minuti (art. 19, comma 1, d. lgs. n. 121/2018).

Come già visto in riferimento ai colloqui, spetta al regolamento interno di ciascun istituto – evidentemente nel rispetto della normativa primaria e secondaria – stabilire la disciplina di dettaglio in merito a tempi e modalità della corrispondenza telefonica (art. 36, comma 2, lett. f), reg. es.).

3.2.5. Limitazioni e controlli delle comunicazioni

L'art. 18-*ter* o.p. [103] assolve (in modo non pienamente soddisfacente) alla riserva di legge prevista dall'art. 15 Cost. per le limitazioni alla libertà e alla segretezza della corrispondenza; esso inoltre detta le disposizioni necessarie a garantire il rispetto della riserva di giurisdizione: prevede, infatti, che tutti i provvedimenti incidenti in senso restrittivo sulla corrispondenza siano adottati

[101] A condizione che il detenuto non abbia effettuato alcun colloquio visivo nel mese precedente.

[102] Riportata da C. Santinelli, *Art. 18*, cit., 220 e da A. Ciavola, *Art. 18*, cit., 255 s.

[103] Sul quale vedi C. Santinelli, *Art. 18*-ter, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 241 ss.

dall'autorità giudiziaria[104], variamente individuata in relazione allo *status* del destinatario della misura[105] (tali provvedimenti sono reclamabili, ai sensi del comma 6 del medesimo articolo[106]).

[104] Sulla nozione di «corrispondenza», ai fini delle limitazioni, merita di essere richiamata la sent. n. 122/2017 della Corte costituzionale, relativa alla q.l.c. dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, o.p. nella parte in cui – secondo l'interpretazione assurta a diritto vivente – consente all'amministrazione di adottare il divieto di ricevere e di trasmettere (mediante corrispondenza o con consegna in occasione dei colloqui) libri e riviste a stampa. Per quanto di interesse, il rimettente denunciava proprio la violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., ritenendo che – poiché la trasmissione di pubblicazioni da parte o nei confronti di detenuti rientra nella nozione di «corrispondenza» – la relativa limitazione possa essere disposta esclusivamente dall'autorità giudiziaria. In particolare, il rimettente evidenziava che, sebbene libri e riviste in quanto tali rientrino sotto l'egida dell'art. 21 Cost., essi possano altresì collocarsi nella più garantista previsione di cui all'art. 15 Cost. nella misura in cui costituiscano veicolo di comunicazioni tra mittente e destinatario (in quanto tali, come segno di vicinanza e affetto, oppure mediante l'inserimento di messaggi palesi od occulti tra le pagine dello stampato). Il Giudice delle leggi ha rigettato la questione, ritenendo non illegittima l'interpretazione patrocinata dalla Corte di Cassazione. Con argomentazione di carattere consequenzialista, si è evidenziato che dalla tesi del rimettente discenderebbe che lo scambio di qualsiasi oggetto (e non solo di pubblicazioni) potrebbe costituire una comunicazione rilevante *ex* art. 15 Cost., poiché foriero – sulla base di una convenzione o dei rapporti tra le parti o della natura della *res* – di un'idea, di un sentimento, di una notizia. Ciò comporterebbe, in difetto di un apposito provvedimento giurisdizionale, un'inaccettabile, indiscriminata possibilità di circolazione di beni tra il carcere e l'esterno. Si è inoltre aggiunto che – anche laddove si volessero ricomprendere le situazioni in esame sotto l'alveo dell'art. 15 Cost. – la particolare condizione della persona detenuta comporta delle limitazioni nelle modalità di esercizio dei diritti fondamentali (legate a esigenze logistiche e organizzative prima ancora che di ordine e sicurezza) e che pertanto, per quanto qui rileva, sia legittimo (anzi, «naturale») riconoscere il diritto alla corrispondenza nella misura in cui si esplichi tramite gli ordinari strumenti di comunicazione «e non anche nella forma anomala dello scambio diretto o per posta di oggetti aventi un significato convenzionale, o estemporaneamente vicari dell'ordinario supporto cartaceo». Su tale decisione, v. A. Bonomi, Status *del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 5 ss.; A. Longo, *"Est modus in rebus". Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2017.

[105] Cfr. art. 18-*ter*, comma 3, o.p., come modificato dal d. lgs. n. 123/2018: «I provvedimenti previsti dal comma 1 sono adottati con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto: a) nei confronti dei condannati e degli internati, dal magistrato di sorveglianza; b) nei confronti degli imputati, dal giudice indicato nell'articolo 279 del codice di procedura penale; se procede un giudice in composizione collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente del collegio o della corte di assise». In precedenza il passaggio dal giudice procedente al magistrato di sorveglianza avveniva con la sentenza di condanna di primo grado.

[106] «Contro i provvedimenti previsti dal comma 1 e dal comma 5 può essere pro-

Tale articolo individua i presupposti e la tipologia di misure che possono essere adottate, sancendone anche i limiti, nonché la procedura che deve essere seguita.

In primo luogo, occorre evidenziare che, sulla base di un'espressa indicazione del legislatore, le misure limitative devono essere adottate nei confronti di singoli detenuti o internati e non per intere categorie[107].

Per quanto concerne i presupposti applicativi, le misure possono essere disposte «per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto» (comma 1). Sebbene la riserva di legge sia formalmente rispettata, non può tacersi un certo grado di vaghezza dei citati presupposti[108], non pienamente idonei ad indirizzare l'attività dell'autorità giudiziaria nell'adozione delle misure in esame.

Dal punto di vista temporale, viene stabilita – con evidenti finalità di garanzia – la durata massima delle misure, che non può essere superiore ai sei mesi (prorogabile per un ulteriore periodo non eccedente i tre mesi).

Venendo alle tipologie di misure restrittive della libertà e/o della segretezza della corrispondenza, il legislatore ha previsto: a) «limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica (...)»; b) «la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo»; c) «il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima» (ciò dovrebbe essere garantito dalla presenza del detenuto al momento dell'apertura, secondo quanto previsto dal comma 7).

Si tratta, come è evidente, di misure dal contenuto profondamente diverso: mentre le limitazioni di cui alla lett. a) incidono

posto reclamo, secondo la procedura prevista dall'articolo 14-*ter*, al tribunale di sorveglianza, se il provvedimento è emesso dal magistrato di sorveglianza, ovvero, negli altri casi, al tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento. Del collegio non può fare parte il giudice che ha emesso il provvedimento. Per quanto non diversamente disposto dal presente comma si applicano le disposizioni dell'articolo 666 del codice di procedura penale».

[107] Lo sottolineano anche L. Filippi-G. Spangher-M.F. Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, IV ed., Milano, 2016, 55.

[108] Sui quali v. P. Maggio, *Art. 18-ter*, in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, cit., 288 s.

sulla libertà di corrispondere, comportandone una contrazione in senso quantitativo o qualitativo, la misura di cui alla lett. b) incide necessariamente sulla segretezza e solo eventualmente sulla libertà (secondo quanto si dirà). Il controllo di cui alla lett. c), infine, non incide né sulla libertà né sulla segretezza della comunicazione, essendo finalizzata esclusivamente a verificare che la busta non contenga oggetti non consentiti[109].

Per quanto concerne, in particolare, il visto di controllo, esso consiste nella lettura del contenuto della missiva (da parte dell'autorità giudiziaria, che può però delegare il direttore[110]), all'esito della quale la corrispondenza può essere inoltrata al destinatario ovvero trattenuta per ordine dell'autorità giudiziaria, laddove si ritenga che le finalità di cui al primo comma dell'art. 18 possano essere frustrate dalla consegna[111] (è previsto l'obbligo di informare immediatamente il detenuto o l'internato).

Sul punto merita di essere ricordato che la Corte di Cassazione, nella sua più autorevole composizione[112], ha ritenuto la corrispondenza non soggetta alla disciplina delle intercettazioni (che una parte della giurisprudenza riteneva applicabile per analogia), dovendosi applicare, nel caso di detenuti, esclusivamente la menzionata regolamentazione relativa al visto di controllo (che, come visto, rende edotto il soggetto interessato dell'intervenuto controllo, diversamente da quanto accade con le intercettazioni). Il quadro normativo, come interpretato dalla citata giurisprudenza, è stato ritenuto non illegittimo dalla Corte costituzionale con la sent. n. 20/2017[113], che peraltro ha fatto salva la possibilità per il legislatore di adottare scelte diverse.

[109] Per il coordinamento di questa previsione con quella di cui all'art. 38, comma 5, reg. es., v. C. SANTINELLI, *Art. 18*-ter, cit., 246.

[110] O altro appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dal direttore (art. 18-*ter*, comma 4).

[111] C. SANTINELLI, *Art. 18*-ter, cit., 245, alla quale si rinvia anche per la ricostruzione del relativo procedimento (248 ss.).

[112] Cass., SS.UU. penali, sentenza 19 aprile-18 luglio 2012, n. 28997.

[113] Su tale decisione, v. E. ANDOLFATTO, *Intercettazione delle comunicazioni epistolari: la Corte costituzionale ribadisce l'inapplicabilità dell'art. 266 c.p.p. in via analogica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 marzo 2017; M. CAREDDA, *Ragionevoli disuguaglianze e riserva di legge*, in *Consulta Online*, 2017, fasc. 1, 89 ss.; D. CODUTI, *Libertà e*

Il comma 2 dell'art. 18-*ter* o.p. restringe il perimetro applicativo delle citate misure – attribuendo protezione privilegiata (si parla, al riguardo, di «corrispondenza protetta»[114]) e dunque sottraendo a controlli e limitazioni – le missive indirizzate ai soggetti di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p.[115], nonché all'autorità giudiziaria, alle autorità di cui all'art. 35 o.p.[116], ai membri del Parlamento, alle rappresentanze consolari e diplomatiche dello Stato di cui gli interessati sono cittadini, agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'uomo.

Per ciò che riguarda i detenuti in regime di 41-*bis* o.p., il visto di censura viene disposto con il decreto che applica il regime o, nella prassi, anche con circolare del D.A.P. (in violazione della riserva di giurisdizione[117] in entrambi i casi); tale misura non può riguardare la corrispondenza con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia[118].

Per quanto attiene alla corrispondenza telefonica, invece, l'art. 18-*ter* o.p. tace. Al riguardo l'art. 39, comma 7, reg. es. prevede che l'autorità giudiziaria competente a disporre il visto di controllo ai sensi dell'art. 18 (ora 18-*ter*) o.p. può stabilire che le conversazioni telefoniche del detenuto vengano ascoltate e registrate. La disposizione, poiché contenuta in una fonte di rango secondario, si pone in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 15 della Costituzione[119].

segretezza della corrispondenza dei detenuti nella sentenza n. 20 del 2017 della Corte costituzionale, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2017.

[114] C. Santinelli, *Art. 18*-ter, cit., 246.

[115] Difensori, investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, consulenti tecnici e loro ausiliari.

[116] Si tratta delle autorità alle quali i detenuti possono rivolgere istanze o reclami.

[117] In tal senso L. Filippi-G. Spangher-M.F. Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 60.

[118] Sul punto v. L. Cesaris, *Art. 41*-bis, cit., 462 s.

[119] L'unica strada (invero tortuosa) per fare salva tale previsione è la seguente. Essa riproduce la disposizione che il d.l. n. 187/1993 aveva inserito nel previgente regolamento esecutivo, abrogato dal regolamento del 2000; si potrebbe, pertanto, sostenere che tale disposizione, siccome introdotta da fonte primaria (il decreto-legge) nel corpo della fonte secondaria (il regolamento), ha resistito alla successiva abrogazione e dunque costituisce fondamento del potere dell'a.g. di disporre l'ascolto e la registrazione delle conversazioni telefoniche dei detenuti.

Per i detenuti minorenni, l'art. 19, comma 1, si limita a stabilire che: «l'autorità giudiziaria può disporre che le conversazioni telefoniche vengano ascoltate e registrate per mezzo di idonee apparecchiature».

Il poc'anzi citato art. 39 reg. es. prevede che sia sempre disposta la registrazione delle telefonate di detenuti o internati per i reati di cui all'art. 4-*bis* (anche minori, *ex* art. 19, comma 1, d. lgs. n. 121/2018), con automatismo che, nell'eliminare ogni spazio valutativo relativo al caso concreto, non può non destare perplessità.

Per quanto concerne telegrammi e fax, si rinvia all'art. 39, commi 7 ss., reg. es.

Il lettore avveduto avrà notato che non si è fatto sin qui riferimento ai colloqui. Al riguardo, si rammenta la chiara previsione secondo la quale essi sono sottoposti ad un controllo non auditivo (salvo il caso di detenuti in regime *ex* art. 41-*bis*); non sono previste, in generale, forme di ascolto per le finalità di cui al citato art. 18-*ter*, primo comma, o.p. Ciò comporta che, per i colloqui dei detenuti, trova applicazione la comune disciplina prevista dal codice di procedura penale in materia di intercettazioni ambientali[120].

4. *La protezione dei dati personali*

4.1. Il Codice privacy *e il nuovo Regolamento europeo: una visione d'insieme*

Come accennato in precedenza, l'introduzione nel nostro ordinamento di un'organica disciplina in materia di protezione dei dati personali[121] è avvenuta, in sede di recepimento della Direttiva 95/46/CE, con la legge n. 675/1996 che, tra l'altro, ha istituito un'apposita Autorità amministrativa indipendente, il Garante per la protezione dei dati personali, con un'ampia gamma di poteri in materia (consultivi, autorizzatori, sanzionatori, di tutela amministrativa, paragiurisdizionali, etc.). Nel settore della *privacy* è piutto-

[120] Cfr. la giurisprudenza citata da C. SANTINELLI, *Art. 18*, cit., 216.

[121] Non erano mancate, in precedenza, talune disposizioni di carattere settoriale, richiamate da G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza*, cit., 621 s.

sto evidente la ragione per la quale si è ritenuto opportuno istituire un'autorità sottratta all'ordinario circuito rappresentativo[122] (sulla base del tradizionale modello secondo il quale ogni branca della P.A. statale fa capo ad un Ministro, responsabile, individualmente e come membro del Governo, dinanzi al Parlamento). Basti pensare, infatti, che la pubblica amministrazione, complessivamente considerata, è il più importante (per quantità e qualità) titolare del trattamento[123] di dati personali nel nostro Paese; ciò comporta che difficilmente l'azione di controllo potrebbe essere svolta in modo efficace da un organo interno allo stesso apparato.

Dopo una serie di interventi normativi successivi alla l. n. 675, nell'ambito di una stagione di «ricodificazione»[124], la disciplina è stata riordinata con l'approvazione del decreto legislativo n. 196/2003 («Codice in materia di protezione dei dati personali»), che ha costituito, per un quindicennio, il *corpus* fondamentale in materia[125].

Di recente, tuttavia, il quadro normativo ha registrato una significativa novità, con l'approvazione del Regolamento UE 2016/679, divenuto applicabile dal 25 maggio 2018. Tale Regolamento segna il passaggio dall'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di *privacy*, perseguita mediante la Direttiva del 1995 (che è stata contestualmente abrogata), all'uniformazione, per effetto della diretta applicabilità dello strumento normativo in esame, nella prospettiva peraltro di un adeguamento ai profondi

[122] V., per un'analisi di tale profilo, il contributo di A. Patroni Griffi, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, 14 febbraio 2018.

[123] Sulla cui nozione v. *infra* nel testo.

[124] Espressione diffusamente utilizzata (v., ad es., S. Patti, *Ricodificazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 435 ss.) per indicare la tendenza da parte del legislatore a favorire la "riunificazione" normativa – seppur in ottica diversa rispetto a quella, non più riproducibile, dei codici ottocenteschi – che ha condotto all'adozione di numerosi "codici" nel primo decennio del XXI secolo. Il sostantivo «ricodificazione» richiama, rovesciandolo, quello utilizzato negli anni Settanta in un celebre studio di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, nel quale si svolgevano riflessioni sul rapporto tra il codice civile e le sempre più numerose leggi speciali.

[125] Che la Corte costituzionale ha ricondotto essenzialmente alla materia «ordinamento civile», salva la parte relativa al Garante, la quale ricade nell'alveo dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali»; si tratta, in entrambi i casi, di oggetti ascritti alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, Cost. (sent. n. 271/2005).

mutamenti tecnologici intervenuti nell'ultimo ventennio[126]. Il D. lgs. n. 101/2018 ha provveduto a modificare conseguentemente l'ordinamento interno, incidendo profondamente sul Codice *privacy*[127] (evitando, peraltro, l'inconveniente di dover procedere, volta per volta, alla disapplicazione delle norme interne contrastanti con il Regolamento).

Pur non potendosi approfondire la materia in questa sede, meritano di essere indicati i pilastri della normativa in questione, rinviando per il resto alla copiosa letteratura specialistica in materia[128].

Particolarmente rilevante è l'articolo 4 del Regolamento che, con tecnica tipica del diritto unionale, contiene la definizione delle principali espressioni utilizzate all'interno della normativa. In particolare giova qui riportare l'ampia nozione di dato personale, definito come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato")», direttamente o indirettamente[129]; molto ampia è altresì la nozione di trattamento, che comprende qualsiasi operazione relativa ai dati personali, «come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'in-

[126] Nel senso che il Regolamento costituisca la risposta agli *input* sociali moltiplicatisi in ragione dello sviluppo della *Information and communications technology*, P. Passaglia, Privacy *e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei* social media*, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consulta Online*, 28 settembre 2016, 335.

[127] V. Cuffaro, *Quel che resta di un Codice: il D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur*., 2018, 1183 ss., rileva come l'intervento, a causa dell'infelice tecnica legislativa, abbia reso il Codice di difficile, se non impossibile, lettura.

[128] *Ex multis*, L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 69 ss. e, in particolare, per un'efficace sintesi delle principali novità, 76 ss.; C. Colapietro, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema multilivello*, cit., 39 ss.; L. Califano-C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016.

[129] Su tale nozione, v. C. Colapietro, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, cit., 62 ss.

terconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione». È evidente la portata garantista di tale definizione, che attrae sotto l'ambito di applicazione delle norme del Regolamento qualsiasi operazione che abbia ad oggetto i dati personali, salve le esclusioni di cui all'art. 2.

Occorre anche rammentare che per «titolare del trattamento» si intende, sintetizzando la definizione fornita dal legislatore europeo, il soggetto che determina le finalità e i mezzi del trattamento dei dati[130]; il «responsabile del trattamento» è invece il soggetto che tratta dati personali per conto del titolare (da non confondere con il responsabile della protezione dei dati, o *Data protection officer*, che può o deve essere nominato dal titolare o dal responsabile del trattamento, a seconda dei casi, per svolgere i compiti di cui all'art. 39; ad. es. la nomina è obbligatoria se il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica, ad eccezione delle autorità giurisdizionali nell'esercizio delle loro funzioni)[131].

L'art. 5 è dedicato ai principi[132] che devono presiedere a qualsiasi trattamento di dati personali: *liceità*, *correttezza*, *trasparenza*; *finalità* (la raccolta deve avvenire per finalità determinate, esplicite e legittime e il trattamento deve avvenire in modo non incompatibile con esse); *adeguatezza*, *pertinenza* e *limitazione* a quanto necessario (cd. *minimizzazione dei dati*); *esattezza*; *limitazione della conservazione*; *integrità* e *riservatezza*; *responsabilizzazione del titolare del trattamento* (si tratta di uno degli aspetti più innovativi introdotti dal Regolamento)[133].

Il successivo art. 6 indica quali sono le condizioni che, alter-

[130] Peraltro, quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri.

[131] Tra le altre ipotesi di nomina obbligatoria vi è il caso in cui le attività principali del titolare o del responsabile del trattamento consistano nel trattamento di dati relativi a condanne penali o a reati.

[132] C. Colapietro-A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in C. Colapietro-L. Califano (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 106 ss.

[133] V. L. Califano, *Il Regolamento Ue 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dati personali*, in L. Califano-C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 34 ss.

nativamente, fondano la liceità di un'operazione avente ad oggetto dati personali: a) l'interessato ha fornito il *consenso* per una o più specifiche finalità (sulle condizioni della manifestazione di volontà, v. art. 7); b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (tale ipotesi non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti).

Il consenso dell'interessato costituisce dunque la base "normale" per il trattamento dei dati personali, salvo che ricorra una delle altre ipotesi citate. Esso è strettamente collegato all'informativa (che già nella precedente disciplina costituiva, insieme al consenso, una delle principali garanzie dell'interessato[134]) – analiticamente disciplinata negli art. 12 ss. (in apertura del capo sui diritti dell'interessato, su cui si tornerà) – che ne costituisce «attività preliminare obbligatoria»[135], quale condizione per una manifestazione di volontà effettivamente libera e consapevole.

Il successivo art. 9 detta invece la regola generale del divieto di trattamento dei cd. *dati sensibili*[136], alla quale segue una serie di eccezioni (lett. a-j del par. 2).

[134] Cfr. L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 63, secondo cui informativa e consenso «incarnano l'essenza stessa del potere di autodeterminazione informativa».

[135] C. Colapietro-A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 115.

[136] Ossia quei «dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché […] dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica,

Merita inoltre di essere ricordato che il trattamento dei dati relativi a condanne penali o reati deve avvenire sotto il controllo dell'autorità pubblica o in presenza di una base legale che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica.[137]

Il Capo III si occupa di disciplinare analiticamente i diritti dell'interessato[138], all'interno dei quali occorre ricordare, almeno, l'accesso, la rettifica, la cancellazione, la limitazione del trattamento, la portabilità dei dati.

L'art. 23 prevede espressamente che il diritto dell'Unione o degli Stati membri[139] possa limitare la portata di alcuni obblighi e diritti stabiliti dal Regolamento, tra le altre ipotesi, anche per salvaguardare l'esecuzione di sanzioni penali (sempre che tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica).

Ampio spazio è poi dedicato agli obblighi del titolare del trattamento e del responsabile[140], in applicazione del già citato principio di responsabilizzazione. Gli artt. 51 ss. si occupano delle autorità di controllo[141]. Sono poi dettate norme relative a specifiche situazioni di trattamento (ad es., in materia di rapporto di lavoro)[142].

Tale essendo, in termini generalissimi, il quadro normativo

dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona». V. L. Chieffi, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in L. Califano-C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 203 ss.

[137] Così l'art. 10 del Regolamento; v. anche art. 2-*octies* Codice *privacy*.

[138] V. ancora C. Colapietro-A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 122 ss.

[139] V., ad es., l'art. 2-*duodecies* Codice *privacy*, in materia di limitazioni per ragioni di giustizia.

[140] S. Calzolaio-L. Ferola-V. Fiorillo-E.A. Rossi-M. Timiani, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. Califano-C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 137 ss.

[141] Che l'art. 2-*bis* del Codice, come modificato dal d. lgs. n. 101/2018, individua nel Garante per la protezione dei dati personali. Sul rafforzamento delle autorità di garanzia da parte del Regolamento, v. L. Califano, *Privacy: affermazione*, cit., 86 ss.

[142] A. Maresca-S. Ciucciovino-I. Alvino, *Regolamento UE 2016/679 e rapporto di lavoro*, in L. Califano-C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 311 ss.

generale, deve ora darsi conto della normativa espressamente dedicata al trattamento dei dati nell'ambito dell'esecuzione penale (escluso dal campo di applicazione del Regolamento*, ex* art. 2, par. 2, lett. d).

4.2. La direttiva sul trattamento dei dati nell'ambito della sicurezza e della giustizia penale

All'interno del cd. "pacchetto sulla protezione dei dati" è stata approvata anche la Direttiva UE 2016/680 *relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o* esecuzione di sanzioni penali*, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio*, recepita nel nostro ordinamento dal d. lgs. n. 51/2018 (preceduto dal parere del Garante *privacy* del 22 febbraio 2018[143]), in vigore dall'8 giugno 2018.

Al riguardo può evidenziarsi che se, con riguardo al trattamento di dati in generale, la scelta del legislatore europeo è stata quella dell'uniformazione mediante lo strumento regolamentare, negli specifici settori già indicati[144] si è preferito adottare una direttiva, lasciando dunque spazi più ampi ai legislatori nazionali.

Giova porre in luce che la disciplina normativa in esame è particolarmente ampia e articolata (la Direttiva si compone di 65 articoli, senza contare i 107 *considerando* aventi funzione interpretativa, a cui vanno aggiunti i 50 articoli del decreto di recepimento): in questa sede ci si limita solo ad alcuni cenni essenziali[145], volti ad evidenziare le scelte di massima che sono state operate dal legislatore europeo.

[143] Provv. n. 99 del 22 febbraio 2018 [doc. web n. 8005333], che, tra l'altro, aveva suggerito di inserire tali disposizioni direttamente all'interno del Codice.

[144] Rispetto ai quali già la dichiarazione n. 21, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, riconosceva la possibilità di una normativa *ad hoc*.

[145] Più diffusamente sul tema, P. Milazzo, *La Direttiva UE 2016/680 e la protezione dei dati personali nell'ambito della sicurezza pubblica e della giustizia penale*, in L. Califano-C. Colapietro (a cura di*), Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 709 ss.

Per quanto concerne i principi generali del trattamento dei dati, essi ricalcano in buona misura quelli previsti in via generale dal Regolamento (cfr. art. 4 della Direttiva), già richiamati nel paragrafo precedente.

Tra le differenze rispetto alla disciplina generale, merita di essere evidenziato, in particolare, che il consenso dell'interessato non costituisce la base del trattamento dei dati personali[146], giacché, come precisato nel *considerando* n. 35, in presenza di un obbligo legale (di norma presente nell'ambito delle attività istituzionali *de quibus*), il soggetto non potrebbe comunque operare una scelta autenticamente libera.

Appare inoltre opportuno segnalare che gli Stati membri devono stabilire un termine per la cancellazione dei dati o per un esame periodico della necessità di conservazione degli stessi (art. 5). Particolarmente interessanti sono altresì le disposizioni che prevedono la distinzione, da parte del titolare del trattamento, tra i dati personali delle varie categorie di interessati (es. indagati, condannati, vittime etc.); altra distinzione deve avvenire, nei limiti del possibile, tra dati personali fondati su fatti e quelli basati su valutazioni personali[147].

Con riferimento ai dati diversi da quelli sensibili, il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui è necessario al raggiungimento delle finalità di cui alla Direttiva; esso deve essere previsto dal diritto interno o dal diritto Ue; gli Stati devono prevedere «quanto meno gli obiettivi del trattamento, i dati personali da trattare e le finalità del trattamento» (art. 8). Condizioni ben più restrittive sono previste per il trattamento dei dati sensibili, che è possibile solo se strettamente necessario, soggetto a garanzie adeguate e soltanto: a) se autorizzato dal diritto UE o interno; b) per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di altra persona fisica; c) se riguarda dati resi manifestamente pubblici dall'interessato[148].

[146] Lo segnala anche P. Milazzo, *La Direttiva UE 2016/680 e la protezione dei dati personali nell'ambito della sicurezza pubblica e della giustizia penale*, cit., 727 s.

[147] Le due previsioni citate sono ricondotte ad un unico «principio di distinzione» da P. Milazzo, *La Direttiva UE 2016/680 e la protezione dei dati personali nell'ambito della sicurezza pubblica e della giustizia penale*, cit., 728.

[148] V. *considerando* n. 37.

La Direttiva riconosce, inoltre, una serie di diritti dell'interessato (informazione, accesso e rettifica o cancellazione dei dati: artt. 12 ss.), con la previsione della possibilità, sottoposta a limiti stringenti, di limitare l'esercizio di tali diritti al fine di non compromettere le finalità per le quali avviene il trattamento dei dati personali o altri interessi particolarmente rilevanti[149].

Sono poi previsti gli obblighi del titolare e la disciplina relativa al responsabile del trattamento; sono dettate inoltre disposizioni concernenti il responsabile della protezione dei dati personali (che deve essere obbligatoriamente designato dal titolare *ex* art. 32)[150].

Molto altro è previsto nella Direttiva qui in esame (ad es., sicurezza dei dati personali, trasferimento verso paesi terzi o organizzazioni internazionali, autorità di controllo etc.) ma la natura del presente lavoro non consente di darne conto: ciò che si voleva evidenziare è che il trattamento dei dati personali nell'ambito dell'esecuzione penale è regolato dalla Direttiva – che copre settori non disciplinati dal Regolamento n. 679 – come recepita dal decreto legislativo n. 51/2018.

È importante sottolineare, conclusivamente, che il trattamento dei dati personali dei detenuti per finalità diverse da quelle relative all'esecuzione penale in senso stretto rimane assoggettato alla normativa comune, tanto generale quanto speciale (nel senso di "settoriale": es. trattamento dei dati nell'ambito di un rapporto di lavoro; in ambito sanitario etc.). Ciò è confermato anche dall'art. 9 della Direttiva, il quale prevede che i dati raccolti per le finalità menzionate (di sicurezza e di giustizia penale) non possano essere utilizzati per finalità diverse, se non nei casi previsti dal diritto

[149] Ad es., la limitazione del diritto di accesso può essere prevista «nella misura e per il tempo in cui tale limitazione totale o parziale costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata al fine di:

a) non compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari; b) non compromettere la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali; c) proteggere la sicurezza pubblica; d) proteggere la sicurezza nazionale; e) proteggere i diritti e le libertà altrui» (art. 15).

[150] Art. 32 della Direttiva, che prevede la possibilità di esonero da tale obbligo per l'autorità giudiziaria.

interno e UE: in tal caso, trova comunque applicazione il Regolamento 2016/679[151].

4.3. La protezione dei dati personali dei detenuti in un provvedimento del Garante per la privacy

Complessivamente scarna risulta, ad oggi, l'attività provvedimentale del Garante per la protezione dei dati personali collegata alla realtà penitenziaria[152] (maggiormente nutrita appare quella consultiva[153]). Ad eccezione di alcune decisioni relative al trattamento dei dati del personale del DAP[154] – che quindi esulano dall'oggetto della presente indagine – merita in particolare di essere qui segnalato un caso relativo al trattamento di dati inerenti alla salute dei detenuti: si tratta del provv. n. 507 del 1° ottobre 2015[155] (con una successiva appendice sanzionatoria, della quale si dirà), adottato peraltro sotto il quadro normativo precedente rispetto al Regolamento europeo.

La vicenda, sulla quale l'Autorità è intervenuta su segnalazione del Garante dei detenuti, può essere riassunta come segue. A seguito della morte di una detenuta, a causa di un'overdose di sostanze stupefacenti, la ASL locale, nell'ambito di un'attività di polizia giudiziaria[156], svolgeva analisi cliniche su tutte le altre ristrette per verificare se avessero fatto uso di tali sostanze; sulla base delle risultanze positive, la Casa circondariale (che è resa anonima nel

[151] Si fa salva, peraltro, l'ipotesi di trattamento effettuato nell'ambito di attività non coperte dal diritto UE.

[152] Se si eccettuano, evidentemente, i provvedimenti in materia di diritto all'oblio in qualche modo collegati ad esperienze detentive.

[153] Basti pensare, ad esempio, ai numerosi pareri resi in relazione all'istituzione della Banca dati nazionale del DNA.

[154] V. provv. n. 371 del 29 novembre 2012 [doc. web n. 2192643]; provv. n. 269 del 7 maggio 2015 [doc. web n. 4167648]; provv. n. 483 del 17 settembre 2015 [doc. web n. 4642360].

[155] «Trattamento per fini disciplinari dei dati sensibili delle detenute di una Casa circondariale» [doc. web n. 4429647]. Del provvedimento si dà conto anche nella *Relazione annuale 2015* del Garante per la protezione dei dati personali, che può essere consultata sul sito istituzionale [doc. web 5204513, 28 giugno 2016], 91 s.

[156] Che in precedenza rinveniva una sua specifica disciplina nel Titolo II della Parte II.

testo diffuso sul sito del Garante) comminava sanzioni disciplinari (sulla base degli artt. 39 ss. o. p. e 77 ss. reg. es.).

È opportuno sottolineare, preliminarmente, che a venire in rilievo erano dati sensibili, in quanto idonei a rivelare lo stato di salute delle interessate (si trattava di analisi su campioni biologici).

Occorreva, dunque, verificare la liceità del trattamento effettuato dal DAP, sotto il profilo dell'informativa resa alle interessate (art. 13 del Codice) e della base legale (*rectius*, normativa) dell'utilizzo dei dati sensibili (art. 20 del Codice)[157] per finalità disciplinari. In entrambi i casi, la verifica ha dato esito negativo.

Per quanto riguarda il primo profilo, il Garante ha sottolineato che le interessate erano state informate delle finalità del prelievo attinenti ad attività di Polizia giudiziaria e non anche della possibilità di utilizzo delle risultanze per finalità disciplinari.

Per ciò che attiene al secondo aspetto, l'Autorità ha evidenziato il difetto di autorizzazione normativa al trattamento dei dati sensibili dei detenuti per finalità disciplinari. Il Regolamento del Ministro della Giustizia n. 306/2006 – rilevante *ex* art. 20, comma 2, del Codice – prevede la possibilità di utilizzare dati sensibili per finalità disciplinari solo in relazione al personale del DAP e non anche ai detenuti (All. 8). Per quanto concerne il trattamento di dati sensibili dei detenuti, esso è previsto dall'All. 10 al regolamento, esclusivamente per finalità di assistenza sanitaria e non già in vista dell'irrogazione di sanzioni disciplinari.

Sulla base di tali considerazioni, con riferimento al caso di specie, il Garante ha pertanto dichiarato l'illiceità del trattamento dei

[157] Nel testo applicabile all'epoca dell'accertamento: «1. Il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. 2. Nei casi in cui una disposizione di legge specifica la finalità di rilevante interesse pubblico, ma non i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili, il trattamento è consentito solo in riferimento ai tipi di dati e di operazioni identificati e resi pubblici a cura dei soggetti che ne effettuano il trattamento, in relazione alle specifiche finalità perseguite nei singoli casi e nel rispetto dei principi di cui all'articolo 22, con atto di natura regolamentare adottato in conformità al parere espresso dal Garante ai sensi dell'articolo 154, comma 1, lettera g), anche su schemi tipo».

dati sensibili per fini disciplinari, riservandosi peraltro di verificare la sussistenza di violazioni amministrative con distinto e autonomo procedimento (successivamente conclusosi con l'adozione di un'ordinanza-ingiunzione nei confronti del Ministero[158]).

Il Tribunale ordinario di Roma ha rigettato la successiva impugnazione[159] da parte del Ministero della Giustizia, confermando la legittimità del provvedimento del Garante[160].

4.4. La banca dati nazionale del DNA ed il laboratorio centrale

Un cenno particolare – ancorché necessariamente sintetico – merita di essere dedicato alla Banca dati nazionale del DNA[161] ed al laboratorio centrale, istituiti dalla legge 30 giugno 2009, n. 85[162] – di adesione al Trattato di Prüm[163] – in ragione dei dati personali, certamente sensibili, sui quali la normativa citata incide (peraltro riferibili non solo a detenuti). In particolare, l'art. 5 della legge n. 85/2009 precisa che scopo della Banca dati, istituita presso il Ministero dell'Interno[164] – mentre il laboratorio centrale è istituito

[158] Ai sensi degli artt. 161 e 162, comma 2-*bis*, Codice *privacy* [provv. n. 444 del 26 luglio 2018-doc. web n. 9039957].

[159] Appare opportuno rammentare che, ai sensi dell'art. 152 Codice *privacy* (anche a seguito delle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 101/2018) è prevista la giurisdizione del giudice ordinario, che applica, *ex* art. 10 d. lgs. n. 150/2011, il rito del lavoro. Sono attualmente competenti, in via alternativa, il tribunale del luogo in cui il titolare del trattamento risiede o ha sede ovvero il tribunale del luogo di residenza dell'interessato (in precedenza, ed anche all'epoca dell'impugnazione del provvedimento *de quo*, era prevista solo la competenza del tribunale del luogo di residenza del titolare del trattamento).

[160] Tribunale di Roma, 28 giugno 2018, n. 13282.

[161] E. Gatti, *La banca dati nazionale del Dna e la salvaguardia del diritto al rispetto della vita privata del singolo*, in *Questione giustizia*, 6 giugno 2018.

[162] Che ha peraltro colmato la lacuna del codice di rito relativa al prelievo coattivo di materiale biologico (su cui v. le considerazioni di G. Giostra, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, 1217 ss.). In generale, sulla legge citata, v. P. Felicioni, *L'Italia aderisce al Trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, suppl. al n. 11, 6 ss.; A. Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009.

[163] La legge contiene l'autorizzazione all'adesione al trattato citato, concluso il 27 maggio 2005 da altri Stati, e il relativo ordine di esecuzione.

[164] Essa si occupa della raccolta dei profili del DNA (v. *infra*) nonché del raffronto ai fini di identificazione.

presso il DAP[165] – è quello di facilitare, tramite la raccolta di profili del DNA, l'identificazione degli autori di delitti.

Peraltro la concreta attivazione di tali organismi ha dovuto attendere l'approvazione della normativa regolamentare, giunta con molto ritardo rispetto al termine stabilito dalla legge[166]: si tratta del d. P. R. 7 aprile 2016, n. 87[167].

Secondo quanto previsto dall'art. 9 della legge istitutiva, ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati, sono sottoposti a prelievo di campioni biologici le seguenti categorie di individui[168]: a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari; b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto (solo dopo la convalida della misura pre-cautelare da parte del giudice); c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva.

Il comma 2 dell'art. 9 precisa peraltro che il prelievo può essere disposto solo se si procede per delitti, non colposi, per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza, a cui segue un'ampia serie di esclusioni riferite a talune ipotesi di reato, ritenute non sufficientemente gravi da giustificare il prelievo[169]. È appena il caso di osservare che in tutti i casi l'operazione in questione avviene dopo

[165] Esso si occupa della tipizzazione del profilo del DNA (dei soggetti di cui all'art. 9, commi 1 e 2) e della conservazione dei campioni biologici utilizzati per la stessa.

[166] Sette anni in luogo dei quattro mesi previsti dall'art. 16.

[167] V. P. Felicioni, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 724 ss.; U. Ricci, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, ivi, 743 ss. Ancor più precisamente, peraltro, la Banca dati nazionale del DNA è stata resa operativa con l'entrata in vigore del decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia, dell'8 novembre 2016 (cfr. art. 7), pubblicato in G.U. n. 296 del 20 dicembre 2016.

[168] Anche minorenni (così P. Rivello, *Alcune osservazioni in ordine alla Banca dati nazionale del DNA*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 1527).

[169] E. Gatti, *La banca dati nazionale del Dna*, cit., par. 4.

l'intervento di un giudice[170] (che però non deve espressamente autorizzare il prelievo, già disposto *ex lege*[171]).

Il comma 4 del medesimo articolo indica le modalità dell'operazione (prelievo di campioni di mucosa dal cavo orale[172]) ed i soggetti addetti (personale specificamente addestrato delle Forze di polizia o personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria). Si prevede poi che le operazioni assicurino il rispetto della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto e che delle stesse sia redatto verbale (comma 5). Il campione prelevato è immediatamente inviato presso il laboratorio centrale per la tipizzazione del profilo[173] e la successiva trasmissione alla Banca dati (comma 6).

La Banca dati è altresì alimentata con profili del DNA tipizzati, partendo da reperti biologici, dai laboratori delle forze di polizia o da altre istituzioni specializzate nel corso di procedimenti penali[174]; ulteriore ipotesi riguarda la raccolta del DNA di persone scomparse e loro consanguinei oppure cadaveri (o resti cadaverici) non identificati.

L'accesso è consentito esclusivamente alla polizia giudiziaria ed all'autorità giudiziaria per fini di identificazione personale e per finalità di collaborazione internazionale di polizia[175]. I profili del DNA e il relativo campione, peraltro, non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto a cui si riferiscono; il richiedente può conoscere il nominativo solo ove il confronto disposto abbia dato esito positivo.

Particolarmente significativa è la disciplina recata dall'art. 13, relativa alla cancellazione dei profili del DNA e alla distruzione dei

[170] Ancora E. Gatti, *La banca dati nazionale del Dna*, cit., par. 5.

[171] Così P. Felicioni, *L'Italia aderisce al Trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, cit.

[172] Come specifica il regolamento attuativo, mediante un tampone orale a secco da strofinare sulla parte interna della guancia o sulle gengive.

[173] Per quanto riguarda l'analisi del campione ai fini della tipizzazione del profilo, v. art. 11 della legge (che, tra l'altro, precisa che i sistemi di analisi sono applicati esclusivamente alle sequenze del DNA che non consentono l'identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato).

[174] In questo caso la trasmissione alla Banca dati deve essere disposta dall'a.g. procedente.

[175] L'art. 12 detta inoltre disposizioni in materia di trattamento dei dati.

campioni biologici. Esse sono disposte, tra gli altri casi, in ipotesi di assoluzione definitiva con determinate formule[176] o nei casi di prelievo effettuato in violazione delle disposizioni di cui all'art. 9 (in queste ipotesi si procede d'ufficio)[177]. Negli altri casi i termini di conservazione (comunque non superiori ai quarant'anni per quanto riguarda il profilo del DNA e ai venti anni per i campioni biologici, decorrenti dall'ultima circostanza che ne ha determinato, rispettivamente, l'inserimento e il prelievo), sono rimessi al regolamento di attuazione[178].

Il controllo sulla Banca dati viene attribuito al Garante della *privacy*[179], il quale evidentemente si occupa di assicurare il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali. Per quanto concerne l'attività del laboratorio centrale è invece il Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita (CNBBSV) a garantire l'osservanza dei criteri e delle norme tecniche (art. 15).

Sulla disciplina normativa in questione si evidenzia il giudizio complessivamente favorevole[180] della dottrina, la quale ha ritenuto soddisfacente il bilanciamento operato tra le finalità perseguite e la tutela delle garanzie degli individui in materia tanto delicata[181], in ossequio peraltro ai criteri indicati dalla Corte Edu (in particolare, necessità del trattamento e proporzionalità)[182].

[176] Il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato.

[177] O in caso di identificazione del cadavere o dei resti cadaverici, o di ritrovamento della persona scomparsa.

[178] V. artt. 24 e 25 del citato regolamento. Per le modalità di cancellazione e distruzione, nelle varie ipotesi previste dalla legge, v. artt. 29 ss. (nonché il successivo decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia, 12 maggio 2017, in G.U. n. 137 del 15 giugno 2017).

[179] Che ha fornito un significativo contributo, mediante attività consultiva, nel lungo percorso normativo di istituzione della Banca dati e del laboratorio centrale (raccolti in apposita pagina, *Banca dati DNA-I pareri del Garante*, sul sito istituzionale).

[180] V. però i profili critici evidenziati da A. Marandola, *La Banca dati DNA*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 617 s.

[181] P. Rivello, *Alcune osservazioni in ordine alla Banca dati nazionale del DNA*, cit., 1522.

[182] E. Gatti, *La banca dati nazionale del DNA*, cit., parr. 5 e 8. Sul tema si vedano le indicazioni contenute nella sentenza *S. and Marper v. United Kingdom* del 4 dicembre 2008, ric. 30562/04 e 30566/04, nonché *W v. the Netherlands* del 20 dicembre 2009, ric.

4.5. Il c.d. diritto all'oblio a seguito della sentenza Google Spain.

Sebbene sia più probabile che esso riguardi gli *ex* detenuti più che coloro i quali sono ancora sottoposti all'esecuzione penale, una menzione conclusiva merita il c.d. diritto all'oblio[183] (della cui riconducibilità all'alveo della *privacy* non si dubita), negli ultimi anni assurto all'onore delle cronache per effetto di una celebre decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del maggio 2014 (nota come sentenza *Google Spain*)[184].

Al riguardo, è necessaria una precisazione preliminare: l'espressione «diritto all'oblio» – di cui vi era traccia già, ma in un'accezione parzialmente diversa, nella giurisprudenza precedente alla rivoluzione digitale[185] – viene oggi comunemente utilizzata in tre differenti significati[186]: i) come diritto alla contestualizzazione e all'aggiornamento delle proprie informazioni non più attuali[187]; ii) come (improprio) sinonimo del diritto alla cancellazione dei dati personali; iii) per indicare il diritto riconosciuto dalla sentenza *Google Spain*, del quale ora ci occuperemo.

La Corte di Lussemburgo ha affrontato, in particolare, una problematica legata all'agevole reperibilità di informazioni perso-

n. 20689/08 (entrambe citate da P. Rivello, *Alcune osservazioni in ordine alla Banca dati nazionale del DNA*, cit., 1522, *sub* note 5 e 6).

[183] Sul tema del diritto all'oblio, v., *ex multis*, M. R. Morelli, *Oblio (Diritto all')*, in *Enc. Dir.*, Agg., Vol. VI, Milano, 2002, 848 ss.; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 591 ss.; L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 121 ss.

[184] Sentenza nella causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, sulla quale v. A. Palmieri-R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano*, n. 1, 27 maggio 2014, consultabile su www.foroitaliano.it; F. Pizzetti, *La decisione della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2014; nonché i contributi raccolti nel numero monografico della rivista *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2014.

[185] V., sul punto, la ricostruzione di M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio*, cit., 81 ss.

[186] Tale classificazione è mutuata da L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica*, cit., 121 s.

[187] Secondo una prospettiva scolpita da Cass., sez. III civile, sent. n. 5525/2012.

nali mediante l'uso dei motori di ricerca; la caratteristica della Rete *internet*, infatti, è quella di essere una memoria senza confini, né spaziali, né temporali, nella quale i dati personali, facilmente rinvenibili (proprio mediante un *search engine*), sono potenzialmente destinati a restare *sine die*.

Qui emerge la differenza rispetto al primigenio significato dell'espressione «diritto all'oblio», che consisteva (e, a ben vedere, consiste tuttora)[188] nella pretesa di opporsi alla nuova pubblicazione (a mezzo stampa o televisione, ad esempio) di notizie risalenti nel tempo, laddove non vi fosse un interesse pubblico che la giustificasse. Oggi non si pone, in Rete, il problema di una nuova pubblicazione – essendo i dati sempre potenzialmente disponibili – ma, al contrario, quello della rimozione di tali dati (dal sito-fonte o, quantomeno, dai risultati delle ricerche effettuate tramite gli appositi motori).

All'esito di un lungo e articolato percorso argomentativo – fondato sull'interpretazione della (oggi abrogata) Direttiva 95/46/CE, anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali UE – la Corte di Giustizia ha affermato che il gestore di un motore di ricerca (quale titolare del trattamento), su richiesta dell'interessato, è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona. Ciò anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi, e anche quando la loro pubblicazione su tali pagine sia di per sé lecita[189].

In via generale, infatti, si è affermata la prevalenza del diritto alla *privacy* sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca e, addirittura, sull'interesse del pubblico alla facile reperibi-

[188] Nel senso che il nuovo significato si è affiancato al primo, ma non lo ha sostituito; valga, come prova, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, da parte della III sez. civ., n. 28084/2018, proprio in materia di (ri)pubblicazione di determinate vicende, in relazione in particolare al bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto all'oblio (nella originaria accezione). Le SS.UU. si sono poi pronunciate con sent. 4 giugno-22 luglio 2019, n. 19681.

[189] Punti 62 ss. della motivazione.

lità delle informazioni. Il diritto dell'interessato è, invece, recessivo laddove risulti, per ragioni particolari, che è giustificato l'interesse preponderante del pubblico ad avere agevole accesso all'informazione di cui trattasi. I giudici di Lussemburgo – che non utilizzano l'espressione «diritto all'oblio»[190] – hanno dunque riconosciuto il diritto a recidere il collegamento tra il proprio nome ed alcuni *link*, i quali rimangono non solo intatti nel sito sorgente ma sono anche rinvenibili mediante lo stesso motore di ricerca, utilizzando parole-chiave differenti. Si tratta, quindi, di un "quasi-oblio", o, come anche è stato detto, di un diritto a non essere trovati facilmente[191].

La richiesta deve essere indirizzata in prima battuta al gestore del motore di ricerca, che è chiamato a valutare la fondatezza della pretesa alla "deindicizzazione"[192]. Solo in caso di diniego, l'interessato può rivolgersi all'autorità giudiziaria o al Garante per la protezione dei dati personali[193].

Tale diritto, evidentemente riconosciuto alla generalità dei consociati e in relazione a qualsivoglia dato personale, può essere attivato in particolare – anzi qui sembra avere uno dei suoi campi elettivi – per notizie relative alla commissione di reati e all'eventuale assoggettamento a pene detentive, alla luce del pregiudizio che l'agevole reperibilità di tali informazioni può avere nella successiva vita di relazione dell'interessato. Effettivamente ad oggi il Garante ha avuto modo di occuparsi di istanze avanzate da *ex* detenuti che lamentavano il rifiuto, da parte del gestore del motore di ricerca,

[190] In realtà, l'espressione «diritto all'oblio» compare due volte nel testo della sentenza: in nessuno dei due casi, tuttavia, essa "appartiene" alla Corte. Al par. 20, infatti, è utilizzata nel riferire le richieste del giudice del rinvio; al par. 91 al fine di riportare la posizione del Sig. Costeja González (ricorrente nel giudizio principale) e dei governi spagnolo e italiano. Discorso simile vale per il solo sostantivo «oblio», che appare ai nn. 89 e 90 della motivazione.

[191] Di *right not to be found easily* discorrono A. Palmieri-R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete,* cit., 14. M. Siano, *Il diritto all'oblio in Europa e il recente caso spagnolo*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 132, ha fatto invece riferimento – in relazione però all'art. 17 del citato Regolamento UE (allora ancora in fase di approvazione) – al «diritto a non essere visti».

[192] Si usa quest'espressione per sinteticità, per quanto sia foriera di possibile confusione (sia consentito il rinvio ad A. Turturro, *Il «quasi-oblio» in azione. I primi provvedimenti del Garante della privacy sulla «deindicizzazione» per effetto della sentenza* Google Spain*: brevi osservazioni*, in *Diritto e società*, 2015, 458).

[193] N. 77 della motivazione.

di procedere alla deindicizzazione dei risultati che riportavano, tra l'altro, la notizia della loro permanenza in carcere, oltre che, ovviamente, dei reati commessi[194]. È ragionevole ipotizzare, peraltro, che vi siano stati numerosi altri casi di richieste di "deindicizzazione" da parte di *ex* detenuti, delle quali non si ha notizia perché accolte *de plano* dal gestore del motore di ricerca.

Con riferimento alle difficoltà applicative che comporta la sentenza *Google Spain* (in particolare, il bilanciamento tra diritto dell'interessato e interesse del pubblico), può essere utile evidenziare che il c.d. *Gruppo Articolo 29* (*Article 29 Working Party*-WP29) – organo consultivo formato da un rappresentante per ciascun Garante *privacy* degli Stati membri UE[195], oggi sostituito dal Comitato europeo *ex* artt. 68 ss. del Regolamento – ha adottato delle linee-guida per l'applicazione della decisione[196], indicando, tra l'altro, tredici criteri che le Autorità nazionali di protezione dei dati debbono tenere presenti al momento di valutare le richieste di deindicizzazione[197]. Rinviando ad altra sede per un'analisi del documento[198], per quanto qui interessa può essere sufficiente ricordare che, per i dati che si riferiscono alla commissione di un reato, il WP29 suggerisce di verificare la gravità e la prossimità temporale dei fatti in questione. La gravità e la maggiore prossimità sono, in via generale, argomenti che depongono nel senso del diniego alla richiesta di deindicizzazione.

È appena il caso di precisare, in conclusione, che il nuovo Re-

[194] V., ad esempio: provvedimento del 31 marzo 2016, n. 152 [doc. web n. 4988654]; provvedimento del 18 febbraio 2016 n. 64 [doc. web n. 4798357]; provvedimento 17 dicembre 2015, n. 671 [doc. web n. 4679325].

[195] *Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali*, istituito dall'art. 29 della direttiva CE n. 95/46 (da cui prende il nome con cui è comunemente conosciuto): organismo consultivo e indipendente (par. 1), composto, oltre che – come già evidenziato nel testo – da un rappresentante delle autorità di protezione dei dati personali designate da ciascuno Stato membro, anche da un rappresentante del GEPD (Garante europeo della protezione dei dati), nonché da un rappresentante della Commissione (par. 2).

[196] *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on «Google Spain and Inc v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González» C-131/12.*

[197] *Part II: List of common criteria for the handling of complaints by European data protection authorities*.

[198] A. Turturro, *Il «quasi-oblio» in azione*, cit., 448 ss.

golamento in materia di protezione dei dati personali, all'art. 17[199], fa coincidere, almeno apparentemente, il diritto all'oblio (così la rubrica[200]) con il diritto alla cancellazione dei dati[201]. Tuttavia, al di là del tenore letterale della previsione normativa, si ritiene – ma la questione è controversa – che il diritto riconosciuto dalla sentenza *Google Spain* debba trovare ancora cittadinanza nel mutato quadro di riferimento (spunti in tal senso possono essere ricavati da un recente provvedimento del Garante in materia[202]), atteso che la deindicizzazione sembra costituire, più della cancellazione, un punto di equilibrio soddisfacente tra il diritto dell'interessato e le esigenze della memoria collettiva[203].

[199] Su di esso v. B. Meo, *17. Diritto alla cancellazione ("diritto all'oblio")*, in G. Riccio-G. Scorza-E. Belisario, *Gdpr e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, 178 ss.

[200] Condivisibilmente definita «ambigua» da A. Ricci, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, 211.

[201] V. però la lettura di S. Zanini, *Il diritto all'oblio nel Regolamento 679/2016:* quid novi*?*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018.

[202] Provv. 28 febbraio 2019, n. 50 [doc. web n. 9103108], ove si cita proprio l'art. 17 del Regolamento.

[203] Cfr., seppur in termini problematici, L. Califano, *Il Regolamento UE 2016/679*, cit., 30 s.

Patrizio Gonnella

Il diritto di voto

Sommario: 1. Diritto di voto e democrazia – 2. La legislazione e la prassi italiana – 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia della Ue – 4. Il caso americano – 5. I casi in controtendenza del Sudafrica e del Canada.

1. *Diritto di voto e democrazia*

«*Ognuno ha il diritto a prendere parte al governo del suo Paese, direttamente oppure tramite rappresentanti liberamente scelti…La volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale…*». L'articolo 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 non prevede eccezioni. È norma che legittima il suffragio universale. Sino alla metà del secolo scorso metà della popolazione, quella femminile, era, più o meno dappertutto in giro per il mondo, esclusa dal diritto di voto con motivazioni palesemente discriminatorie, talvolta intrise di riferimenti di origine lombrosiana. Poche erano state le eccezioni su scala globale a tale compressione ingiustificata della partecipazione alla democrazia. La Nuova Zelanda riconobbe il diritto di voto alle donne alla fine del diciannovesimo secolo. La Finlandia all'inizio del ventesimo.

Nel 1966 le Nazioni Unite aprirono alla firma degli Stati il Patto sui diritti civili e politici. Sono pochissimi gli Stati che a oggi non lo hanno ratificato[1]. Sono invece ben 172 quelli che lo hanno

[1] Tra gli Stati che non sono parte della Convenzione sono da citare Cuba e Cina.

firmato e ratificato così da farlo divenire parte della propria legislazione interna. Essendo un Trattato internazionale e non una Dichiarazione di principi, seppur solenne come quella del 1948, le sue norme sono dotate di *status* vincolante. L'articolo 25 ripropone più o meno fedelmente il testo presente all'articolo 21 della Dichiarazione del 1948. Il suffragio universale è a garanzia dell'autenticità della democrazia, del principio di non discriminazione, dell'uguaglianza, della libertà e del rispetto della dignità umana.

Il diritto di voto presuppone in una democrazia solida e reale il diritto all'informazione, alla libertà di coscienza e di pensiero, alla riunione e all'associazione. Esso ci interroga intorno ai concetti di sovranità popolare e cittadinanza. Sganciato dagli altri diritti politici perde la sua forza sostanziale e resta involucro formale nelle mani di pochi. La rivoluzione universalista e democratica che il diritto internazionale dei diritti umani ha legittimato a partire dal secondo dopo-guerra non è fondata su pratiche meramente convenzionali o standardizzate ma ha inteso orientare gli Stati verso processi democratici inclusivi ed effettivi.

La progressiva estensione della platea delle persone aventi diritto di voto, quale primario diritto politico, è la lente attraverso cui leggere i processi di consolidamento e rafforzamento della democrazia. Una democrazia debole tende a escludere per paura pezzi di propria società dalla partecipazione elettorale e politica. Uno Stato democratico forte allarga senza limiti la platea delle persone che possono partecipare attivamente al voto, senza pregiudizi, esclusioni o moralismi.

Le norme delle Nazioni Unite tra il 1948 e il 1966 non elencano ambiti all'interno dei quali codificare possibili eccezioni alla regola del suffragio universale. In mancanza di riferimenti espliciti, sembrerebbero legittime solo le eccezioni fondate sul principio di effettiva consapevolezza nell'assunzione delle scelte politiche, ossia quelle fondate sull'età non adulta o sui vizi di mente degli elettori potenziali. La democrazia in tal caso si protegge dalla manipolazioni della volontà ancora non determinata e, dunque, autenticamente libera e formata di un bambino, di un adolescente o di una persona incapace di intendere e volere.

Non vi è riferimento all'interno del sistema convenzionale

Onu a restrizioni legate alla condizione di detenuto o ex detenuto o di persona condannata in sede penale.

Su tutt'altro terreno le *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*[2] delle Nazioni Unite *(cosiddette Mandela Rules*) alla regola numero 88 affermano che «*il trattamento dei detenuti deve enfatizzare la loro non esclusione dalla comunità e favorire il continuare a esserne parte*». Negare il diritto di voto a chi è in carcere significa evidentemente ritenerlo indegno di essere parte della comunità ed escluderlo in modo palese e stigmatizzante. Obiezioni ancora più forti possono essere opposte alle decisioni dirette a negare il diritto di voto a persona che ha già finito di scontare la sua pena carceraria.

2. *La legislazione e la prassi italiana*

La Costituzione italiana all'articolo 48 afferma che «*il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge*». Dunque sono tre gli ambiti di possibile esclusione: l'incapacità civile, la responsabilità penale, l'indegnità morale. I nostri costituenti non hanno codificato una regola universalista. L'articolo 48 è dunque distonico rispetto alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e al successivo Patto sui diritti civili e politici del 1966. Non è facile inoltre interpretare l'articolo 48 in coerenza con il precedente articolo 27 secondo cui «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*». Qualora l'effetto della pena sia la perdita del diritto di voto viene meno la possibilità di partecipare alla vita comunitaria e, di conseguenza, viene meno la possibilità di essere parte attiva, positiva e responsabile della società libera, con riflessi evidentemente negativi sulle *chance* di reinserimento sociale. Lo stigma è sempre escludente. Una persona ritenuta indegna di votare è normativamente messa ai margini.

[2] Adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 70/175 del 17 dicembre del 2015.

Il diritto di voto è nella legge penale italiana accostato al diritto a essere eletti in una competizione politico-elettorale. L'articolo 28 del codice penale disciplina l'interdizione perpetua e temporanea dai pubblici uffici. Trattasi della più rilevante pena accessoria che consegue alla pena principale consistente nella reclusione. Il primo effetto della interdizione dai pubblici uffici è la perdita per il condannato del «*diritto di elettorato o di eleggibilità in qualsiasi comizio elettorale, e di ogni altro diritto politico*». Vengono accostati diritti e temi che però sono non comparabili dal punto di vista della portata teorica e dei riflessi sulla democrazia. L'elettorato attivo e passivo non possono essere messi sullo stesso piano quando la persona si trova in stato di detenzione. Codificare la possibilità universale a essere votati, anche se trattasi di persona detenuta, significa consentire, nel caso di elezione conseguita da parte del detenuto, la vanificazione del giudicato penale attraverso il voto popolare con rischi di delegittimazione della stessa giustizia penale. La privazione della libertà, nel momento stesso in cui si realizza, impedisce *de facto* e materialmente la possibilità di partecipare alla vita comunitaria e alla vita politica nelle varie assemblee rappresentative nelle quali essa si manifesta. Gli eventuali esiti reclusori della condanna penale verrebbero messi nelle mani del voto popolare così sottraendoli alla decisione dei giudici.

Altro tema ancora, anch'esso non connesso al diritto di voto dei detenuti, è quello della capacità di ricoprire cariche elettive da parte di persone condannate a pene diverse dal carcere[3].

[3] Il decreto legislativo del 31 dicembre 2012, n. 235, contenente il testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, all'articolo 1 stabilisce che «*Non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato e di senatore: a) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale; b) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti nel libro II, titolo II, capo I, del codice penale; c) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'articolo 278 del codice di procedura penale*».

Sulla conformità della legge alla Convenzione del 1950, a proposito del caso di Silvio Berlusconi, la Corte europea per i diritti umani ha sostanzialmente deciso di non

L'articolo 29 del codice penale disciplina i casi nei quali alla condanna consegua l'interdizione dai pubblici uffici: «*La condanna all'ergastolo e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni importano l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici; e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni importa l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque. La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel delitto ovvero di tendenza a delinquere, importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici*».

La pena accessoria incide ben di più sulle *chance* di risocializzazione rispetto alla pena principale. La perpetuità della perdita del diritto di voto per taluni condannati comporta la loro esclusione dalla vita sociale politica, comunitaria per tutta la vita, salvo essi non ottengano la riabilitazione[4].

L'articolo 179 del codice penale detta le condizioni per ottenere la riabilitazione. Essa è concessa «*quando siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o sia in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. (...).Il termine è di almeno otto anni se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99. Il termine è di dieci anni se si tratta di delinquenti abituali, professionali o per tendenza e decorre dal giorno in cui sia stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro (…)*». Se da un lato ci sono agevolazioni nei conteggi per chi ha ottenuto la sospensione condizionale della pena, dall'altro la riabilitazione non potrà mai essere concessa nel caso di persona sottoposta a misura di sicurezza, tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato, ovvero di confisca, e il provvedimento non sia stato revocato o di persona che non abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

Il diritto di voto viene, dunque, subordinato al comportamen-

decidere. Il 27 novembre del 2017 la Corte ha deciso di non pronunciarsi a seguito dell'avvenuta riabilitazione di Silvio Berlusconi e del ritiro del ricorso da parte dello stesso nel luglio precedente.

[4] La definizione di "riabilitazione" è presente all'articolo 178 del codice penale. Per effetto della riabilitazione è estinto ogni effetto penale della condanna.

to e alla regolarità della condotta sociale e sottratto all'area dei diritti universali e mai comprimibili.

La legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario del 23 giugno 2017, n. 103, al comma 85, lettera u) prevedeva una riforma del sistema delle pene accessorie allo scopo di rimuovere gli ostacoli al reinserimento sociale del condannato e di evitare una loro durata superiore a quella della pena principale. La delega, però, non è stata esercitata e tutto è rimasto invariato. Così, è stata persa un'occasione importante di cambiamento legislativo nel nome del contrasto all'etichettamento e all'esclusione sociale.

La legislazione italiana concede il diritto di voto a chi ha pene particolarmente brevi o è in carcere in custodia cautelare. In questo caso ci pensa la doppia burocrazia comunale e penitenziaria a rendere il diritto scarsamente esercitato.

Gli articoli 8 e 9 della legge 23 aprile 1976, n. 136 prevedono che nelle carceri sia allestito un seggio elettorale speciale per gli aventi diritto al voto. Il meccanismo è complesso. Il detenuto, informato delle prossime scadenze elettorali, deve, attraverso le autorità carcerarie che ne attesteranno lo *status* di persona privata della libertà, presentare richiesta al sindaco del Comune nelle cui liste elettorali risulta regolarmente iscritto. Il sindaco a sua volta deve trasmettere l'informazione al presidente del seggio della sezione speciale. Il detenuto potrà votare solo se ha con sé la tessera elettorale. Qualora non ne abbia la disponibilità (si può ragionevolmente presumere che il possesso della tessera elettorale non sia il primo dei pensieri per una persona arrestata e condotta in carcere) deve farne richiesta al Comune di appartenenza. La mancanza di informazione del detenuto circa le modalità in cui sarà assicurato il diritto al voto fa sì che costui non si attivi con grande anticipo rispetto alla data delle elezioni; a ciò si devono aggiungere le lentezze burocratiche delle amministrazioni pubbliche. Per cui il diritto di voto si degrada nella prassi a diritto non effettivo anche per coloro che non hanno ottenuto l'interdizione dai pubblici uffici[5].

[5] Secondo le rilevazioni ufficiali del Ministero della Giustizia, così come rielaborate dall'associazione Antigone, alle consultazioni elettorali del 24 e 25 febbraio 2013, i detenuti votanti sono stati 3.426, circa il 10% degli aventi diritto al voto. la percentuale

3. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia della Ue*

La Corte Europea dei Diritti umani si è occupata del diritto di voto dei detenuti con una giurisprudenza non sempre coerente. L'articolo 3 del Protocollo numero 1 alla Convenzione del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[6] stabilisce che «*Le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo*». La Corte di Strasburgo ha iniziato un lungo braccio di ferro con le autorità inglesi a partire dalla sentenza nel caso Hirst del 2005[7]. Il caso riguardava il signor Hirst, condannato all'ergastolo e privato del diritto voto. La Corte sentenziò in modo inequivocabile, in quella circostanza, che ci fosse «*un'automatica e discriminatoria restrizione del diritto di voto del ricorrente a causa del suo solo status di detenuto*».

Lungo, conflittuale e infruttuoso è stato il braccio di ferro del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con le autorità britanniche che non hanno inteso modificare la legislazione vigente nel Regno Unito. Nel caso McHugh e altri contro Regno Unito del 10 febbraio del 2015[8] ben 1.015 detenuti avevano lamentato analogamente al signor Hirst la violazione dell'articolo 3 del protocollo n.1. Essendo il caso identico a quello del 2005 la Corte ha condannato nuovamente il Regno Unito. L'articolo 3, d'altronde, non prevede eccezioni e limitazioni soggettive al godimento del diritto di voto. Le autorità inglesi hanno contestato la decisione europea rivendicando la propria sovranità. Il caso inglese, che aveva originato la decisione della Corte, era però un caso di generalizzata e sistematica esclusione del diritto di voto per i condannati in stato di detenzione. In base a una ricognizione effettuata dallo stesso

generale dei votanti fu invece pari al 75,16% ovvero sette volte e mezzo in più rispetto a quella dei detenuti aventi diritto al voto.

[6] Protocollo firmato a Parigi il 20 marzo del 1952.

[7] *Hirst c. Regno Unito* (n.2). Decisione della Grand Chamber del 6 ottobre 2005.

[8] Decisione ulteriormente confermata nel caso *Millbank e altri contro Regno Unito* del 30 giugno 2016.

Consiglio d'Europa, che include 47 Stati con tradizioni giuridiche molto diverse, ci sono paesi dove non esistono limiti di natura giudiziaria all'esercizio del diritto di voto. Albania, Azerbaijan, Cipro, Croazia, Danimarca, Spagna, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lituania, ex Repubblica jugoslava di Macedonia, Moldavia, Montenegro, Repubblica Ceca, Serbia, Slovenia, Svezia, Svizzera e Ucraina garantiscono a tutti i detenuti, senza restrizioni e eccezioni, il diritto di voto. Armenia, Bulgaria, Estonia, Georgia, Ungheria, Regno Unito e Russia dall'altro verso negano a tutti i detenuti senza eccezioni il diritto di voto.

L'Italia, insieme a Germania, Austria, Belgio, Bosnia-Erzegovina, Francia, Grecia, Lussemburgo, Malta, Monaco, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, San Marino, Slovacchia e Turchia ha adottato, come visto, una legislazione di compromesso legando il diritto di voto alla durata della pena e, di conseguenza, alla gravità del crimine commesso. In alcuni Paesi la sospensione del diritto di voto è nelle mani discrezionali del giudice penale, in altri è un effetto secondario della condanna. Nel 2012 nel caso Scoppola[9] la *Grand Chamber* della Corte di Strasburgo, dopo una prima decisione che condannava il nostro Paese, in ultima istanza, ha salvato l'Italia dalla condanna ricordando come agli Stati sia riservato un margine di apprezzamento. Nello specifico italiano non sarebbe messa in discussione «*l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale volta a determinare la volontà del popolo attraverso il suffragio universale*».

La sentenza è in parte incoerente con le motivazioni presenti nella sentenza Hirst[10]. Se il diritto al voto è universale, e l'articolo 3 del Protocollo n.1 della Convenzione non prevede eccezioni, non si vede come si possa salvare la legislazione italiana, parzialmente limitatrice del diritto stesso. Tanto più che in Italia la perdita dei diritti politici continua anche dopo la fine della condanna principale e può addirittura accompagnare a vita la persona ex detenuta. È dunque priva di razionalità giuridica la decisione della Corte di

[9] Sentenza del 22 maggio 2012 – Ricorso n. 126/05, *Scoppola c. Italia*.

[10] Un'analisi della sentenza Scoppola è effettuata mirabilmente da C. Pitea, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, (vol.6), 2012.

Strasburgo che rende legittima la negazione parziale italiana del diritto di voto alle persone condannate in sede penale.

4. *Il caso americano*

I numeri della carcerazione sono tali negli Stati Uniti da rendere la questione del voto dei detenuti non solo di natura individuale (il diritto del singolo a non vedere violato un proprio diritto) ma anche di natura collettiva (l'esclusione di ampie fasce della popolazione dal voto incide sugli stessi esiti elettorali generali). Secondo le rilevazioni e gli studi dell'*International Center for Prison Studies* il numero complessivo dei detenuti negli Stati Uniti è pari a 2.121.600 alla data del 31 dicembre 2016[11]. Il tasso di detenzione è di 655 detenuti ogni 100 mila abitanti. Numeri tali da porre interrogativi anche intorno al tema di ciò che resta del suffragio universale di fronte a esclusioni di massa dal godimento dei diritti politici.

La Costituzione degli Stati Uniti d'America protegge il diritto di voto dei cittadini vietando ogni forma di discriminazione. Tuttavia il quattordicesimo emendamento riconosce ai singoli Stati la possibilità di restringere tale diritto nel caso di condanne penali[12].

Essendo gli Stati Uniti uno Stato federale vi è un approccio molto diverso da Stato a Stato difficilmente riconducibile a una visione organica del diritto di voto. Sono trentotto gli Stati che sospendono il diritto di voto alle persone detenute in costanza della loro prigionia ma che restituiscono agli stessi il diritto una volta che la condanna è espiata. La procedura di restituzione è però complessa tanto da provocare lunghi periodi di negazione di fatto del diritto di voto. In tre Stati – Florida, Virginia e Iowa – il diritto di voto è permanentemente revocato sulla base di una condanna

[11] Per la precisione 704.500 sono detenuti in prigioni locali, 1.228.800 nelle prigioni statali e 188.300 nelle prigioni federali. A questo proposito preme ricordare che le prigioni statali e locali possono essere anche private.

[12] Vedi per tutte la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) che ha ritenuto costituzionali le restrizioni imposte dallo Stato della California.

penale. In questi Stati l'unica possibilità di tornare a votare è data dalla concessione della grazia. Mentre nei soli Stati del Maine e del Vermont i detenuti condannati possono votare anche mentre stanno scontando la pena sono in prigione. Più di recente alcuni Stati hanno adottato politiche più liberali per chi è in condizione di *probation*.

Dunque negli Usa, come in Italia, non è sufficiente avere espiato la pena principale. Per quei 65 milioni di americani che hanno la fedina penale sporca il diritto di voto resta ancora fortemente incerto. Nel caso americano, oltre ai diritti individuali, è la democrazia stessa a essere messa a rischio da un numero di esclusioni dal godimento dei diritti politici così elevato.

5. *I casi in controtendenza del Sudafrica e del Canada*[13]

Nel 1999 la Corte costituzionale del Sudafrica, a proposito del diritto di voto delle persone private della libertà, sentenziò che «*il voto di ogni cittadino è simbolo della dignità e identità individuale. Letteralmente ciò significa che ognuno conta*». Il voto viene elevato a simbolo della dignità umana. Una persona esclusa dalla partecipazione politica è una persona emarginata dalla comunità di appartenenza. Nel momento in cui è esclusa non è conseguentemente considerata degna di esserne parte. La negazione del diritto di voto ai detenuti è coerente con una nozione di dignità intesa come decoro, come qualità non coessenziale all'uomo o alla donna, ovvero come virtù che si conquista con la correttezza pubblica dei propri comportamenti. La negazione del diritto di voto ai condannati o ai detenuti non è coerente con una idea di dignità di origine kantiana intesa come umanità, come non degradazione dell'uomo a oggetto. Tutti i detenuti, affermarono i giudici supremi sudafricani, sono titolari del diritto di voto, il quale va sottratto alla disponibilità dello Stato[14]. Il suffragio universale non può avere confini dettati da giudizi penali e conseguenti valutazioni morali. Non può essere

[13] Questo paragrafo riprende, ma solo in parte, le pagine dedicate al diritto di voto nel volume di P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Roma, 2013.

[14] *August v. The Electoral Commission*, Case CCT 8/99.

compresso e condizionato alla partecipazione del detenuto all'opera di rieducazione. È una deriva pericolosa che facilmente si presta a invasioni pedagogiche nell'altrui libertà di coscienza. Nella sentenza sudafricana si connette il diritto di voto anche all'identità individuale. L'individuo che non può partecipare alle scelte della collettività cui appartiene è un individuo a cui viene negata l'identità di cittadino. Il Paese di Nelson Mandela, a cui le Nazioni Unite hanno titolato le recenti regole universali penitenziarie nel 2015, ha spostato in avanti l'asse della riflessione giuridica e filosofica.

Tre anni dopo, nel 2002, la sentenza sudafricana c'è stata altra pronuncia di analoga portata universalista della Corte Suprema del Canada.[15] La presidente della Corte costituzionale canadese ha scritto che «*la storia della democrazia corrisponde a quella della concessione progressiva del voto. Il suffragio universale costituisce oggi un elemento essenziale della democrazia. A partire dalla nozione secondo la quale solo poche persone meritevoli (molto spesso secondo dei criteri come la classe sociale, la proprietà e il sesso) possono votare, si è progressivamente sviluppato il principio moderno che vuole che tutti i cittadini abbiano il diritto di voto in quanto membri della città. La marcia costante del Canada verso il suffragio universale è culminata nel 1982 con la costituzionalizzazione dell'articolo 3 della Carta* […] *L'idea secondo la quale determinate persone non sono moralmente adatte a votare e a partecipare al processo di elaborazione delle leggi, o moralmente degne di farlo, è antica e desueta*». In tal modo veniva ritenuta illegittima la legge che negava a tutti i detenuti il diritto di voto. È stigmatizzato il concetto – scivoloso e rischioso – di meritevolezza. Il diritto di voto, secondo la Corte suprema canadese, non può essere derubricato, come viceversa avviene in Italia, a premio che consegue alla valutazione del comportamento individuale nel solco di una deriva correzionalista. La democrazia stessa è messa a rischio qualora si neghi il diritto di voto ai detenuti perché rinuncia al suffragio universale e si affida a giudici che possono escludere dal voto e dalla partecipazione politica persone ritenute "scomode".

[15] *Sauvé c. Canada* (Directeur général des élections) [2002] 3 R.C.S. 519, 2002, CSC 68.

Due Paesi tra loro molto diversi hanno scelto la via universalista. Il Sudafrica in virtù di un passato segregazionista da cui liberarsi in via definitiva. Il Canada in considerazione del suo essere uno dei pochi Paesi autenticamente liberale.

Giuliano Serges

Il diritto a non subire tortura ovvero Il diritto di libertà dalla tortura

SOMMARIO: 1. Premessa: tortura e carcere – 2. La tortura, il suo divieto, il diritto a non subirla – 2.1. Etimo e significato tecnico-giuridico – 2.2. La tortura giudiziaria – 2.3. La tortura, oggi – 2.4. Il divieto di tortura e il relativo diritto – 3. Lo statuto costituzionale del diritto di libertà dalla tortura – 3.1. Il quarto comma dell'art. 13 e il terzo comma dell'art. 27 Cost. – 3.2. Gli artt. 3 e 28 Cost. e gli obblighi internazionali ed europei – 3.3. Le "altre" disposizioni costituzionali – 4. La protezione legislativa del diritto di libertà dalla tortura – 4.1. I requisiti minimi di protezione – 4.2. La disciplina legislativa – 4.2.1. Prima del 2017 – 4.2.2. Dopo il 2017 – 4.3. La legge sul reato di tortura: *inutiliter data*? – 4.4. Nuove prospettive di tutela.

1. *Premessa: tortura e carcere*

Tra i diritti costituzionali dei detenuti un posto di primo piano riveste il c.d. "diritto a non subire tortura" (o "diritto di libertà dalla tortura"[1]), e ciò per almeno due ragioni: una di tipo storico-fattuale, una di natura prettamente giuridica.

La prima è che tra il carcere e la tortura esiste un forte legame, un filo rosso che si dipana nel corso della storia sin dai secoli

[1] Le espressioni «*right to be free from torture*» e «*freedom from torture*» si trovano assai frequentemente nella letteratura anglosassone, mentre sono rare nella dottrina italiana. Sul piano del significato, tuttavia, le due espressioni "diritto a non subire tortura" e "diritto di libertà dalla tortura" non sono del tutto equivalenti, come si avrà modo di meglio specificare nel prosieguo della trattazione (*infra* § 2.4).

dell'Inquisizione (se non addirittura da prima[2]). La tortura è infatti uno dei metodi con cui si possono estorcere agli inquisiti le confessioni a causa delle quali essi saranno condannati al carcere. Si tratta di quella forma di tortura che viene normalmente definita come "giudiziaria" o "inquisizionale" (*infra* § 2.2), oggi da considerarsi assolutamente abusiva (almeno nelle cc.dd. democrazie occidentali) ma che, come noto, era legale e largamente utilizzata nel corso dell'età di diritto comune. Si consideri, poi, che forme di detenzione possono essere utilizzate quali parti integranti di procedimenti tormentatorî (com'è accaduto non solo al tempo dell'Inquisizione, ma anche in un recente passato[3]). È stato financo sostenuto che il carcere sia sempre, di per sé, una forma di tortura[4]. Deve rilevarsi,

[2] È tutt'ora dibattuto se, nel diritto romano, la tortura fosse o meno utilizzata sugli uomini liberi dagli organi preposti alla repressione criminale a Roma. L'opinione più diffusa è quella secondo cui almeno fino al II secolo d.C. a tali organi «fosse inibita la possibilità di servirsi nelle indagini istruttorie o di utilizzare a titolo di pena la tortura sugli uomini liberi» (che invece era senz'altro consentita sugli schiavi, considerati alla stregua di oggetti, *res*), «e che questa regola non avesse subito eccezioni per tutto il periodo repubblicano (o, per alcuni, qualche rara eccezione in riguardo a stranieri o ad appartenenti alla plebe). Solo con l'avvento del Principato, in conseguenza dell'accentuarsi del dispotismo imperiale, da un lato, e – soprattutto – dell'affermarsi delle *cognitiones extra ordinem*, dall'altro, l'impiego della tortura sui liberi avrebbe cominciato a diffondersi nella pratica processuale, sia pure – all'inizio – come illegale eccezione, che poi, però, avrebbe finito per stabilizzarsi e diventare dunque consuetudine e, infine, legge» (C. Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano, 2002, 1-4). Secondo pregevole dottrina, tuttavia, tale opinione andrebbe riverificata, in quanto «il numero e, soprattutto, la estrema varietà delle fonti – peraltro costantemente distribuite nel tempo – che riferiscono su episodi di utilizzazione della tortura nel campo della repressione criminale già dal periodo regio e repubblicano e nella prima età imperiale rende […] difficilmente accettabile la loro globale spiegazione in termini di "invenzioni storiografiche" e di "abusi di potere"» (*Ibidem*).

[3] Come racconta N. Klein, *Shock economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, trad. I. Katerinova, Milano, 2007, 33 ss., ad esempio, la CIA, durante la Guerra fredda, ha posto in essere delle torture costituite da un complesso procedimento che prevedeva dapprima la detenzione del torturato in celle di deprivazione sensoriale e, in un secondo momento, il trattamento dello stesso con pesanti sedute di *elettroshock*. L'idea di fondo era quella di far perdere ai malcapitati la cognizione dei sensi (a traverso la detenzione) e ottenere una *tabula rasa* nelle menti dei torturati (a traverso l'uso dell'*elettroshock*), così da poter «disfare e cancellare le menti difettose, e poi ricostruire nuove personalità». L'esperimento fallì e l'unica sua conseguenza tangibile furono le numerose schizofrenie diagnosticate ai detenuti che ebbero la fortuna, per così dire, di uscirne vivi.

[4] Già l'inquisitore domenicano Bernardo Gui aveva apoditticamente affermato

infine, come nel carcere (o comunque in luoghi di detenzione) si possa (sia pure illegalmente) praticare la tortura, intesa quale forma di violenza esercitata dall'autorità di pubblica sicurezza sui corpi o sulla mente dei detenuti[5].

La seconda risiede nel fatto che, rispetto ad altri diritti costituzionali – l'istruzione, l'informazione, la sanità, la riservatezza, il lavoro, ecc. – che pure sono (o dovrebbero essere) garantiti ai detenuti, il diritto a non subire tortura si contraddistingue per il fatto che si tratta di uno dei non numerosissimi diritti che il Costituente italiano ha voluto riferire espressamente a «*persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*» (art. 13, comma 4). Esso si configura, in altri termini, non già come un diritto del cittadino *anche* detenuto[6], bensì quale *diritto proprio* delle persone private in tutto o in parte della propria libertà personale (detenuti *lato sensu*[7]), così come è sancito dal quarto comma dell'art. 13 della Costituzione della Repubblica italiana:

«È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Tale disposizione – il cui contenuto si avrà modo di approfon-

«*carcerare idest torquere*», come ricorda I. Mereu in *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, Pordenone, 1994, 57. Sull'evoluzione delle funzioni del carcere v., inoltre, il recente lavoro di T.T. Ciciriello, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018, spec. il Cap. 1.

[5] Cfr. sul punto anche R. De Vito, *La tortura in carcere*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, 95 ss.

[6] Con il che, beninteso, non si vuol certo affermare che sia consentito usare violenza fisica o morale su persone non sottoposte a restrizioni di libertà. La Costituzione italiana riconosce e impone il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), del diritto alla salute (art. 32) e degli obblighi internazionali ed europei contratti dall'Italia in materia di diritti umani (artt. 11 e 117): tanto basta per affermare che nessuna violenza fisica o morale su altre persone può essere ritenuta costituzionalmente lecita (v. *infra* § 3.3).

[7] L'art. 13, comma 4, infatti, non ha ad oggetto esclusivamente i detenuti a seguito di condanna (o detenuti *stricto sensu*), bensì qualunque persona sottoposta a restrizioni totali o parziali della propria libertà personale: arrestati, fermati, custoditi a titolo cautelare, internati, *etc.* Come già aveva osservato all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione V. Crisafulli, *Manuale dei diritti del cittadino*, II edizione, Roma, 1950, 52, dunque, il principio sancito dal quarto comma dell'art. 13 «vale evidentemente per tutti i casi possibili, di detenzione e carcerazione preventiva, di espiazione di pena detentiva, di sottoposizione a misure di sicurezza ecc.».

dire (*infra* § 3) – non è, come si vedrà, l'unica rilevante ai fini della ricostruzione di uno "statuto costituzionale" del diritto a non subire tortura. La sua concreta attuazione, peraltro, è subordinata ad una disciplina legislativa che appare ancora oggi assai insufficiente affinché il diritto in esame venga adeguatamente tutelato. Prima di proseguire nella trattazione, tuttavia, è bene chiarire preliminarmente alcune nozioni la cui conoscenza e comprensione è indispensabile per poter cogliere il senso degli argomenti che saranno in seguito illustrati[8].

2. *La tortura, il suo divieto, il diritto a non subirla*

2.1. Etimo e significato tecnico-giuridico

La prima nozione che bisogna approfondire è, ovviamente, quella di "tortura", parola di origine latina usata assai nel linguaggio quotidiano, con significati spesso molto distanti tanto dall'etimologia del termine quanto da quello proprio dell'istituto giuridico.

"Tortura" deriva da *torquĕo*[9] (torcere, piegare), così come altre

[8] A tal riguardo è d'uopo precisare che il presente lavoro è frutto di un'attività di ricerca sul tema che si protrae da diversi anni e i cui risultati sono già stati parzialmente esposti in due precedenti lavori (nonché, ovviamente, nella precedente edizione di questo Volume). Il primo, dal titolo *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio* (in L. Pace, S. Santucci, Giu. Serges (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, 229 ss.), affronta le tematiche relative alla storia della tortura giudiziaria e alla compatibilità di quest'ultima con la democrazia, il garantismo giudiziario e i diritti umani, nonché le discusse (e discutibili) proposte avanzate in dottrina di reintrodurre la tortura a scopo antiterroristico. Il secondo, dal titolo *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»* (in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015), riguarda invece le norme costituzionali ed europee poste a presidio del divieto di tortura e le difficoltà relative all'introduzione dei reati di tortura nell'ordinamento statale, anche in un'ottica di diritto comparato. Allo scopo di contenere al minimo indispensabile l'apparato bibliografico del testo che si legge, si rimanda dunque ai due lavori da ultimo richiamati – ai quali non si faranno ulteriori riferimenti nel prosieguo della trattazione – per approfondimenti bibliografici relativi ai temi ivi trattati.

[9] La ricostruzione dell'etimo di "tortura" è stata effettuata a partire dai seguenti testi: G.B. Bolza, *Etimologie di vocaboli italiani*, in *Rivista viennese*, 1839, Tomo II,

parole appartenenti alla medesima «famiglia di lessemi correlati con l'area semantica della tortura»[10] quali, ad esempio, *tormèntum*, *tortum*, *extorquĕo*, ecc. Dal punto di vista etimologico "tortura", così come il suo sinonimo "tormento" (sincope di "torcimento", allo stesso modo in cui "tortura" lo è di "torcitura"), altro non è, dunque, se non una variante morfologica di "torsione". Il termine veniva in origine usato per indicare la torcitura dei filati, la torchiatura delle olive o dell'uva ovvero, in ambito terapeutico, la torsione delle ossa per rimediare alle slogature. Il lemma fu altresì adoprato per designare le violenze inflitte, tramite la torsione delle membra, a scopo punitivo o per piegare colla forza la volontà di un altro essere umano, assumendo quindi ben presto il significato estensivo di grave sofferenza fisica o morale. Analoga sorte toccò a "tormento" (dal latino *tormèntum*), nato originariamente per indicare un arnese (da cui la desinenza in *-mèntum*, indicante strumento) destinato a infliggere torsioni sul corpo umano, poi usato estensivamente per indicare qualunque forma di supplizio. L'atto di torturare, oltre che con il verbo *torquĕo*, fu indicato anche con un derivato di quest'ultimo, vale a dire *extorquĕo (ex + torquĕo*, da cui l'italiano "estorcere"): «*extorquēre*, muovendo da un originario significato separativo-intensivo, significava "torcere, lussare, slogare", poi "torturare" e quindi "strappare qualcosa con la forza, estorcere"»[11].

I termini sopra considerati concorrono, nel loro complesso, ad

Fasc. IV, 85 ss.; L. Castiglioni, S. Mariotti, *IL. Vocabolario della lingua latina*, III ed., Milano, 2001, 1307, voce "*tormentum*"; F. Cordero, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 35, ora ad introduzione di A. Giannelli e M.P. Paternò (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 17; *Vocabolario degli Accademici della Crusca compendiato da un Accademico Animoso: secondo l'ultima impressione di Firenze del 1691*, Tomo II, Venezia, 1705, 64, voce "*cruciatus*"; G. Devoto e G. Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, Bergamo, 1982, voce "tortura"; O. Piangiani., *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Roma, 1907, voci "cruciare", "supplizio", "tormento", "tortura"; I. Putzu, *Etimologia e testualità: il sardo medievale (arborense)* iscodoglare*. Aspetti e problemi metodologici*, in G. Paulis, I. Pinto, *Etimologia fra tesi e culture*, Milano, 2013, 278 ss. Per non appesantire il testo, si eviterà di indicare, di volta in volta, l'origine della singola informazione quivi riportata, salvo quando si tratti di brani citati letteralmente.

[10] I. Putzu, *op. cit.*, 299.

[11] I. Putzu, *op. cit.*, 299.

illustrare il significato generico di "tortura", da intendersi quindi come trattamento volto a torcere le membra o la mente di una persona, provocandole gravi sofferenze fisiche o morali, sino a piegarne la volontà, allo scopo di punirla o di costringerla a compiere un'azione che altrimenti non avrebbe compiuto (ad esempio rilasciare una confessione). La particolare capacità descrittiva della parola "tortura" – in grado di assumere tanto una connotazione ampia (ogni grave sofferenza inflitta da un uomo su di un altro) quanto una connotazione specifica (violenza effettuata allo scopo di estorcere un comportamento) – ha contribuito, in larga parte, alla sua fortuna, portandola a prevalere, specie nel contesto giuridico, su tutte le concorrenti[12]. Allo stesso tempo, però, proprio la necessità di conciliare l'ambivalenza semantica del termine con l'esigenza di precisione definitoria propria dell'ambito giuridico ha condotto all'elaborazione della fondamentale distinzione tra il concetto di *tortura-fine* (o *tortura finale*) e quello di *tortura-mezzo* (o *tortura strumentale*):

a) Si ha tortura-fine quando l'atto di grave violenza fisica o morale è finalizzato a sé stesso. È il caso, ad esempio, della tortura finalizzata al mero compimento di un atto di violenza. Ma anche di quella finalizzata alla punizione di qualcuno (sulla base del sillogismo: P1. *Il fine della tortura è la punizione*; P2. *La punizione consiste in una tortura*; C. *Il fine della tortura è la tortura*);

b) Si ha tortura-mezzo quando l'atto di grave violenza fisica o morale è finalizzato al raggiungimento di un risultato diverso dalla tortura stessa, come ad esempio quello di costringere una persona, piegandone la volontà, a compiere un'azione che altrimenti non avrebbe compiuto.

Questa distinzione è fondamentale per comprendere i due significati con cui, in origine (e fino a tempi relativamente recenti), il termine "tortura" è stato usato in ambito giuridico: da un lato, vi è la *tortura-pena*, vale a dire una tortura-fine inflitta, a titolo di pena,

[12] Quali, ad esempio, *carnificina, cruciatus*, *martyrium* e *supplicium*, per lungo tempo usate quali sinonimi di "tortura" ma che poi, pur essendo sopravvissute anche al passaggio alla lingua italiana, hanno perso la loro funzione sinonimica (carneficina, martirio), sono cadute in desuetudine (cruciato) ovvero sono rimaste relegate a un significato generico di tortura (supplizio).

sul corpo di un condannato; dall'altro, vi è la *tortura giudiziaria*, vale a dire una tortura-mezzo effettuata sui corpi degli inquisiti allo scopo di estorcere delle confessioni o delle informazioni utili (ad esempio per incriminare i presunti complici). In uso già nel diritto romano (*v. nt. 2*), la tortura giudiziaria conobbe il periodo di maggior fortuna nell'età del diritto comune, grazie all'emersione del processo romano-canonico e alla creazione dell'Inquisizione. Torura-pena e tortura giudiziaria presentano alcune differenze ed alcune caratteristiche comuni:

a) Legalità. Entrambe sono previste come misure lecite da parte di una valida ed efficace norma giuridica;

b) Istituzionalità-autoritatività. Ambo le due sono praticate da un rappresentante delle istituzioni (inquisitori, autorità di pubblica sicurezza, *etc.* a seconda del regime politico);

c) Giudiziarietà. Solo la tortura giudiziaria è strumentale all'istruzione od alla conclusione di un processo, mentre la tortura-pena attiene ad una fase successiva allo stesso, quella dell'esecuzione penale.

Di queste due diverse accezioni, però, solo una è stata considerata, per lungo tempo, quale tortura intesa in senso tecnico-giuridico, vale a dire la tortura giudiziaria. Ciò si spiega col fatto che, fino all'avvento del c.d. "diritto internazionale dei diritti umani", la parola trovava applicazione pressoché esclusivamente nell'ambito del diritto criminale (*infra* § 2.3), rispetto al quale la tortura-pena, tecnicamente, non può essere qualificata come "tortura" bensì, piuttosto, come un tipo di pena. Da questo punto di vista sarebbe più corretto parlare di *pena-tortura* (o "pena della tortura"), allo stesso modo in cui si parla di "pena di morte" e non di "morte-pena", essendo evidente come la pena non possa essere considerata un tipo di morte.

Quando si parla di tortura intesa in senso tecnico-giuridico si fa dunque riferimento – almeno fino alla prima metà del XIX secolo – a quella particolare forma di tortura-mezzo, caratterizzata dalla *giudiziarietà*, dalla *legalità* e dalla *istutizionalità-autoritatività*, nota come "tortura giudiziaria" (o «tortura inquisizionale»[13]).

[13] Così la chiama, opportunamente, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica mo-*

«Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi d'estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio fondando la sentenza sulla verità così ottenuta, qualsiasi procedimento che abbia questo contenuto e questo fine rientrava, o diciamo rientra, nel concetto di tortura giudiziaria»[14].

In questo contesto risulta evidente la maggiore idoneità descrittiva della parola "tortura" rispetto alle altre concorrenti (*v. nt. 11*), poiché essa è la sola a contenere al suo interno i significati di "piegare" (la volontà) ed "estorcere" (una testimonianza o una confessione). Non è un caso, d'altronde, che gli illuministi, quando trattavano della tortura giudiziaria auspicandone l'abolizione, si riferissero ad essa chiamandola, semplicemente, "tortura", poiché era questo il significato attribuito al termine in ambito tecnico-giuridico, come spiega con chiarezza il Verri:

«col nome di tortura non intendo una pena data a un reo per sentenza, ma bensì la pretesa ricerca della verità co' tormenti. *Quaestio est veritatis indagatio per tormentum, seu per torturam; et potest tortura appellari quaestio a quaerendo, quod judex per tormenta inquirit veritatem*»[15].

Tanto il termine "tortura" era identificato col concetto di tortura giudiziaria che, nel latino giuridico, sorse accanto ad esso un sinonimo improprio, vale a dire *quaestio* (interrogatorio). In ambito giuridico si distingueva dunque tra *tormentum* o *cruciatus* (supplizio, tortura-pena, tortura in senso generico) e *quaestio* (tortura giudiziaria), «con una precisione tecnica che la nostra lingua non ha e che permetteva di tener separate, all'occorrenza, le [due] nozioni»[16]. La sinonimia impropria continuò anche col passaggio al volgare, ove la tortura veniva identificata con i termini *rigoroso esa-*

derna, Bologna, 2009 (I ed. del 1976), 125, evidenziando il legame inscindibile tra un sistema giudiziario di tipo inquisitoriale e la previsione della tortura giudiziaria quale pratica legale (*infra* § 2.2).

[14] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Varese, 1953, 5.

[15] P. Verri, *Osservazioni sulla tortura e sulla peste che devastò Milano nell'anno 1630*, Milano, 1804, cap. VIII.

[16] P. Fiorelli, *op. cit.*, Vol. I, 17. L'A. specifica, peraltro, che se questa distinzione

me o *rigorosa esamina* (in Italia), *question* (in Francia) e *cuestión* (in Spagna). L'affermarsi di tale uso testimonia, peraltro, la frequenza con la quale, a partire dell'emersione del processo romano-canonico, gli interrogatorî venivano svolti avvalendosi della tortura (*infra* 2.2), al punto che quest'ultima veniva sostanzialmente identificata con i primi. Ma vi era, al fondo, anche un'altra ragione per la quale gli inquisitori preferivano parlare di *quaestio* o "rigoroso esame" (cioè "interrogatorio particolarmente rigoroso") anziché di tortura, vale a dire la volontà di mascherare, di dissimulare la particolare crudeltà delle pratiche inquisitorie. Si tratta di una tecnica, tipica del linguaggio inquisitoriale, ben descritta dal Mereu sotto il nome di "dissimulazione onesta"[17] e della quale l'equivalenza "*rigoroso esame* = *tortura*" costituisce uno degli esempi più rappresentativi:

«"Rigorosa esamina" è un sintagma dove il rapporto fra tortura e torturato, fra chi può chiedere e chi deve solo soffrire e rispondere, è sfumato in un'immagine scolastica che richiama alla memoria da un lato maestri severi, ma (è sottinteso) giusti; e dall'altro allievi impauriti, trepidanti ed ansiosi, che sperano solo di finire, e si augurano che le risposte date siano quelle soddisfacenti e placanti che il maestro attende e desidera. Ma c'è anche una sapienza psicologica non comune nell'uso di questa espressione che identifica la tortura con un esame e questo con la tortura. Alla base di entrambe c'è la violenza, che tutto altera e distorce; quella fisica e quella psicologica, la *territio* e il dolore sofferto, che vengono unite in una immagine in cui il rapporto non è più tra uomo e uomo, ma tra uno che può tutto e un altro che deve solo subire. Rigoroso esame, detto di questi

era assai netta in ambito giuridico, «nel linguaggio di tutti i giorni» era facile rinvenire una qualche confusione tra i due istituti.

[17] L'espressione "dissimulare onesto" si deve a Torquato Accetto, moralista napoletano in attività circa quattro secoli or sono, ed è stata riportata alla luce da Italo Mereu per definire una assai peculiare manifestazione di quel concetto che, nel linguaggio odierno, è noto con il sintagma "tartufismo giuridico" (dal francese *tartufe*, "ipocrita"). Spiega l'Accetto che: «la dissimulazione non è altro […] che un velo composto di tenebre oneste e di rispetti violenti da che non si forma il falso ma si dà qualche riposo al vero, per dimostrarlo a tempo» (T. Accetto, *Della dissimulazione onesta*, 1641). Dunque, in ambito giuridico, potremmo riassumere dicendo che con dissimulare onesto s'intende il nascondere, dietro parole fuorvianti, concetti diversi da quelli che, date le circostanze, si sarebbero dovuti esprimere, considerati sconvenienti o impresentabili, in vista di un evento futuro che determinerà l'avverarsi della situazione dissimulante (per ciò da considerarsi onesta) in luogo di quella dissimulata.

stati di sopraffazione esistenziale, è la "dissimulazione" più "onesta" e, in fondo, più vera»[18].

Questa attitudine dissimulatoria esercitata dagli inquisitori e dai giuristi di *ius commune* – e sciaguratamente ripresa, in tempi recenti, dai giuristi statunitensi (*v. nt. 85*) – rappresenta un altro dei motivi della fortuna della parola "tortura". Durante la lotta per l'abolizione della tortura portata avanti dagli illuministi (*infra* § 2.2), infatti, questi ultimi s'impegnarono a squarciare il velo di tartufismo del linguaggio inquisitorio, chiamando l'istituto sempre e solo col suo nome proprio: tortura[19]. La qual cosa offrì al termine in questione un uso e una diffusione che ben pochi altri possono vantare in ambito giuridico. In questo modo la tortura sconfinò dal contesto giuridico, smise di essere una parola meramente descrittiva di un fatto e il solo pronunziarla divenne a tutti gli effetti un atto di denuncia politica, giuridica e sociale. Denuncia che, ai tempi, non era riferita solo alla tortura giudiziaria, bensì a tutto il sistema inquisitoriale poiché, come già aveva saggiamente rilevato Ulpiano, «*quaestionem sic accipimus non tormenta tantum, sed om-*

[18] I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, II ed., Milano, 1988, 211-213.

[19] L'unico altro termine usato era "tormento", il solo che, come già ricordato, ha la stessa radice etimologica di "tortura" e ne costituisce dunque un sinonimo quasi perfetto. La parola "tormento", peraltro, era solitamente adoprata solo per descrivere la tortura, non già per rappresentarla (se non, talvolta, allo scopo di evitare ripetizioni all'interno del medesimo periodo o di periodi vicini). Si poteva dire, insomma, che "la tortura consiste in un tormento", ma i due termini non erano ritenuti pienamente fungibili. Possiamo ricordare, a titolo di esempio, due passi del capitolo X delle *Osservazioni sulla tortura* di Pietro Verri (cit.), in cui entrambi i lemmi sono usati: «se i dottori considerassero la *tortura* come un mezzo per avere la verità, prescriverebbero di attenervisi e considerare per certo quello che un *tormentato* dice fra i *tormenti*»; «è poi una contraddizione veramente barbara quella di rinnovare la *tortura* all'uomo che revochi l'accusa fattasi nei *tormenti*» (corsivi nostri).

Si noti come gli illuministi si fecero portatori di un'esigenza che, a distanza di secoli, è ancora avvertita. Con riferimento alla problematica introduzione di uno specifico reato di tortura nell'ordinamento italiano (*infra* § 4.1), infatti, M. Palma, *Chiamiamola tortura*, in P. Gonnella, *La tortura in Italia. Parola, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 133, ha sottolineato come tra i motivi per i quali vi è necessità di introdurre un reato che non solo sanzioni la tortura, ma si chiami proprio "reato di tortura", vi è quello dettato dalla necessità di compiere una «operazion[e] di igiene culturale», di «dare bene nome alle cose». Di chiamare, cioè, la tortura col suo nome.

nem inquisitionem»[20] (*infra* § 2.2). La tortura divenne, insomma, un pretesto per denunciare la «barbarie dei tempi» (così Verri, nel XIII cap. delle sue *Osservazioni sulla tortura*) e il termine divenne – ed è tuttora – quasi un sinonimo di "vergogna". Non a caso, d'altronde, alla famiglia di lessemi correlati con l'area semantica della tortura appartiene anche il termine *tortus* (torto), che dal significato originario di "torturato" è divenuto sinonimo di "ingiustizia". La parola, dunque, assunse un «potere evocativo» che ancora oggi è sfruttato per denunciare la violazione dei diritti[21] e che costituisce, come si vedrà, il cuore dell'odierno dibattito relativo alla definizione di "tortura" ai fini della sua repressione penale (*infra* § 4).

Tale "potere evocativo", peraltro, s'è rafforzato nel tempo, poiché si è inserito in un percorso evolutivo del concetto di tortura[22] che ha portato quest'ultimo ad applicarsi anche a fatti ai quali, in passato, non sarebbe stato applicato, e che ha erto la tortura a simbolo negativo della democrazia, del garantismo giudiziario e dei diritti umani (*infra* § 2.3).

2.2. La tortura giudiziaria

Come già ricordato, in principio era la tortura giudiziaria. Per comprendere il processo evolutivo della definizione di tortura e, dunque, le problematiche attuali relative ad essa, è necessario soffermarsi, sia pur brevemente, sulla *quaestio*. L'istituto, già esistente nel diritto romano (*v. nt. 2),* venne abbandonato nell'alto medioevo con l'avvento dei regni romano-barbarici e l'adozione del prin-

[20] "La tortura giudiziaria, così considerata, [rappresenta] non tanto i tormenti, ma tutta l'inquisizione". Analogamente Azzone descriveva l'inquisizione come «*inquisitio veritatis per tormenta*» (la ricerca della verità a traverso la tortura).

[21] Parla di "potere evocativo" della parola tortura il Prosperi, il quale scrive: «Persone private della libertà senza alcun preavviso, scomparse dalla loro casa senza lasciar traccia, chiuse in isolamento per lunghi periodi, infine interrogate con la severa *quaestio* – la tortura. Tutto questo è oggetto di archeologia giuridica e gli storici della giustizia se ne sono occupati abbastanza. Ma la parola non ha perso il suo potere evocativo. Ancora oggi, chi vuol denunciare il vilipendio delle persone e dei loro elementari diritti può ricorrere al mito storico dell'Inquisizione» (A. Prosperi, *Le torture d'America nell'indifferenza del mondo*, in Id., *Cause Perse. Un diario civile*, Torino, 2010, 18).

[22] Parla di «carattere evolutivo […] del concetto di tortura», ad esempio, F. Bilancia, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. Giannelli, M. Paternò, *op. cit.*, 171.

cipio della personalità del diritto, per poi "risorgere", nell'età del diritto comune, con la riscoperta delle fonti giustinianee e l'instaurazione del processo romano-canonico[23]. Si parla, nella letteratura storico-giuridica, di "rinascita della tortura dalle ordalie". Alla base di questa formula vi è però un equivoco durato a lungo, vale a dire quello secondo cui la tortura sia "risorta" nel basso medioevo – a seguito del divieto di partecipare alle ordalie sancito dal Concilio Laterano IV del 1215 – sol perché prevista dalle fonti di diritto romano. In realtà, come ha acutamente osservato il Cordero, «nella metamorfosi inquisitoria» la tortura giudiziaria sarebbe rinata comunque, «perché la nuova procedura richiede conclusioni storiche sicure»[24]. In altri termini, il processo romano-canonico possedeva una struttura tale da non poter consentire il suo efficace svolgimento senza il ricorso alla tortura giudiziaria. Per quanto concerne la nostra analisi, i tratti principali da mettere in rilievo sono i seguenti:

1) *Funzione purificatrice della giustizia*. La funzione sociale dell'Inquisizione, fosse essa di tipo ecclesiastico o di tipo secolare, era quella di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza, «estirpa[ndo] la mala pianta dell'eresia»[25] (tribunali ecclesiastici) o «purga[ndo] la provincia dagli scellerati»[26] (giurisdizioni secolari);

[23] Quando si parla di età del diritto comune s'intende un periodo di tempo lungo quasi sei secoli: dal XII sec. d.C. a buona parte del XVIII sec. L'età di diritto comune, dunque, inizia col "basso Medioevo" (o "età del diritto comune classico") e perdura per i primi due secoli e mezzo della "età moderna", per poi scomparire con la c.d. "età delle riforme". Per "diritto comune" s'intende quel diritto elaborato dalla scienza giuridica tardo medievale (*in primis* i Glossatori della Scuola dei giuristi bolognesi) sulla base del diritto romano e del diritto canonico, allo scopo di superare l'incertezza giuridica generata dal principio della personalità del diritto. Venne così forgiato un nuovo diritto universale fondato sui due diritti preesistenti (*utrumque ius*), che si diffuse progressivamente, anche se in diversa maniera, nella maggior parte degli Stati europei (esclusa l'Inghilterra). Dalla commistione tra i due diritti (romano e canonico) si generò altresì, per il tramite dell'elaborazione dei glossatori e dei canonisti, un nuovo tipo di processo, conosciuto con il nome di "processo romano-canonico", che si trasformò, progressivamente, nel "modello" di giustizia preponderante in tutti i territorî dove si era "insinuato", anche solo come *ratio scripta* (è il caso della Francia), il sistema di diritto comune.

[24] F. Cordero, *op. cit*.

[25] A. Prosperi, *Introduzione* in Id., *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Roma, 2003, XIX.

[26] B. Melchiori, *Miscellanea di materie criminali volgari e latine, composta secondo le leggi civili e venete*, Venezia, 1741, 96.

2) *L'Inquisizione come "*inquisitio veritatis*"*. Il fine ultimo del processo era la ricerca della *veritas*, intesa come vera e propria "verità storica", indistinta dalla "verità processuale";

3) *Parzialità del giudice*. In mancanza di separazione tra funzione giudicante e funzione inquirente, l'inquisitore, *iudex atque accusator*, era un giudice incaricato di scoprire i reati (anche procedendo *ex officio*), di indagare i fatti e di emanare la sentenza. La raccolta delle prove da parte del giudice era totalmente libera. La ricostruzione degli eventi contenuta nella decisione rappresentava la *veritas*;

4) *Presunzione di colpevolezza*. L'inchiesta, promossa anche *ex officio* dall'inquisitore, poteva attivarsi pure sulla base di semplici sospetti (c.d. processo per *suspicio*). Essendo l'accusatore anche giudice, è chiaro come non potesse applicarsi il principio della presunzione di innocenza (elaborato proprio come rimedio al processo inquisitorio). Inoltre, dal momento che l'Inquisitore era abilitato a dichiarare la *veritas*, era fatalmente riconosciuta in capo ad esso una sorta di presunzione di infallibilità. Stava dunque all'inquisito (che, non a caso, era chiamato "reo" già nella fase inquirente[27], dunque ben prima della condanna, ed era sempre passibile di carcerazione preventiva) dimostrare la sua innocenza (ad esempio resistendo alla tortura);

5) *Sistema delle prove legali*. Ogni elemento di prova – considerandosi come tale tutti gli indizî, compresi i semplici sospetti, rilevati dall'inquisitore – era qualificato in modo diverso, a seconda della sua presunta e predeterminata efficacia probatoria. Vi erano le *probationes plenae* ("prove piene", come ad esempio la confessione, considerata *regina probationum*) e le *probationes semi-plenae* ("prove semi-piene", o "semi-prove"). Solo le prime erano ritenute idonee a poter determinare da sole la decisione e, dunque, la conclusione del processo, mentre le altre necessitavano di altri elementi (ad esempio un'altra prova semi-piena);

6) *Principî di segretezza e di scrittura della procedura*. Quanto al primo, si tratta di un principio giustificato dalla necessità di non ostacolare il lavoro dell'inquisitore (ad esempio con una fuga di notizie), anche se l'uso fu soprattutto quello di consentire all'inquisitore di avere, per così dire, le mani libere. Al contrario, l'esecuzione della pena era improntata al principio di pubblicità, poiché essa aveva funzione esemplare. Quanto al

[27] Il che costituisce, secondo il Mereu (*Storia dell'intolleranza*, cit., 212), un altro esempio di dissimulazione onesta: «perché designare con un appellativo così squalificante chi ancora non è altro che un imputato, e solo dopo la condanna potrà essere chiamato con l'appellativo di reo? Il presupposto (taciuto) è quello che qualunque persona sia sottoposta a tortura, per l'Inquisitore è già un reo che bisogna solo far confessare».

principio di scrittura della procedura, si tratta di una naturale conseguenza del rigido formalismo che caratterizzava il processo romano-canonico. La "giustezza" del processo, infatti, non era valutata in virtù della correttezza della decisione (che era presunta) bensì dal rispetto documentato delle regole processuali sancite, oltre che dalla legislazione "ufficiale", da veri e propri "manuali per inquisitori" che circolavano pei tribunali e che avevano un'importanza tale da costituire un vero e proprio «diritto inquisitoriale […] dotato di una propria "tecnica", una tradizione autonoma, che si tramanda sempre nella prassi dei tribunali dell'Inquisizione ed è l'unico diritto che effettivamente sia applicato»[28].

È di grande importanza rilevare come, alla base dell'architettura processuale dell'Inquisizione, vi fosse una concezione assolutistica della sovranità[29] e, dunque, un regime che, oggi, definiremmo strutturalmente autoritario. Una voce di dissenso rispetto alla parola del sovrano, un elemento deviante rispetto alle leggi da lui stabilite – fosse esso l'Imperatore, il Papa o un Sovrano nazionale – costituiva un elemento di destabilizzazione del sistema, un'anomalia che andava eliminata. In questo senso può dirsi che la funzione sociale dell'Inquisizione fosse quella del mantenimento dell'ordine pubblico. Tanto con riferimento all'Inquisizione medievale, quanto a quella di età moderna, lo scopo della giustizia criminale

[28] Ivi, 25.

[29] Concezione che, naturalmente, varia al passaggio dal medioevo all'età moderna, dacché solo con riferimento alla seconda si può parlare, propriamente, di assolutismo monarchico, mentre nel corso della prima la *maiestas* del *princeps* era intesa solo astrattamente come *potestas absoluta*, poiché nel concreto si riteneva che il principe dovesse professarsi (cioè autolimitarsi) vincolato alle leggi in quanto «la sua autorità *pendet* ("deriva") dall'autorità del diritto, e sottomettere il potere alle leggi significa accrescere e non diminuire la sovranità» (D. Quaglioni, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, su *www1.unipa.it/dipstdir/portale*, Vol. LII, 2007-2008, 59). L'istituzione medievale, quindi, non si identificava con il soggetto "sovrano" – Imperatore, Re, Principe o Papa che fosse – bensì rappresentava «la condizione giuridica della struttura pubblica oggettiva entro e mediante la quale il soggetto si muoveva» (E. Cortese, *Un personaggio in cerca di autore. La compilazione giustinianea nel medioevo*, in *Diritto @ Storia*, n. 3/2004, § 3). La differenza tra le due interpretazioni (quella medievale e quella moderna) date del frammento ulpianeo secondo cui «*princeps legibus solutus est*» (*Digesto*, I, 3, 31), però, interessa poco ai nostri fini: ciò che ci preme sottolineare è come in entrambi i casi la concezione del potere fosse di tipo assolutistico, di come cioè tutto il potere fosse di fatto concentrato nelle mani di una sola persona.

era infatti quello di conservare l'ortodossia (dettata dal sovrano), combattendo il dissenso – sia religioso (eresia), sia politico, non essendoci distinzione tra reato e peccato – a traverso la repressione penale[30]. Assunta questa come premessa, tutto il resto viene da sé.

In un ordinamento in cui lo Stato si identifica col sovrano e in cui la confessione religiosa imposta da quest'ultimo e la legge da esso prodotta rappresentano un'ortodossia totalizzante e non contestabile, non può essere ammessa alcuna distinzione tra "verità storica" e "verità processuale". Gli inquisitori, garanti dell'ortodossia, sono rappresentanti del potere sovrano (e, nelle giurisdizioni ecclesiastiche, si descrivono come emissarî di Dio candidati al martirio) e, in quanto tali, non possono essere fallibili: la loro parola è *veritas*. Allo stesso modo, in un sistema che non tollera l'esistenza di voci eterodosse, è chiaro come l'azione repressiva debba potersi attivare anche sulla base del semplice sospetto (nulla può essere tralasciato) e che gli inquisitori debbano avere le "mani libere" nella ricerca delle prove e nello svolgimento del processo (la posta in gioco è troppo alta per poter ingabbiare la loro azione con lacci e lacciuoli). La presunzione di colpevolezza diventa un'esigenza ineliminabile (meglio correre il rischio di condannare un innocente che lasciare a piede libero un potenziale colpevole), così come la carcerazione preventiva. Quanto, infine, alla scrittura e alla formalità (e quindi anche al sistema delle prove legali, chiaro limite al libero convincimento del giudice), esse servono, da un lato, a sancire la non indipendenza dei giudici, ribadendo la subordinazione degli inquisitori al sovrano che detta loro le regole processuali da seguire e che ne verifica l'operato tramite i loro resoconti e, dall'altro, a fornire una sorta di "patente di legittimità" alle decisioni assunte, che sono ritenute "giuste" in quanto rispettose degli obblighi formali (poco importa se giungono a conclusioni abnormi, come nel caso della peste milanese raccontata dapprima

[30] Un esempio per tutti è quello costituito dall'Inquisizione spagnola, istituita nel 1478 allo scopo dichiarato di «eliminare sistematicamente gli "eretici"» (A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 231) ma che si rilevò ben presto un «crudele strumento di dominazione sempre ed in tutto asservito alla corona» (C. Reviglio della Veneria, voce *Inquisizione*, in A. Azara e E. Elia, *Novissimo Digesto Italiano*, III ed., Vol. 7, Torino, 1957, 723).

dal Verri, con le *Osservazioni sulla tortura*, e poi dal Manzoni, con la *Storia della Colonna infame*).

In questo contesto, ben si capisce come la "rinascita" della tortura non fu un mero accidente dovuto al ritrovamento di quest'ultima nelle fonti di diritto romano, bensì una conseguenza logica, una fatalità indotta dal sistema inquisitoriale e dunque, indirettamente, dal regime politico ad esso sotteso:

> «se una colpa è denunciata, fu dunque commessa: se fu commessa, v'è un reo: se uno è imputato, devon esservi titoli a suo carico: se esso nega, defrauda la società del diritto che essa ha di conoscere il delinquente: potrò dunque astringerlo a confessare, come si astringe a consegnar un reo»[31].

I tormenti, in altri termini, sono una conseguenza inevitabile della pretesa di avere, quale premessa della decisione, «niente di meno che la verità». Una «ossessione del genere conduce alla tortura»[32]: «c'è una persona i cui interni mentali contengono la chiave del caso; colpevole o innocente, l'inquisito sa cose utili al processo; bisogna captargli le memorie, giungere a tutti i costi alla *veritas* e i tormenti favoriscono lo scandaglio introspettivo»[33]. Insomma, «ogni processo di *suspicio* […] prevede sempre la tortura», poiché questa consiste in una «violenza legale istituzionalizzata» nella quale «l'uomo […] è trasformato in un *quid* che deve solo confessare quella verità che con pervicacia nega o vuol nascondere, e che l'inquisitore suppone di conoscere, e si sforza di far venire alla luce con questa nuova maieutica»[34]. Quando mancano le prove, dunque, «ma esiste e resiste invincibile solo il sospetto della autorità, per conoscere la verità non rimane altro che la tortura»[35], con la quale si ottiene una confessione – *regina probationum* – e si può così chiudere il processo condannando il reo sospetto.

Dal punto di vista processuale, peraltro, la tortura produceva una

[31] C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, 35.
[32] F. Cordero, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 1983, 18 s.
[33] F. Cordero, *Quando viene profanato il corpo*, cit.
[34] I. Mereu, *Op. cit.*, 210.
[35] Ivi, 221.

circostanza che, veduta con gli occhi del giurista contemporaneo, costituisce un'inaccettabile aberrazione, vale a dire quella della metamorfosi del processo da *actus trium personarum* (accusato – accusatore – giudice) ad «azione unitaria di una forza sola». Premessa infatti la identità tra giudice ed accusatore, e costretto l'inquisito a farsi accusatore di sé stesso, «quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una figura *ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore»[36]. Tale metamorfosi altro non è – come ha notato acutamente lo Sbriccoli – se non una «manifestazione di come possa diventare immensa la sproporzione di potere tra Stato e individuo. Quando l'autorità la mette in opera si impossessa interamente di un uomo: per piegarlo e annientarlo, vessandone il fisico e violandone la dignità»[37].

In questo senso si può dire che la tortura *è* l'inquisizione, ne è la sintesi, la *summa*, la rappresenta così come rappresenta il regime politico ad essa sotteso. Non a caso tra gli argomenti più usati dai sostenitori della tortura vi era quello secondo il quale essa era «necessaria alla salvezza dello stato»[38]. La lotta per l'abolizione della tortura giudiziaria – condotta da tutti i grandi Autori riconducibili, in qualche misura, all'illuminismo giuridico (dal "precursore" Christian Thomasius al "tardivo" Jeremy Bentham, passando per i francesi Voltaire e Montesquieu e per gli "italiani" Cesare Beccaria, Pietro Verri, Gaetano Filangieri, Mario Pagano, *etc.*) – fu dunque una lotta solo in apparenza rivolta meramente all'abolizione di un istituto giudiziario, trattandosi in realtà di una battaglia menata contro un intero sistema giudiziario e politico.

Le correlazioni tra tortura, dispotismo e repressione del dissenso furono particolarmente esaltate nelle opere di Thomasius (che rilevava come la tortura fosse «un mezzo estremamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo dell'assolutizzazione del potere perché, grazie al pretesto apparentemente inoppugnabile fornito dall'esistenza di un reo confesso, conferiva una patente di

[36] M. Sbriccoli, «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio ed interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.C. Vigueur e A. Paravicini Bagliani (a cura di), *La parola all'accusato*, 23.

[37] Ivi, 17.

[38] Lo ricorda P. Verri, *Osservazioni sulla tortura*, cit., cap. IX.

legittimità […] alla repressione di ogni forma di opposizione»[39]) e di Montesquieu (che individuava un rapporto «perverso di contiguità tra l'esistenza della tortura e il principio della paura che caratterizza i regimi dispotici»[40]).

La critica al processo inquisitorio fu senz'altro quella prevalente nella letteratura sul tema, anche grazie all'efficacia delle argomentazioni verriane e alla loro diffusione pel tramite del *Dei delitti e delle pene*[41]. Nel criticare la pratica della tortura, di fatto, Verri e Beccaria anticiparono alcuni di quelli che oggi consideriamo i principî fondamentali del garantismo giudiziario[42], di cui il processo inquisitorio costituisce l'antitesi[43]: la critica all'inutilità della tortura e al sistema delle prove legali[44] presuppone il riconoscimento del *principio della presunzione di innocenza fino a condanna definitiva* e il *principio della libertà del giudice nella formazione del*

[39] M. Paternò, *La critica alla tortura nell'illuminismo*, in A. Giannelli, M. Paternò, *Op. cit.*, 27.

[40] Ivi, 27.

[41] È noto, difatti, come il *Dei delitti e delle pene* (Livorno, 1764), redatto dalla raffinata penna di Cesare Beccaria, fosse un "lavoro di scuola", un compendio di tutte le idee emerse nell'ambito del vivace contesto culturale milanese sorto intorno al gruppo dei redattori del periodico illuminista *Il Caffè*. Celebre, a tal riguardo, una lettera che Pietro Verri scrisse al fratello nel 1776: «mi meraviglio come [Beccaria] abbia potuto cucire insieme un libro […] di cui le idee erano più quelle dei suoi amici che non le sue» (*Carteggio di Pietro Verri e di Alessandro Verri dal 1766 al 1797*, vol. VII, Milano, 1934, 186). Proprio a Pietro Verri, peraltro, si devono tutte le tesi contenute nel capitolo sulla tortura. L'A. le aveva esposte, qualche anno prima (1776), nel suo *Osservazioni sulla tortura*, che tuttavia fu pubblicato postumo (1804) a causa del timore di subire ripercussioni da parte del Senato milanese.

[42] Sui quali è d'obbligo il rimando a L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 5-6.

[43] Sul punto sia consentito il rimando, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a P. Alvazzi del Frate, Giu. Serges, *Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna*, in M. Cavina (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Bologna, 2012, 9 ss.

[44] Così Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti e delle pene*): «o il delitto è certo o incerto; se è certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, è non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati». Quanto al sistema delle prove legali, commenta Verri (cap. XI delle *Osservazioni sulla tortura*): «le parole di "sospetti, indizj, semi-prove, semi-plene, quasi-prove ecc.", e simili barbare distinzioni e sottigliezze, non possono giammai mutare la natura delle cose. Possono elleno bensì spargere delle tenebre ed offuscare le menti incaute».

proprio convincimento; il rilievo dell'assurdità della metamorfosi dell'*actus trium personarum*[45] implica la *terzietà del giudice* e il principio *nemo tenetur se detegere*; la dimostrazione dell'inadeguatezza della tortura a scoprire la *veritas*[46] sottintende la distinzione tra verità storica e verità processuale; l'osservazione secondo cui la tortura altro non è se non una pena anticipata[47] comporta l'applicazione dei principî del *nulla poena sine iudicio* e dell'*habeas corpus*. Venne financo attaccata la stessa ragion d'essere del processo romano-canonico, presentato dai contemporanei come una grande evoluzione giuridica rispetto alla giustizia barbarica in quanto, con esso, non ci si affidava più alla fama del singolo presso la comunità (*giuramento*), alla sua abilità combattiva (*duello*) o alla (presunta) volontà divina (*ordalia*[48]), bensì alla decisione di un giudice fondata sulla raccolta delle prove. Gli illuministi fecero infatti notare che tra ordalia e tortura (e, dunque, tra processo barbarico e processo romano-canonico) vi era una sostanziale identità: «la sola differenza che passa fralla tortura e le prove del fuoco e dell'acqua bol-

[45] Così Verri (cap. XI delle *Osservazioni sulla tortura*): «la natura ha inserito nel cuore di ciascuno la legge primitiva della difesa di sé medesimo: e l'offendere se stesso, e l'accusare se stesso criminalmente egli è un eroismo, se è fatto spontaneamente in alcuni casi, ovvero una tirannia ingiustissima se per forza di spasimi si voglia costringervi un uomo». «È un voler confondere tutt'i rapporti» – ribadisce Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti e delle pene*) – «l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato».

[46] Così Verri (cap. IX delle *Osservazioni sulla tortura*): «Un assassino di strada avvezzo a una vita dura e selvaggia, robusto di corpo e incallito agli orrori resta sospeso alla tortura […]; dotato di vigorosi muscoli, tace e [la] delude […]. Un povero cittadino avvezzo a una vita più molle, che non si è addomesticato agli orrori, […] si accusa di un non commesso delitto. […] Pare con ciò concludentemente dimostrato, che la tortura è […] un mezzo per confondere la verità, non mai per iscoprirla».

[47] Così Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti o delle pene*): «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?».

[48] Le ordalie (o "giudizî di Dio") consistevano in una prova che l'accusato doveva compiere per dimostrare la sua innocenza: camminare sui carboni ardenti, uscire indenne da un groviglio di fiamme, *etc.* Il superamento della prova cui l'accusato era sottoposto veniva considerato come un segno divino della sua innocenza. In realtà, però, i rari casi in cui il malcapitato usciva incolume derivavano da una manipolazione dell'esperimento, come ricorda F. Cordero, *Quando viene profanato*, cit.

lente, è che l'esito della prima sembra dipendere dalla volontà del reo, e delle seconde da un fatto puramente fisico ed estrinseco: ma questa differenza è solo apparente e non reale. È così poco libero il dire la verità fra gli spasimi e gli strazi, quanto lo era allora l'impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell'acqua bollente»[49]. Si tratta di una intuizione di non poco momento poiché, nel rilevare l'identità tra tortura ed ordalia, furono poste le basi per il superamento della tradizionale nozione di tortura fondata sulla strumentalità del tormento rispetto all'acquisizione di prove giudiziarie.

Non meno importante a tal riguardo, infine, il pensiero di chi – come Verri nelle sue *Osservazioni* (cap. VIII) – ha evidenziato il carattere disumano della tortura, non solo per l'atrocità dell'atto in sé, ma anche per l'indurimento dell'animo che essa provoca su chi la esegue.

2.3. La tortura, oggi

Nel corso del XVIII secolo iniziò un processo virtuoso, conclusosi agli inizî del XIX secolo, che portò all'abolizione della tortura giudiziaria in tutti gli Stati in cui si era affermato il processo romano-canonico[50]. Questo fatto ebbe delle conseguenze notevoli sulla nozione tecnico-giuridica di tortura, fondata sui tre caratteri

[49] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XVI.

[50] Fu una *prammatica* di Carlo III del 1738 ad abolire per prima, a Napoli, la tortura giudiziaria. Ma tale abolizione fu solo parziale. La tortura, infatti, rimase in vigore per le cause più gravi, finché non venne definitivamente vietata solo nel 1789. La prima ad abolire del tutto la violenta *veritas per tormenta inquisitio* fu, invece, la Prussia, nel 1740, per mano di Federico II. Dopo la Prussia vi furono il Baden (nel 1767), il Mecklemburg (nel 1769), la Sassonia (nel 1770) e la Svezia (nel 1772). Poi fu la volta di Maria Teresa d'Asburgo, che abolì la tortura in tutti i suoi dominî, con un Decreto del 2 gennaio 1776 al quale si oppose però il rifiuto del Senato milanese. Tempo dopo, l'abolizione avvenne pure in Francia, per opera di Luigi XVI il quale, nel 1780, vietò la *question préparatoire* e, nel 1788, vietò la *question préalable*. Seguirono la Toscana (nel 1786, anche se la tortura, di fatto, non era più utilizzata già dal 1776), Venezia (nel 1787), la Lombardia (nel 1789), il Piemonte (nel 1798, anche se nel 1760 Carlo Emanuele III l'aveva già abolita per i soli Stati d'Aosta), la Sicilia (nel 1812) e la Sardegna (nel 1821). L'ultimo ad adeguarsi fu lo Stato Pontificio nel quale, dopo che la tortura giudiziaria era stata abolita una prima volta nel 1798 per opera dei francesi, i tormenti erano stati reintrodotti non appena caduta la Repubblica Romana e reinsediatosi il governo pontificio.

della *giudiziarietà,* della *legalità* e della *istituzionalità-autoritatività*. La scomparsa della *quaestio* quale strumento legale, infatti, rendeva tecnicamente impossibile l'esistenza di torture che integrassero tutti e tre i criterî, essendo divenute la *giudiziarietà* e la *legalità* l'una alternativa all'altra: se una tortura era legale (ad esempio una *tortura-pena*), essa non era giudiziaria; se era giudiziaria, non era legale (in quanto ormai vietata). L'unico dei tre criteri che ancora restava pienamente declinabile con ciascuno degli altri due era quello dell'*istituzionalità-autoritatività*. Ci si ritrovò così dinnanzi ad un bivio: da un lato, si poteva ritenere che la tortura fosse ormai oggetto di archeologia giuridica; dall'altro, si poteva far leva sul carattere della *istituzionalità-autoritatività* per estendere la nozione di tortura, sfruttandone la "potenza evocativa" (*supra* § 2.1) allo scopo di denunciare episodi di violenza perpetrati da rappresentanti dello Stato contro i cittadini.

La prima strada era pericolosa, e lo dimostrano fatti recenti: dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 alcuni giuristi americani – tra i quali il più noto è Alan Dershowitz – hanno avanzato la proposta di legalizzare forme di tormenti *ad eruendam veritatem* da effettuarsi allo scopo di estorcere da presunti terroristi informazioni utili a sventare possibili attentati imminenti[51]. In sostanza, la legittimazione di questa proposta trarrebbe origine proprio dall'impossibilità di collocare questa forma di supplizio nell'alveo della definizione giuridica tradizionale di tortura: mancherebbe il requisito della *giudiziarietà*, in quanto le confessioni estorte non potrebbero essere usate in un processo; non sarebbero applicabili le tesi illuministiche sull'inutilità dei tormenti, perché in questo caso l'utilità sarebbe data dalla possibilità di salvare milioni di vite.

La seconda strada, dal canto suo, per essere percorribile doveva necessariamente passare da una adeguata ristrutturazione della nozione giuridica di tortura, facendo perno, come già detto, sul carattere della *istituzionalità-autoritatività*, vale a dire considerando la tortura non più per il fatto di essere strumentale ad un giudizio ma per quello di essere praticata da un agente, da un funzionario

[51] A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, 2003, 125 ss., nonché Id., *The Torture Warrant*, in *New York Law School Review*, Vol. 48, 2004.

o da un incaricato dello Stato, non più in relazione al processo bensì in relazione al regime politico, facendo tesoro anche delle successive acquisizioni della scienza giuridica (garantismo giudiziario, costituzionalismo democratico, diritti umani). Se è infatti vero, come s'è già ricordato (*supra* § 2.2), che la tortura giudiziaria rappresentava l'Inquisizione tutta e il regime politico ad essa sotteso – oltre che una negazione della dignità umana – al punto che ne costituiva una ineliminabile conseguenza, è altrettanto vero che non può esserci tortura senza un sistema processuale inquisitorio e un regime politico, fondato sull'ortodossia e la repressione del dissenso, che neghi il riconoscimento dei diritti umani[52]. È in questa constatazione che si colloca la chiave per accedere ad una nuova definizione giuridica di tortura in base alla quale si consideri quest'ultima non già in quanto istituto processuale bensì in relazione al suo ruolo nel sistema, che si fondi dunque sulla sua natura fatalmente, possiamo dire *ontologicamente*, contraria a un sistema giudiziario garantista, ad un regime politico ispirato ai principî del costituzionalismo democratico e ai diritti umani. Natura che resta tale anche con riferimento a supplizî non legali o non giudiziarî praticati dalla forza pubblica. Non è pienamente democratico uno Stato che consenta la tortura – ad esempio – per motivi di spionaggio o come forma di pena, così come non lo è uno in cui l'autorità di pubblica sicurezza approfitti, sia pure illegalmente (ma senza una reale ed efficace azione repressiva a contrasto), della sua posizione di forza per tormentare sistematicamente i cittadini. Sotto questo nuovo profilo, la tortura sembra potersi definire sulla base di tre caratteri fondamentali:

1) *Anti-democratica*. La tortura presuppone l'esistenza di verità inconfutabili, un pensiero unico e indiscutibile, tanto a livello statale (ortodossia) quanto a livello processuale (*veritas*): il cittadino è un suddito che, davanti alla pubblica autorità, non ha – non deve poter avere – scelta. La democrazia (costituzionale), invece, è il regime della «alternatività delle

[52] Sui rapporti tra tortura e tirannia si veda anche l'interessante lavoro di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013.

scelte»[53]: l'ortodossia di Stato è bandita e si ammette l'eventualità di un errore giudiziario. Inoltre la tortura, presupponendo un potere assoluto e la privazione di fondamentali diritti del cittadino, viola i due principî cardine del costituzionalismo democratico, contenuti nell'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, vale a dire la «*garanzia dei diritti*» e la «*separazione dei poteri*»[54];

2) *Anti-garantista*. Questo carattere è particolarmente evidente nella tortura giudiziaria che, come già ricordato, presuppone un modello processuale inquisitorio, negando quindi i principî del garantismo giudiziario (giudice terzo, presunzione di non colpevolezza, diritto a non autoaccusarsi, *habeas corpus*, *etc.*). Ma è presente anche con riferimento ad altri tipi di tortura come, ad esempio, quella, sopra richiamata, usata per scopi antiterroristici. Si tratterebbe, infatti, di una forma di afflizione esercitata su di un essere umano in quanto sospettato di essere un terrorista, in spregio al principio per il quale non si può essere ritenuti colpevoli e puniti in quanto tali senza una condanna emanata a seguito di giusto processo;

3) *Disumana*. Nella *Fondazione della metafisica dei costumi* (1797) Kant affermava che «l'umanità stessa è una dignità; infatti l'uomo non può essere trattato da nessuno […] meramente come mezzo, ma deve sempre essere trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità» (pp. 333 s. nell'ed. curata da N. Merker, Roma-Bari, 1973). Chi subisce la tortura viene privato della propria dignità, in quanto non più considerato come persona ma come un oggetto, una *res* senza diritti o, nel caso specifico di tortura *ad eruendam veritatem*, una «spugna dalla quale si deve far sgorgare la confessione»[55].

[53] G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Bari, 2008, 16. Con specifico riguardo alla tortura v. anche P. Häberle, *Diritto e Verità*, ed. it. a cura di G. Zagrebelsky e J. Luther, Torino, 2000, 92-94 e, *praesertim*, nt. 33, secondo il quale, non potendo lo Stato costituzionale, per definizione, possedere un dominio monopolistico sul sapere, poiché ciò che esprime la verità è fornito, piuttosto, dalle libertà, il «divieto di tortura» rappresenta, assieme, un limite all'accertamento statale della verità e una garanzia di accertamento della verità in quanto, contestualmente, esclude il pericolo della imposizione coatta di una verità precostituita, evitando così il rischio della produzione di «non verità», e «protegge l'emotività privata di fronte all'accertamento statale della verità».

[54] Lo nota, con apprezzabile lucidità, M. Ruotolo, *Recensione al libro di Gonnella*, cit., 192, ricordando come «quella contro la tortura […] è una lotta da combattere in ossequio anche ai princìpi del costituzionalismo democratico, negati da tale pratica […]. Si tratta, infatti, di limitare il potere a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti ovvero di rispondere a quella che è, appunto, l'ambizione prima del costituzionalismo democratico».

[55] C. C. Fornili, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 168.

Questa ridefinizione del concetto di tortura consente di rispondere agevolmente a proposte *à la* Dershowitz ribadendo che nulla importa se la tortura proposta non sia giudiziaria, perché si tratta comunque di un istituto anti-democratico, anti-garantista e disumano. E, dal momento che «le perversioni dei sistemi democratici cominciano sempre da lontano»[56], bisogna ad ogni costo evitare di introdurre strumenti che potrebbero ingenerarle. In altri termini, il conflitto tra sicurezza e libertà viene preventivamente risolto, nelle democrazie costituzionali, a favore della seconda[57], quantomeno a fronte di strumenti, come la tortura, che per caratterizzazione "ontologica" non possono in nessuna ipotesi essere usati in modo "conforme" alla democrazia.

L'allargamento della definizione giuridica di tortura ha consentito, da un lato, di non sprecare il "potere evocativo" del termine, estendendolo anche – ad esempio – alle barbarie compiute durante la seconda guerra mondiale, e, dall'altro, di aumentare, nel tempo, quello stesso potere. Oggi, quando si parla di "tortura", non ci si riferisce più solo agli abominî dell'Inquisizione, ma si evocano tutte le più atroci esperienze della storia, dall'Inquisizione al nazismo, dagli interrogatorî effettuati durante la guerra fredda al carcere statunitense di Guantanamo, *etc.* In fondo, tutte queste forme di tortura, pur nelle loro differenze applicative, hanno in comune, da un lato, la qualità del soggetto attivo (il fatto, cioè, di essere praticate da agenti dell'autorità pubblica o comunque da soggetti da essa incaricati) e, dall'altro, la *ratio* con cui vengono giustificate, quella cioè di assicurare "la salvezza dello Stato" – mantenendo l'ordine pubblico e garantendone la sicurezza – purgandolo dagli "scellerati", siano essi eretici (Inquisizione), "giudei" (nazi-fascismo), "comunisti" o "imperialisti" (guerra fredda), terroristi islamici (*war on terror*), *etc.*

Dei tre piani definitorî della tortura, quello della "disumanità" ha consentito più degli altri l'estensione della nozione giuridica, in quanto collegato alla tutela dei diritti umani rispetto alla quale

[56] S. Rodotà, *Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 36.

[57] Cfr. sul punto F. Rimoli, *Più sicuri o più liberi?*, in A. Giannelli, M. Paternò, *Op. cit.*, 115 ss.

poco importa se un trattamento degradante sia compiuto all'interno di un processo o rientri nell'ambito della tortura-fine. La *summa* di questo percorso evolutivo è data dall'art. 1 della *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 1984, che fornisce per la prima volta una compiuta definizione della nozione di tortura nel diritto internazionale:

«Il termine "tortura" designa ogni atto a traverso il quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, siano intenzionalmente inflitte ad un individuo, specialmente al fine di ottenere da esso o da un terzo delle informazioni o una confessione, di punirlo per un atto da lui o da un terzo commesso o della cui commissione è sospettato, d'intimidirlo o di fare pressioni su di esso ovvero d'intimidire o fare pressioni su di un terzo, o per qualunque altro motivo fondato su di una qualsivoglia forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitte da un agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale ovvero siano state commesse su sua istigazione o col suo consenso esplicito o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

La tortura *ad eruendam veritatem* rientra tra le ipotesi previste («*… al fine di ottenere da esso o da un terzo delle informazioni o una confessione…*»), ma non è più la sola ad essere considerata tortura. L'unico elemento che resta della "vecchia" definizione giuridica di tortura è quello della *istituzionalità-autoritatività*, nel senso che si considera tortura solo quella compiuta da un «*agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale*». E si tratta di un residuo assai prezioso, poiché, come già s'è osservato, è proprio l'essere compiuta da un rappresentante dello Stato (o comunque della forza pubblica) che fa della tortura uno strumento anti-democratico e anti-garantista e la distingue da altri, generici, trattamenti disumani o degradanti. La nozione tecnico-giuridica di tortura sembra, insomma, essersi ormai definitivamente distaccata da una dimensione processuale ed aver assunto i connotati di quella che è stata definita, assai efficacemente, «tortura di Stato»[58].

[58] È questo il titolo del libro, già più volte citato, a cura di A. GIANNELLI, M. PA-

2.4. Il divieto di tortura e il relativo diritto

L'abolizione della tortura giudiziaria, l'affermazione della democrazia costituzionale e il riconoscimento del divieto di tortura a livello internazionale hanno ormai spostato il dibattito sul tema dalla questione del riconoscimento di tale divieto, ormai dato per pacifico, a quello del suo effettivo rispetto. Da un lato, si pone il problema di Stati che, pur avendo accettato, in linea generale, di fare a meno della tortura, hanno previsto delle "eccezioni alla regola" (*v. nt. 85*), peraltro in parte dovute proprio alla forse eccessiva ampiezza della definizione ONU (allargando troppo la regola generale si moltiplicano le possibili eccezioni). Dall'altro, invece, si pone il problema della violazione del divieto da parte di agenti della funzione pubblica e della sua adeguata ed efficace repressione, senza la quale il divieto è di fatto ineffettivo.

A queste due problematiche corrispondono due diverse concezioni del divieto di tortura:

1) *Concezione (meramente) interdittiva*. Di diretta derivazione illuministica – quando si trattava di vietare una pratica allora legale – la concezione interdittiva del divieto di tortura si esaurisce nel comando "è vietata la tortura";

2) *Concezione repressiva*. Evoluzione naturale della prima, si iscrive in un contesto in cui la tortura è già stata resa illegale e si pone il problema di far rispettare il divieto con efficaci misure repressive nei confronti dei trasgressori. Si passa dal "*è vietata* la tortura" al "la tortura è vietata *e punita*".

Il divieto contenuto nell'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948 («*nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura*») s'ispira chiaramente ad una logica interdittiva. In tal senso è da apprezzarsi la lungimiranza del Costituente italiano che,

TERNÒ. Uno degli Autori che aveva contribuito alla redazione di tale opera, inoltre, ha ripreso la medesima espressione, in un lavoro più recente, mettendo particolarmente in luce le implicazioni che intercorrono tra la pratica della "tortura di Stato" e la dignità umana (G.M. SALERNO, *Contro la tortura di Stato. Un dibattito costituzionalmente orientato dalla dignità dell'uomo*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Vol. 1, Napoli, 2014, 719 ss.).

grossomodo nello stesso periodo e in beata solitudine, ha adottato, con il quarto comma dell'art. 13 Cost. («*è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*»), una concezione repressiva, anticipando di quasi quarant'anni il diritto internazionale. Solo con la già citata *Convenzione contro la tortura* del 1984 (CAT), infatti, l'ONU sancirà (art. 4) l'obbligo di punire penalmente qualsiasi atto di tortura.

Quanto al diritto convenzionale europeo, anche esso ha conosciuto una evoluzione in tal senso, avvenuta però per via giurisprudenziale. L'art. 3 CEDU, significativamente intitolato "proibizione della tortura", si limita a prevedere che «*nessuno può essere sottoposto a tortura*» (concezione interdittiva). È la Corte EDU che, nel tempo, è arrivata – pure in virtù del fatto che gli Stati membri sono anche parte della CAT – a mutare la natura del divieto, sancendo che ai fini del rispetto dell'art. 3 CEDU è necessario «sanzionare gli atti di tortura»[59].

La scelta dell'una o dell'altra concezione del divieto non è senza conseguenze, poiché determina, fatalmente, il contenuto del relativo diritto. A tal riguardo deve segnalarsi come quest'ultimo – lo si è già ricordato in apertura – venga espresso sotto due diverse formulazioni: «diritto a non subire tortura» e «diritto di libertà della tortura». Le due espressioni non sono equivalenti né sul piano giuridico, né sul piano semantico.

Dal punto di vista giuridico, esse sembrerebbero ricalcare la distinzione tra «*droits-créances*» e «*droits-libertés*», o tra diritti sociali e diritti di libertà[60]. Se così fosse, si potrebbe ritenere che la prima formulazione presupponga un intervento attivo dello Stato per creare le condizioni che consentano il godimento del diritto, mentre la seconda risponda alla logica del *laisser faire*. Allo stesso

[59] La frase è ripresa dal *Cons*. n. 225 della decisione del 7 aprile 2015 della IV sez., *Affaire* "Cestaro c. Italia", *requête* n. 6884/11, ma è del tutto in continuità con la più recente giurisprudenza della Corte, come nota nella sua attenta ricostruzione R. Lugarà, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Diritto e Società*, n. 3/2015, 565 ss.

[60] Sul tali distinzioni v., anche per ulteriori riferimenti, l'ottimo lavoro di L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Paris, 2007 e la nota opera di P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017.

tempo deve rilevarsi, però, come soltanto con una forzatura le due formulazioni possono essere ricondotte alla classica distinzione tra «*droit de*» e «*droit à*».

Da un lato, il "diritto a non subire tortura" è senz'altro un diritto fondamentale, ma appare assai più discutibile la sua qualificazione in termini di diritto sociale in quanto non sembra avere come finalità precipua, come ragion d'essere, quella di «eliminare le diseguaglianze esistenti all'interno della società»[61]. Potrebbe invero trattarsi di uno dei c.d. "diritti sociali di libertà", ponendosi quindi come una estrinsecazione del diritto all'integrità psico-fisica[62]. Dall'altro lato, però, potrebbe essere altrettanto problematica l'ascrizione del "diritto di libertà dalla tortura" alla categoria dei diritti di libertà. Si potrebbe infatti obiettare che scopo di tale tipologia di diritti sia quello di consentire dei comportamenti (libertà di riunione, libertà di stampa, libertà di circolazione, *etc.*), mentre il diritto in questione ha il diverso obiettivo della garanzia del rispetto di un divieto. Quest'argomento, però, sarebbe nient'affatto insuperabile, poiché appartengono alla categoria dei diritti di libertà anche quelli che riguardano la libertà intesa come "libertà-situazione" e che promanano dal fondamentale diritto alla libertà personale[63] al quale, non a caso, il Costituente ha ricollegato il divieto di tortura (*infra* § 3.1). Il "diritto di libertà dalla tortura", dunque, potrebbe essere un diritto di libertà allo stesso modo in cui lo è il "diritto di libertà dagli arresti arbitrari".

Dal punto di vista semantico, "diritto a non subire tortura" sembra indicare un mero diritto soggettivo del torturato, *sans plus*. Si potrebbe allora ritenere che il "diritto a non subire tortura" possa essere posto a fondamento di una pretesa del singolo a non essere torturato e ad ottenere un risarcimento in caso di violazione di tale diritto, ma non comporti necessariamente l'obbligo, da parte dello Stato, di reprimere la tortura. Sembrerebbe, insomma, esprimere un divieto di tipo meramente interdittivo. Al contrario, "di-

[61] F. Modugno, *Ordinamento, Stato, Diritto*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino 2015, 61. Più diffusamente sulla definizione di diritto sociale v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, ivi, 620 ss.

[62] Sul diritto all'integrità psicofisica come diritto sociale di libertà v. P. Caretti, *Op. cit.*, 504.

[63] G. Amato, *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977.

ritto di libertà dalla tortura" può significare "diritto a che lo Stato garantisca al cittadino di essere libero dalla tortura", esprimendo cioè un obbligo nei confronti dello Stato – nonché dei soggetti che ne esprimono l'autorità (pubblici ufficiali e incaricati di pubblica sicurezza) – di adoprarsi affinché la libertà oggetto del diritto sia effettiva e garantita anche con azioni di tipo repressivo. In questo senso il "diritto di libertà dalla tortura" potrebbe essere in qualche misura assimilabile alla categoria dei cc.dd. "diritti di libertà positiva", vale a dire quei diritti di libertà che non sono ispirati al *laisser faire* ma che richiedono l'impegno, da parte dello Stato, ad assicurare l'esercizio della libertà coinvolta.

Tutte queste difficoltà definitorie derivano probabilmente dal fatto che il diritto a non subire tortura sia un "diritto misto" e mal si presti a categorizzazioni rigide. Esso, infatti, rappresenta l'estrinsecazione combinata di diversi diritti e libertà – libertà personale, diritto all'integrità psico-fisica, diritto alla salute, diritto al giusto processo, diritto a una pena non disumana, *etc.* (*infra* § 3) – ciascuno avente natura diversa. Sotto tale profilo, in realtà, deve rilevarsi come, a fini pratici, la scelta dell'una o dell'altra formulazione sia pressoché ininfluente poiché, nel caso di specie, è il divieto a fare il diritto, non già il diritto a fare il divieto. In altri termini, il significato da dare alle due espressioni non dipende dalla loro formulazione o dalla loro capacità semantica, bensì dal tipo di divieto riconosciuto nell'ordinamento di riferimento. In presenza di una concezione repressiva, dunque, tanto l'espressione "diritto a non subire tortura" quanto quella "diritto di libertà della tortura" andranno interpretate come recanti un obbligo di repressione degli abusi da parte dello Stato. Una volta stabilito il tipo di divieto in vigore, insomma, le due espressioni acquisiranno un contenuto equivalente, per quanto, sul piano semantico, deve registrarsi una preferenza per l'abbinamento tra "divieto in senso repressivo" e "diritto di libertà dalla tortura" (peraltro coerente con la collocazione del divieto di tortura all'interno dell'art. 13 Cost.).

3. *Lo statuto costituzionale del diritto di libertà dalla tortura*

3.1. Il quarto comma dell'art. 13 e il terzo comma dell'art. 27 Cost.

Come già ricordato in apertura (*supra* § 1), il Costituente ha inteso riconoscere esplicitamente il divieto di tortura con il quarto comma dell'art. 13. Tale disposizione, a sua volta, si caratterizza per alcune assolute peculiarità degne di nota, alcune delle quali già parzialmente emerse nel corso della trattazione. In primo luogo, in un'ottica comparatistica, pur non essendo quella italiana l'unica Costituzione a sancire il divieto in parola[64], essa è la sola a formularlo in senso repressivo e non meramente interdittivo (*supra* § 2.4). In secondo luogo, com'è stato osservato, «in un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione», l'articolo 13, comma 4, Cost. è il solo «ad imporre una repressione penale»[65], venendo così a configurarsi la tortura quale «unico delitto costituzionalmente necessario»[66].

[64] Nel panorama dell'Europa latina possiamo richiamare, *exempli gratia*, l'art. 15 della Costituzione spagnola («*Tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza che, in nessun caso, possano essere sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*») o l'articolo 25 della Costituzione portoghese («*Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a trattamenti o a pene crudeli, degradanti o disumani*»). Si noti, peraltro, come in queste due Costituzioni, contrariamente a quella italiana, venga usato il termine "tortura". La scelta del Costituente italiano deriva, probabilmente, dal fatto che, al tempo, la parola "tortura" in ambito giuridico veniva ancora impiegata soprattutto con riferimento alla tortura giudiziaria (*infra* § 2.1), mentre si voleva che l'art. 13, pur pensato soprattutto in relazione alla tortura *ad eruendam veritatem*, avesse una portata più ampia. Come si nota in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 67, infatti, «la garanzia stabilita al quarto comma vale non soltanto per gli arrestati ma anche per i detenuti a seguito di condanna; e con la formulazione "violenza morale" si è voluto comprendere e vietare ogni forma di pressione morale (vessazione, intimidazione, ecc.), specialmente durante l'interrogatorio». Per altro verso, l'impiego della parola "tortura" in senso generico sarebbe stato superfluo, visto che il contenuto dell'art. 13 consiste, praticamente, nella definizione della stessa. Cos'altro è la tortura se non una violenza fisica o morale su persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà?

[65] A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è,* in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2014, 133.

[66] P. Gonnella, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, su *Il Manifesto*, 18 maggio 2012.

L'art. 13, comma 4, peraltro, costituisce un chiaro riconoscimento normativo di quel "filo rosso" tra carcere e tortura cui si è dapprima fatto cenno (*supra* § 1). Non solo perché, come già osservato, è di tutta evidenza come la tortura sia una forma di "violenza fisica e morale" e che quella di ospitare "persone sottoposte a restrizioni di libertà" sia, per definizione, la funzione storica principale del carcere. Ma anche perché il disposto in esame si trova all'interno dell'art. 13, i cui commi secondo e quinto fanno espressa menzione, rispettivamente, della «detenzione» e della «carcerazione preventiva». Non è certo un caso, in altri termini, che il Costituente abbia inserito il divieto di tortura all'interno dell'articolo che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, proprio "in mezzo" ai due commi dedicati alla detenzione.

«Una persona detenuta per qualsiasi titolo si trova naturalmente esposta alle possibilità di angherie e vessazioni di ogni genere: si trova, insomma, in condizioni di inferiorità rispetto ai suoi custodi, che possono con estrema facilità diventare i suoi aguzzini. Nessuno in particolare può chiudere gli occhi dinanzi alla realtà, che ci mostra con dolorosa frequenza il caso di maltrattamenti morali e materiali, talvolta di vere sevizie, praticate da questurini troppo zelanti e spesso faziosi ai danni di persone fermate o arrestate. Sono fatti inammissibili in un paese civile, che offendono la coscienza morale della collettività; e la Costituzione ha voluto giustamente sancire con la massima energia il principio secondo cui: "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà"»[67].

Il legame carcere-tortura, inoltre, trova un secondo riconoscimento costituzionale – meno esplicito ma non meno importante – all'art. 27, comma 3, il quale, come noto, prevede che le pene non possano consistere in «trattamenti contrari al senso di umanità» e debbano «tendere alla rieducazione del condannato»[68]. Si tratta, invero, di un duplice riconoscimento: da un lato, vi è quello

[67] V. Crisafulli, *Op. cit.*, 52 s.

[68] L'osservazione è ripresa da M. Ruotolo, *Art. 13*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 334, il quale nota come alla previsione del quarto comma dell'articolo 13 «si collega quella per cui "le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"».

costituito dal divieto di pene contrarie al senso di umanità, che riguarda il legame carcere-tortura nella misura in cui la reclusione in carcere è una pena e la tortura appartiene senza dubbio alla categoria dei trattamenti disumani (*supra* § 2.3); dall'altro, vi è quello costituito dal divieto di pene che non tendano alla rieducazione – o, come si suole correttamente dire, alla "risocializzazione"[69] – del condannato, che sott'intende un legame tra carcere e tortura in quanto un trattamento penitenziario che tenda a "risocializzare" il condannato comporta necessariamente l'esclusione *a priori* di qualunque forma di violenza fisica o morale sul detenuto[70]. L'articolo 27, comma 3, insomma, implica (tra le altre cose) che il carcere possa essere comminato quale pena solo a condizione che esso non si trasformi in una forma o in un luogo di tortura.

Alla luce di quanto detto, può dunque rilevarsi il rapporto di doppia strumentalità che intercorre tra l'art. 13, comma 4, e l'art. 27, comma 3, Cost. Per un verso, l'obbligo di repressione della tortura *ex* art. 13, comma 4, è strumentale alla realizzazione di una pena non disumana e rieducativa, ciò che peraltro risulta essere perfettamente coerente con la natura "servente" – rilevata

[69] Il termine "risocializzazione" è stato espressamente usato dalla Corte Costituzionale in alcune sentenze (ad es. le nn. 282/1989, 296/2005, 257/2006). Va detto, tuttavia, che in altre decisioni il Giudice delle Leggi ha preferito usare espressioni diverse per esprimere il concetto di "rieducazione", facendo riferimento ora alla nozione di "reinserimento" («reinserimento nell'ordine sociale», sent. n. 168/1972; «reinserimento nel contesto economico e sociale», sent. n. 162/1983: «reinserimento nel corpo sociale», sent. n. 274/1983; «reinserimento nella società», sent. nn. 161/1997 e 450/1998; «reinserimento del condannato nel consorzio civile», sent. n. 257/2006), ora a quella di "riadattamento" («riadattamento alla vita sociale», sent. n. 204/1974), ora a quelle di "ravvedimento" e di "recupero sociale" (sent. n. 271/1998). In linea di massima si può comunque concordare con l'affermazione secondo la quale «a prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società» (S. MAGNANENSI, E. RISPOLI (a cura di), *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, su *Cortecostituzionale.it*, sez. Documentazione/Studi e ricerche, Roma, 2008). Per una rassegna delle varianti linguistiche utilizzate dalla Corte in riferimento alla "rieducazione" v. anche G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 190 ss.

[70] Come nota lucidamente G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 376, «una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità».

a suo tempo da Leopoldo Elia – propria di tutto l'art. 13 Cost.[71]. In altri termini, l'art. 13, comma 4, impone (anche) la punizione di chiunque, commettendo atti di tortura, ponga in essere una violazione dell'art. 27, comma 3, contribuendo così a garantire la concreta attuazione di quest'ultimo. Per altro verso, l'art. 13, comma 4, concorre a sgombrare ogni dubbio sulla corretta interpretazione da dare alla parola "rieducazione" contenuta nell'art. 27, comma 3[72]. Com'è stato acutamente notato, infatti, l'adozione di una logica correzionale non potrebbe escludere l'uso della tortura per il conseguimento della "rieducazione": «pur di rieducare moralmente una persona, lo Stato, detentore monopolista dei valori etici e del potere di punire, potrebbe ritenersi legittimato ad usare una violenza finalizzata a cambiare quella persona in meglio»[73]. L'art. 13, comma 4, nel vietare a monte qualsivoglia violenza fisica o morale su persone limitate nella propria libertà personale (e quindi anche su detenuti a seguito di condanna), impone fatalmente una diversa interpretazione della rieducazione, da intendersi dunque quale rieducazione sociale: «solo una pena orientata alla reintegrazione sociale è anche necessariamen-

[71] Il riferimento è ai due noti saggi *Libertà personale e misure di prevenzione* (Milano, 1962) e *Le misure di prevenzione tra l'articolo 13 e l'art. 25 della Costituzione* (in *Giur. Cost.*, 1964, 938 ss.). In quest'ultimo, in particolare, l'Elia osservava come la «struttura dell'art. 13» risultasse «tutta di natura processuale, *servente* a norme sostanziali della Costituzione che stanno al di fuori da esso» (p. 949). In altri termini, Leopoldo Elia rilevava la «natura, per così dire ausiliaria» (p. 949), «strumentale» (p. 950), dell'art. 13, rispetto ad altri articoli della Costituzione, con precipuo riferimento agli articoli 25, 30 e 32, ai quali noi aggiungiamo il 27. Una diversa interpretazione dell'art. 13 che avesse ravvisato in quest'ultimo un «vuoto di fini», d'altronde, porterebbe – come notava acutamente l'A. – al risultato «inesatto e pericoloso» che *qualunque* limitazione della libertà personale, poco importa quale sia il fine perseguito, sarebbe legittima purché rispettosa delle riserva di legge contenuta nell'articolo in questione (p. 951), la quale è invece di natura «"dipendente" o processuale, subordinata alle riserve di legge sostanziali» contenute in altri articoli della Costituzione, rispetto ai quali si instaura un «rapporto di strumentalità necessaria» (p. 950).

[72] Interpretazione che, come ricorda in un recente saggio M. Ruotolo (*Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2016, 3 ss., cui si rimanda per maggiori riferimenti bibliografici), era, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tutt'altro che pacifica, ed è stata oggetto di un lungo percorso evolutivo tanto a livello politico e socio-culturale quanto all'interno della giurisprudenza costituzionale.

[73] P. Gonnella, *La tortura in Italia*, cit., 35-36.

te una pena senza tortura. Una persona torturata in carcere è una persona compromessa, dalle *chances* ridotte se non annullate di reintegrazione sociale»[74].

3.2. Gli artt. 3 e 28 Cost. e gli obblighi internazionali ed europei

L'art. 13, comma 4, però, è "servente" anche rispetto ad un'altra disposizione costituzionale, spesso relegata sullo sfondo, vale a dire l'art. 28 Cost., nella parte in cui essa prevede che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti». L'art. 13, comma 4, e l'art. 28, insomma, si completano a vicenda: il primo sancendo il diritto a non subire tortura e l'obbligo di punire i trasgressori (funzionari e dipendenti pubblici che commettano violenze fisiche o morali su persone sottoposte a restrizioni di libertà), il secondo statuendo la diretta responsabilità di questi ultimi. Il collegamento tra i due articoli, benché implicito[75], era del tutto evidente già in sede di Assemblea costituente[76], e costituisce peraltro un elemento di pri-

[74] *Ibidem*.

[75] È, in particolare, il riferimento alle «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» a sottintendere il collegamento con l'articolo 28 Cost., poiché allude chiaramente alle torture praticate dall'autorità di pubblica sicurezza su di un individuo posto sotto la sua custodia. Sul punto v. anche *nt. 76*, nonché la citazione di cui alla *nt. 67*.

[76] Come ricordano V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *op. cit.*, 67, fu lo stesso relatore on. Basso (A.C., 2676) ad avvertire che «la norma di cui al quarto comma [dell'art. 13 Cost.] va collegata […] con quella dell'art. 28, per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti». Di fatto è proprio tale collegamento a rappresentare la *ratio* del quarto comma dell'art. 13 Cost., voluto per evitare che l'autorità di pubblica sicurezza replicasse le azioni svolte durante il nazi-fascismo. Come ricorda M. Ruotolo, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, nonché su *Dirittopenitenziarioecostituzione.it* (da cui si cita), infatti, nella seduta del 10 aprile 1947 della Costituente, l'on. Tupini, intervenendo su quello che sarebbe poi divenuto l'art. 13, comma 4, Cost. (art. 8 del progetto di Costituzione), affermava di tenere in modo speciale all'approvazione della disposizione in esame «anche a titolo di condanna di un periodo nefasto della nostra storia politica, durante il quale la polizia, o giudiziaria o politica o carceraria, ha creduto di servire la tirannide con sistemi tutt'altro che rispettosi della dignità dell'uomo e del cittadino».

maria importanza ai fini del dibattito sulla configurazione del reato di tortura quale reato proprio (*infra* § 4).

Un'ulteriore protezione costituzionale del diritto a non subire tortura viene fornita, poi, dal combinato disposto costituito dai già richiamati artt. 13, comma 4, e 27, comma 3, e dall'art. 3, comma 2, Cost. Quest'ultimo prevede, infatti, che sia compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, impediscano il «*pieno sviluppo della persona umana*». Ed è innegabile come tanto una concezione meramente retributiva del carcere, quanto la permanenza in un istituto penitenziario in cui il detenuto subisca tortura, rientrino tra i suddetti ostacoli. Spetta dunque allo Stato il compito di rimuovere gli impedimenti che si frappongono alla garanzia, a norma dell'art. 27, comma 3, di un "carcere senza tortura" e, per assurgere a tale compito, è necessario approntare degli strumenti punitivi adeguati nei confronti di chi pratica atti di violenza fisica e morale sui soggetti sottoposti a regime detentivo, come prevede l'articolo 13, comma 4.

Alla lista delle disposizioni poste a presidio del diritto in esame si devono poi aggiungere, da un lato, l'art. 10, comma 1, e, dall'altro gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Quanto al primo, esso prevede che l'ordinamento giuridico italiano si conformi alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», vale a dire le consuetudini internazionali, tra le quali dottrina assolutamente prevalente ritiene che rientri il divieto di tortura[77], considerato addirittura un «"principio costitu-

[77] Per citare solo alcuni tra i contributi più recenti: A. CASSESE, *International criminal law*, 2nd ed., Oxford, 2008, 151; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014, 249; E. DE WET, *The prohibition of torture as an International Norm of* Jus Cogens *and its implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, 979 ss.; F. TRIONE, *La tortura nel diritto internazionale*, in *www.centrodirittiumani.unina.it*, 2005. Secondo A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio,* in L. ZAGATO, S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, 3 ss., inoltre, tanto sarebbe radicato il divieto di tortura nel diritto internazionale (e nei varî ordinamenti nazionali) che neppure la «prassi difforme» verificatasi dopo i fatti dell'11 settembre 2001 (*v. nt. 85*) ne avrebbe scalfito la natura di norma consuetudinaria.

zionale" della comunità internazionale»[78]. Quanto ai secondi, essi impongono all'Italia di conformarsi ai numerosi impegni assunti in ambito internazionale, convenzionale europeo ed eurounitario[79] che prevedono il divieto di tortura (tra i quali spicca la CAT, cui si è già fatto riferimento *supra* § 2.3 e sulla quale ci si soffermerà *infra* § 4.1).

3.3. Le "altre" disposizioni costituzionali

Vi sono poi altre disposizioni costituzionali che, pur non essendo riferite espressamente alla tortura, ricomprendono al loro interno il divieto della stessa, intesa quale istituto inconciliabile con la democrazia, il garantismo giudiziario e i diritti umani (*supra* § 2.3). Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 1 Cost., che proclama l'Italia quale «*Repubblica democratica*». La tortura è ontologicamente incompatibile con la democrazia e con i principî del costituzionalismo democratico. La proclamazione di uno Stato quale democrazia costituzionale, dunque, implica – o dovrebbe implicare – necessariamente non solo il divieto, ma anche la repressione di qualsivoglia forma di tortura[80].

[78] A. Cassese, *Osama, le tre violazioni americane*, in *la Repubblica*, 6 maggio 2011, 35.

[79] Qui di seguito una breve rassegna dei principali testi che sanciscono il divieto di tortura. In ambito internazionale: l'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948* («nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti»); gli artt. 17 (co. 4), 87 (co. 3) e 130 della *Convenzione di Ginevra del 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra* (ratifica con legge n. 1739/1951); l'art. 7 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 1966, ratificato dall'Italia nel 1977 («nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti»); la *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone sottoposte a forme di tortura e altre pene o trattamenti inumani, crudeli o degradanti* del 1975; la c.d. CAT (*Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*), ratificata dall'Italia nel 1988; gli artt. 7 (co. 1, lett. *f)* e co. 2, lett. *e)*), 8, co. 2 (lett. *a)*, punto II e lett. *c)*, punto *I)*) e 55 (co. 1, lett. *b)*) dello *Statuto di Roma* istitutivo della *Corte penale internazionale* del 1998 (ratifica con legge n. 232 del 1999). In ambito convenzionale europeo: l'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950*, ratificata nel 1955 («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»); *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* del 1987 (ratificata con legge n. 7 del 2 gennaio 1989). In ambito eurounitario: artt. 4 e 19, co. 2, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000.

[80] Come osserva M. Ruotolo, *Recensione*, cit., 192, discorrendo proprio del di-

Deve poi ricordarsi l'art. 2 Cost. («*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*») che, imponendo il rispetto dei diritti umani, vieta anche la pratica di un trattamento certamente disumano come la tortura. In tal senso, merita una menzione anche l'art. 32 Cost. (diritto alla salute): che si tratti di sofferenze fisiche o morali la tortura, così come qualunque trattamento disumano o degradante, compromette fatalmente, in modo temporaneo o definitivo, il benessere psicofisico dell'individuo che la subisce[81]. Il collegamento con il diritto alla salute, peraltro, è di particolare importanza, poiché si tratta dell'unico diritto che la Costituzione definisce espressamente come "fondamentale"[82].

Per quanto riguarda, infine, il garantismo giudiziario, vengono in rilievo gli artt. 24, comma 2 («La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»), 27, comma 2 («L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»), e 111 Cost. (il c.d. "giusto processo"), i quali sono posti a presidio di alcuni principî (*nemo tenetur se detegere*, presunzione di innocenza, terzietà e imparzialità del giudice, *etc.*) rispetto ai quali la tortura, e in particolar modo (ma non solamente) quella giudiziaria, è senz'altro incompatibile.

Tanto oggi è pacifica la natura antidemocratica, antigarantista e disumana della tortura, che è plausibile che la presenza nel testo costituzionale degli articoli da ultimo considerati sarebbe stata sufficiente a garantirne il divieto. Non per questo è da sminuirsi la portata e l'utilità del quarto comma dell'art. 13 Cost. (e degli articoli ad esso collegati), che non rappresenta solo la specificazione di un diritto già implicito nell'ordinamento costituzionale, ma ha alcune funzioni proprie:

1) in primo luogo, come già s'è accennato, l'art. 13, comma 4, contie-

vieto di tortura, «la democrazia è legata alla legalità e la pretesa della legalità in carcere, come in qualsiasi altro luogo ove si trovino persone sottoposte a restrizioni di libertà, deve essere sempre ribadita con forza».

[81] Sulle reciproche implicazioni tra il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il diritto alla salute dei detenuti v., in questo volume, il saggio di M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*.

[82] Cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 769 ss.

ne in sé il segno di una rivoluzione culturale che l'Italia (o quantomeno il suo Costituente) ha compiuto ben prima di altri Paesi (anticipando peraltro di quasi quarant'anni la *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984), vale a dire quella costituita dall'abbandono di una logica meramente interdittiva del divieto di tortura, tipica dell'illuminismo, a favore di una concezione repressiva (*supra* § 2.4);

2) in secondo luogo, serve a porre in rilievo la specificità di un delitto particolarmente odioso, sia perché commesso nei confronti di persone che lo Stato, privandole della libertà personale, ha assunto sotto la propria custodia e protezione e che, invece, vengono tormentate proprio da coloro che erano stati incaricati di custodirle e proteggerle, sia perché «un infelice chiuso in carcere, incerto della sua sorte […] dovrebbe essere il meno soggetto ad ultronee vessazioni»[83];

3) in terzo luogo, come pure già ricordato (*supra* § 3.1), concorre a fornire un'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost. che era – e ancora è – tutt'altro che scontata, come dimostrano proprio i lavori dell'Assemblea costituente[84];

4) da ultimo, ma non meno importante, sancisce l'obbligo di punire «ogni» violenza, impedendo così in radice la formulazione di qualsiasi eccezione alla regola, quand'anche motivata da (presunte) esigenze di "difesa della democrazia" (come è avvenuto, ad esempio, negli Stati Uniti d'America a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001[85]).

[83] F. Gambini, *Osservazioni sopra alcune massime di legislazione penale*, Italia, 1820, 95.

[84] Come ricorda M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 4 s., l'art. 27, terzo comma, fu il frutto «della precisa volontà di evitare di prendere parte nella polemica tra pena retributiva (idea propria della Scuola classica) e pena preventiva (idea propria della Scuola positiva). Tant'è vero che, nello spirito della non esclusiva adesione ai postulati di una delle due Scuole, il Comitato di redazione, nei lavori di coordinamento del testo finale, aderì alle indicazioni rivolte a posporre, rispetto all'originaria formulazione, l'ordine dei due concetti, per cui, nel testo vigente, il divieto dei trattamenti inumani precede l'esigenza rieducativa del condannato». Per questo motivo, ricorda l'A., «la "novità" implicata dalle affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene, inserite nel contesto di una trama costituzionale che si incentra sul primato della persona e dei suoi diritti, non fu subito colta nel nostro ordinamento» e, fino alla "svolta" costituita dalla sent. n. 313/1990, persino la Corte costituzionale riguardava la rieducazione «come momento del "trattamento penale vero e proprio" e non come principio generale del sistema».

[85] Già al momento della ratifica della *Convenzione ONU contro la tortura* (avvenuta nell'ottobre 1994) gli Stati Uniti d'America avevano apposto delle riserve che limitavano fortemente l'efficacia della convenzione stessa e del divieto di tortura (v. CAT/C/28/Add.5). A seguito degli attentati alle *Twin Towers*, poi, sono stati adottati alcuni atti fortemente restrittivi delle libertà democratiche, a cominciare dal celebre *U.S.A. Patriot Act*

Il considerevole numero di disposizioni costituzionali, internazionali, convenzionali europee ed eurounitarie che presidiano il divieto di tortura consentono non solo il riconoscimento, nell'ordinamento italiano, di un vero e proprio diritto costituzionale di libertà dalla tortura, ma anche la configurazione di tale diritto quale *diritto costituzionalmente iper-protetto*.

A livello legislativo sono numerose le disposizioni che, in diverso modo e a diverso titolo, concorrono a garantire il rispetto di tale diritto, alle quali si è aggiunta nel 2017 – dopo ben 29 anni di discussione parlamentare – una legge istitutiva di uno specifico "reato di tortura". Queste disposizioni, tuttavia, risultano – come si dirà in seguito (*infra* § 4.2-4.3) – in larga parte insufficienti a garantire tanto la punizione di «ogni» violenza fisica o morale compiuta su persone private della propria libertà personale, quanto il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Italia (con particolare riferimento alla CAT). Alla iper-protezione costituzionale corrisponde dunque una *ipo-protezione legislativa*.

Per questo motivo il diritto di libertà dalla tortura, pur forse non potendo più essere qualificato quale vero e proprio "diritto

(firmato dal Presidente Bush il 26 Ottobre 2001). In seguito, con un artifizio interpretativo si è sostanzialmente aggirata la protezione dei diritti dei prigionieri di guerra e dei civili catturati in tempo di guerra «inventando una nuova categoria di nemico: quella di *unlawful combatant*, combattente illegale. Si tratta di una figura non assimilabile a quella del soldato nemico, perché le organizzazioni terroristiche non hanno firmato le convenzioni di Ginevra e dunque il "combattente illegale" non può essere protetto. Lo stesso vale per il combattente di uno "Stato canaglia" – anche, quindi, per i talebani dell'Afghanistan» (D. Di Cesare, *Tortura*, 2016, Torino, 43 s.). Conseguentemente sono stati aperti dei centri speciali di detenzione, tra i quali il più noto è senz'altro quello di Guantánamo, all'interno dei quali sono stati accolti gli *unlawful combatants*, regolarmente sottoposti a tortura (come pure l'amministrazione Obama ha ammesso). Infine è stato redatto, da John Yoo e Jay Bubee, il c.d. *Torture Memo* (presentato il 1° agosto 2002), che segna di fatto la legalizzazione della tortura negli Stati Uniti d'America. Con tale documento, infatti, viene precisata la nozione americana di "tortura", da intendersi come sofferenza «equivalente» a quella «che accompagna gravi ferite fisiche, come la lesione di un organo, il danneggiamento di una funzione corporea, o anche la morte» (*Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the Presidente, 1° agosto 2002*, riportato in M. Danner, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York, 2004, 115). Ne consegue, ad esempio, che il *waterboarding* non viene più considerato quale forma di tortura ma solo un "interrogatorio coercitivo", con una tecnica dissimulatrice che ricorda molto da vicino quella con cui, ai tempi dell'Inquisizione, si chiamava "rigorosa esamina" la tortura giudiziaria (*supra* § 2.1).

sommerso", rimane comunque un diritto solo parzialmente emerso, del quale – per così dire – non si vede altro se non la punta.

4. *La protezione legislativa del diritto di libertà della tortura*

4.1. I requisiti minimi di protezione

Per comprendere quali siano le carenze legislative, è preliminarmente necessario evidenziare quali siano gli obblighi di protezione minima del diritto di libertà dalla tortura che emergono dalla lettura delle norme costituzionali e internazionali poste a presidio del divieto di tortura e a cui il legislatore è tenuto a conformarsi.

Innanzitutto, si è già detto come tanto l'art. 13, comma 4, Cost. quanto l'art. 4 CAT, esprimendo una concezione repressiva del divieto di tortura (*supra* § 2.4), impongano che le violazioni di quest'ultimo siano punite penalmente. È dunque necessaria l'introduzione di uno o più specifici reati di tortura. Non vi sono indicazioni sul numero di reati di tortura necessarî. Per prassi, in Italia si fa sovente riferimento, tanto nel dibattito politico quanto in quello scientifico, a un solo reato di tortura ma, in realtà, ci sono ottime ragioni, anche di carattere costituzionale, a sostegno dell'opportunità dell'introduzione di più reati di tortura, basandosi sulla fondamentale distinzione tra tortura-mezzo e tortura-fine.

A tal riguardo deve osservarsi, innanzitutto, come l'uso di tecniche tormentatorie *ad eruendam veritatem* comporti, dal punto di vista del diritto interno, la violazione di un ventaglio di norme parzialmente diverso e, forse, più ampio, sia al livello "primario" che al livello costituzionale. Da un lato, infatti, vengono violate le norme processuali sulla raccolta di prove. Dall'altro, oltre all'art. 13, comma 4, vengono violati il diritto al giusto processo (art. 111 Cost.) e quello di difesa (art. 24 Cost.), del quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la particolare valenza democratica ed il carattere di principio supremo dell'ordinamento e diritto fondamentale della persona umana[86]. Le violenze non finalizzate all'ottenimento di informazioni, testimonianze, confessioni o altri comportamenti da parte

[86] *Ex multis*: sentt. nn. 98/1984, 18/1992, 198/2000.

della persona privata della libertà personale, invece, comportano soprattutto la violazione degli articoli 13 e 27, ed attengono dunque ad una sfera parzialmente diversa di tutela costituzionale.

In secondo luogo, può sostenersi che il principio rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., nell'imporre «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti» (sent. n. 50 del 1980), comporti anche l'esigenza di differenziare le fattispecie di reato in funzione della misura punitiva applicabile a scopi rieducativi, sicché – ad esempio – il trattamento idoneo alla "rieducazione" di un carabiniere che ha torturato il sospetto complice di un rapimento potrebbe non essere altrettanto valido nei confronti del poliziotto penitenziario che ha praticato atti di sadismo sui corpi dei detenuti, anche in considerazione della possibile diversa pericolosità sociale.

Si consideri, da ultimo, che tortura-mezzo e tortura-fine sono, come già visto (*supra* § 2.1), due istituti strutturalmente diversi, e che la loro *reductio ad unum* potrebbe contrastare con l'esigenza di precisione definitoria tipica del diritto penale. Vero è che l'art. 1 CAT sembra non distinguere i due istituti, definendo "tortura" tanto le violenze compiute al fine di ottenere dal torturato «o da un terzo delle informazioni o una confessione» (tortura *ad eruendam veritatem*), quanto quelle poste in essere allo scopo «di punirlo per un atto da lui o da un terzo commesso o della cui commissione è sospettato» (tortura-fine) o «d'intimidirlo o di fare pressioni su di esso ovvero d'intimidire o fare pressioni su di un terzo, o per qualunque altro motivo fondato su di una qualsivoglia forma di discriminazione» (tortura-mezzo non *ad eruendam veritatem*). Come già osservato (*supra* § 2.3), però, la definizione "omnicomprensiva" ONU si spiega col fatto che, dal punto di vista dei diritti umani, una violenza è tale, poco importa quale sia lo scopo. Ma in ambito penale non vige necessariamente lo stesso principio, tanto che il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, istituito ai sensi dell'art. 19 della CAT ed incaricato di vegliare sull'attuazione della stessa, ha espressamente chiarito come sia non solo consentito, ma anzi apprezzato che gli Stati parte formulino definizioni migliori e più precise, che consentano una più efficace azione repressiva[87].

[87] A tal riguardo possiamo richiamare il caso spagnolo (*v. nt. 88*) che è stato oggetto di entusiasti apprezzamenti da parte del *Comitato ONU contro la tortura* nella *Osservazione generale n. 1* (A/53/44), par. 124 («*aspetti positivi*»): «la Spagna ha integrato nella sua legislazione interna il delitto di tortura e gli atti costitutivi di altri trattamenti disumani e degradanti, in termini che non solamente rispondono alla definizione del primo articolo della Convenzione, ma che addirittura sviluppano quest'ultima riguardo ad alcuni aspetti importanti, ciò che permette ai cittadini di beneficiare di una protezione più forte». Nella *Osservazione generale n. 2* (CAT/C/GC/224), inoltre, si ribadisce che gli Stati parte «devono basarsi *almeno* sulla definizione di tortura che figura al primo articolo della Convenzione» (corsivo nostro), specificando poi «che le definizioni di

Si potrebbe allora pensare all'introduzione di una specifica sezione nel codice penale dedicata alla tortura e agli altri trattamenti disumani e degradanti (in modo simile a quanto avvenuto, *exempli gratia*, in Spagna ed in Belgio[88]), all'interno della quale prevedere diversi reati, ad esempio distinguendo il caso della tortura giudiziaria (come in Germania[89]) o, comunque, della tortura *ed eruendam veritatem*, da altre forme di tortura-mezzo o di tortura-fine. La previsione di un solo reato di tortura, invero, sembrerebbe essere costituzionalmente inopportuna, anche se difficilmente potrà tradursi in un vero e proprio vizio di incostituzionalità accertabile dal giudice costituzionale, in quanto la scelta del numero di fattispecie e la loro costruzione sotto forma di reati rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore.

Vi sono, però, degli elementi che appaiono sottratti a quest'ultima. Il primo, e forse più rilevante, elemento è senz'altro quello della configurazione del reato (o dei reati) di tortura quale reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Si è detto, infatti, come caratteristica *par excellence* della definizione tecnico-giuridica di "tortura" sia quella che si tratti di una "tortura di Stato", che presenti, insomma, il carattere della "istituzionalità-autoritatività" (*supra* § 2.3). Tale caratteristica viene recepita tanto, implicitamente, dall'art. 13, comma 4, Cost. – che, identificando i torturati come «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», sottintende che le violenze siano

portata più vasta inscritte nelle leggi nazionali servono ugualmente l'oggetto e lo scopo della Convenzione».

[88] In Spagna, all'interno del Libro II del *Código Penal*, è previsto uno specifico Titolo VII («*Delle torture e degli altri delitti contro l'integrità morale*») composto da ben tre diversi reati (artt. da 173 a 177). In Belgio, il legislatore, con l'art. 5 della legge n. 2002-06-14/42, ha introdotto nel proprio codice penale una apposita sezione dedicata alla tortura ed ai trattamenti inumani o degradanti (artt. 417-*bis* ss.).

[89] Art. 343 *StGB*: «chiunque, come pubblico ufficiale chiamato a collaborare ad un procedimento penale, ad un procedimento di sottoposizione a custodia da parte dell'autorità, ad un procedimento per l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria oppure ad un procedimento disciplinare o ad un procedimento dinanzi ad un giurì di onore o ad un giudice del lavoro, compie atti di maltrattamento fisico nei confronti di un'altra persona, le usa altrimenti violenza, minaccia l'uso della violenza o la affligge sul piano psichico per costringerla a fare deposizioni o dichiarazioni nel procedimento o ad ometterle, è punito con la pena detentiva da uno a dieci anni».

commesse dall'autorità di pubblica sicurezza, configurandosi in tal modo quale "servente" rispetto agli artt. 27, comma 3, e 28 (*supra* § 3.1-3.2) – quanto, esplicitamente, dall'art. 1 CAT (*supra* § 2.3). Si tratta di una caratteristica fondamentale in quanto, come già ricordato, è quella su cui si fonda il carattere anti-democratico della tortura e che distingue quest'ultima, per la sua particolare gravità, da ogni altra forma di violenza. Allargare la definizione di tortura sino a considerare come tale anche le violenze praticate da privati cittadini comporterebbe una banalizzazione del termine, con la conseguente perdita, sul lungo periodo, del "potere evocativo" acquistato nel corso dei secoli (*supra* § 2.1). Ebbene, se la tortura è "di Stato" – e quindi un atto "di potere" – il relativo reato non potrà che essere un «reato del potere»[90]. È per questo motivo che il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, incaricato di vegliare sull'attuazione della CAT, ha sempre ritenuto inadempienti, rispetto agli obblighi convenzionali, i Paesi che, pur avendo introdotto nel loro ordinamento un reato di tortura, hanno previsto quest'ultimo come reato comune[91].

Un altro obbligo discendente dal diritto internazionale è quello dell'imprescrittibilità del reato di tortura. Lo "Statuto di Roma", istitutivo della Corte penale internazionale, annovera la tortura tra i *crimini contro l'umanità*, sancendone così il divieto di prescrizione (artt. 7 e 29). La *ratio* di tale previsione è di agevole comprensione:

[90] La ben trovata definizione è stata usata, in un intervista rilasciata a F. Sansa per *Il Fatto Quotidiano* del 9 giugno 2015 (*Sulla tortura una legge inutile*, p. 9), dal magistrato Emilio Zucca, che ha rappresentato l'accusa in un processo relativo ai fatti della scuola Diaz avvenuti in occasione del G8 di Genova del 2001.

[91] In tal senso fa scuola il caso dell'ordinamento francese, ove sono previsti due diversi reati di tortura. Il primo, sancito dall'art. 212-1 c.p., che punisce la tortura quando «commessa in esecuzione di un piano concertato nei confronti di un gruppo di popolazione civile nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico». Il secondo, previsto dall'art. 222-1 c.p., che punisce «la sottomissione di una persona a delle torture od a degli atti di barbarie». Dal momento che nessuno dei due è un reato proprio, il *Comitato ONU contro la tortura* ha ritenuto la Francia inadempiente rispetto agli obblighi della CAT, invitandola a modificare il proprio codice penale al fine di far fronte alla «necessità, imposta dalla Convenzione, di distinguere gli atti di tortura commessi da un agente della funzione pubblica, o di tutte le altre persone che agiscano a titolo officiale o alla sua istigazione o con il suo consenso espresso o tacito dagli atti di violenza in senso ampio commessi da soggetti non statali» (CAT/C/FRA/CO/4-6, par. 5).

«il complice contesto omertoso che caratterizza le vicende di tortura e la difficoltà a reperire altri testimoni diversi dalla stessa vittima sono ostacoli seri all'istruzione di un processo. Così come deve passare del tempo prima che il torturato (magari detenuto per anni in carcere), uscito finalmente dalla disponibilità del torturatore, decida di sporgere denuncia. Il conto alla rovescia della prescrizione e la sua brevità finiscono così per non assicurare nel concreto l'effettività della risposta sanzionatoria»[92].

Si è ritenuto che l'obbligo d'imprescrittibilità si potesse altresì ricavare, implicitamente, tanto dall'art. 4, comma 2, CAT (nella parte in cui vengono richieste «pene adeguate che tengano conto della gravità» del reato) quanto dall'art. 3 CEDU[93]. Tali opzioni interpretative sono state accolte dal *Comitato ONU contro la Tortura*[94] e dalla Corte EDU[95], sicché l'imprescrittibilità deve ormai intendersi quale vero e proprio obbligo convenzionale il cui mancato rispetto dà luogo ad inadempienza. Peraltro il medesimo obbligo si può desumere in via ermeneutica anche dall'art. 13, comma 4, Cost., nella parte in cui si sancisce che «è punita *ogni* violenza» (corsivo nostro), laddove è evidente come l'intervento della prescrizione possa comportare la non punibilità di alcune torture[96].

La medesima disposizione, inoltre, sancisce l'ultimo degli ob-

[92] A. Pugiotto, *Op. cit.*, 15 s.

[93] Si vedano, rispettivamente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: S. Senese, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in S. Anastasia (a cura di), *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2011, 101; A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. It. Dir.*, *Proc. Pen.*, 2009, 1801 ss.

[94] Può richiamarsi, al riguardo, il già menzionato caso della Francia (*v. nt. 91*). L'ordinamento francese, infatti, prevede l'imprescrittibilità solo con riferimento al reato di cui all'art. 212-1 c.p. (in quanto ritenuto crimine contro l'umanità), mentre l'art. 222-1 c.p. è soggetto a prescrizione. Il *Comitato ONU contro la tortura* ha ritenuto che tale circostanza costituisse un inadempimento della CAT, invitando il legislatore francese ad intervenire «affinché la tortura sia resa un reato imprescrittibile» (CAT/C/FRA/CO/4-6).

[95] Ad es. nella sentenza *Cestaro c. Italia* (già menzionata in *nt. 59*, e sulla quale ci si soffermerà a breve) la Corte osserva come «in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione».

[96] Di analogo avviso sembra essere S. Senese, *Op. cit.*, che annovera l'art. 13, comma 4, Cost. tra gli articoli violati in caso di mancata previsione dell'imprescrittibilità.

blighi minimi di protezione, anche in questo caso previsto pure dalla CAT, vale a dire l'impossibilità di prevedere qualsivoglia "zona grigia", eccezione o limite al divieto di tortura. «È punita *ogni* violenza» significa, innanzitutto, questo: che non è possibile lasciare impunite alcune violenze. Nessuna possibilità di subordinare la procedibilità alla querela di parte, nessuna possibilità di stabilire l'irrilevanza penale di torture perché non abbastanza "gravi", nessuna possibilità, come già ricordato, di prevedere eccezioni al divieto. Quest'ultimo aspetto, in particolare, è stato più volte sottolineato dal *Comitato ONU contro la Tortura* che lo ha risolutamente dichiarato quale condizione necessaria ai fini dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla CAT[97].

4.2. La disciplina legislativa

4.2.1. Prima del 2017

Sino all'approvazione della legge n. 110 del 14 luglio 2017 («*Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*»), l'unico "reato di tortura" presente nell'ordinamento italiano era quello (tuttora) contenuto nell'art. 185-*bis* del *Codice penale militare di guerra*, così come modificato dal decreto-legge n. 421 del 2001 (convertito con la legge n. 6 del 2002), a norma del quale:

> «salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da uno a cinque anni».

Per quanto riguarda il diritto penale "ordinario", invece, il legislatore risultava – e in parte ancora risulta (*infra* § 4.3) – gra-

[97] Si veda, ad es., il paragrafo n. 5 della *Osservazione generale n. 2* (cit.), ove si afferma che «il divieto di tortura è assoluto ed inderogabile. Nessuna circostanza eccezionale, quale che sia, può essere invocata da uno stato per giustificare la tortura in tutto il territorio sotto la sua giurisdizione».

vemente inadempiente rispetto ai summenzionati obblighi costituzionali repressivi, rimanendo invece fortemente ancorato ad una visione soprattutto interdittiva del divieto di tortura. In assenza di uno specifico reato, molti degli atti, in qualche misura, riconducibili alla tortura venivano puniti sulla base di una (pur nutrita) serie di reati generici, quali quelli di percosse (art. 581 c.p.), lesioni (art. 582 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), ingiurie (594 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art. 609 c.p.).

All'elenco devono poi aggiungersi le disposizioni volte a tutelare il divieto di tortura in ambito processuale, dove la confessione estorta sotto tormenti è vietata dagli articoli 188 c.p.p., per quanto riguarda il processo penale, e 2732 c.c., per quanto riguarda il processo civile. Le sanzioni processuali previste per la violazione di tale divieto consistono nell'inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) o nella possibilità di revoca delle dichiarazioni rese *sub torturam* (art. 2732 c.c.). Mancava (e manca), invece, uno specifico reato di "tortura *ad eruendam veritatem*".

Tra gli argomenti emersi in sede politica contro l'introduzione di uno specifico reato di tortura vi era quello secondo il quale le norme già esistenti sarebbero state, da sole, sufficienti a garantire un'adeguata tutela del diritto a non subire tortura. Tale argomento, tuttavia, risultava del tutto privo di fondamento sul piano giuridico, come è stato efficacemente dimostrato[98] sulla base di alcuni elementi di fatto (*ergo* insuscettibili di smentita), tra i quali possiamo ricordare:

1) il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, incaricato di vegliare sull'attuazione della CAT, ha espressamente, e più volte, ritenuto che la mancanza di uno specifico reato di tortura nell'ordinamento italiano costituisse inadempienza degli obblighi convenzionali[99];

[98] A. Pugiotto, *Repressione penale*, cit., § 6.

[99] Nel suo rapporto del 2007 (A/62/44, su *www.ohchr.org*) così si esprimeva (p. 59) il Comitato nei confronti della situazione italiana: «benché [l'Italia] affermi che tutti gli atti i quali potrebbero essere qualificati come "tortura" ai sensi dell'art. 1 della

2) i summenzionati reati sono reati comuni, mentre tanto la nozione internazionale di tortura, quanto l'art. 13 della Costituzione, richiedono un reato proprio dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio (*supra* § 4.1);

3) la batteria di norme repressive sopra richiamate prevede termini brevi di prescrizione, mentre un crimine contro l'umanità, secondo il diritto internazionale, deve essere imprescrittibile (*supra* § 4.1);

4) per alcuni dei citati reati comuni è richiesta la querela di parte, «decisione difficile per chi è vittima di tortura»[100], con la conseguenza che, ad esempio, non si sarebbe potuto perseguire d'ufficio il torturatore per lesioni personali di durata inferiore ai venti giorni, in quanto l'articolo 582 c.p. prevede che se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorrono circostanze aggravanti il delitto è punibile solo a querela della persona offesa;

5) non erano previste ipotesi incriminatrici per la c.d. "tortura psicologica", che invece è ritenuta componente indispensabile della fattispecie tanto ai sensi dell'art. 13 Cost. («violenze morali») quanto ai sensi della CAT («sofferenze mentali»). Non erano dunque «punibili quei fatti di tortura idonei a cagionare delle gravissime sofferenze psichiche, ove da tali fatti non derivino lesioni personali. Puntare una pistola alla tempia della persona sottoposta ad interrogatorio, inscenare una falsa fucilazione, sono fatti che possono provocare sofferenze psicologiche molto più devastanti delle sofferenze provocate da lesioni personali, e rientrano, pertanto, nel concetto di tortura. In ipotesi del genere si potrebbe fare ricorso, tutt'al più, alla norma incriminatrice della minaccia (articolo 612 del codice penale), la cui pena è assolutamente inadeguata»[101].

A questa (già lunga) lista di ragioni a sostegno della necessità dell'introduzione di uno o più reati di tortura poté poi aggiungersi, a partire dal 2015, anche un'ulteriore voce, data dall'esigenza di non sprecare soldi pubblici per pagare sanzioni che si sarebbero potute agevolmente evitare approvando una disciplina della qua-

Convenzione siano punibili in virtù del Codice penale italiano […] il Comitato resta preoccupato del fatto che [l'Italia] non abbia ancora adottato nel proprio diritto interno il reato di tortura, tal quale definito all'art. 1 della Convenzione (artt. 1 e 4). Il Comitato reitera la sua precedente raccomandazione (A/54/44, par. 145 a)) affinché [l'Italia] si adoperi per includere il reato di tortura nel proprio diritto interno e adotti una definizione di tortura adeguata a coprire tutti gli elementi contenuti nell'art. 1 della Convenzione».

[100] A. Pugiotto, *Repressione penale*, cit., § 6.

[101] Relazione illustrativa al d.d.l. n. S. 2701/1997 (consultabile su *www.senato.it*).

le si discuteva da molto, troppo tempo. L'inadempienza italiana, infatti, portò la Corte europea dei diritti dell'uomo a sanzionare l'Italia in ben due occasioni (la prima nel 2015 e la seconda nel 2017) [102], entrambe relative alle violenze praticate dalla polizia in occasione del G8 di Genova del 2001. Secondo la Corte, invero, «la legislazione penale italiana applicata nel caso di specie si è rivelata, al contempo, inadeguata quanto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e priva dell'effetto dissuasivo necessario a prevenire altre violazioni simili dell'art. 3 CEDU» (Cestaro c. Italia, *Cons.* n. 225).

Non può escludersi che siano state proprio le due decisioni da ultimo richiamate a "smuovere" il legislatore italiano. Parrebbe non essere un caso, d'altronde, che – dopo ben 29 anni di infruttuoso dibattito (cioè di «inaccettabile inerzia»[103]) trascorsi dalla ratifica della CAT[104] – il Parlamento abbia finalmente adottato una legge sul reato di tortura proprio a seguito delle condanne della Corte EDU.

È di tale legge che ci accingiamo ora a trattare.

4.2.2. Dopo il 2017

Occorre, prima di tutto, precisare che sarebbe più corretto dire che la legge in questione – che, come si è già ricordato, è la n. 110 del 2017 – è una legge sul *divieto* di tortura, anziché una legge sul *reato* di tortura. Malgrado la denominazione fuorviante («*introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*») tale legge, infatti, non si limita ad introdurre il reato di tortura nel codice penale, ma, come si vedrà a breve, contiene al suo interno alcune ulteriori disposizioni che, pur essendo anch'esse in qualche modo relative al divieto di tortura (e, in modo particolare, agli obblighi

[102] IV sez., 7 aprile 2015, *Affaire* "Cestaro c. Italia", *requête* n. 6884/11; I sez., 22 giugno 2017, *Affaire* "Bartesaghi Gallo et altri c. Italia", *requêtes* nn. 12131/13 e 43390/13.

[103] Così L. Filippi, *La tortura: il reato che non c'è*, in *Rivista giuridica sarda*, 2/2017, 105.

[104] Cfr. D. Carboni, *Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia*, in P. Gonnella, A. Marchesi (a cura di), *Onorare gli impegni*, Roma, 2006.

imposti dalla CAT), poco o nulla hanno a che fare con il relativo delitto.

La denominazione di "legge sul reato di tortura" con la quale la normativa in esame è ormai diffusamente conosciuta anche in dottrina è, per altro verso, sufficientemente giustificata – oltre che, come detto, dalla denominazione ufficiale dell'atto – dal fatto che quella dell'introduzione del delitto di tortura costituisce, senz'altro, la più rilevante novità contenuta nella legge n. 110 del 2017. Tale introduzione, in particolare, viene effettuata per il tramite dell'aggiunta, nel codice penale, di un articolo 613-*bis* (rubricato «*Tortura*»), a norma del quale:

> «chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

Il reato non sussiste qualora si tratti di «sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». Sono inoltre previste delle aggravanti se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio (reclusione da cinque a dodici anni), se dalla tortura deriva una lesione personale grave (aumento di un terzo della pena) o gravissima (aumento della metà), ovvero la morte quale conseguenza non voluta (trent'anni di reclusione) o voluta (ergastolo)[105].

L'articolo 613-*bis* c.p., come già anticipato in precedenza, presenta diversi profili di problematicità. Data la particolare importanza di tale disposizione, tuttavia, essi saranno affrontati, sia pur

[105] Per una più approfondita analisi del reato dal punto di vista penalistico si veda, ad esempio, A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale – Volume II*, Milano-Padova, 2017, 244 ss..

sommariamente, in uno specifico paragrafo (*infra* § 4.3). Vediamo ora, invece, le altre disposizioni contenute nella legge in esame.

Va, in primo luogo, rilevata l'aggiunta di un altro articolo al codice penale, il 613-*ter* (rubricato «*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*»), a norma del quale:

> «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

È chiaro come tale reato sia complementare a quello di tortura propriamente detto, dal momento che, come si è ricordato in precedenza (*supra* § 2.3), nell'ampia definizione data dall'art. 1 CAT viene ricompresa, nella nozione di tortura, anche l'istigazione al tormento compiuta da «un agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale».

Si introduce altresì un comma 2-*bis* all'art. 191 c.p.p., sancendo che «le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Anche tale disposizione trae la sua ispirazione dalla CAT e, in modo particolare, dall'art. 15, il quale prevede che «ogni Stato Parte provvede affinché nessuna dichiarazione di cui sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura al fine di stabilire che una dichiarazione è stata fatta».

Secondo parte della dottrina l'art. 191 c.p.p., a seguito della modifica del 2017, sarebbe diventato una sorta di «norma di chiusura rispetto a ipotesi di confessioni estorte che sfuggano dalle maglie dei divieti del codice»[106]. La formulazione del comma 2-*bis*, per altro verso, non è scevra da ambiguità in quanto, facendo esplicito riferimento a dichiarazioni o

[106] E. M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Archivio penale*, 1/2019, 3.

informazioni ottenute «*mediante il delitto*» di tortura, sembra escludere – qualora ci si volesse attenere ad una interpretazione meramente letterale – l'inutilizzabilità di dichiarazioni o informazioni ottenute *mediante tortura* ma senza che vi sia stato l'accertamento della commissione del delitto previsto all'art. 613-*bis* c.p. Il che pone un problema non trascurabile, dal momento che, come verrà meglio illustrato in seguito (*infra* § 4.3), il reato di tortura presenta notevoli problematiche applicative. Il rischio è che il nuovo art. 191 c.p.p., comma 2-*bis*, dia paradossalmente esito ad una tutela inferiore rispetto a quella che era già precedentemente garantita dall'art. 188 c.p.p. (al quale s'è già fatto cenno *supra*, § 4.2.1) in combinato disposto con lo stesso art. 191. È stato opportunamente notato, tuttavia, come una tale interpretazione sarebbe erronea in quanto non sistematica, sicché deve ritenersi, in realtà, che «qualunque condotta, anche non riconducibile all'art. 613-*bis*, capace di limitare la libertà di autodeterminazione del dichiarante rende inutilizzabili le dichiarazioni ottenute»[107].

Se così è, diventa allora opportuno chiedersi se il nuovo comma dell'art. 191 c.p.p. aggiunga effettivamente qualcosa di nuovo, ovvero se esso si limiti a ribadire una regola che già esisteva precedentemente, costituendo, quindi, «una superflua, pedagogica ripetizione dei divieti già desumibili dall'art. 188 c.p.p.»[108]. È per scongiurare questa seconda ipotesi[109] che è stata proposta, in dottrina, una lettura del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 191 c.p.p. orientata a garantire «la più ampia espressione» dei «diritti di libertà»[110]. Secondo tale impostatura, la nuova disposizione «rafforza la tutela della dignità della persona nel processo penale, al contempo garantendo la legalità della raccolta delle prove e della decisione»[111]. Da un lato, infatti, essa sancisce un «divieto probatorio assoluto nei confronti di qualunque dichiarazione estorta» sotto tortura, «indipendentemente dal fine che animava il torturatore»[112]; dall'altro, «rende inutilizzabili le dichiarazioni estorte» *sub torturam* «non solo in vista della

[107] F. S. Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2*-bis *c.p.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2018, 113.

[108] Ivi, p. 110.

[109] Pure sostenuta in dottrina: cfr. C. Fiorio – F. Urbinati, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Archivio Penale*, 1/2018, 102, i quali affermano che «il testo della novella nulla aggiunge a quanto viene affermato nel primo comma dell'art. 191 c.p.p.», rilevando, peraltro, come non sia chiaro «quale sia l'utilità della disposizione».

[110] Ivi, p. 111.

[111] Ivi, p. 114.

[112] *Ibidem*.

prova della responsabilità penale o, comunque, della veridicità dell'affermazione del fatto oggetto delle dichiarazioni, ma anche come spunto investigativo per la ricerca di altri elementi probatori»[113].

Un'ultima notazione merita l'eccezione contenuta nel comma in esame, in virtù della quale le dichiarazioni estorte possono essere legittimamente usate «contro le persone accusate» del delitto di tortura «e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Anche in questo caso la formulazione «non appare di immediata comprensione», sembrando addirittura legittimare, per assurdo, «l'utilizzabilità *pro reo* di dichiarazioni estorte, il che, a tacer d'altro, potrebbe financo incentivare il ricorso alla tortura al fine di precostituire prove liberatorie a proprio o altrui beneficio»[114]. In realtà la dottrina formatasi attorno all'art. 15 CAT – al quale, come già ricordato, il comma 2-*bis* è ispirato – ha da tempo escluso che l'ammissione della dichiarazione estorta sia «volta a consentire una valutazione di verità o falsità del suo contenuto», sicché deve ritenersi che l'ingresso in giudizio della prova sia «funzionale unicamente alla dimostrazione che, a seguito della tortura, una dichiarazione è stata effettivamente resa: si intende, in definitiva, unicamente assicurare l'acquisizione della dichiarazione come corpo del reato»[115].

Un'altra novità apportata dalla legge n. 110 del 2017 consiste, poi, nella modifica dell'art. 19 del decreto-legge n. 286 del 1998 (c.d. T.U. immigrazione), al quale viene aggiunta la previsione che «non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani». Si tratta di un'ipotesi di *non-refoulement* che, anche in questo caso, viene pedissequamente recepita dalla CAT, e in particolare dall'art. 3 di quest'ultima.

Viene previsto, infine, che non possa essere riconosciuta «alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un

[113] Ivi, p. 115.

[114] B. Romanelli, *Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria*, in A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Padova, 2018, 264.

[115] Ivi, 265.

tribunale internazionale». Quando una tale ipotesi si verifichi – si legge ancora nell'art. 4 della legge in esame, attuativo dell'art. 8 CAT – lo straniero, nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, «è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale».

Va da ultimo segnalata una disposizione, anch'essa relativa al divieto di tortura, non contenuta nella legge n. 110 del 2017 bensì in un atto successivo e, più precisamente, nel decreto legislativo n. 123 del 2 ottobre 2018 (attuativo della c.d. "riforma Orlando", della quale si parla diffusamente negli altri capitoli di questo Volume). Con tale decreto, infatti, è stato modificato l'art. 1 dell'*Ordinamento penitenziario* (legge n. 354 del 1975), inserendovi la previsione che «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali» e disponendo, pertanto, che «è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno». In tal modo il legislatore delegato sembra aver voluto recepire esplicitamente, all'interno dell'ordinamento penitenziario, il divieto di tortura, riprendendo testualmente la formula "violenze fisiche e morali" utilizzata nel quarto comma dell'articolo 13 della Costituzione[116].

Il recepimento, tuttavia, risulta essere imperfetto. Vi è, infatti, una significativa differenza intercorrente tra la formulazione dell'art. 13, comma 4, della Costituzione e quella dell'art. 1 dell'*Ordinamento penitenziario*. Differenza che risiede nella circostanza che il tipo di divieto di tortura accolto dai due testi normativi è diverso: repressivo, nella Costituzione ("è punita"); meramente interdittivo, nell'*Ordinamento penitenziario* ("è vietata"). Non è dato sapere se si tratti di un *lapsus calami*, di sciatteria redazionale, di scarsa consapevolezza o, ancora, di una precisa volontà. Pare però eccessivo affermare che «con il divieto posto in apertura dell'OP si produce un interessante e profondo cambiamento culturale» in

[116] Coglie esattamente la «derivazione costituzionale» della modifica normativa in esame F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, in *il Penalista. Speciale riforma*, 2018, 65.

merito alla tortura[117]. Anche perché, allora, si dovrebbe ammettere che tale mutamento culturale sia di tipo recessivo dacché, come si è già ricordato, il divieto di tipo meramente interdittivo è logicamente e cronologicamente antecedente a quello, più "forte", di tipo repressivo accolto dalla Costituzione italiana (v. *supra* § 2.4).

Ciò non ostante, la novella è stata salutata da parte della dottrina come una considerevole «novità», «non confinabile sul terreno del simbolico, ma con una forte proiezione materiale»[118]. Secondo altri, invece, la disposizione in esame sarebbe una mera «norma bandiera»[119], che nulla aggiungerebbe, dunque, rispetto a quanto già previsto dalla Costituzione. Tra le due letture, la seconda sembra preferibile, poiché la prima pare attribuire una soverchia portata innovativa e precettiva ad una disposizione[120] che (sia pure con una significativa differenza, della quale si è già detto) si limita a ripetere quanto già enunciato dalla Costituzione italiana – e, dunque, ad un più alto "rango" normativo – sin dal 1948. Per altro verso, però, non è necessariamente detto che l'inserimento del divieto di

[117] P. Gonnella, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'Ordinamento penitenziario*, Torino, 2009, 8.

[118] P. Gonnella, *La dignità e i diritti*, cit., 7.

[119] F. Fiorentin, *Op. cit.*, 64 s.

[120] Si sostiene, ad esempio, che «da ora in poi» l'articolo 41 dell'*Ordinamento penitenziario* (relativo all'impiego della forza fisica e all'uso dei mezzi di coercizione nei confronti dei detenuti e degli internati) «andrà necessariamente interpretato in modo più restrittivo rispetto al passato» (P. Gonnella, *La dignità*, cit., 9). È chiaro come la tesi in esame si fondi implicitamente sull'assunto secondo cui, nell'ottica di garantire al detenuto la più ampia tutela possibile dei suoi diritti, non sarebbe accettabile ritenere che il recepimento del divieto di tortura all'interno dell'*Ordinamento penitenziario* non produca effetti sostanziali. Considerare il riferimento al divieto di violenze fisiche o morali una mera "norma bandiera" costituirebbe, in altri termini, una "occasione sprecata". L'intento, dunque, è tutt'altro che biasimevole. Sono, piuttosto, le conclusioni cui si perviene a non essere del tutto persuasive, specie nella misura in cui pare attribuirsi ad una norma legislativa una portata più ampia di quella costituzionale della quale, pure, la prima costituisce una riproduzione. Insomma: o l'art. 41 *O.p.* andava interpretato in senso restrittivo già in virtù del preesistente art. 13, co. 4, Cost. (come a noi pare congruo affermarsi), oppure non deve esserlo neppure in ragione del recepimento del divieto di tortura all'interno della legge n. 354 del 1975. La svalutazione della norma costituzionale a favore di una iper-valuzione di quella legislativa, peraltro, sembra non tenere in adeguata considerazione il fatto che tra le due formulazioni vi sia, come si è già ricordato, una significativa differenza, tale per cui la protezione offerta dall'*Ordinamento penitenziario* («è vietata ogni violenza»), anche a voler ignorare la diversità di rango normativo, è comunque meno forte rispetto a quella offerta dalla Costituzione («è punita ogni violenza»).

tortura all'interno della legge n. 354 del 1975 sia del tutto inutile sul piano empirico. Spesso, infatti, tra le mura del carcere si verifica un (reprensibile) fenomeno di "capovolgimento" della "piramide normativa", tale per cui, nella prassi, una circolare "vale" più di un regolamento, un regolamento più di una legge e, *il va sans dire*, una legge più della Costituzione[121]. Ebbene, se ciò è vero, non è per nulla da escludersi che la nuova formulazione dell'art. 1 dell'*Ordinamento penitenziario* possa effettivamente costituire «un segnale importante rivolto allo *staff* penitenziario»[122].

4.3. La legge sul reato di tortura: inutiliter data*?*

Tornando alla legge n. 110 del 2017, va innanzitutto detto che essa è il prodotto di un compromesso fortemente al ribasso rispetto al progetto di legge originario, ostracizzato da forze politiche ideologicamente contrarie all'introduzione del reato in tortura in quanto ritenuto un reato "contro le forze dell'ordine"[123]. Si tratta, con tutta evidenza, di una posizione priva di fondamento giuridico, in quanto scopo del reato è quello di punire adeguatamente condotte illecite (peraltro di particolare gravità) – e da ritenersi tali anche prima dell'entrata in vigore della legge in esame, in virtù delle disposizioni costituzionali e internazionali già richiamate (*supra* § 3) – e non quello di ostacolare o combattere l'autorità di pubblica sicurezza[124]. Solo le ripetute condanne subite dall'Italia da parte della Corte EDU per la mancanza di un'adeguata pro-

[121] È proprio (o, comunque, anche) per questo motivo, d'altronde, che nelle prime pagine di questo libro (v. M. Ruotolo, *Introduzione*) si è insistito sull'esigenza che il tema dei diritti dei detenuti venga sempre più considerato quale tema costituzionalistico.

[122] P. Gonnella, *La dignità*, cit., 9.

[123] Come nota esattamente M. Cavino, *Non sei un cavallo! L'Italia e la tortura*, in *laCostituzione.info*, 6 luglio 2017, «le ragioni per le quali il Parlamento non voglia dare attuazione alla convenzione del 1984, come potrebbe fare limitandosi a stabilire una sanzione penale per la condotta che essa descrive con sufficiente determinatezza, sono manifestate con chiarezza dal dibattito che ha accompagnato la recente approvazione della legge; e si riducono essenzialmente nella volontà di non urtare la suscettibilità politica degli appartenenti alle forze di polizia che purtroppo finisce per alimentare una cultura autoritaria ancora molto diffusa».

[124] Il fatto che alcuni ritenessero che il reato di tortura avrebbe disturbato le attività abituali delle forze dell'ordine costituisce, anzi, un motivo di più a sostegno dell'opportunità e dell'urgenza dell'introduzione dello stesso.

tezione al diritto di libertà dalla tortura sembrano – come si è già ricordato – essere risultate determinanti per vincere le resistenze politiche all'introduzione del reato, le quali hanno comunque influenzato pesantemente i lavori parlamentari[125]. Non a caso vi è chi ha definito il delitto di tortura previsto dall'art. 613-*bis* c.p. una "fattispecie esangue"[126].

Tanto gravi sono le lacune della legge sul reato di tortura che, pochi giorni prima dall'approvazione definitiva del disegno di legge, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha ritenuto di dover scrivere una lettera, indirizzata ai Presidenti di Assemblea e a quelli delle Commissioni giustizia della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, in cui si invitava il Parlamento italiano ad effettuare delle modifiche al progetto[127]. Nella missiva venivano segnalate alcune rilevanti discrepanze – che erano peraltro state evidenziate, con congruo anticipo, anche dalla dottrina italiana – tra la definizione di tortura sancita dall'Art. 1 della CAT e quella adottata dal legislatore italiano.

Alla lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha fatto poi seguito un'altra missiva, sempre indirizzata di Presidenti delle due assemblee parlamentari, redatta da magistrati che hanno preso parte, a vario titolo, a procedimenti legati ai fatti del G8 di Genova nel 2001[128], cioè quei fatti a causa dei quali l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU per non aver introdotto nel proprio ordinamento giuridico un reato di tortura (*supra* § 4.2). Scopo della comunicazione era quello di porre in evidenza come il disegno di legge in discussione «sarebbe in concreto inapplicabile a fatti analoghi a quelli verificatisi a Genova, che sono già stati qualificati come tortura dalla Corte Europea». Nel richiamare espressamente la lettera del Commissario per i diritti umani, con

[125] Sul sofferto *iter* di approvazione della legge si vedano: L. Guadagnucci, E. Bartesaghi, *La legge sulla tortura: il difficile* iter *parlamentare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, 35 ss.; P. Gonnella, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all'approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Politica del diritto*, 3/2017, 415 ss.

[126] G. Flora, *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino: dagli abusi dei torturatori agli abusi del legislatore. Note a margine dell'introduzione di un'esangue fattispecie di tortura*, in *l'Indice penale*, 3/2017, 980 ss.

[127] Il testo integrale della lettera è disponibile sul sito internet istituzionale del Consiglio d'Europa (*www.coe.int*).

[128] Il testo integrale della lettera è riportato da alcuni siti internet di settore come, ad esempio, *www.osservatoriorepressione.info* o *altreconomia.it*.

animo adesivo, i magistrati rilevarono anche altri aspetti problematici che in quest'ultima non erano segnalati.

Sordo a qualunque sollecitazione esterna, il Legislatore ha tuttavia approvato definitivamente una legge che, subito dopo la sua entrata in vigore, ha attirato, meritatamente, le critiche di una dottrina, per una volta, pressoché unanime nel ritenere la nuova fattispecie di reato del tutto inadeguata[129].

[129] Quando la prima edizione di questo Volume fu data alle stampe la legge n. 110 del 2017 era da poco entrata in vigore. La dottrina a disposizione era ancora costituita da pochi (benché autorevoli) commenti a prima lettura, solo alcuni dei quali riuscimmo a consultare e a citare prima della pubblicazione. Nel momento in cui si scrive sono trascorsi meno di due anni da quando si diede il "visto si stampi" e, nel frattempo, la situazione è radicalmente cambiata. La letteratura in materia è ormai copiosissima, quasi sterminata e, non ostante i nostri sforzi di documentazione, siamo praticamente certi che qualcosa ci sia sfuggito. I testi che siamo riusciti a consultare – e dei quali forniremo tra poco una lista completa – ci hanno fornito numerosissimi spunti. Ma, a meno di non voler trasformare un lavoro sul "diritto a non subire tortura" in un saggio sul reato di tortura, non sarà possibile enumerare qui tutti i diversi profili emersi in dottrina. Possiamo però osservare come, tra i varî saggî, sia possibile individuare alcune tematiche ricorrenti, che d'altronde coincidono, in buona sostanza, con quelle che avevamo evidenziato nella precedente edizione. Solo di tali tematiche daremo conto in questa sede, senza peraltro indicare, di volta in volta, quali e quanti Autori si siano soffermati su questo o su quell'aspetto, dato che lo scopo di questo scritto non è quello di fornire una rassegna di dottrina sull'art. 613-*bis* c.p. Per chiunque volesse approfondire, ecco, come anticipato, la lista dei testi che sono stati consultati: S. Amato – M. Passione, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 gennaio 2019; Id., *La legge italiana: un profilo giuridico*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, 51 ss.; E. R. Belfiore, *L'introduzione del delitto di tortura*, in *Archivio penale*, 1/2018 – suppl., 295 ss.; A. Bonomi, *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018; S. Buzzelli, *Tortura: una legge tanto per fare*, su *Sicurezza CGS* (312 agosto 2017 – *www.sicurezzacgs.it*) e *Ristretti news* (6 settembre 2017 – *www.ristretti.it*); P.P. Casale, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura* ex *art. 613*-bis *c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Archivio penale*, 2/2017, 620 ss.; M. Cavino, *Non sei un cavallo!*, cit.; A. Cisterna, *C'è reato di tortura con acute sofferenze, violenze o minacce*, in *Guida al diritto*, 39/2017, 13 ss.; A. Colella, *Il nuovo delitto di tortura*, in R. Garofoli,T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno di Diritto 2018*, Roma, 2018; A. Costantini, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613*-bis *c.p.)*, in *Studium iuris*, 1/2018, 1 ss.; D. Falcinelli, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Archivio Penale*, 3/2017; G. M. Flick, *Dolore* versus *dignità*, in *Rivista AIC*, 3/2018; G. Flora, *Abuso di pubblici poteri*, cit.; F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in

Le critiche emerse sono numerosissime e non possono qui essere tutte riportate. Quelle principali riguardano soprattutto (ma non solo) alcune rilevanti discrepanze sussistenti tra la formulazione dell'art. 613-*bis* c.p. e gli obblighi imposti dalla CAT. Tra le molte, ci pare che quattro siano quelle maggiormente ricorrenti, vale a dire:

1) il fatto che, a norma del codice penale italiano, siano richieste, per integrare il reato di tortura, «violenze o minacce gravi» commesse «mediante più condotte» ovvero che comportino un «trattamento inumano *e* degradante per la dignità della persona» (corsivo aggiunto). La CAT, invece, definisce la tortura come «qualsiasi atto» – quindi anche un solo atto – con il quale siano inflitti dolore o sofferenze acute. La medesima convenzione, inoltre, usa il sintagma «trattamenti disumani *o* degradanti» (corsivo aggiunto). Ne consegue che, nell'applicare la legge italiana, il giudice potrebbe ritenere non rientranti nella definizione di tortura una

Rivista di diritto internazionale, 1/2018, 151; P. Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 aprile 2019; A. Marchesi, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1/2018, 131 ss.; I. Marchi, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 31 luglio 2017 (www.penalecontemporaneo.it); U. Nazzaro, *L'insufficiente descrizione normativa del delitto di tortura*, in *Rivista penale*, 1/2018, 19 ss.; M. Pelissero, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano (l. 110 del 2017)*, in A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Padova, 2018, 225 ss.; C. Pezzimenti, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Diritto penale e processo*, 2/2018, 153 ss.; F. Pocar, *Reato di tortura. Nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Giuda al diritto*, 31/2017; S. Preziosi, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cassazione penale*, 4/2019, 1766 ss.; A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, 389 ss.; V. Pugliese, *Il recente reato di tortura: antico obbligo costituzionale e internazionale*, in *la Giustizia penale*, n. 2/2018, 57 ss.; L. Risicato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *disCrimen*, 28.07.2018; E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018; G. Serranò, *L'introduzione del reato di tortura in Italia: alcune riflessioni*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2/2018, 332 ss.; L. Stortoni – D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2018; A. Tigrino, *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *Archivio penale*, 2/2017; S. Tunesi, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giurisprudenza penale web*, 11/2017; E. Zucca, *Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana, tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, 67 ss.

singola violenza o minaccia o, comunque, violenze o minacce commesse mediante una sola condotta, ovvero un tormento che sia qualificabile solo come degradante e non anche come disumano (o viceversa)[130];

2) il fatto che la normativa italiana richieda un «verificabile trauma psichico», mentre la CAT si accontenta di «acute sofferenze mentali». Soggetti che hanno inflitto una tortura psicologica senza però lasciare al soggetto un "verificabile trauma psichico" non potrebbero dunque essere puniti in base alla legge italiana;

3) il fatto che il reato di tortura non sia un reato proprio dei pubblici ufficiali, contrariamente a quanto previsto dalla CAT (*supra* § 4.1), con la possibile, ulteriore, conseguenza che, considerandosi "tortura" anche un tormento inflitto da un privato cittadino, si mortifichi l'importanza della protezione accordata dal diritto internazionale al diritto di libertà dalla tortura, fondata sulla definizione di quest'ultima quale tormento commesso da un rappresentante dell'autorità statale e per ciò comportante una violazione dei diritti umani ritenuta particolarmente grave;

4) il fatto che non sia stata introdotta una disposizione che preveda l'imprescrittibilità del reato di tortura, come è invece richiesto dal diritto internazionale;

Quanto ai primi due punti, si deve in effetti riconoscere come la legge italiana sul reato di tortura realizzi una aberrazione storica poiché, in molti casi, non consentirebbe neppure di punire, per le torture da egli praticate, un ipotetico inquisitore di *ius commune* che, per azzardo, si trovasse ad operare ai nostri tempi. Si prenda ad esempio la più comune tra le torture usate dall'Inquisizione, quella della corda:

«il supplizio della colla o corda, di tutti il più comune, consisteva nel legare all'infelice le mani dietro la schiena con una fune che passava per una carrucola infissa nel soffitto, e dall'altro capo era raccomandata ad un cilindro, intorno a cui annaspandola, si sospendeva in aria il torturato, che si lasciava cader giù precipitosamente, dandogli in questa maniera

[130] Come nota M. Ruotolo, *Brevi riflessioni*, cit., la distinzione tra tortura, trattamenti inumani e trattamenti degradanti, contemplata da diverse norme di diritto internazionale, è stata oggetto, in ambito convenzionale europeo, di una precisa specificazione definitoria dei «tre tipi di condotte in relazione al grado delle sofferenze inflitte: tali da causare nella vittima paura, angoscia e umiliazione nel trattamento degradante; mentali e fisiche di particolare intensità nel trattamento inumano; molto gravi e crudeli nella tortura. Un trattamento inumano o degradante quando provoca sofferenze più intense (molto gravi e crudeli) può ben dunque essere qualificato in termini di tortura».

quelli che si dicevano tratti, scosse o saccate […]. Per rendere il tormento ancora più grave si attaccavano ai piedi dell'imputato pesanti ferri, ciò che ritenevasi il massimo dei supplizi, ovvero gli si gittavano giù pel dorso secchie d'acqua fredda»[131].

Ebbene, spesso il dolore inflitto era talmente atroce che bastava una sola saccata per far confessare qualunque cosa all'imputato. Con la legge italiana sul reato di tortura un redivivo Torquemada rischierebbe di "farla franca", in quanto una sola saccata corrisponde a un solo atto di violenza (che in ipotesi può essere commesso anche con una sola condotta).

La stessa cosa dicasi per la questione del "verificabile trauma psichico". Era uso dell'Inquisizione praticare, prima della tortura fisica, la c.d. "terrizione verbale" (da non confondersi con la "terrizione reale" che era, invece, la tortura fisica), cioè una violenza morale – considerata dagli stessi inquisitori quale parte integrante del procedimento tormentatorio e, dunque, quale forma di tortura[132] – che consisteva nel condurre l'accusato nella stanza delle torture e mostrargli gli arnesi di supplizio, minacciando di usarli se non avesse confessato. La paura incussa dalla *territio* era tale, che in molti casi essa era sufficiente, da sola, a piegare la volontà del reo sospetto. Quest'ultimo, tuttavia, solitamente non subiva alcun "trauma psichico verificabile" sicché, stando alla legislazione italiana attuale, la terrizione verbale non potrebbe essere punita ai sensi dell'art. 613-*bis* c.p.

Va detto, peraltro, che le discrepanze tra la legge n. 110 del 2017 e la CAT sopra evidenziate restano tali anche qualora confrontate con l'art. 13, comma 4, della Costituzione italiana, e non solo per quanto riguarda l'esigenza che il reato di tortura sia un reato proprio (*supra* § 4.1). Nell'art. 13, infatti, si afferma che debba essere punita «ogni violenza». Il termine "ogni" – come si è già più volte ricordato – non lascia dubbi: devono essere punite anche

[131] A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione. Seconda edizione riveduta e migliorata*, Torino, 1892, Vol. VI, parte I, 436-438.

[132] Si veda, ad es., il *Sacro Arsenale* di E. Masini – il manuale per inquisitori forse più usato all'epoca – che inseriva la fase della terrizione verbale nel capitolo sul «*modo d'interrogare i Rei nella Tortura*» (pp. 263 ss. nell'edizione curata da T. Meneghini, Roma, 1730).

singole violenze e anche quelle che non provocano traumi psichici verificabili. Si noti, inoltre, come il Costituente abbia preferito usare il termine "morale" anziché quello "psichica". Non si tratta di una scelta casuale: la nozione di "violenza morale" è nota alla dottrina giuridica, specialmente a quella penalistica, almeno dall'inizio del XIX secolo ed è strettamente correlata con il concetto di tortura giudiziaria e di terrizione verbale.

«La violenza morale è quella, che viene incussa all'animo per costringere la persona a fare, non fare, o a sopportar che altri faccia cosa contraria alla volontà di lei, la qual *cosa* formi il vero oggetto della violenza usata alla persona, siccome un mezzo ad un determinato fine. […] Egli è poi sempre un atto di violenza morale quello, con cui, anche senza minaccia espressa, vien ridotta una persona, contro sua volontà, ed a mal fine, all'altrui disposizione e discrezione»[133].

L'uso della formula "trauma psichico" in luogo di quella "sofferenza morale" (suggerita dalla Costituzione) o di quella "*mental suffering*" (usata nella CAT e spesso impropriamente tradotta con "sofferenze psichiche") costituisce dunque già, di per sé, uno scostamento dal testo costituzionale, enfatizzato dalla presenza del termine "verificabile". Il termine "psichico", infatti, potrebbe sottintendere un elemento patologico, una "malattia della psiche", e non una "semplice" sofferenza morale. Rientrerebbero certamente nella definizione di "sofferenza psichica" e di "trauma psichico verificabile" i casi di schizofrenia causati dalle tecniche di interrogatorio usate dalla CIA durante la Guerra Fredda (*v. nt. 3*). Ma nella maggioranza dei casi difficilmente si arriva a tanto, e il fatto che le violenze subite si trasformino in una vera e propria lesione della psiche, peraltro "verificabile", e non già in una mera – *non per questo meno grave!* – umiliazione temporanea (ad esempio: il taglio dei capelli), dipende molto dalla sensibilità e dalla resistenza di ciascuna persona. Il termine "psichiche" e l'espressione "verificabile trauma psichico", insomma, si prestano ad interpretazioni ambigue[134] e rischiano di

[133] F. Gambini, *Op. cit.*, 30 s.

[134] Per un utile e qualificato approfondimento dal punto di vista psicologico della questione si rimanda a A. Zamperini, M. Menegatto, *Tortura psicologica e trauma psichico: la legge e la scienza*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, 81 ss.

trasformare il processo per tortura in una "guerra" tra perizie psichiatriche.

Per quanto riguarda il terzo punto – quello relativo alla configurazione del delitto di tortura quale reato proprio – molto si è già detto nelle pagine precedenti (spec. nel § 4.1). Sembra d'uopo, dunque, limitarsi ad osservare come nella – sia pur finora esigua – prassi applicativa dell'art. 613-*bis* il rischio qui paventato di una banalizzazione della tortura e della perdita del suo "potere evocativo" appaia particolarmente concreto. Com'è stato ricordato, infatti, «l'articolo 613-*bis* è stato applicato quattro volte e mai nei confronti delle forze dell'ordine»[135] che pure, stando alla nozione storico-giuridica di tortura, dovrebbero essere le principali – se non le sole – destinatarie del reato in questione.

Quanto, infine, al quarto punto – quello relativo all'imprescrittibilità del delitto – si tratta di un aspetto che, contrariamente agli altri, non discende direttamente dalla CAT, bensì, più in generale, dal diritto internazionale. Anche su tale profilo, però, s'è già detto (*supra* § 4.1), e non pare necessario soffermarsi ulteriormente.

Una lettura dei lavori preparatorî alla legge n. 110 del 2017 rivela agevolmente come pressoché tutte le problematiche evidenziate dalla dottrina (anche quelle qui non richiamate) siano state rappresentate nel dibattito parlamentare. Il legislatore tuttavia, come si è già detto, ha ritenuto di non dare seguito a tali istanze, approvando il disegno di legge senza modifiche. Ne consegue che, per i motivi sopra esposti, la legislazione italiana risulta ancora inadempiente rispetto agli obblighi di natura costituzionale, internazionale ed europea in materia di tortura, così esponendosi, peraltro, a nuove ed ulteriori condanne da parte della Corte EDU. Il *Comitato ONU contro la tortura*, d'altronde, ha già chiaramente espresso il suo disappunto, invitando il Legislatore a intervenire al più presto[136]. Dal momento che lo scopo dichiarato del progetto di

[135] S. Marietti, *Dl sicurezza bis, come si può chiedere di abrogare il reato di tortura senza vergognarsi?*, in *Ilfattoquotidiano.it* (Blog), 19 luglio 2019.

[136] CAT/C/ITA/5-6, sul quale si vedano P. Zoerle, *L'Italia sotto esame del comitato ONU contro la tortura*, in *Processo penale e giustizia*, 2/2018, 214 ss. e F. Cancellaro, *Pubblicate le osservazioni del comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, 301 ss.

legge era quello di "mettersi in regola" con i suddetti obblighi, si può dire che, sotto tale punto di vista, la legge n. 110 del 2017 sia, tecnicamente, *inutiliter data*.

4.4. Nuove prospettive di tutela

A conclusione di questa analisi deve però osservarsi come, dal punto di vista della giustizia costituzionale, l'entrata in vigore del reato di tortura sia tutt'altro che priva di utilità. Essa, infatti, apre la strada al giudizio di costituzionalità in via incidentale. Strada che, invero, era stata tentata anche prima dell'entrata in vigore della legge (v. Cass. pen., sez. V, 5 luglio – 2 ottobre 2012, n. 38085), eccependo l'incostituzionalità dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevede l'imprescrittibilità per le condotte rientranti nella definizione di tortura ai sensi dell'art. 1 CAT. L'esperimento, tuttavia, diede esito negativo: la Corte di Cassazione è stata ferma nel respingere l'eccezione, in quanto l'eventuale accoglimento della questione avrebbe violato il divieto di retroattività di norme sfavorevoli al reo, ritenuto applicabile anche alle sentenze costituzionali dallo stesso Giudice delle leggi (si richiamavano, al riguardo, le sentt. nn. 394 del 2006 e 234 del 2008 e l'ord. n. 65 del 2008). Pur riconoscendo che i fatti oggetto del giudizio (le violenze perpetrate dalla polizia nel corso dell'intervento presso la scuola "Diaz-Pertini" avvenuto a seguito del G8 di Genova del 2001) ben potevano rientrare nella definizione ONU di "tortura", dunque, la Suprema Corte ha concluso nel senso della manifesta infondatezza.

Occorre però spendere qualche parola sui rapporti tra il divieto di retroattività delle sentenze costituzionali sfavorevoli al reo e il reato di tortura. Il principio di irretroattività della legge penale, corollario del garantismo giudiziario, nasce allo scopo di tutelare il cittadino dagli abusi del potere, impedendo a quest'ultimo di condannare il primo per aver commesso un atto che, all'epoca, era del tutto lecito e che solo dopo è diventato illecito. La *ratio* del divieto è ben espressa dal secondo comma dell'art. 25 Cost.: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». La Corte costituzionale ha ritenuto tale principio «insuscettibile di

bilanciamento con altri valori costituzionali» e costituente un «limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost.» (sent. n. 394 del 2006). Nessuna delle numerose decisioni della Corte in materia[137], tuttavia, aveva ad oggetto il reato di tortura che, come già s'è ricordato, possiede una caratteristica assolutamente unica, vale a dire quella di essere l'unico obbligo punitivo previsto espressamente dalla Costituzione. A fronte dell'art. 13, comma 4, Cost., cui *adde* ormai la CAT, può davvero dirsi che chi ha commesso tortura sul suolo italiano dal 1948 ad oggi abbia agito nella convinzione di commettere un atto lecito? Oppure deve piuttosto dirsi che egli ha commesso un atto pienamente illecito (peraltro di particolare gravità) – e sancito come tale dalla più importante delle fonti giuridiche del nostro ordinamento – nella convinzione di poter evitare ogni conseguenza in ragione dell'inerzia del legislatore?

Con queste domande non si vuol giungere alla conclusione che il principio di irretroattività in materia penale non costituisca un aspetto problematico ai fini della prospettazione di una questione di legittimità costituzionale – considerato pure che il divieto di retroattività vale non solo per la condotta ma anche per la pena, sicché sarebbe assai arduo sostenere, *exempli gratia*, che il reato introdotto dalla legge n. 110 del 2017 possa applicarsi a fatti avvenuti precedentemente all'entrata in vigore di quest'ultima – quanto piuttosto sottolineare come, costituendo il reato di tortura un *unicum* nel nostro ordinamento, l'applicabilità dei principî espressi dalla giurisprudenza costituzionale in relazione a diverse circostanze potrebbe rivelarsi non del tutto scontata, almeno rispetto ad alcuni profili (ad esempio quello della prescrizione).

Si consideri, inoltre, che, a partire dalla sent. n. 10 del 2015, la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di una modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni di accoglimento quale unica soluzione possibile dinanzi ad un altrimenti insanabile

[137] Per una ricostruzione v., anche per più ampi riferimenti bibliografici, i recenti lavori di V. Manes (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale*, su *www.cortecostituzionale.it*, 2014, § 2.1 e G. Pistorio, *Retroattività delle sentenze costituzionali*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*, anche su *www.treccani.it*.

conflitto tra diritti e principî di natura costituzionale. Da questo punto di vista, l'eventuale conflitto tra il principio di irretroattività e il diritto di libertà dalla tortura sembrerebbe costituire un caso emblematico, in quanto ambo gli elementi in conflitto discendono dal garantismo giudiziario, il quale non potrebbe mai pienamente realizzarsi se uno dei due venisse sacrificato a favore dell'altro.

Posto, quindi, che il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli non costituisce necessariamente un impedimento insuperabile, deve rilevarsi come, in realtà, l'unico vero ostacolo ad un intervento della Corte costituzionale in materia sia stato, fino ad oggi, quello dell'impossibilità, da parte di quest'ultima, di costruire *ex novo* la fattispecie di un reato del tutto inesistente sul piano legislativo. Spetta solo al legislatore, infatti, stabilire quali debbano essere le pene, quali le aggravanti, attenuanti e scriminanti specifiche, *etc.* Solo una volta che egli avrà effettuato queste scelte, il Giudice delle Leggi potrà intervenire per correggere gli eventuali vizî d'incostituzionalità. Per questo l'approvazione della legge n. 110 del 2017 conserva, nonostante le sue carenze, un nucleo di possibile utilità, poiché potrebbe consentire alla Corte costituzionale – qualora lo ritenesse opportuno – di dichiarare, eventualmente anche con sentenze manipolative, l'incostituzionalità dell'art. 613-*bis* c.p. (ad esempio: nella parte in cui non prevede l'imprescrittibilità; nella parte in cui prevede che soggetto attivo del reato sia «chiunque», anziché «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio»; nella parte in cui prevede che la tortura si realizzi «con violenze o minacce gravi» che comportino «acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico» e che vengano commesse con «più condotte» ovvero che comportino un «trattamento inumano e degradante», anziché «con violenza o minaccia grave» che comporti «acute sofferenze fisiche o morali» e che venga commessa con «una o più condotte» ovvero che comporti un «trattamento inumano o degradante»).

Cela va de soi, naturalmente, che sarebbe comunque preferibile un intervento correttivo del legislatore, il quale peraltro consentirebbe di rimediare a qualche imprecisione contenuta nella normativa e non traducibile in termini di illegittimità costituzionale. Viste, tuttavia, le difficoltà politiche incontrate per approvare il

disegno di legge, l'alternativa più probabile – almeno per il momento – alla *extrema ratio* della declaratoria d'incostituzionalità sembra essere quella di un (auspicabile) tentativo di interpretazione adeguatrice da parte dei giudici ordinarî.

Leonardo Pace

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

SOMMARIO: 1. La gestione della sicurezza interna agli istituti dalla legge n. 354 del 1975 alla riforma Gozzini – 2. Il superamento della legge Gozzini nella gestione della sicurezza interna ed esterna al carcere – 3. L'art. 4-*bis* ord. penit. e la neutralizzazione della pericolosità sociale – 3.1. L'art. 4-*bis* fa la sua comparsa e subito cambia forma – 3. 2. Il ridimensionamento dell'art. 4-bis ad opera della Corte costituzionale – 3.3. L'art. 4-*bis* cambia volto e… si espande 3.4. – I reati c.d. di prima fascia e l'insostenibilità costituzionale della loro disciplina 3. 5. I reati di seconda fascia e la compressione dell'ideale rieducativo – 4. L'art. 41-*bis*, comma 2 ord. penit.: la gestione e la prevenzione delle situazioni di allarme sociale fuori dal carcere – 4.1. La nascita – 4.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e la legge n. 279 del 2002 – 4.3. La legge n. 94 del 2009 e il generale inasprimento del regime detentivo speciale – 4.4. L'esclusione della discrezionalità delle misure concretamente applicabili – 4.5. Le singole limitazioni – 5. Libertà personale, riserva di giurisdizione e art. 41-*bis* – 6. La riforma dell'ordinamento penitenziario: tutto tace sul fronte del regime detentivo speciale.

1. *La gestione della sicurezza interna agli istituti dalla legge n. 354 del 1975 alla riforma Gozzini*

La riforma penitenziaria, attuata con la legge n. 354 del 1975, aveva assunto come principio ispiratore la funzione rieducativa della pena nell'ottica di una risocializzazione del condannato[1].

[1] R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria,* in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 149.

Essa, infatti, aveva quale obiettivo il superamento definitivo dell'impostazione di segno prevalentemente custodialistico e retributivo che aveva caratterizzato l'ordinamento penitenziario fin dal regolamento del 1931 e aveva inteso applicare tale impostazione anche al trattamento dei detenuti c.d. difficili[2], come si evince dall'assenza di specifiche statuizioni in merito a tali casi[3].

La volontà di segnare un netto stacco rispetto al passato si evince anche dall'unica norma volta a disciplinare situazioni di particolare allarme ed emergenza, l'art. 90 ord. penit[4].

Occorre mettere in evidenza che nelle intenzioni del Legislatore la norma avrebbe dovuto riguardare casi limite ed era in particolar modo tesa a reprimere le rivolte che potevano nascere all'interno degli istituti. Solo per questi casi, il Ministro di Giustizia assumeva la responsabilità politica per l'adozione di un provvedimento sospensivo delle ordinarie regole carcerarie.

La forte carica ideale e l'innovatività di cui la legge era portatrice sono state, però, costrette a fare i conti con le esigenze di ordine e sicurezza, sempre presenti nella gestione degli istituti penitenziari.

Non solo, infatti, il trattamento dei detenuti c.d. difficili mostrò tutti i suoi limiti e le sue ambiguità[5], ma lo stesso art. 90 ord. penit., dopo un primo periodo di sostanziale ineffettività, fu il perno della strategia di contrasto, in sede penitenziaria, ai fenomeni eversivi

[2] Con tali detenuti ci si riferisce a quei detenuti i quali, non rispettando le regole penitenziarie, compromettono la sicurezza o turbano l'ordine degli istituti penitenziari.

[3] In questo modo, parimenti, si superava anche il modello basato sulla differenziazione degli istituti, a seconda del regime del trattamento e quindi degli indici di sicurezza.

[4] L'art. 90 ord. penit. così statuiva: «quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro di Grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti […] dalla legge che possono porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza».

[5] L'assenza di qualsiasi statuizione in merito al trattamento dei casi difficili in condizioni di normalità carceraria aveva determinato una lacuna cui era stato chiamato a farvi fronte il regolamento penitenziario del 1976. La disciplina prevista da tale regolamento, però, risultava confusa ed approssimativa sia nell'individuazione dei detenuti sia nelle caratteristiche e nelle modalità del trattamento stesso, tanto da rappresentare una vera e propria delega in bianco all'amministrazione. Sul punto si veda R. Del Coco, *op. cit*., 150.

che colpivano l'Italia in quegli anni, divenendo il fondamento giuridico per le carceri speciali introdotte a partire dal 1977[6].

A questa situazione di violazione dei principi costituzionali e della stessa logica ispiratrice della riforma del 1975 ha posto rimedio la legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini, la quale, per ciò che interesse in questo scritto[7] ha abrogato l'art. 90 ord. penit., sostituito dall'art. 41-*bis* (oggi art. 41-*bis*, I co.), il quale, sempre rivolto al contrasto di fenomeni di rivolta all'interno degli istituti, prevede maggiori garanzie rispetto al suo precedente normativo[8].

2. *Il superamento della legge Gozzini nella gestione della sicurezza interna ed esterna al carcere*

I valori che avevano ispirato la legge Gozzini sono stati, però, nel giro di pochi anni messi fortemente in discussione[9] e l'occasio-

[6] Queste sono state istituite con un decreto interministeriale del 21 luglio del 1977 ed erano istituti nei quali si derogava alle normali regole previste dall'ordinamento penitenziario del 1975. Erano previste, inoltre, condizioni di maggiore severità della vita carceraria rivolte alla neutralizzazione dei detenuti ritenuti pericolosi. Ai detenuti, poi, per il sol fatto di trovarsi in tali carceri, si applicava indistintamente lo stesso regime restrittivo. A ciò bisogna aggiungere tre aspetti tutt'altro che secondari: l'amministrazione penitenziaria godeva di un'assoluta discrezionalità di scelta rispetto ai detenuti da destinare a tali istituti; la carenze di strutture di massima sicurezza comportava l'estensione della disciplina *ex* art. 90 anche ad altre carceri in cui erano ristretti soggetti pericolosi, determinando una estensione della disciplina di maggior rigore. Da ultimo, il regime si poneva in inevitabile contrasto con i principi di legalità e giurisdizionalità. Sul punto si veda ancora R. Del Coco, *op. cit.*, 152 s. e A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 179 ss.

[7] Tale legge, fra le altre cose, ha anche introdotto il regime di sorveglianza particolare agli artt. 14-*bis* e 14-*quater* (andando così a disciplinare la condizione dei detenuti c.d. difficili di cui si è fatto cenno nel testo) e il procedimento per reclamo art. 14-*ter.*

[8] Essa, infatti, mira a disciplinare i «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza» e mantiene, quindi, il collegamento fra le situazioni emergenziali e l'ordine e la sicurezza. Parimenti a quanto previsto dall'abrogato articolo 90 ord. penit., la competenza ad adottare il provvedimento rimane del Ministro della giustizia e, sebbene venga specificato che la durata debba essere «strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto», continua ad essere indeterminata la durata della sospensione delle normali regole penitenziarie. Per tali ragioni si può ritenere che la norma così introdotta non abbia innovato gran che rispetto al precedente art. 90.

[9] Alla riforma si contestava, infatti, di aver perseguito solo obiettivi di decarcerizzazione, non ponendo in giusto rilievo il profilo del recupero sociale del condan-

ne per il suo definitivo superamento, almeno per particolari tipologie di detenuti, fu offerta dallo stragismo mafioso dei primi anni novanta.

Quegli eventi non solo sconvolsero la società e le istituzioni nazionali, ma mostrarono anche l'inadeguatezza degli ordinari strumenti normativi nella lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Con particolare riguardo all'ordinamento penitenziario sono stati introdotti l'art. 4-*bis* e un secondo comma all'art. 41-*bis*, i quali, ancora oggi, sono l'emblema della lotta alla criminalità organizzata sul versante penitenziario. Essi, infatti, hanno inasprito il regime detentivo dei soggetti collegati a tali realtà, comprimendo oltremodo l'ideale rieducativo per esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa[10].

Tali norme, infatti, si fondano sull'assunto che i soggetti collegati alle associazioni criminali, soprattutto di stampo mafioso, esprimono un indice di pericolosità sociale maggiore di quello dei normali detenuti e, pertanto, ad essi non possono applicarsi le normali regole detentive.

Soprattutto l'art. 4-*bis*, poi, viene utilizzato – come meglio vedremo più avanti – anche come giustificazione per la compressione dei diritti dei ristretti al fine di perseguire azioni che esplicano la loro operatività in contesti extracarcerari e per finalità che poco o nulla hanno a che fare con il carcere[11].

nato. Ciò era aggravato dall'impiego non sempre rigoroso ad opera della magistratura di sorveglianza dell'ampio potere ad esso riconosciuto nell'applicazione delle misure alternative al carcere.

[10] C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4*-bis, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., Padova, 2011, 53, sul punto scrivono che «l'ingresso nell'ord. pen. dell'art. 4-*bis* ha segnato l'inizio di una nuova stagione per la struttura, per la funzione, per le stesse ideologie ispiratrici della normativa penitenziaria». Si può affermare, infatti, che in tal modo si è instaurato, e consolidato nel corso degli anni, un vero e proprio "doppio binario" anche nell'ordinamento penitenziario, vale a dire un regime differenziato in rapporto alla natura del reato commesso. Per una definizione di doppio binario si veda G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione,* in *Digesto penale,* III, Torino*,* 1994*,* 15*;* B. Guazzaloca*, Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. Giostra, G. Insolera (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995, 141.

[11] Ciò viene confermato dalle modifiche normative più recenti, introdotte con la

Il maggior rigore delle regole del trattamento e l'interruzione dei contatti tra condannato e ambiente esterno di provenienza perseguono anche il fine di esercitare una forte pressione psicologica sul detenuto affinché assuma atteggiamenti di collaborazione con la giustizia[12].

Il regime differenziato così introdotto persegue, però, anche un altro obiettivo estraneo al carcere: tranquillizzare l'opinione pubblica rispetto alla risposta punitiva dello Stato contro certi fenomeni criminali[13].

Questo è un aspetto molto importante perché spiega – come vedremo più diffusamente in seguito – il processo di quasi incontrollabile espansione dell'art. 4-*bis*, il quale nel corso del tempo ha inglobato una lunga serie di reati che poco o nulla hanno a che vedere con la criminalità organizzata.

3. *L'art. 4*-bis *ord. penit. e la neutralizzazione della pericolosità sociale*

3.1. L'art. 4-bis *fa la sua comparsa e subito cambia forma*

L'art. 4-*bis* è stato introdotto dal d.l. n. 152 del 1992[14] ed è stata subito modificato dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, sull'onda delle

legge n. 94 del 2009, con la quale si è inasprito il rigore del regime differenziato, anche nell'ottica di azzerare le interpretazioni giurisprudenziali maggiormente garantiste; sul punto L. Cesaris, Sub *Art. 41*-bis, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., 457.

[12] R. Del Coco, *op. cit.*, 167.

[13] Sul punto sia consentito rinviare a L. Pace, *«Il buono, il brutto e il cattivo» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. riflessioni a partire dalla sentenza della corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 3/2016, § 4.

[14] Nella sua prima formulazione, l'art. 4-*bis* ord. penit. prevedeva una differenziazione del regime probatorio per accedere ai benefici penitenziari. Per i delitti di prima fascia, ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato, si poteva accedere alle misure alternative e ai benefici penitenziari soltanto se fossero stati «acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; per i delitti di seconda fascia, di elevata gravità ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità, l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari era condizionata alla verifica dell'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata.

emozioni e dell'allarme sociale suscitato dalla morte del magistrato Giovanni Falcone.

Più specificamente con tale decreto legge è stato previsto che tutti i detenuti per delitti di criminalità organizzata, quelli rientranti nella c.d. prima fascia (ora commi 1 e 1-*bis*), possono accedere alle misure rieducative solo se collaborano con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. o se, viceversa, la collaborazione non sia oggettivamente esigibile e vi sia prova della cessazione dei collegamenti con la criminalità organizzata.

I detenuti, invece, che abbiano commesso reati considerati gravi, ma non diretta espressione della criminalità organizzata (c.d. seconda fascia, ora al comma 1-*ter*), possono accedere alle misure rieducative purché non sussistano elementi dai quali si desuma l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata[15].

Come è evidente, la norma si basa, fin dalla sua originaria formulazione, su una scansione dei gradi di pericolosità dei vari detenuti. Al livello più elevato vi sono i detenuti provenienti dal "mondo" della criminalità organizzata ai quali si attribuisce presuntivamente un indice di pericolosità elevato e, congiuntamente, la presunzione che questi continuino ad avere legami con le associazioni criminali di provenienza. In base a tali presunzioni l'accesso alle misure rieducative può essere concesso solo in presenza di una «condotta qualificata (la collaborazione)»[16].

Ciò, da un lato, si pone – come cercheremo di mostrare tra poco – palesemente in contrasto con la logica della risocializzazione, dall'altro, risponde pienamente alla logica della politica criminale di quegli anni, tesa a favorire il c.d. pentitismo[17]: solo la

[15] In questi casi deve essere la magistratura ad addurre elementi di prova dai quali si ricavi tale attualità dei collegamenti.

[16] Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

[17] B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 131, scrive, infatti, che la figura del collaboratore mafioso diviene «in un certo senso, la chiave di lettura e il terreno di applicazione privilegiato della riforma penitenziaria dettata dalle leggi di emergenza». Per una diffusa analisi critica di questo fenomeno si veda S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997, 175 ss. Sul punto V. Grevi, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 10, scrive che l'articolo in esame

condotta che favorisce l'attività della magistratura e della polizia nel contrasto alle associazioni criminali dà la possibilità di ottenere condizioni migliorative al detenuto[18].

In queste considerazioni generali sull'art. 4-*bis* occorre ricordare, poi, che in tal modo si è introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'ergastolo ostativo, il quale, nei fatti, impone un "fine pena mai" per tutti quei soggetti che, pur avendone la possibilità, decidono di non collaborare.

A ciò si aggiunga che i c.d. reati di prima fascia sono «l'anticamera dell'accesso al regime detentivo differenziato dell'art. 41-*bis* o.p.»[19]; ciò comporta che «gli ergastolani ostativi finiscono per subire un "fenomeno di triplo schiacciamento": perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza perché ostativi; stralciati delle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro»[20].

Tracciate le linee essenziali e messe in evidenza le criticità soprattutto del meccanismo dei reati c.d. di prima fascia, occorre rilevare che l'art. 4-*bis*, nel corso degli anni, è stato oggetto di una serie di manipolazioni, le quali lo hanno reso una sorta di "norma contenitore" volta alla repressione, in ambito penitenziario, delle più varie e disparate emergenze criminali percepite "fuori dal carcere".

Prima di parlare dell'espansione del raggio di applicazione dell'articolo e degli effetti che questa ha avuto sulla sua *ratio*, occorre mostrare come la Corte costituzionale abbia cercato, fin da subito, di mitigare il regime da essa previsto andando a colpire gli aspetti di maggiore irrazionalità della disciplina.

diventa «norma di manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia […] gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma in esame».

[18] R. Del Coco, *op. cit.*, 167.

[19] A Pugiotto, *Criticità costituzionale dell'ergastolo ostativo*, in C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 65.

[20] Ivi, 98.

*3.2. Il ridimensionamento dell'art. 4-*bis *ad opera della Corte costituzionale*

Nelle non poche occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sul sistema introdotto dall'art. 4-*bis* ord. penit., la Corte costituzionale ha chiaramente denunciato l'eco del diritto penale d'autore che si scorgeva nella disciplina[21]. Il giudice delle leggi non ha tratto, però, le debite conseguenze da tale affermazione ed ha avallato il regime penitenziario differenziato, limitandosi ad eliminare le parti di maggiore asperità, costituite dagli automatismi applicativi.

La pronuncia capostipite della giurisprudenza costituzionale è la sentenza n. 306 del 1993, la quale pone le basi per tutta la successiva giurisprudenza in materia.

In questa decisione la Corte riconosce la concreta necessità di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa e, pertanto, giustifica la scelta del Legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale (attribuendo determinati vantaggi ai soli detenuti che collaborano con la giustizia)[22], ma, allo stesso tempo, rileva che la scelta di restringere fortemente l'accesso alle misure alternative comporta una compressione delle finalità rieducative della pena[23]. Nonostante ciò, il giudice delle leggi considera so-

[21] Scrive il giudice delle leggi: «appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita» (Corte cost., sent. n 306 del 1993, punto 11 *cons. dir.*). Vale a dire il soggetto subisce un determinato trattamento perché sostanzialmente rientrante in una particolare tipologia di autore. Queste normative, infatti, sebbene non si rivolgano direttamente contro determinate categorie di soggetti e apparentemente si basino su fatti di reato, si rivolgono contro quelle categorie soggettive che si pongono fuori o ai margini del consesso sociale. Sul punto cfr. M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a* tipo d'autore *nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust*. 2009, 119.

[22] M.R. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit*., in *Cass. pen*., 5/1997, 1225, scrive che «il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi».

[23] «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» (Corte cost., sent. n 306 del 1993, punto 11 *cons. dir.*).

stanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale dei soggetti che commettono determinati tipi di reato e, pertanto, conclude per la non incostituzionalità della collaborazione quale presupposto per accedere ai benefici e alle misure alternative. L'assenza di pericolosità sociale, infatti, può desumersi solo dalla collaborazione, poiché questa viene considerata l'unico elemento dal quale dedurre con un certo grado di certezza l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata.

Sulla base di questo ragionamento, la Consulta ritiene irragionevole solo l'altra presunzione, risultante implicitamente dalla revoca automatica del beneficio[24]: la *mancata collaborazione* quale indice presuntivo della persistente pericolosità sociale[25].

Anche la giurisprudenza successiva, che pure ha avuto il merito di adeguare la disciplina in questione ai principi costituzionali, non ha mai posto in discussione il meccanismo della collaborazione quale chiave di accesso al percorso rieducativo. Nelle successive sentenze, la Corte ritiene, infatti, che la condizione sufficiente perché il sistema sia conforme a Costituzione sia solo quella di subordinare l'accesso alle misure rieducative ad una collaborazione *oggettivamente esigibile*. Su questo presupposto la normativa è

[24] Sul punto, però, A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen*., 1994, 494, scrive che non si comprende perché le argomentazioni addotte valgano solo per la revoca del beneficio e non anche per la concessione. I principi di colpevolezza, individualizzazione e di proporzionalità, la cui violazione, infatti, ha determinato l'incostituzionalità della revoca automatica, vengono violati anche negando l'accesso ai benefici penitenziari a quel detenuto che non ha collaborato con la giustizia.

[25] Sul punto il giudice delle leggi riconosce, infatti, che la mancata collaborazione può essere incolpevole, poiché può essere causata da altri fattori indipendenti dalla volontà dell'individuo, e pertanto non è idonea a costituire un valido indice di pericolosità specifica. La Consulta in un'altra occasione (sentenza n. 445 del 1997) afferma molto chiaramente che agli identici risultati (vale a dire la dimostrazione dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata) «non può non pervenirsi ove sia stata la stessa condotta penitenziaria a consentire di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire». Poiché, però, la regola presuntiva, collaborazione/assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, è ritenuta valida, in caso di mancata collaborazione sarà necessario un accertamento sull'esistenza o meno di collegamenti con la criminalità e quindi sulla sussistenza o meno della pericolosità del detenuto, che dovrà essere compiuto dal giudice. In altre decisioni (cfr. le sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995), la Corte chiaramente ha affermato la necessità del controllo del giudice, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti.

stata dichiarata illegittima solo quando l'accesso ai benefici risulti precluso, perché un'utile collaborazione con la giustizia non è più oggettivamente possibile, sia per la limitata partecipazione al fatto criminoso[26] sia perché i fatti erano stati completamente accertati con sentenza irrevocabile di condanna[27].

Altre pronunce hanno cercato di contenere al massimo gli effetti deteriori della disciplina, dichiarando l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 27. III co., Cost, delle preclusioni automatiche che impedivano l'accesso a determinati benefici penitenziari solo, però, per quei detenuti che *avevano già usufruito o avevano maturato i requisiti* per usufruirne prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*[28].

*3.3. L'art. 4-*bis *cambia volto e… si espande*

Dopo tali pronunce, le quali hanno cercato di mitigare il regime preclusivo per l'accesso alle misure rieducative, una serie di interventi legislativi[29], inizialmente episodicamente fondati, poi con una revisione organica ad opera della legge n. 279 del 2002[30], hanno ampliato la portata operativa della norma.

Successivamente con il il d.l. n. 11 del 2009 sono stati introdot-

[26] Corte cost. sent. n. 357 del 1994.

[27] Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

[28] L'automatismo preclusivo è stato dichiarato incostituzionale perché impediva al magistrato di sorveglianza di effettuare un accertamento in concreto del grado di rieducazione raggiunto dal detenuto e comportava un'ingiustificata interruzione del percorso rieducativo; cfr. sentt. nn. 504 del 1995, 137 del 1999 e 445 del 1997.

[29] Ci riferiamo al d.l. n. 341 del 2000, alla legge n. 92 del 2001 e alla legge n. 189 del 2002; per un'analisi di questi interventi e per i relativi reati inseriti nella disposizione oggetto della nostra analisi si rinvia ancora a C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 54. Per una ricostruzione sull'evoluzione normativi dell'art. 4-*bis*, se si vuole, L. Pace, *L'art. 4-*bis *dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, § 3.

[30] Così ancora C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 54, ai quali si rimanda per una sintetica e precisa ricostruzione. Tale legge intervento ha operato in una duplice direzione: da un lato, ha cercato di ridisegnare la fisionomia dell'articolo, al fine di una sua razionalizzazione, anche per conformarlo alle pronunce della Corte costituzionale; dall'altro, ha introdotto una serie di reati ulteriori, inseriti tra i reati di prima fascia cui applicare il più rigido regime penitenziario: la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

ti nel novero dei reati ostativi alcuni reati sessuali, al fine di placare l'onda emotiva suscitata nell'opinione pubblica da alcuni episodi di violenza sessuale[31]. In sede di conversione di tale decreto, inoltre, è stato introdotto il nuovo comma 1-*quater*, il quale prevede un diverso percorso per gli autori di quei reati immediatamente lesivi della libertà sessuale[32], introducendo l'osservazione scientifica della personalità[33].

Anche a seguito di ulteriori interventi[34], il catalogo si è ampliato fino al punto di modificare la struttura e la funzione stessa della disciplina. Nell'art. 4-*bis*, infatti, oramai le «fattispecie di reato di norma a carattere individuale e comunque non immediatamente collegate al crimine organizzato»[35] sono la maggioranza, tanto che la collaborazione, sulla quale – come abbiamo visto – l'intero

[31] Pochi giorni prima dell'adozione del decreto legge, il 14 febbraio del 2011, infatti, destò l'attenzione dell'opinione pubblica un episodio di violenza sessuale ai danni di una ragazza minorenne, conosciuto come lo stupro della Caffarella, ultimo di una serie di eventi che scosse particolarmente l'opinione pubblica (qui si ricordano lo stupro e l'omicidio di Giovanna Reggiani, avvenuto alla stazione di Tor di Quinto a Roma, il 30 ottobre del 2007, e la violenza sessuale a Guidonia del 22 gennaio del 2008).

[32] Così C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 86. E questi reati sono la violenza sessuale semplice, salvo che sia stata applicata la circostanza attenuante (art. 609-*bis* c.p.) e aggravata (art. 609-*ter* c.p.), gli atti sessuali con i minorenni (609-*quater* c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (609-*octies*).

[33] È stato, infatti, statuito che gli autori di uno dei reati contemplati dalla norma possono accedere ai benefici penitenziari «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge», indipendentemente dal requisito della collaborazione. La l. n. 172 del 2012 ha successivamente aggiunto all'art. 4-*bis* il comma 1-*quinquies* che ha previsto per questi condannati la partecipazione ad un programma di riabilitazione scientifica di tipo psicologico con finalità di recupero ai sensi dell'art. 13-*bis* ord. penit. (introdotto dalla stessa legge), che deve essere valutata positivamente dal magistrato di sorveglianza. Per una critica di tali modifiche F. Giunchedi, *Esecuzione e modalità di espiazione*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 13 e Della Casa, voce *"Misure alternative alla detenzione"*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 2010, 827. Come fanno notare C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 86, questo nuovo e specifico percorso di fruizione dei benefici penitenziari si basa sul presupposto che «la condotta deviante affondi le proprie radici in un disagio psicologico e personologico, sicché l'elisione della pericolosità di cui sono portatori non potrebbe che passare attraverso un'idonea strategia trattamentale».

[34] Per uno specifico richiamo a questi ultimi sia consentito rinviare a L. Pace, *L'art. 4*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, cit., § 3.

[35] C. Cesari, G. Giostra, Sub *Art. 4-bis*, cit., 59.

impianto normativo era stato fondato dal d.l n. 306 del 1992, ha con il tempo perso la sua centralità. La disciplina in esame, originariamente pensata per fronteggiare la criminalità organizzata, ha assunto la prevalente funzione di creare «percorsi esecutivi di maggior rigore»[36], per tutta quelle serie di reati che, di volta in volta, ingenerano allarme sociale.

La Corte costituzionale, dal suo canto, anche successivamente all'espansione appena descritta, ha cercato di mitigare la portata dell'articolo in esame.

In tal senso merita di essere ricordata la sentenza n. 239 del 2014, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* e della detenzione domiciliare di cui dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge penitenziaria. Questo istituto, infatti, permette alla madre, se sussistono determinate condizioni, di espiare parte della pena nella sua abitazione. L'esclusione operata dall'articolo 4-*bis* è stata dichiarata incostituzionale in quanto comprimeva irragionevolmente il diritto del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre.

Il percorso tracciato in questa decisione è stato ripreso in due successive pronunce: le sentenze n. 76 del 2016 e n. 174 del 2018. Nella prima il giudice delle leggi ha colpito il sistema preclusivo disposto dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., nella parte in cui escludeva che le madri condannate per un reato ostativo ricompreso nell'art. 4-*bis* potessero accedere alla detenzione domiciliare speciale[37], disciplinata dallo stesso articolo. Nella seconda è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 21-*bis* ord. penit., nella parte in cui, attraverso il rinvio all'art. 21, non consentiva alle detenute madri, condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subor-

[36] *Ibidem*.

[37] Sulle sentenze 239/2014 e 76/2017, in riferimento alla detenzione domiciliare speciale come misura volta al mantenimento del rapporto genitoriale, si veda S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in questo *Volume*.

dinava alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che la madre detenuta avesse collaborato, ai sensi dell'art. 58-*ter*.

Anche in queste pronunce le ragioni dell'incostituzionalità risiedono, pertanto, nella indebita e automatica compressione dell'interesse del minore, al quale veniva impedito di instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre. La Corte, tuttavia, ha avuto cura di chiarire che il superamento dell'automatismo legislativo non significa l'abbandono dello schema di interessi predisposto dal legislatore a favore di un altro e differente schema proposto dalla stessa[38], ossia l'aprioristica preminenza dell'interesse del minore sulle esigenze di difesa sociale, ma il semplice e necessario coinvolgimento del giudice nell'applicazione della misura.

In questa storia dell'ampliamento del novero dei reati ostativi ricompresi nell'art. 4-*bis*, è intervenuta, da ultimo, un'importante (quanto criticabile) integrazione. A seguito dell'approvazione della legge n. 3 del 2019 (conosciuta come la legge "spazzacorrotti") al comma 1 dell'art. 4-*bis* sono stati inseriti una serie di reati contro la pubblica amministrazione[39] e, in modo del tutto conseguente, si è stabilito che possano accedere alle misure risocializzanti coloro che collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 323-*bis*, c.p.

Tale modifica ha attirato su di sé diverse e giustificate critiche, che possono così sintetizzarsi[40]: la logica general preventiva, di deterrenza, si impone e comprime irragionevolmente l'ideale rieducativo, al quale il sistema dell'esecuzione penale deve essere improntato; la nuova disciplina è intrinsecamente irragionevole perché la condotta collaborativa appare difficilmente ipotizzabile per alcune ipotesi di reato considerate dalla nuova formulazione

[38] Aspetto, questo, già da tempo rilevato da R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 89 e, ancor prima, Id., *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost*., 1991, 3575.

[39] Così dispone l'art. 1, comma 6, lettera, della legge n. 3 del 2019 «b) dopo le parole: "mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli» sono inserite le seguenti: «314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*,"».

[40] Per una disamina approfondita, alla quale anche la nostra sintesi ha fatto riferimento, si veda V. Manes, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont*., 2/2019, spec. 108 ss.

normativa (si pensi al peculato)[41]; infine, si pone un problema sul piano della disciplina intertemporale, poiché secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, essendo l'esecuzione penale retta dal principio del *tempus regit actum*, la nuova disciplina potrebbe essere immediatamente applicabile, così andando ad incidere sul percorso rieducativo in atto per i detenuti condannati per tali reati.

3.4. I reati c.d. di prima fascia e l'insostenibilità costituzionale della loro disciplina

L'art. 4-*bis*, come emerso da quanto abbiamo scritto, si fonda su una serie di ipotesi presuntive ed è strutturato su una precisa scansione dei gradi di pericolosità dei reati, al cui apice è prevista «una presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»[42], per i delitti afferenti alla criminalità organizzata[43].

Per quanto riguarda i commi 1 e 1-*bis*, il sistema derogatorio in essi previsto si basa sull'assunto che la commissione dei reati di criminalità organizzata, essenzialmente quelli di stampo mafioso, porti con sé la presunzione di persistenza dei legami con l'organizzazione criminale, dalla quale deriva l'ulteriore presunzione di pericolosità specifica dei suoi autori.

Il sistema delineato dai primi due commi dell'articolo in esame non regge, però, da un punto di vista logico: quanto più, infatti, il

[41] Così, infatti, scrive sul punto V. MANES, *op. cit.*, 113, in questi casi «la "collaborazione", in sostanza, sarebbe dunque "strutturalmente" difficile, se non impercorribile, con un evidente profilo di incongruenza normativa (ben oltre il difetto di coordinamento sistematico); a meno di non ipotizzare che la stessa debba prender forma di un mero *edere contra se* o in un monologo simile a quello di Krapp davanti al suo "ultimo nastro": una "inquisizione" non particolarmente "soave" né utile, dunque, ovvero appunto in una collaborazione "impossibile" o "irrilevante", che però dovrà essere giudicata tale – ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. pen. – solo all'esito della valutazione del magistrato di sorveglianza, mentre il condannato è ristretto *in vinculis*».

[42] B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 130.

[43] Sul contrasto tra le presunzioni di pericolosità e la Costituzione si vedano almeno: A. PACE, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost*., 1966, 191 ss.; G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, ivi, 1967, 467 ss. e F. FALZONE, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, ivi, 1972, 1205 ss.

legame con la criminalità organizzata è supportato da una inconfutabile evidenza empirica, tanto più sarà semplice per la magistratura individuare quei casi in cui i legami siano ancora esistenti e negare la concessione dei benefici e delle misure alternative.

In realtà questa illogicità nasconde una precisa scelta: lo scopo – del resto mai sottaciuto – è stato proprio quello di forzare il sistema premiale per perseguire un fine diverso dalla risocializzazione del condannato, ossia la collaborazione come strumento di lotta alla criminalità organizzata[44]. Negare alla magistratura di sorveglianza il potere di effettuare il controllo concreto sulla pericolosità sociale dei detenuti è considerato, infatti, l'unico modo per perseguire questa finalità.

Sulla scorta di tale consapevolezza non si può non concludere per l'incostituzionalità di tale sistema e specificamente per la sua assoluta incompatibilità con l'articolo 27, III co., Cost.[45]. Il sistema dei reati ostativi, infatti, non solo dà alla pena una funzione che non le appartiene, quella di strumento di lotta alla criminalità organizzata, ma, limitando così fortemente l'accesso ai benefici e alle misure alternative, nemmeno permette a quest'ultima, quando è irrogata a determinate categorie di autori, di assolvere alla funzione sua propria: tendere alla risocializzazione del condannato.

La funzione generalpreventiva, cui la presunzione di pericolosità dà attuazione, prevale su quella rieducativa, impedendo, tra l'altro, al magistrato di compiere un bilanciamento che permetta, a seconda delle circostanze del caso concreto, di dare la prevalenza all'una o all'altra funzione della pena[46].

[44] Al prezzo, come mette in luce F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. Grevi (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, cit., 117, di trasformare l'apparato carcerario in un «ingranaggio attivo dell'azione investigativa».

[45] Sull'art. 27, III co., Cost., la letteratura è sconfinata, ma si vedano, almeno, G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca, A Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 221 ss., M. D'Amico, *Sub art. 27*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, I, 565 ss.; G. Neppi Modona, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, 325 ss.; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 38 ss.

[46] Solo in questo modo si dà seguito all'insegnamento della stessa Corte costitu-

Del resto, il sistema ordinario, che subordina la concessione delle misure di risocializzazione al controllo sull'attualità della pericolosità del condannato, consente che le diverse "anime" della pena risultino in equilibrio fra loro. Questo tipo di valutazione, infatti, non preclude in modo aprioristico la possibilità di accedere alle misure alternative e permette, allo stesso tempo, la tutela della sicurezza pubblica, poiché impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative in tutti quei casi nei quali, a causa dell'attualità della pericolosità del detenuto, si determinerebbero dei rischi per la collettività.

Dà supporto alla conclusione cui si è giunti una recente decisione della Corte EDU, *Viola c. Italia*[47], nella quale si afferma che il sistema della collaborazione, per superare la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, si fonda su una libertà di scelta che è solo apparente.

I giudici di Strasburgo smentiscono l'assunto sostenuto dalla difesa dello Stato italiano, in base alla quale la mancata possibilità di accedere alle misure risocializzanti è determinata dalla scelta del detenuto in regime di 4-*bis*, che decide di non collaborare con la giustizia anche nei casi in cui la propria collaborazione non risulti irrilevante o inesigibile. Nella decisione si mette in evidenza, infatti, che molto spesso i detenuti *ex* 4-*bis* non sono nella condizione di poter scegliere, poiché la collaborazione potrebbe comportare delle ritorsioni a danno dei familiari o dei propri cari[48].

Ancora più rilevante per i nostri fini è, tuttavia, l'altro corno sui cui la decisione poggia: anche la supposta equivalenza – sottesa al regime dell'ergastolo ostativo – tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato è priva di fondamento[49].

zionale in base al quale la funzione generalpreventiva anche se in determinate circostanze può risultare prevalente su quella special-preventiva e rieducativa, non può spingersi fino al punto di annullare le possibilità di risocializzazione del condannato. Così Corte Cost. sent. n. 306 del 1993; sul punto si veda anche Corte cost. sent. n. 78 del 2007.

[47] Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 giugno 2019 – Ricorso n. 77633/16 – Causa Viola contro Italia. La versione in lingua italiana, dalla quale sono tratti le citazioni qui riportata, è disponibile al seguente indirizzo *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.wp*.

[48] Corte EDU, *Viola c. Italia* § 116.

[49] Corte EDU, *Viola c. Italia* § 119 ss.

Non solo perché vi possono ben essere casi in cui il detenuto collabori «senza che, in ogni caso, il suo comportamento rispecchi una correzione da parte sua o la sua dissociazione effettiva dall'ambiente criminale», poiché il condannato potrebbe agire anche opportunisticamente al solo fine di ottenere i benefici penitenziari[50]. Ma anche perché – ed è questo un passaggio fondamentale – la disciplina predisposta dall'art. 4-*bis* si fonda sul presupposto erroneo che la dissociazione con l'ambiente criminale di provenienza possa verificarsi solo mediante la collaborazione[51].

L'automatismo preclusivo costituisce, infatti, una «presunzione inconfutabile» che «impedisce *de facto* al giudice […] di verificare» l'evoluzione del percorso trattamentale del detenuto al punto che «il mantenimento della detenzione non è più giustificato per motivi inerenti alla pena»[52]. In altri termini, il detenuto continua a rimanere in carcere, anche se la positiva evoluzione della personalità, e la correlata diminuzione della pericolosità sociale, gli permetterebbero l'accesso alle misure risocializzanti.

In realtà, poiché la personalità del condannato non rimane «fissata al momento in cui il reato è stato commesso», sarebbe proprio l'assenza della preclusione ai benefici penitenziari che potrebbe permettere una positiva evoluzione del percorso di risocializzazione del detenuto, al fine di rivedere in maniera critica il proprio trascorso criminale, e con ciò spezzare il cordone con l'organizzazione criminale di provenienza[53].

3.5. I reati di seconda fascia e la compressione dell'ideale rieducativo

Prima di affrontare l'analisi della compatibilità costituzionale dei reati di seconda fascia occorre chiarire che della disciplina dell'art. 4-*bis* se ne potrebbe benissimo fare a meno, in quanto un controllo sulla pericolosità sociale è già previsto per la concessione dei benefici e delle misure alternative.

[50] Corte EDU, *Viola c. Italia* § 119.
[51] Corte EDU, *Viola c. Italia* § 121.
[52] Corte EDU, *Viola c. Italia* § 129.
[53] Corte EDU, *Viola c. Italia* § 125.

La parte relativa ai reati di seconda fascia (comma 1-*ter*) duplica, pertanto, meccanismi che sono già presenti nell'ordinamento penitenziario, al prezzo, però, di una pericolosa compressione dell'ideale rieducativo.

Il sistema dei reati di seconda fascia ha, infatti, una forte connotazione retributiva, come è evidente se si guarda ad alcune disposizioni che disciplinano le misure rieducative, le quali espressamente rimandano all'art. 4-*bis* ed impongono agli autori di questi reati un maggior tempo di espiazione della pena in carcere. Il riferimento è alla disciplina del lavoro all'esterno[54], del permesso premio[55] e della semilibertà[56].

In forza di queste disposizioni non ci sembra azzardato sostenere che il senso della norma (e la previsione stessa dei reati di seconda fascia) non risieda tanto nella previsione di un meccanismo ostativo, ma nel carattere di maggior afflittività dato alla pena.

Se, infatti, vi è stata una condanna per uno dei reati da essa previsti, e sono assenti i legami con la criminalità organizzata (perché non vi sono mai stati o perché sono stati rescissi) il meccanismo ostativo non costituisce un serio impedimento all'accesso alle misure rieducative. In queste ipotesi, però, il condannato dovrà espiare comunque un *quantum* di pena in carcere superiore rispetto ai condannati comuni, a prescindere dal grado di risocializzazione ottenuto. In ciò risiede la compressione del principio rieducativo e l'incostituzionalità del sistema dei reati ostativi di seconda

[54] L'art. 21 ord. penit. al primo comma statuisce, infatti, che se «si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e *1-quater* dell'articolo 4-*bis*, l'assegnazione al lavoro all'esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni».

[55] L'art. 30-*ter* ord. penit. al comma 4 lett. *c* stabilisce che la concessione dei permessi è ammessa «nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni», mentre per i condannati alla reclusione superiore a tre anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena.

[56] L' art. 50 ord. penit. al secondo comma statuisce che se per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, «*il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione* di almeno due terzi della *pena*» (corsivo nostro), mentre gli altri condannati possono essere ammessi dopo l'espiazione di almeno la metà della pena.

fascia: nello spostamento in avanti del momento di accesso alle misure rieducative.

Per questi soggetti, in definitiva, la pena avrà un *quantum* di afflittività maggiore, in forza di una presunzione di *difficile recuperabilità sociale* e ciò sicuramente non è compatibile con la posizione che occupa l'ideale rieducativo sancito dall'art. 27, III co., Cost., nel nostro sistema costituzionale[57].

4. *L'art. 41*-bis*, comma 2 ord. penit.: la gestione e la prevenzione delle situazioni di allarme sociale fuori dal carcere*

4.1. La nascita

L'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., è stato introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 1992 n. 356.

Nella sua prima formulazione[58], il Ministro della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno, aveva il potere di sospendere, in tutto o in parte e per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, le regole di trattamento e gli istituti dell'ordinamento penitenziario nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* primo comma.

Il regime detentivo speciale così introdotto si configurava come una misura di carattere eccezionale: doveva far fronte alla grave situazione che si era determinata a seguito alla guerra che Cosa Nostra aveva scatenato contro le istituzioni dello Stato. La

[57] La centralità dell'ideale rieducativo è ora inequivocabilmente affermata con la legge di revisione cost. n. 1 del 2007, la quale, modificando il terzo comma dell'art. 27, «ha abolito – incondizionatamente – la pena di morte». Tale modifica, infatti, ha sancito, in modo definitivo, che per il nostro ordinamento costituzionale nessun soggetto è irrecuperabile (Cfr. D. CHINNICI, I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 3 ss.).

[58] Questo il testo originario dell'art. 41-*bis*, secondo comma: «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis*, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza».

sua efficacia era, infatti, limitata ad un periodo di tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione[59].

Requisito della temporaneità che è stato, però, disatteso: dapprima, la sua efficacia è stata prorogata, con una serie di interventi legislativi, fino al 31 dicembre del 2002[60], successivamente, con la legge n. 279 del 2002, si è definitivamente superata la sua natura di norma eccezionale e si è stabilizzato il regime carcerario differenziato[61].

Nella sua prima formulazione, la norma presentava diversi profili di criticità costituzionale che investivano: i presupposti applicativi[62], la durata[63] e il contenuto della misura[64].

Tutte le segnalate carenze erano riconducibili, da un lato, ad un difetto di legalità della misura derogatoria: la legge non dettava una disciplina puntuale, lasciando all'amministrazione il potere di determinare concretamente la misura; dall'altro, all'assenza di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale contro i provvedimenti amministrativi che applicavano e prorogavano tale regime.

Lo iato fra modello costituzionale e art. 41-*bis*, II co., nella sua prima formulazione, era tale e talmente evidente, anche e so-

[59] Così disponeva, infatti, l'art. 29 del d.l. n. 306 del 1992.

[60] Queste proroghe sono state stabilite con: legge n. 36 del 1995, legge n. 446 del 1999 e decreto legge n. 341 del 2001, convertito in legge n. 4 del 2001.

[61] Riguardo a tale modifica è stato sostenuto, non senza una certa ironia, che il Legislatore ha riconosciuto che «un'emergenza che dura da dieci anni non [possa] definirsi tale» (L. CESARIS, Sub *Art. 41*-bis, cit., 457).

[62] La norma si limitava a selezionare i detenuti sulla base del solo titolo di reato, in quanto essa era indirizzata a tutti i detenuti per uno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis*, I co. Ciò era in contrasto con la Costituzione non solo per quanto rilevato in merito allo stesso art. 4-*bis*, ossia una preoccupante tendenza della normativa penitenziaria a colpire l'autore più che la condotta criminosa, ma anche perché conferiva all'amministrazione un'ampia discrezionalità, determinata dalla totale assenza di specificazione degli elementi legittimanti la sua applicazione. La misura, infatti, poteva applicarsi in presenza dell'unico e altrettanto indeterminato presupposto dei «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica».

[63] La disciplina non prevedeva un termine massimo di applicazione, pertanto, la misura, sebbene fosse fissato il termine di un anno nei singoli decreti, poteva, nei fatti, essere illimitatamente prorogabile.

[64] La norma, limitandosi a stabilire il potere di sospendere le regole del trattamento e degli istituti penitenziari, attribuiva al Ministro della giustizia una discrezionalità pressoché assoluta di individuare i contenuti afflittivi che avrebbero caratterizzato la concreta applicazione della misura.

prattutto nell'applicazione concreta che di essa fu fatta ad opera dell'amministrazione, che sulla misura è stato scritto: «il regime detentivo speciale [ha] affiancato alla sua funzione propria, di strumento finalizzato a prevenire i contatti con i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza, una funzione impropria di repressione», anzi, i fatti che hanno contrassegnato le sue prime applicazioni «lasciano quasi pensare ad una "ritorsione dello Stato", il quale, "attaccato brutalmente" aveva in quel momento la necessità di dimostrare la sua forza»[65].

Su tali criticità è intervenuta la Corte costituzionale, ma prima di analizzare le singole pronunce del giudice delle leggi è opportuno fare due precisazioni.

Occorre mettere in evidenza, infatti, che: da un lato, la Corte non ha avuto il coraggio di "colpire frontalmente" la disposizione in esame, intervenendo solo con sentenze interpretative di rigetto, alle quali deve, comunque sia, riconoscersi il merito di aver reso maggiormente conforme a Costituzione la disciplina[66]; dall'altro (e in maniera del tutto conseguente) la permanenza nell'ordinamento del meccanismo derogatorio così predisposto ha permesso al Legislatore, il quale pure in un primo momento si era dimostrato sensibile alle indicazioni delle giurisprudenza costituzionale e aveva ridimensionato gli elementi di maggiore afflittività della misura, di inasprire il rigore del regime detentivo speciale.

4.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e la legge n. 279 del 2002

La Corte costituzionale è intervenuta fin da subito con la sentenza n. 349 del 1993, con la quale, pur salvando dall'incostituzionalità la disposizione di cui si tratta, ha opportunamente chiarito l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina.

[65] A. Della Bella, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 111-112.

[66] Anche se in dottrina non è mancato chi ha sottolineato la portata pratica non dirompente, se non assai ridotta delle decisioni; sul punto cfr. P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 94.

Nella decisione si legge che le restrizioni alle quali faceva generico riferimento l'art. 41-*bis* sono solo quelle attinenti il regime della detenzione in senso stretto e non anche quelle che impongono un sacrificio della libertà personale. Le limitazioni, in base ad essa applicabili, non potevano incidere sulla quantità e qualità della pena già determinata dalla sentenza penale di condanna.

Ciò – sempre secondo la Consulta – stava a significare che il Ministro della Giustizia non ha il potere di incidere anche sulle misure alternative alla detenzione, sull'assegnazione al lavoro esterno o sui permessi e le licenze, poiché i provvedimenti che incidono su tali istituti devono essere sempre adottati nel rispetto dei principi della riserva di legge e di giurisdizione.

Nella stessa decisione la Corte ha anche modo di chiarire che i provvedimenti dell'amministrazione, incidenti anche sulla qualità e quantità della pena, potevano essere sindacati dal giudice ordinario[67].

Quest'ultimo punto è stato ribadito e chiarito[68] nella sentenza n. 410 del 1993, nella quale la Corte costituzionale chiaramente afferma che «in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-*bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* dell'ordinamento penitenziario», ossia la magistratura di sorveglianza.

L'opera di conformazione del regime speciale ai principi costituzionali è proseguita nelle successive pronunce del giudice costituzionale.

Nella sentenza n. 351 del 1996 il giudice delle leggi chiarisce anche che il sindacato giurisdizionale, affinché possa consentire una piena tutela dei diritti dei detenuti, «debba estendersi non solo

[67] Il quale, così continua la Corte, «in caso di reclamo, eserciterà su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l'Ordinamento penitenziario gli attribuisce in via generale sull'operato dell'Amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l'esecuzione delle pene».

[68] Si era fatta strada, infatti, l'idea, sempre respinta dagli stessi Tribunali amministrativi regionali, che il giudice competente potesse essere il giudice amministrativo.

alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo».

In questa decisione, infatti, la Corte afferma che le misure in concreto disposte devono essere necessariamente congrue «rispetto ai fini per i quali la legge consente all'amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario» e su tale congruità la magistratura di sorveglianza può compiere la propria valutazione.

Principio della congruità ancor meglio specificato nella successiva sentenza n. 376 del 1997, della quale merita di essere riportato per intero un passo, per la chiarezza delle parole utilizzate dalla Corte: «non vi è dunque una categoria di detenuti, individuati *a priori* in base al titolo di reato, sottoposti ad un regime differenziato: ma solo singoli detenuti, condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e sotto il controllo dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività, e che per questa ragione sottopone – sempre motivatamente e col controllo giurisdizionale – a quelle sole restrizioni che siano concretamente idonee a prevenire tale pericolo».

Anche grazie a questo incessante lavoro della Corte costituzionale, l'art. 41-*bis* è stato profondamente riformulato all'inizio del nuovo millennio.

Nel 2002, il Legislatore con la legge n. 279, da un lato, ha superato la natura eccezionale della norma, dall'altro, ha apportato importanti modifiche all'articolo in esame, anche al fine di conformarsi alle pronunce della giurisprudenza costituzionale in materia[69].

Non essendo possibile analizzare in modo approfondito le varie e meritorie modifiche introdotte con tale legge, qui ci limitiamo a ricordare[70]: l'adozione di un elenco, contenente le singole restri-

[69] Secondo L. CESARIS, Sub *Art. 41*-bis, cit., 456, però, questa operazione era stata solo apparente.

[70] Le altre modifiche introdotte erano le seguenti: a) si è stabilito, in linea con la giurisprudenza costituzionale, che per applicare il regime detentivo speciale devono

zioni applicabili[71], l'introduzione per legge del limite temporale del provvedimento[72] e la reclamabilità del provvedimento applicativo[73].

4.3. La legge n. 94 del 2009 e il generale inasprimento del regime detentivo speciale

Nel 2009, il Legislatore è ritornato nuovamente a modificare l'art. 41-*bis* ampliandone l'ambito di operatività[74] e inasprendo il regime[75]. La riforma ha avuto fra i suoi obiettivi anche quello di

sussistere elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva; b) le relative restrizioni devono essere necessarie a soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza e impedire i collegamenti con l'associazione di provenienza; c) si è previsto, al fine di limitare il potere discrezionale del Ministro, il coinvolgimento di altri soggetti o organi (il PM, la Direzionale nazionale antimafia, gli organi di polizia) per l'adozione della misura; d) è stata prevista – e questo è un aspetto molto rilevante – anche la possibilità di revoca anticipata del provvedimento ad opera del Ministro della giustizia.

[71] Contenuto nel comma 2-*quater*. Qui si deve segnalare, però, che tale comma, aprendosi con la locuzione «può comportare le seguenti restrizioni», pur riconoscendo all'amministrazione un certo margine di discrezionalità nella scelta delle restrizioni, non imponeva l'adozione di tutte le restrizioni in esso elencate.

[72] Si era previsto, infatti, che questo non potesse essere inferiore ad un anno e non superiore a due; parimenti vennero stabilite anche le modalità per la proroga, la quale poteva essere disposta per periodi successivi ciascuno pari ad un anno, purché non risultasse che la capacità di mantenere i contatti con l'associazione di provenienza fosse venuta meno.

[73] Reclamo azionabile entro dieci giorni dalla comunicazione, presso il Tribunale di sorveglianza che aveva giurisdizione sull'istituto.

[74] L'ampliamento del novero dei destinatari è avvenuto sia in via diretta sia in via indiretta. Sotto il primo profilo, il regime detentivo speciale viene esteso anche «a coloro che abbiano commesso un delitto avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

Sotto il secondo profilo, invece, l'ampliamento in via indiretta avviene mediante il rinvio al primo comma dell'art. 4-*bis*, il quale, proprio ad opera della stessa legge, include delitti diversi dalla sola associazione mafiosa. Sul punto L. Cesaris, Sub *Art. 41*-bis, cit., 458 s.

[75] Come espressamente dichiarato dalla stessa Relazione delle Commissioni permanenti, l'intento era quello di «rendere ancora più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza». *Relazione delle Commissioni permanenti 1° e 2° riunite*, in Senato della Repubblica. Disegni di legge e relazioni, XVI legislatura, A.S. n. 733-A, 6.

«azzerare le interpretazioni giurisprudenziali più garantiste»[76] in merito all'applicazione della norma in esame.

Con riguardo a tale ultimo profilo il Legislatore ha previsto, infatti, che nell'ipotesi di un cumulo di pene per diversi reati, tra cui vi sia un delitto ricompreso nell'art. 4-*bis* è possibile continuare ad applicare il regime detentivo anche se la pena per quest'ultimo delitto sia stata espiata.

In tal modo si è superato un indirizzo di segno opposto dei Tribunali di sorveglianza[77], in base al quale si affermava la scindibilità del cumulo per la fruizione dei benefici.

Evidentemente la scelta operata dal Legislatore è in contrasto, da un lato, con la stessa logica dell'art. 41-*bis*, perché non fonda l'applicazione della misura sulla valutazione di pericolosità, ma sul delitto commesso; dall'altro, con il finalismo rieducativo che dovrebbe imporre, quantomeno, una valutazione in concreto della pericolosità del soggetto per continuare a sottoporlo al regime detentivo speciale una volta che abbia espiato la pena, peraltro per il reato rilevatore di una particolare pericolosità sociale.

Come già ricordato, diversi sono stati gli interventi volti ad inasprire il rigore del regime detentivo speciale: è stata aumentata la durata del provvedimento e della proroga[78]; è stata abrogata la norma che prevedeva la possibilità di revocare prima del termine il provvedimento; infine, è stata esclusa la possibilità di scegliere le misure concretamente applicabili, dovendosi simultaneamente applicare tutte le limitazioni previste dall'articolo in esame.

Quest'ultimo aspetto verrà affrontato nel prossimo paragrafo,

[76] L. Cesaris, *op. cit.*, 457.

[77] I quali si rifacevano al principio espresso dalla Cass. Sez. Un. 30 giugno 1999, n. 14, Ronga, con il quale il giudice di legittimità aveva affermato la possibilità di sciogliere il cumulo per la concessione dei benefici in ordine ai reati che non ne impediscono la concessione e sempre qualora il condannato avesse espiato la pena per il reato ostativo.

[78] La durata della proroga è stata aumentata, non più un anno, bensì due e, inoltre, il Legislatore ha previsto che questa possa essere disposta quando la "capacità di mantenere collegamenti" non sia venuta meno. Non deve provarsi quindi la fine dei collegamenti ma, il più complesso elemento della fine della capacità di tenere collegamenti con l'organizzazione criminale. Valutazione, peraltro, che è condotta dal Ministro della Giustizia sulla base di una serie di elementi eterogenei. In un'ottica di generale inasprimento, è stato anche stabilito che il mero decorso del tempo non costituisce elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere collegamenti.

ora vorremmo proporre una rapida considerazione sull'aumento della durata del provvedimento.

Il legislatore ha stabilito che il provvedimento ha durata di quattro anni, escludendo la possibilità di modulare la durata in considerazione delle esigenze del singolo caso concreto.

In questo modo, però, la norma è in evidente contrasto con il finalismo rieducativo il quale, viceversa, impone, affinché la pena non assuma un carattere meramente afflittivo, un'attenzione al caso concreto e agli eventuali progressi trattamentali[79].

A chiusura di questo sintetico resoconto sulle maggiori novità introdotte dalla riforma del 2009, è necessario ricordare che il Legislatore ha attribuito la competenza in materia di reclamo al Tribunale di sorveglianza di Roma, al fine espresso di «evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali» di sorveglianza.[80] Tale scelta comporta una deroga «radicale al criterio del *locus custodiae*» che non può ritenersi ragionevole perché, da un lato, priva «l'organo giudiziario di informazioni individualizzate importanti, le quali sono, invece, conosciute dai magistrati di sorveglianza sul territorio» e, dall'altro, ha determinato un aggravio del carico di lavoro del Tribunale di sorveglianza di Roma con il conseguente allungamento dei tempi della decisione e la generale riduzione del «livello di effettività della tutela dei detenuti»[81].

4.4. L'esclusione della discrezionalità delle misure concretamente applicabili

La legge del 2009 ha mantenuto l'impostazione della legge n.

[79] La modifica, poi, suscita ancora maggiori perplessità se si pensa alla ragione per la quale è stata introdotta: far fronte al problema della irragionevole durata del procedimento per reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza, tale per cui il provvedimento giurisdizionale spesso arrivava dopo la completa espiazione della pena nel regime detentivo speciale. Per superare tale forma di ineffettività il Legislatore ha pensato bene di incidere sul tempo di espiazione (e quindi aggravando il contenuto del regime detentivo speciale) piuttosto che colpire le inefficienze della tutela giurisdizionale.

[80] Così Dossier del Servizio Studi del Senato, disegno di legge Disegno di legge A.S. n. 733-b, 205.

[81] Così A. Della Bella, *op. cit.*, 289-291, della quale sono entrambe le frasi riportate fra virgolette.

279 del 2002, prevedendo un elenco di singole restrizioni, al fine di eliminare la discrezionalità dell'amministrazione sulla scelta del contenuto delle singole misure.

Sul punto, però, tale legge ha introdotto un'importante innovazione rispetto alla precedente disciplina: è stato previsto, infatti, che la sospensione dell'ordinario regime di detenzione comporta l'applicazione di tutte le limitazioni espressamente contenute nell'elenco, non potendo l'amministrazione, diversamente da quanto previsto dalla legge n. 279 del 2002, scegliere le singole misure applicabili.

Ciò, a prima vista, può sembrare una modifica da salutare con favore, in quanto esclude la discrezionalità dell'amministrazione e si mostra maggiormente conforme al principio di legalità che deve valere in materia di tutela della libertà personale.

Ad un esame più attento, però, si è dovuto constatare che l'eliminazione di ogni discrezionalità sulla scelta delle misure e, di conseguenza, la simultanea ed automatica applicabilità di tutte le limitazioni previste dalla disciplina, da un lato, si pone in contrasto con la *ratio* dello stesso istituto, per il quale devono adottarsi solo le misure tese a salvaguardare le esigenze di ordine e sicurezza, con un'evidente contraddittorietà (intrinseca) fra la l'enunciazione dei fini e la disciplina delle restrizioni concretamente applicabili; dall'altro, contrasta anche con il finalismo rieducativo, perché non consente di adottare quelle limitazioni che rispondono alle concrete esigenze trattamentali[82].

[82] Su quest'ultimo profilo cfr. L. CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, in Biblioteca delle Scienza online, Università degli Studi di Pavia, *http://biblioteche.unipv.it/*, 16. All'indomani di tale modifica si è sostenuto che questa incidesse anche sul potere di accertamento della magistratura di sorveglianza, la quale, in contrasto con quanto chiarito a più riprese dalla Corte costituzionale, non avrebbe più potuto svolgere il proprio controllo sulla congruenza del provvedimento adottato, ma sulla sola sussistenza delle condizioni legittimanti il provvedimento (L. CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, cit., 16). In realtà questa interpretazione è stata smentita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 266 del 2009, mediante «un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, basata sulla constatazione della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. pen.», in forza della quale «la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto […] non ha certamente eliminato il controllo di

4.5. Le singole limitazioni

In queste pagine non potranno essere analizzate tutte le specifiche limitazioni alle normali regole detentive previste dal comma 2-*quater*; ci limiteremo, pertanto, ad analizzare solo quelle che destano maggiori perplessità sul piano costituzionale e che sono state oggetto di sindacato di costituzionalità.

In via preliminare, occorre rilevare che l'elenco nel comma in esame si apre con una norma dai contenuti vaghi ed indeterminati che permette all'amministrazione di adottare misure diverse da quelle espressamente previste («misure di elevata sicurezza») quando queste ultime non si dimostrino idonee a recidere i contatti fra soggetto in regime speciale con la propria o altre associazioni criminali[83].

Se, da un lato, ciò è giustificabile perché consente una certa discrezionalità all'amministrazione nell'adottare ulteriori misure qualora quelle espressamente e rigidamente previste dovessero risultare inadeguate, dall'altro, il carattere indeterminato della formulazione rappresenta una sorta di delega in bianco all'amministrazione che rischia di aggirare le garanzie offerte dalla tipizzazione delle varie misure fatta propria dalla norma.

Le singole limitazioni contenute nel comma 2-*quater* possono essere suddivise in due gruppi: quelle che incidono sui rapporti del detenuto con il mondo esterno (lett. *b*, *c*, *e*)[84] e quelle che incidono sui rapporti fra questi e il resto della popolazione detenuta (lett. *d*, *f*).

legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto».

[83] Specificamente la norma prevede che l'amministrazione possa adottare misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire: 1) contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, 2) contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, 3) interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate.

[84] La lett. *b* disciplina il numero e le modalità dei colloqui con i familiari (in casi eccezionali con differenti soggetti) e i difensori; la lett. *c* prevede la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; la lett. *e*, infine, prevede «la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia».

In riferimento alle limitazioni che si riflettono all'interno del carcere, merita uno specifico approfondimento quella disposta dalla lettera f)[85] e riguardante il divieto di cottura dei cibi, poiché su di essa si è di recente pronunciata la Corte costituzionale.

La dottrina ha in passato espresso le proprie perplessità in relazione a tale divieto, in quanto risultava non comprensibile il pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica derivante dalla cottura dei cibi[86]. Era stato, inoltre, già chiamato a valutare la legittimità costituzionale della previsione normativa anche il giudice delle leggi, il quale però, con l'ordinanza n. 56 del 2011, aveva dichiarato inammissibile la questione, a causa del difetto di pregiudizialità e della carente motivazione in punto di rilevanza[87].

Come già annunciato la questione è ritornata all'esame della giudice costituzionale, il quale, in questa nuova occasione, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto in questione, con la sentenza n. 186 del 2018.

In tale decisione la Corte ha riconosciuto il contrasto con l'art. 3 e 27 Cost.[88], poiché il divieto risulta, in sostanza, «privo di ragionevole giustificazione», «incongruo e inutile» e, pertanto, meramente afflittivo. Per un verso, perché il divieto non è idoneo – e in linea con la comune giustificazione che della norma si è data – a contrastare forme di potere reale di alcuni detenuti su altri, deri-

[85] Così dispone la lettera f): «la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi».

[86] Fra i molti, si veda L. Cesaris, *Sub Art. 41*-bis, cit., 466.

[87] La Corte ha infatti rilevato, da un lato, la coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di illegittimità costituzionale e, dall'altro, che, in base alla prospettazione del remittente, non era possibile desumere la rilevanza delle questioni, poiché nell'ordinanza di rimessione non si precisava se il detenuto-reclamante avesse formulato richieste finalizzate ad ottenere l'attenuazione delle predette limitazioni nei suoi confronti e sulla base di quali esigenze.

[88] È stato, invece, dichiarato assorbito l'altro parametro evocato, l'art. 32 Cost. Per la critica verso tale scelta si veda A. Bonomi, *La Corte dichiara incostituzionale il divieto di cottura dei cibi per i detenuti sottoposti al regime del "carcere duro": la conclusione persuade, ma la motivazione non convince*, in *Giur. cost*., 2018, 2096 ss.

vante dalla disponibilità di generi alimentari di lusso. Il divieto di cottura di cibi, infatti, non impedisce al detenuto di raggiungere tale posizione di preminenza mediante la disponibilità di beni alimentari di lusso da consumare crudi. Per altro verso, perché non trova giustificazione neppure in esigenze di ordine e sicurezza: i detenuti possono sia svolgere (seppur limitati) acquisti di generi alimentari e quindi avere contatti con l'esterno sia possedere un fornello, seppur finalizzato a riscaldare solo liquidi e cibi già cotti[89].

La Corte, tuttavia, non si ferma – come pure avrebbe potuto – al rilievo che il divieto in questione non è conforme al quadro costituzionale di riferimento, ma conclude la pronuncia[90] con una serie di ulteriori considerazioni che, se nulla aggiungono sul piano logico-argomentativo della motivazione, sono di grande valore simbolico e pertanto di sicuro pregio.

Richiamandosi anche a passaggi dell'ordinanza di rimessione, il giudice delle leggi osserva che il «potersi esercitare nella cottura dei cibi, secondo le ritualità cui si era abituati prima del carcere, costituirebbe una modalità, "umile e dignitosa", per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione che trascorre altrimenti in un'aspra solitudine». E chiude la Corte: «non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella"», bensì di riconoscere che anche il detenuto sottoposto al c.d. regime di carcere duro deve conservare «la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale».

Sono passaggi, questi, di particolare forza, poiché mostrano come la centralità della dignità si comprende anche (e forse soprattutto) se questa viene guardata attraverso la normalità della condizione quotidiana. È in quel fluire del tempo che altrimenti trascorrerebbe in un'aspra solitudine che la dignità si staglia prospetticamente in tutta la sua grandezza, mostrando la necessità co-

[89] *Cons. dir.* 4.4.
[90] *Cons. dir.* 4.5.

stituzionale che essa sia valore in grado di illuminare l'esistenza tanto dei liberi quanto dei reclusi.

Per quanto riguarda, invece, le limitazioni che incidono sui rapporti del detenuto con il mondo esterno, esse sono evidentemente intese ad evitare che il detenuto, mediante i colloqui con i familiari o il difensore e la ricezione di beni o di corrispondenza, possa continuare a mantenere i rapporti con l'associazione criminale di provenienza e, se questi ricopriva posizioni di vertice, continuare a dirigere l'attività dell'associazione.

Sebbene tali norme diano risposta ad un effettivo problema verificatosi nella pratica (diversi sono stati i casi in cui i detenuti in regime di 41-*bis* sono arrivati addirittura a ordinare omicidi all'interno delle mura del carcere), il regime particolarmente afflittivo da esse previsto pone non pochi problemi di costituzionalità.

Rispetto ai colloqui con i familiari, la norma impone delle restrizione sia nel numero sia nelle forme in cui possono svolgersi; è previsto, infatti, che possa esserci solo un colloquio personale al mese[91] e questo deve avvenire con vetro divisorio a tutta altezza, controllo visivo, video registrazione e (previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria) controllo auditivo.

La disciplina sommariamente descritta appare ingiustamente restrittiva, soprattutto per ciò che attiene al numero dei colloqui[92], poiché si ostacola «in modo molto significativo il diritto del detenuto alle relazioni familiari ed affettive»[93].

Essa, inoltre, comprime l'interesse del detenuto al mantenimento delle relazioni familiari, il quale, nella complessiva logica dell'ordinamento penitenziario, riveste un ruolo fondamentale «nell'orientare l'esecuzione della pena detentiva all'obiettivo della risocializzazione»[94].

Il rigore di alcune specifiche ipotesi della disciplina sui colloqui è stato attenuato sia dall'amministrazione penitenziaria, riguar-

[91] E alternativamente un colloquio telefonico al mese.

[92] Si ricordi che ai detenuti comuni sono permessi 6 colloqui al mese e un colloquio telefonico a settimana

[93] A. Della Bella, *op. cit.*, 236. Sul diritto all'affettività si veda S. Talini, *L'affettività ristretta*, in questo Volume.

[94] *Ibidem*.

do alle modalità di colloquio con i figli minori[95], sia dalla Corte costituzionale, la quale è intervenuta sulla disciplina dei colloqui con i difensori.

La norma in questione, infatti, se, da un lato, prevedeva che non potessero applicarsi ai colloqui con i difensori le limitazioni proprie dei colloqui con i familiari (vetro divisorio, videoregistrazione e controllo audiovisivo), dall'altro – ed era questo profilo a suscitare dubbi di costituzionalità – stabiliva il limite di tre colloqui a settimana della stessa durata dei colloqui con i familiari (un'ora per i colloqui visivi e dieci minuti per quelli telefonici).

Tale limitazione, frutto di una certa sfiducia verso la classe forense[96], è stata dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost.[97]. La Corte ha chiarito, infatti, che il diritto di difesa, pur potendo subire delle limitazioni, non può essere reso ineffettivo. Anche perché – ricorda ancora il giudice di costituzionalità – la limitazione così introdotta è anche inidonea a contrastare il temuto passaggio di direttive ed informazioni dal carcere all'esterno: tre ore settimanali sono poche per le esigenze difensive, ma non per dare informazioni da portare all'esterno.

[95] Alcune Circolari ministeriali (circ. DAP n. 0140006 del 18 aprile 2013 e n. 0183805 del 23 maggio 2013, in realtà introdotte per rendere omogenee le prassi invalse in vari istituti penitenziari) hanno stabilito la possibilità di effettuare il colloquio con il figlio o il minore *infra*-dodicenne senza vetro divisorio, in ambienti muniti di impianto di video registrazione e con esclusione del sonoro, con la precisazione che il colloquio senza vetro divisorio può durare solo un sesto dell'intero colloquio e non può svolgersi in presenza di altri familiari. Il divieto di compresenza dei familiari, inizialmente ritenuto legittimo dalla stessa Corte di cassazione (sent. 25 marzo 2015, n. 32463) è stato revocato da una successiva circolare dell'amministrazione penitenziaria. Per un'analisi, in alcuni casi anche critica, di tali circolari si vedano: G. Mostropascqua, *I colloqui con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato* ex *art. 41*-bis *legge 26 luglio 1975*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2014, I, 238 ss.; F. Picozzi, *I colloqui dei detenuti "41*-bis*" con i figli minori di anni dodici. La (non inderogabile) presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, 159 ss.; e, da ultimo, si veda A. Della Bella, *op. cit.*, 239 ss.

[96] Sotto la vigenza del precedente regime, si erano registrati casi, infatti, nei quali gli avvocati avevano fatto da tramite fra detenuti e le organizzazioni criminali.

[97] Corte cost. sent. n. 143 del 2013, sulla quale si veda il commento di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, in *Giur. cost.*, 2013, 2176 ss.

Qui merita un cenno anche la limitazione della corrispondenza disposta dalla lettera e) del comma 2-*quater*. Questa limitazione, nella formulazione originariamente introdotta dal Legislatore nel 2002, non aveva un'adeguata base legale, in quanto non disciplinava i motivi, le modalità e la durata delle limitazioni. Ciò era costato all'Italia numerose condanne da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 8 CEDU[98]. Proprio per rimediare a tale situazione di contrasto con il diritto convenzionale, il legislatore è intervenuto con la legge n. 95 del 2004, la quale, introducendo l'art. 18-*ter* ord. penit., è andata ad integrare la previsione dell'art. 41-*bis* che disciplinava la sottoposizione al visto di censura.

Rinviando ad altre parti del volume per gli opportuni approfondimenti sul punto[99], qui occorre mettere in evidenza che nelle limitazioni in esame è stato fatto rientrare anche la ricezione e l'invio di periodici, riviste e libri[100].

A tal fine, infatti, diverse circolari del DAP[101], individuando la base legale nelle lett. *a* e *c* comma 2-*quater*, obbligavano il detenuto ad acquistare tali beni solo mediante l'amministrazione penitenziaria, essendo in ogni caso escluso che questi potessero essere ricevuti dai familiari.

Queste limitazioni, avversate da una parte della magistratura di sorveglianza, la quale riteneva che esse avrebbero dovuto essere disposte con atto della stessa autorità giudiziaria e non con un provvedimento amministrativo, sono, invece, state ritenute legittime dalla Corte di cassazione. Quest'ultima, infatti, ritenendo che non potesse farsi rientrare l'invio e la ricezione della stampa e dei libri nel concetto di corrispondenza, ha escluso che, per esse,

[98] In generale sull'apporto della giurisprudenza della Corte EDU in materia di 41-*bis* si veda A. Della Bella, *op. cit.*, 309 ss.

[99] I. Del Vecchio, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*; A. Turturro, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali,* entrambi in questo Volume.

[100] L'amministrazione penitenziaria è arrivata a tale determinazione a causa di alcuni episodi nei quali i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale erano riusciti a scambiare informazioni (in alcuni casi ad impartire dei veri e propri ordini) con le organizzazioni di provenienza.

[101] La prima è la circolare DAP 16 novembre 2011, n. 8845.

potesse invocarsi la riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 15 Cost.

Proprio sulla legittimità costituzionale di una tale interpretazione, vero e proprio diritto vivente, è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, la quale è intervenuta sulla questione, dichiarandola infondata, con la sentenza n. 122 del 2017.

Il giudice rimettente riteneva tali determinazione, e l'orientamento della Cassazione che le reputava legittime, in contrasto con differenti parametri costituzionali[102], fra i quali il diritto alla corrispondenza, o meglio la riserva di giurisdizione disposta dall'art. 15 Cost. per la limitazione di questa.

La Corte costituzionale, riguardo alla violazione dell'art. 15 e alla corrispondente violazione della riserva di giurisdizione da esso prevista, ha sostanzialmente avallato l'orientamento della Cassazione.

Il giudice delle leggi, infatti, ha affermato che i libri e le riviste, sebbene possano costituire, e costituiscano, una forma di comunicazione, non possono, per ciò solo, ritenersi tutelate dalle garanzie disposte dall'art. 15 Cost. Se si accedesse a tale tesi – continua la Corte – bisognerebbe ritenere che qualsiasi forma di comunicazione, anche reale (ossia mediante scambio di beni) possa rientrare nell'alveo delle garanzie costituzionali invocate. In base a ciò occorrerebbe riconoscere al detenuto la possibilità di scambiare con l'esterno "qualsiasi tipo di oggetto" e senza alcuna limitazione, finché non vi sia un intervento limitativo dell'autorità giudiziaria.

Tale soluzione – così ancora il giudice delle leggi – sarebbe, però, in contrasto con la particolare condizione in cui versa qualsiasi persona detenuta, in forza della quale, per esigenze organizzative e logistiche, prima ancora che di ordine e sicurezza, «necessariamente» si deve escludere «una illimitata libertà del detenuto di ricevere e scambiare oggetti».

Le argomentazioni della Corte costituzionale possono considerarsi, in una certa misura, persuasive; nonostante ciò, la decisione ci lascia perplessi perché ha sostanzialmente aggirato il problema

[102] Oltre all'art. 15 Cost., il quale sarà oggetto di riflessione nel testo, il giudice rimettente aveva invocato la violazione degli artt. 21, 33, 34 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 CEDU.

di fondo non solo della singola norma sottoposta al vaglio di costituzionalità, ma dell'intera struttura dell'art. 41-*bis*: la marginalizzazione dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

5. *Libertà personale, riserva di giurisdizione e art. 41*-bis

Prima di affrontare il tema del rapporto fra riserva di giurisdizione e art. 41-*bis* occorre premettere che il pur meritorio tentativo di rendere il sistema conforme al principio di legalità e ridurre (di conseguenza) la discrezionalità dell'amministrazione in fase di applicazione delle singole misure, perseguito mediante la tipizzazione delle limitazioni applicabili, non è idoneo a rendere il complesso normativo conforme a Costituzione.

Nel sistema delle garanzie delineato dall'art. 13 Cost., i provvedimenti limitativi della libertà personale devono, infatti, sempre essere disposti con atto motivato dell'autorità giudiziaria, potendo l'amministrazione solo darvi esecuzione. E questo principio dovrebbe trovare applicazione anche per il regime detentivo speciale.

Non vale obiettare, infatti, che la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria contro i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41-*bis* è sempre riconosciuta, perché non è sufficiente che una qualche garanzia giurisdizionale sia prevista, ma è condizione necessaria che il provvedimento applicativo del regime speciale sia contenuto in un atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Del resto, lo stesso Legislatore era consapevole che il regime non fosse compatibile con il sistema delle garanzie costituzionali. Come abbiamo visto, infatti, l'art. 41-*bis* è stato introdotto quale norma eccezionale (e pertanto temporalmente limitata) tesa a far fronte alla grave situazione di emergenza generata dalle diverse azioni della criminalità organizzata di stampo mafioso. La situazione emergenziale giustificava, da un lato, la deroga all'ordinario regime detentivo e, dall'altro, la competenza riconosciuta al Ministro della Giustizia di disporre tale regime.

Che questa scelta fosse criticabile già allora non può essere dimostrato compiutamente in queste pagine, basti pertanto ricordare che affinché sia garantito lo stato di diritto la lotta ai feno-

meni eversivi (siano essi di matrice terroristica o mafiosa) non va condotta al di fuori delle garanzie costituzionale, ma nel rispetto di esse[103].

Anche a voler prescindere da tale ultima considerazione e ritenere che il particolare momento storico legittimasse la deroga alle garanzie costituzionali, le ragioni della sua esistenza sono venute meno, però, quando nel 2002 è stata superata la sua natura eccezionale e la norma è definitivamente divenuta uno "strumento ordinario" di "gestione straordinaria" di determinate tipologie di detenuti.

Non è solo l'argomento della fine della natura eccezionale della norma, però, a deporre per l'insostenibilità costituzionale di tale regime nella parte in cui non affida all'autorità giudiziaria la decisione sulla sua applicabilità.

La necessarietà della decisione giurisdizionale sull'applicazione del regime (e di converso l'incostituzionalità della sua esclusione) dipende anche dal fatto che la norma, pur presentandosi come una particolare modalità esecutiva della pena inflitta nella sentenza di condanna, in realtà si configura come un autonomo modo di restrizione della libertà personale[104].

A nostro parere, infatti, il regime detentivo speciale può essere fatto rientrare nelle altre forme di restrizione della libertà personale considerate dall'art. 13 Cost.

Tutte le limitazioni previste dall'art. 41-*bis* non possono essere considerate semplici modalità esecutive della pena, poiché incidono direttamente sulla condizione del detenuto e comportano una degradazione giuridica del suo *status*[105].

Sul punto è utile spendere alcune, seppur sintetiche, considerazioni.

La figura della degradazione giuridica è stata adottata dalla giurisprudenza costituzionale per applicare le garanzie previste per le forme di restrizione della libertà personale ad alcune misure di prevenzione ed è stata utilizzata dalla dottrina per cercare di delineare una nozione comune di libertà personale.

[103] Sul punto per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici, si veda M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 74 ss. e spec. 79-82.

[104] In tal senso cfr. A. Pennisi, *op. cit.*, 64.

[105] A. Pennisi, *op. cit.*, 64.

Fra quanti si sono adoperati in questo sforzo, si è sostenuto, rifacendosi alle argomentazioni della Corte[106], che la degradazione giuridica deve leggersi quale situazione che va ad incidere sulla personalità morale dell'individuo e, in ultima analisi, sulla sua dignità. Su tali basi si riteneva che un provvedimento dovesse considerarsi contro la libertà personale «non in considerazione della qualità e gravosità dei limiti che impone, bensì […] in base alla possibilità che, attraverso la limitazione della libera disponibilità della propria persona, si venga ad incidere sulla personalità morale e sulla dignità sociale del singolo»[107].

Tale tesi ha però prestato il fianco ad una facile (e condivisibile) obiezione: basandosi sul concetto di dignità sociale si legittima la «gravissima conclusione che misure incidenti sulla libertà fisica ma non ritenute socialmente degradanti» potrebbero venir sottratte ai «meccanismi di tutela»[108].

Tale critica è particolarmente rilevante per questo scritto, perché – al di fuori delle intenzioni del suo Autore – offre una spiegazione particolarmente convincente sull'impermeabilità a qualsiasi tentativo di superamento dell'art. 41-*bis*: il giudizio di riprovazione sociale rivolto verso i soggetti ad esso sottoposti, prima ancora che ragioni – obiettive – di sicurezza pubblica, rendono difficile qualsiasi serio tentativo di superamento di questo regime, perché esso non è considerato quale misura socialmente degradante per i soggetti che ne sono sottoposti.

Secondo la tesi da ultimo esposta, pertanto, rientrano nel campo di applicazione dell'art. 13 Cost. soltanto quelle misure che incidono direttamente sulla libertà personale, la quale deve intendersi come tutte quelle facoltà materialmente consentite dalle proprie possibilità fisiche[109].

I limiti di tale approccio restrittivo, rispetto al concetto di li-

[106] Al concetto di degradazione giuridica la Corte ricorre per la prima volta nella sentenza n. 11 del 1956 e viene ribadito nella sentenza n. 30 del 1962.

[107] A. Barbera, *I Principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 119. Tesi questa espressa anche da C. Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost*., 1960, 689 ss.

[108] A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 179.

[109] Così ancora A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, cit., 180.

bertà personale, emergono proprio nell'ambito penitenziario e in particolar modo nel regime speciale. Se il diritto coperto dalle garanzie costituzionali è solo quello riferibile alle proprie possibilità fisiche, tali garanzie come possono operare quando tali possibilità risultano già ristrette?

In buona sostanza, se la prima tesi, sulla degradazione sociale dell'individuo, allarga troppo l'ambito di operatività delle garanzie costituzionali e, del pari, rischia di giustificare limitazioni della libertà personale verso soggetti che, per senso comune, di quella dignità sociale non dovrebbero godere, la seconda tesi rischia di risultare poco utile in determinati contesti di preesistente restrizione della libertà personale.

Detto in altri termini, la seconda ricostruzione rischia di fungere da comodo cappello teorico per inquadrare le ulteriori restrizioni cui i detenuti sono sottoposti quali semplici modalità esecutive e non "altre forme" di restrizione della libertà personale.

Al netto di tali considerazioni, il vero problema delle due ricostruzioni è quello di essersi mosse nella linea di demarcazione fra misure coercitive vere e proprie e misure di prevenzione ovvero, detto in altri termini, se alle seconde potessero applicarsi le garanzie procedurali, ossia la riserva di giurisdizione, previste per le prime.

La condizione detentiva evidentemente si pone al di fuori di questo quadro teorico e pertanto necessita di un'ulteriore riflessione.

La soluzione al problema che si sta affrontando (ossia la necessità che il regime speciale sia disposto con atto dell'autorità giudiziaria) potrebbe essere quella di leggere l'art. 13, I co., in combinato con gli artt. 2 e 3 Cost., intendendo così il concetto di inviolabilità non limitato alla sola libertà fisica ma alla libertà psicofisica[110].

[110] F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11 ss. Tale ricostruzione, legando il concetto di dignità a quello di libertà, conclude che i nuovi diritti possono trovare una garanzia costituzionale se riconducibili ad uno dei diritti espressamente enumerati in Costituzione. In base ad essa ai detenuti dovrebbero essere riconosciuti tutti quei diritti costituzionali che non sono incompatibili con lo stato di detenzione. È già ricorso alla tesi di Modugno con riferimento ai diritti del detenuto M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit., 2014, 47 ss. e spec. 51 ss.

Se ad essere inviolabile non è la sola libertà fisica, ma la stessa libertà psicofisica, le garanzie previste dall'art. 13 Cost. (riserva di legge e riserva di giurisdizione) devono applicarsi anche quando ad essere incisa sia quest'ultima.

Non crediamo siano indispensabili complesse argomentazioni per dimostrare che le misure previste dalla norma in commento vadano ad incidere proprio sulla libertà psicofisica del detenuto, come altro possono considerarsi, altrimenti, le restrizioni che incidono sui legami familiari, sulla segretezza della corrispondenza, sulla libertà di ricevere libri, sui momenti di socialità interni al carcere?

Conferma di quanto si va scrivendo si può trovare nella stessa giurisprudenza costituzionale, la quale ha affermato che «chi si trova in uno stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[111].

Parimenti la Corte costituzionale ha aggiunto che «l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni […] o che comunque comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»[112].

Se la restrizione della libertà personale (pena detentiva) deve essere sempre disposta con un atto motivato dell'autorità giudiziaria, in un sistema in cui la libertà è già limitata, ma deve sempre sussisterne un residuo, tutte quelle volte che si va ad incidere su questo residuo, ossia si attua una degradazione giuridica dello *status* detentivo, questa può essere disposta soltanto mediante un intervento dell'autorità giudiziaria.

[111] Corte cost. sentenza n. 349 del 1993. Che poi tali affermazioni siano state espresse proprio quando la Corte è stata chiamata a conoscere della legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* e non abbiano portato ad un suo superamento nel senso indicato nel testo è elemento che, forse, dimostra il poco coraggio (comprensibile ma non giustificabile) della giurisprudenza costituzionale nel colpire norme direttamente coinvolte nel contrasto della criminalità organizzata.

[112] Così ancora Corte cost. sentenza n. 349 del 1993.

Su tali basi si può concludere che il regime *ex* art. 41-*bis* per essere disposto necessiti di un intervento giurisdizionale originario, nel senso che non è sufficiente che un tale intervento vi sia ed abbia ad oggetto la misura già adottata, ma è lo stesso regime detentivo speciale a dover essere disposto con un atto motivato dell'autorità giudiziaria e, del pari, anche le eventuali e ulteriori limitazioni applicabili allo stesso dovrebbero sempre fondarsi su un (ulteriore) provvedimento giurisdizionale.

6. *La riforma dell'ordinamento penitenziario: tutto tace sul fronte del regime detentivo speciale*

Riguardo allo specifico tema di questo lavoro, la riforma dell'ordinamento penitenziario, operata con i decreti attuativi della legge di delega n. 103 del 2017, non ha fatto registrare alcuna novità, poiché anche gli interventi che la delega chiedeva venissero attuati rispetto al regime dell'art. 4-*bis* sono rimasti lettera morta. Ma procediamo con ordine.

Innanzitutto nessuna novità era attesa rispetto alla disciplina dell'art. 41-*bis*, poiché nella delega si era espressamente escluso un intervento in tal senso.

Discorso diverso invece deve farsi per l'art. 4-*bis*, la cui modifica non era affatto esclusa dalla normativa delegante. All'art. 1, comma 85, lettera *e)* era stabilita, infatti, «l'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano […] per gli autori di determinate categorie di reati l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato».

Occorre, però, aggiungere che in tal modo non si voleva operare un profondo (e doveroso) ripensamento del sistema dei reati ostativi, poiché nell'ultima parte della lettera *e)* veniva stabilito, infatti, che quanto previsto non avrebbe trovato applicazione ai casi di particolare gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e di terrorismo anche internazionale.

È evidente come tale ultima previsione non era intesa a salvare solo (ed espressamente) il regime preclusivo previsto per reati di prima fascia, ma non vincolava neppure il Governo, in sede di adozione dei decreti legislativi delegati, ad abrogare o comunque sia, fortemente ridimensionare le ipotesi contenute nel comma 1-*ter*, i c.d. reati di seconda fascia.

L'art. 4-*bis* è, infatti, norma direttamente protesa a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di detenuti, pertanto, tutte le varie tipologie di reati in esso contenute possono considerarsi ipotesi di pericolosità specificamente individuate.

La ritrosia che si scorgeva nella disciplina delegante si è tramutata in un atteggiamento di vera e propria chiusura al momento dell'adozione dei decreti attuativi: come si è già accennato, nulla è stato fatto e la delega sul punto è rimasta completamente inattuata.

Sempre rispetto alla disciplina dell'art. 4-*bis*, deve registrarsi, invece, un'aperta violazione della legge di delega, per quanto riguarda la disciplina delle misure di comunità (nuovo nome dato alle misure alternative alla detenzione) per i detenuti minorenni.

Per questa (speciale) categoria di detenuti, l'art. 1, comma 85, lettera *p*), numero 6, legge n. 103 del 2017, prevedeva la «eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento». Il legislatore delegante aveva in tal modo espresso un rifiuto netto per l'operatività degli automatismi in materia minorile, rispetto al quale l'art. 2, comma 3, del decreto legislativo n. 121 del 2018, si pone in aperto contrasto, prevedendo che ai detenuti minorenni «ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno si applica l'articolo 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*» ord. penit.

È stato da più parti fatto notare[113] come in tal modo la nuova norma si sia posta in aperto contrasto con una pronuncia molto prossima all'intervento delegato, la sentenza n. 90 del 2017. Con

[113] In tal senso E. De Caro, *Le misure alternative di comunità*, in P. Gonnella (a cura di), *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 113; Anonymous, *Il nuovo ordinamento penitenziario minorile: un'occasione sfruttata a metà*, in *Studium iuris*, 2019, xx

tale decisione la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui non consentiva, a causa l'automatismo su cui la norma si fondava, la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti elencati dalla stessa disposizione impugnata. Nella pronuncia si legge, infatti, che è affermazione costante della giurisprudenza costituzionale quella per la quale il sistema di giustizia minorile deve essere caratterizzato dalla «"necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante" […] anzi su "prognosi particolarmente individualizzate" (sentenza n. 78 del 1989)»[114].

Pare evidente, pertanto, la contrarietà della norma, così introdotta, con la lettura che la giurisprudenza costituzionale ha dato del sistema dell'esecuzione penale minorile e ancor prima con il quadro costituzionale di riferimento. Proprio alla luce di tale spiccata contrarietà spetta nuovamente al giudice delle leggi – come più volte avvenuto per la disciplina dei reati ostativi – la responsabilità di ripristinare la legalità costituzionale. Sarebbe auspicabile, tuttavia, che il Legislatore non dimenticasse che egli dovrebbe essere il primo, e forse anche principale, attuatore della Costituzione.

[114] *Cons. dir.* 5.

Silvia Talini

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

SOMMARIO: 1. Diritti dei ristretti e giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale. Riflessioni introduttive – 2. La natura giurisdizionale del procedimento instaurato dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza – 3. Vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza e obbligo di ottemperanza: il c.d. conflitto di attribuzioni "Rai Sport-Rai Storia" – 4. La sentenza Torreggiani e altri c. Italia della Corte EDU: sulla necessità di rimedi effettivi a garanzia dei diritti dei ristretti – 5. Il seguito agli *ultimata* dei giudici di Strasburgo – 6. La tutela dei diritti delle persone private della libertà oggi: tra effettività ed ineffettività. Valutazioni conclusive

1. *Diritti dei ristretti e giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale. Riflessioni introduttive*

«È principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento nell'art. 27, comma terzo, Cost. […] ed è, allora, alla luce di questo precetto che […] va considerato il trattamento del condannato»[1]. Con questa solenne affermazione i giudici costituzionali, all'indomani della riforma penitenziaria del '75, diedero avvio a un lungo percorso giurisprudenziale teso alla valorizzazione dei diritti inviolabili dei ristretti, un *prius* intangibile anche in riferimento alle scelte politico-normative compiute dai pubblici poteri nella fase esecutiva delle sanzioni penali.

[1] Corte cost. sent. n. 114 del 1979.

A questo proposito è noto come la legge n. 354 del 1975[2], nel tentativo di dare concreta attuazione ai principi costituzionali di umanità e finalismo rieducativo di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.[3], abbia rappresentato un innegabile traguardo nel riconoscimento della dignità innata delle persone recluse, attraverso la previsione di un corpo organico e sistematico di norme che ne ha codificato diritti e prerogative.

Sono disposizioni che, in forza del loro contenuto precettivo, non solo fissano limiti invalicabili ai poteri degli organi statali operanti in sede penitenziaria, ma impongono loro una serie di canoni

[2] Legge n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", il cui Regolamento di esecuzione è contenuto nel d.P.R. n. 230 del 2000.

[3] L'art. 27, terzo comma, Cost. costituisce il fulcro delle previsioni costituzionali poste a tutela dei diritti della persona nel corso dell'esecuzione penale: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

Sulla funzione della pena v. M. Ruotolo, *Dignità e Carcere*, Napoli, 2014, 35 ss. e, dello stesso Autore, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 1 ss. Sia altresì consentito un rinvio a S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normativa, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 9 ss.

La Corte costituzionale si è più volte confrontata con i principi di umanità e rieducazione secondo un andamento giurisprudenziale non sempre lineare, si vedano *ex plurimis,* le sentt. nn. 12/1966, 22/1971, 264/1974, 282/1989, 313/1990 e 129/2008.

Sul punto occorre richiamare un centrale passaggio della recente sentenza n. 149/2018: «la personalità del condannato «non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società».

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

di comportamento più o meno incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione delle persone private della libertà personale. In tal senso l'art. 4 dell'ordinamento penitenziario (di seguito o.p.) stabilisce che: «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale»[4]. Si tratta di un'affermazione profondamente incisiva, che travolge la precedente visione del detenuto come mero (s)oggetto passivo dell'esecuzione, restituendogli un ruolo attivo nell'esercizio e nella difesa dei propri diritti[5].

Non sembra azzardato, dunque, cogliere nella riforma del 1975 i profili di una "carta dei diritti dei detenuti"[6], autentico *vademecum* connotato dall'ambizione di introdurre un innovativo "codice dei diritti"[7] attraverso la previsione di situazioni giuridiche soggettive inviolabili da parte del legislatore ed entro cui delimitare le azioni dell'Amministrazione penitenziaria.

Tale metamorfosi costituzionalmente orientata sarebbe tuttavia risultata priva di ogni significato – restando mera formulazione astratta – se al riconoscimento della titolarità dei diritti non fosse

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

[5] Durante il regime fascista vennero approvate numerose riforme del sistema penale e penitenziario, culminate nell'introduzione del Codice penale Rocco (1930), del Regolamento Carcerario (1931), del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (1931) e dell'Ordinamento giudiziario Grandi (1941). Tali interventi delinearono un apparato sanzionatorio fortemente autoritario e repressivo: la detenzione era l'unica risposta penale agli illeciti, il detenuto perdeva la qualifica di "persona" divenendo un mero destinatario di regole tecnico-organizzative dell'istituto penitenziario. Attraverso l'uso della tortura e la reintroduzione della pena di morte si diffuse una cultura giuridica che svuotò l'individuo di ogni valore intrinseco, rendendolo plasmabile e disponibile alla volontà dei gruppi che detenevano il potere.

Sul sistema sanzionatorio vigente durante il regime fascista si rinvia a due opere di G. Neppi Modona: *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1973, vol. V e *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Politica del Diritto*, 1974, 183 ss. Per un'analisi evolutiva della detenzione v. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall''800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1982.

[6] L'espressione è contenuta in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, 6.

[7] In questo senso N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 55.

corrisposto un analitico quadro di strumenti e garanzie volto ad assicurarne l'effettività; dovere che ha condotto il legislatore del '75 a istituire la Magistratura di sorveglianza in ossequio ai principi costituzionali di libertà-dignità della persona (art. 2 e 3 Cost.)[8], del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.). Se nel sistema *ante* riforma il potere di vigilare sulla corretta esecuzione delle sanzioni penali veniva ricondotto a un'attività meramente amministrativa, la legge n. 354 capovolge tale impostazione prevedendo un doppio livello di giurisdizione – Magistrato di sorveglianza, Tribunale di Sorveglianza[9] – preposto alla garanzia dei diritti delle persone private della libertà.

Il formale riconoscimento ad opera della riforma non ha risolto, tuttavia, la questione relativa all'effettiva esplicazione dei principi costituzionali: in materia di tutela dei diritti delle persone ristrette è stata spesso manifestata la tendenza a ridurre la portata innovativa della riforma, ora sotto il profilo amministrativo, ora sul piano legislativo. A fronte di tale propensione si deve alla giurisprudenza, costituzionale e sovranazionale, una centrale funzione integratrice e suppletiva, sia in riferimento all'operato delle autorità penitenziarie, sia in relazione al comportamento delle forze parlamentari troppo spesso inerti di fronte alle denunciate lacune del sistema di garanzie che minacciano l'effettività dei diritti: fino al

[8] F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107.

[9] In estrema sintesi la Magistratura di sorveglianza, oltre alle questioni relative ai diritti dei detenuti, è organo preposto alla concessione, gestione e revoca delle misure alternative alla detenzione e dei benefici previsti dalla normativa penitenziaria. Il Tribunale di sorveglianza, le cui funzioni e provvedimenti sono descritti nell'art. 70 o.p., è un organo collegiale composto da magistrati ordinari ed esperti non togati costituito con competenza territoriale estesa al distretto di Corte d'Appello, giudica in un collegio di quattro membri con decisioni impugnabili attraverso ricorso per Cassazione. Il Magistrato di Sorveglianza è organo monocratico le cui funzioni sono indicate dall'art. 69 o.p.

Per un approfondimento su funzioni e competenze della Magistratura di sorveglianza si rinvia, tra i molti, a B. Ferraro, C. De Stefanis, *Procedimenti e Provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza*, Padova, 1995. Per un'analisi critica v. A. Margara, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare, in Il carcere dopo le riforme*, in *Atti del convegno di Magistratura Democratica. La realtà del carcere a due anni dalla riforma*, Milano, 1978.

punto, come si dirà, di ignorare gli stessi inviti a legiferare espressi dalla Corte costituzionale in numerose pronunce[10].

Adottando tale prospettiva, può guardarsi ai diritti delle persone private della libertà come a "diritti ad effettività emersa", cioè a statuizioni soggettive che hanno necessitato di un lungo *iter* giurisprudenziale per giungere al riconoscimento di una concreta giustiziabilità e, al contempo, per vedere riconosciuta la vincolatività in concreto delle decisioni adottate dalla Magistratura di sorveglianza nei confronti dell'amministrazione chiamata ad applicarle. Si coglie, allora, la centralità di un'analisi volta a ripercorrere le principali tappe evolutive di tale percorso, soprattutto al fine di comprendere se gli interventi normativi degli ultimi anni possano configurarsi, o meno, come un'adeguata risposta alla garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" nel corso dell'esecuzione penale.

2. *La natura giurisdizionale del procedimento instaurato dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza*

La giurisprudenza costituzionale si è mossa, *in primis*, assicurando che la tutela dei ristretti fosse garantita attraverso un procedimento avente natura giurisdizionale.

Sotto il profilo normativo, ordinamento penitenziario e codice di rito, prevedono diverse procedure attivabili nel corso dell'esecuzione penale. L'art. 35 o.p. ("Reclamo generico"), contempla un procedimento *de plano*, senza formalità, che consente al detenuto di rivolgere, anche in forma orale, istanze o reclami a un eterogeneo elenco di soggetti tra cui il Magistrato di sorveglianza (punto 5)[11]; l'art. 14-*ter* o.p., ancora, disciplina il procedimento giurisdi-

[10] Più ampiamente sulla giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale come "sistema di tutele ad effettività emersa" sia consentito un rinvio alle riflessioni contenute in S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 285-334.

[11] Il primo comma dell'art. 35 o.p. prevede che i detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: al direttore dell'istituto, al provveditore regionale, al capo del dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e al Ministro della Giustizia; alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti; al Presidente della giunta regionale; al magistrato di sorveglianza; al Capo dello Stato.

zionale per reclamo avverso il provvedimento che dispone la sorveglianza particolare: si svolge in camera di consiglio con la sola partecipazione del difensore e del pubblico ministero e si conclude con un'ordinanza entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo[12].

Alle citate procedure il codice di rito affianca il procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.) in cui i principi costituzionali del giusto processo e del diritto di difesa trovano la massima espressione: l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore, del pubblico ministero e l'interessato, che ne fa richiesta, è sentito personalmente; il giudice decide con ordinanza comunicata o notificata senza ritardo alle parti ricorribile in Cassazione; la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, a meno che il giudice non disponga diversamente[13].

[12] Ai sensi dell'art. 14-*ter* o.p.: «Avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare può essere proposto dall'interessato reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento (primo comma). Il tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo (secondo comma). Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare memorie. (terzo comma). Per quanto non diversamente disposto si applicano le disposizioni del capo II-bis del titolo II (quarto comma)».

La giurisprudenza costituzionale si è più volte espressa nel senso di riconoscere natura giurisdizionale piena a tale procedimento; sul punto cfr. le sentenze nn. 26 del 2009, 190 del 2010, nonché le ordinanze nn. 220 del 2010 e 56 del 2011.

[13] Il recente d.lgs. n. 123 del 2018 ha apportato una serie di modifiche all'art. 678 c.p.p. prevedendo: 1) la sostituzione del primo comma con il seguente: «Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere, e il tribunale di sorveglianza, nelle materie di sua competenza, se non diversamente previsto, procedono, a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato, del difensore o di ufficio, a norma dell'articolo 666. Quando vi è motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona, procedono comunque a norma dell'articolo 667, comma 4»; 2) che il comma 1-bis sia sostituito dal seguente: «Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, e il tribunale di sorveglianza, nelle materie relative alle richieste di riabilitazione, alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova, anche in casi particolari, alla dichiarazione di estinzione del reato conseguente alla liberazione condizionale e al differimento dell'esecuzione della pena nei casi previsti dal primo comma, numeri 1) e 2), dell'articolo 146 del codice penale, procedono a norma dell'articolo 667, comma 4»; 3) l'inserimento dopo il comma 1-bis del seguente «1-ter. Quando la pena da espiare non è superiore a un anno e sei mesi,

In ordine alla richiamata pluralità di procedure, una questione particolarmente annosa – oggi in parte risolta dall'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p. – riguarda la possibilità di decidere con un procedimento *de plano* sui reclami "generici", *ex* art. 35 o.p. rivolti al Magistrato di sorveglianza, qualora riguardino atti dell'Amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti dei detenuti. I profili di maggiore criticità sono emersi soprattutto in relazione al contenuto del reclamo: avendo ad oggetto un diritto della persona ristretta, difficilmente il rimedio senza formalità avrebbe potuto configurarsi come costituzionalmente legittimo se non sorretto da adeguate forme di tutela giurisdizionale.

In tal senso si è pronunciata la Corte costituzionale con la nota

per la decisione sulle istanze di cui all'articolo 656, comma 5, il presidente del tribunale di sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designa il magistrato relatore e fissa un termine entro il quale questi, con ordinanza adottata senza formalità, può applicare in via provvisoria una delle misure menzionate nell'articolo 656, comma 5. L'ordinanza di applicazione provvisoria della misura è comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato e al difensore, i quali possono proporre opposizione al tribunale di sorveglianza entro il termine di dieci giorni. Il tribunale di sorveglianza, decorso il termine per l'opposizione, conferma senza formalità la decisione del magistrato. Quando non è stata emessa o confermata l'ordinanza provvisoria, o è stata proposta opposizione, il tribunale di sorveglianza procede a norma del comma 1. Durante il termine per l'opposizione e fino alla decisione sulla stessa, l'esecuzione dell'ordinanza è sospesa»; 4) l'inserimento dopo il comma 3 dei seguenti: «3.1. Quando ne fa richiesta l'interessato l'udienza si svolge in forma pubblica. Si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 471 e 472. 3.2. L'avviso di fissazione dell'udienza, notificato all'interessato, contiene, a pena di nullità, l'avvertimento della facoltà di parteciparvi personalmente. Se l'interessato detenuto o internato ne fa richiesta, il giudice dispone la traduzione. Si applicano in ogni caso le forme e le modalità di partecipazione a distanza nei procedimenti in camera di consiglio previste dalla legge. La partecipazione all'udienza avviene a distanza anche quando l'interessato, detenuto o internato, ne fa richiesta ovvero quando lo stesso è detenuto o internato in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice. Ove lo ritenga opportuno, il giudice dispone la traduzione dell'interessato».

L'articolato rito della sorveglianza si applica, con alcune specificità, anche al reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* o.p. introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 su cui si tornerà a breve. In ordine a tale procedura il d.lgs. n. 123 del 2018 ha modificato il primo comma dell'art. 35-*bis* o.p. prevedendo, al secondo periodo, la sostituzione della parole: «e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» con le seguenti: «e ne fa dare avviso, oltre che al soggetto che ha proposto reclamo, anche all'amministrazione interessata, a cui è comunicato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste».

sentenza n. 26 del 1999. Nel caso di specie, il Magistrato di sorveglianza di Padova, chiamato a decidere sui reclami proposti da due detenuti ai sensi dell'art. 35 o.p., ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 6, o.p.[14], nella parte in cui non prevedeva che la procedura descritta dall'art. 14-*ter* o.p. potesse applicarsi anche al reclamo generico avente ad oggetto la presunta lesione di diritti costituzionalmente garantiti, per contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e il diritto alla difesa (art. 24 Cost.). Più dettagliatamente, ad avviso del rimettente, la mancata previsione di un modello effettivo di natura giurisdizionale nelle ipotesi anzidette risultava irragionevole e discriminatorio, ponendosi in aperto contrasto con i richiamati parametri costituzionali.

L'11 febbraio del 1999 la Corte costituzionale dichiara la questione fondata, rilevando l'illegittimità degli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale adeguata nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi di diritti dei detenuti. La motivazione trova il suo fondamento nelle considerazioni espresse in apertura della presente indagine: «*al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale (…), l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e caratterizzanti lo stato democratico di diritto: un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per Cassazione*».

La tutela delineata dall'art. 35 o.p. è, dunque, priva dei requi-

[14] A norma dell'art. 69, sesto comma, o.p. il magistrato di sorveglianza «decide con ordinanza impugnabile solo per Cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p., sui reclami dei detenuti e internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti: l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali». Decide inoltre sulle «condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa».

siti minimi della giurisdizionalità risolvendosi in un strumento che – ancorché rivolto al Magistrato di sorveglianza – non si distingue da un'ordinaria doglianza informale[15].

Dichiarata in questi termiti l'incostituzionalità, il Giudice delle leggi ritiene tuttavia di non poter adottare una decisione "additiva", in grado cioè di estendere il rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 14-*ter* o.p. secondo la logica delle "rime obbligate"[16], a causa della varietà di modelli processuali a tutela dei diritti dei detenuti.

In altri termini, una scelta in ordine alla procedura giurisdizionale da applicare nelle ipotesi anzidette si sarebbe tradotta, secondo la Corte, in un'indebita lesione della discrezionalità politica in merito all'individuazione dei mezzi processuali idonei a porre rimedio alla censurata carenza. Non restava, dunque, che dichiarare l'incostituzionalità dell'omissione chiamando contestualmente il legislatore «*all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione*»[17].

È evidente, tuttavia, come l'adozione di una sentenza non manipolativa abbia condotto a una situazione di profonda incertezza

[15] Nel dettaglio la Corte rileva come nel procedimento in esame la decisione del magistrato sia stata assunta al di fuori di ogni formalità processuale e contraddittorio; l'accoglimento del reclamo si risolve in una semplice segnalazione o sollecitazione rivolta all'Amministrazione penitenziaria, priva di forza cogente e, peraltro, non reclamabile dinnanzi al Tribunale di sorveglianza o alla Corte di Cassazione.

Sui profili maggiormente critici del contraddittorio in materia di sorveglianza, cfr. P. Corso, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 14 ss.; F. Caprioli, *in Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 12 ss. e S. Lorusso, *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 115 ss.

[16] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, 402 ss. Come noto secondo tale dottrina ciò che la Corte aggiunge non è da essa stessa creato: si tratta di un frammento o principio già presente nell'ordinamento legislativo e/o costituzionale. La Corte, dunque, si limita a tradurre in regola espressa quel che è, allo stato latente, già previsto; l'addizione viene «trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale o, addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata».

[17] I giudici costituzionali pongono in luce la necessità del rispetto della discrezionalità del legislatore nella scelta dei mezzi processuali in numerose sentenze. Si veda, per tutte, la n. 295 del 1995: «*è da riconoscere al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degl'istituti processuali, col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati*».

in ordine al procedimento da seguire in riferimento ai reclami generici; scelta difficilmente condivisibile in termini di tempestiva garanzia dei diritti dei ristretti. La Corte, prendendo le mosse dalla positiva previsione di un celere procedimento di natura giurisdizionale – contenuto nell'art. 14-*ter* o.p. –, avrebbe verosimilmente goduto di un margine costituzionalmente adeguato per una scelta ben più coraggiosa: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, comma 6, o.p. nella parte in cui non prevedeva che la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p. si applicasse anche nel caso di reclamo generico del detenuto avente ad oggetto la lesione immediata e diretta dei propri diritti[18]. Ciò anche a fronte di una prevedibile inerzia delle forze parlamentari, notoriamente poco inclini ad agire celermente per rimuovere le situazioni di accertata incostituzionalità rilevate dai moniti della Corte in materia di esecuzione penale.

In effetti, nelle more dell'intervento parlamentare, la questione è stata parzialmente risolta – in linea con il *dictum* dei giudici costituzionali – dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: la sentenza n. 25079 del 26 febbraio 2003, ha ritenuto applicabile il rito di cui all'art. 14-*ter* o.p in quanto: «*il ricorso all'art. 666 c.p.p. (…) appare un modello esorbitante la necessaria semplificazione della procedura, da attuarsi attraverso il pronto intervento del magistrato di sorveglianza così da omettere, almeno in parte, gli indugi della seriazione generale prevista dal codice di procedura penale*»[19]. Non

[18] In questo senso M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 66. Lo stesso Autore, in opera diversa, rileva come ci si debba riferire alla lesione di tutti i diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione ad esso preposta, non essendo possibile distinguere, per ciò che riguarda la garanzia della tutela giurisdizionale, tra diritti aventi e non aventi fondamento costituzionale (M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti dei detenuti tra incostituzionalità per omissione,* in *Giur. cost*., 1999, 203).

[19] Fortunatamente la successiva giurisprudenza di legittimità si è adeguata a tale indirizzo ermeneutico (Cass., sent. n. 7791 del 2008 e n. 46269 del 2007), peraltro conforme ai principi espressi dalla Corte EDU (sent. 11 gennaio 2005, n. 33965/96).

Sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 25079 del 2003 si vedano: S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 294-298; V. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. Penit. Crimin*., 2004, 2, 149 ss.; R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen*., 2004, 1362 ss. e C. VETRANO, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004, 792 ss.

volendo ridurre la centralità della richiamata pronuncia, adottata nel chiaro intento di porre rimedio all'inerzia legislativa, è tuttavia evidente come per anni si sia protratto nell'ordinamento un problema attinente alla certezza del diritto: come noto le decisioni della Cassazione non assumono – ancorché dotate di indiscutibile autorevolezza – efficacia vincolante nei confronti degli altri organi giurisdizionali. Solo un celere intervento delle forze parlamentari avrebbe potuto colmare la lacuna creatasi con la sentenza n. 26 del 1999, intervento che – seguendo le indicazioni della Corte costituzionale – avrebbe potuto garantire, con efficacia immediata, la tutela effettiva dei diritti dei ristretti attraverso l'applicazione di un procedimento avente natura giurisdizionale.

Nonostante la centralità della questione, la prima riforma in materia è intervenuta a distanza di quindici anni con l'introduzione degli artt. 35-*bis* e *ter* o.p. ad opera dei decreti legge nn. 146/2013 e 92/2014. Rinviando alle pagine che seguono per un'analisi critica circa le novità introdotte, è il caso di anticipare come si tratti di interventi ben lontani dal potersi configurare come una puntuale – seppur tardiva – presa di coscienza da parte delle forze politiche a fronte di quasi quindici anni di silenzio; il ricorso alla decretazione d'urgenza appare, piuttosto, una sbrigativa risposta agli *ultimata* rivolti all'Italia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella nota sentenza Torreggiani e altri c. Italia del 2013[20] di cui si dirà a breve.

3. *Vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza e obbligo di ottemperanza: il c.d. conflitto di attribuzioni "Rai Sport – Rai Storia"*

Necessario corollario dell'effettiva garanzia giurisdizionale dei diritti riconosciuti alle persone ristrette, è il carattere vincolante che deve sorreggere le decisioni della Magistratura di sorveglianza. In altri termini, a un riconoscimento della natura giurisdiziona-

[20] Pronuncia dell'8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

le dei provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza, non potrebbe non conseguire una fisiologica vincolatività delle sue decisioni nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, ivi compreso – naturalmente – il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (di seguito DAP)[21].

L'uso del condizionale ("potrebbe") si legittima per un'evidente discrasia tra il piano dell'essere e del dover essere. Lo conferma la sentenza n. 135 del 2013 del Giudice delle leggi: risolvendo un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, la giurisprudenza costituzionale torna sull'annosa questione relativa all'effettività dei diritti dei detenuti e, in particolare, sulla necessaria vincolatività delle decisioni adottate dalla Magistratura di sorveglianza.

La pronuncia trae origine da un reclamo presentato ai sensi degli artt. 35 e 69 o.p. da parte di un detenuto recluso presso la Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, avverso un provvedimento del Direttore generale del Ministero della Giustizia che inibiva alle persone sottoposte al regime detentivo speciale[22], la

[21] È stato più volte messo in luce come la Corte costituzionale si sia costantemente espressa nel senso di riconoscere natura giurisdizionale al procedimento che si svolge ai sensi dell'art. 14-*ter* o.p. Sul punto cfr. sentt. Corte cost. n. 26 del 2009, sent. n. 190 del 2010, ord. nn. 220 del 2010 e n. 56 del 2011.

[22] Non è questa la sede per un'analisi esaustiva della disciplina di cui all'art. 41-*bis* o.p. e dei connessi profili critici relativi alla sua compatibilità con il dettato costituzionale. In estrema sintesi può dirsi che l'applicazione di tale regime, cui possono essere sottoposti in base a un provvedimento del Ministro della Giustizia i detenuti per reati connessi alla criminalità organizzata, al terrorismo e all'eversione dell'ordine sociale, è volto ad impedire i collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza. A questo fine, l'art. 41-*bis* o.p. indica le limitazioni applicabili, tra cui il rafforzamento delle misure di sicurezza, le restrizioni nel numero e nella modalità di svolgimento dei colloqui, la limitazione della permanenza all'aperto e la censura della corrispondenza.

In relazione al regime detentivo speciale e alla compressione dei diritti dei detenuti ad esso sottoposti si rinvia, tra i molti, a L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in questo Volume; A. Della Bella, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016; A, Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di) *Volti e maschere della pena – Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013; P. Corvi, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, 2010. In relazione alla legislazione antimafia di inizio anni '90 si veda anche T. Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. Grevi, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 160 ss. Per una prospettiva sovranazionale v. M. Palma, *Il regime del*

visione dei canali tematici "Rai Sport", "Rai Storia" e "MTV". Il reclamante, in seguito al distacco del segnale televisivo, lamentava l'intervenuta lesione del proprio diritto all'informazione, costituzionalmente garantito dall'art. 21 ed espressamente tutelato dagli artt. 18 e 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario[23].

Il Magistrato di sorveglianza di Roma, ritenendo integrata la lesione, aveva disposto l'annullamento del provvedimento, ordinando l'immediato ripristino dello *status quo ante*[24]; ordine tuttavia non eseguito dall'Amministrazione penitenziaria che, a conferma della volontà di non ottemperare, aveva ottenuto dal Ministero della Giustizia un'espressa nota di "non esecuzione" del provvedimento giudiziale.

Il detenuto, di fronte alla negazione *de facto* di un diritto espressamente riconosciutogli da un provvedimento giurisdizionale, interpella nuovamente il Magistrato di sorveglianza che solleva il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato davanti alla Corte costituzionale. Ciò che al Giudice delle leggi viene chiesto di affermare, in via definitiva, è la natura vincolante dei provvedimenti adottati dalla Magistratura di sorveglianza e, conseguentemente, di annullare il decreto ministeriale di non attuazione.

41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo di prevenzione della tortura, in *Volti e maschere della pena*, cit., 177 ss. Per un'analisi dei profili critici del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale si veda anche S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 298-310.

La giurisprudenza costituzionale in materia è amplissima, si vedano in particolare: sentt. nn. 349/1993, 351/1996, 212/1997, 376/1997, 26/1999, 417/2004, 341/2006, 38/2009, 190/2010, 56/2011, 143/2013, 122/2017 e 186/2018. Sulle ultime due decisioni, che hanno riaperto il dibattito sulle limitazioni imposte dal DAP ai diritti dei detenuti in regime detentivo speciale, si veda L. PACE, *La libertà personale e il governo dell'insicurezza sociale*, cit.

[23] Sul diritto all'informazione e alla riservatezza nel corso dell'esecuzione penale si vedano i contributi di I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza e* A. TURTURRO, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali,* entrambi in questo Volume.

[24] Nello specifico, il giudice del reclamo aveva ritenuto insussistenti le ragioni atte a giustificare una limitazione del diritto all'informazione, essendo difficilmente ipotizzabile che le due emittenti Rai potessero veicolare messaggi dall'esterno (era peraltro rimasto attivo il segnale di altre sette reti nazionali). Lo stesso giudice aveva invece negato la riattivazione del segnale per l'emittente televisiva MTV in quanto «*effettivamente adusa alla riproduzione in video di messaggi inviati dal pubblico*».

La Corte costituzionale, dichiara ammissibile il conflitto[25] e lo risolve con la sentenza n. 135 del 7 giugno 2013: in nessuna circostanza il Ministero della Giustizia, o altro organo del Governo, può disporre che non venga data esecuzione a una decisione del magistrato di sorveglianza assunta a norma degli articoli 14-*ter*, 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario.

Era stata peraltro prospettata una cessazione della materia del contendere che avrebbe impedito alla Corte di pronunciarsi sulla questione. In seguito alla proposizione del conflitto l'Amministrazione – quasi a presagire l'esito della decisione – aveva disposto la revoca dell'ordine che imponeva l'oscuramento dei canali tematici, consentendo al reclamante di ricevere il segnale da parte di tutte le emittenti. Tale revoca, tuttavia, non poteva ritenersi sufficiente a "rimediare" al provvedimento di diniego dell'Amministrazione e, conseguentemente, a far cessare la materia del contendere: la nota del DAP, invero, non agisce retroattivamente e non equivale in sé al riconoscimento da parte dell'Amministrazione dell'efficacia vincolante dei provvedimenti giudiziali adottati dal magistrato di sorveglianza, non risolvendo la questione che il conflitto imponeva di risolvere.

Ciò premesso, sottolinea la Corte, l'Amministrazione avrebbe potuto impugnare l'ordinanza mediante ricorso per Cassazione. Viceversa preferendo la via della non applicazione, oltre ad aver determinato la definitività della pronuncia per decorso dei termini, ha «*vanificato un provvedimento di un giudice, adottato nei limiti e con le forme previsti dall'ordinamento a norma degli articoli 14-ter, 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario*», così menomando le attribuzioni di un organo appartenente al potere giudiziario, rendendo «*ineffettiva una tutela giurisdizionale esplicitamente prevista dalle leggi vigenti e costituzionalmente necessaria*». Dunque, prosegue la Corte, «*se il procedimento e la conseguente decisione del magistrato di sorveglianza si configurano come esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto destinati ad assicurare la tutela di diritti, si impone la conclusione che quest'ultima sia effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna au-*

[25] Corte cost. ordinanza n. 46 del 2012.

torità», compresa l'eventuale inottemperanza da parte dell'Amministrazione penitenziaria[26].

Come si avrà modo di approfondire a breve, sul punto i giudici costituzionali richiamano la citata sentenza della Corte EDU Torreggiani e altri c. Italia, che ha espressamente censurato la prassi di non rendere "effettivo nella pratica" il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35 e 69 o.p. Nella difesa presentata dinnanzi ai giudici di Strasburgo il Governo italiano aveva affermato che il procedimento davanti a tale autorità «*costituisce un rimedio pienamente giudiziario, all'esito del quale l'autorità adita può prescrivere all'Amministrazione Penitenziaria misure obbligatorie volte a migliorare le condizioni detentive della persona interessata*» (punto 41). Ciò che non può essere tollerato, dunque, è che lo stesso Governo – peraltro nella medesima compagine – abbia assunto una posizione radicalmente diversa durante il conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale, legittimando le condotte omissive dell'Amministrazione volte a non ottemperare a un provvedimento avente natura giurisdizionale.

In conclusione, nel dichiarare la non spettanza al Ministro della Giustizia del potere di non eseguire quanto previsto nell'ordinanza del magistrato di sorveglianza – e ribadendo in via definitiva la vincolatività delle sue decisioni – la Corte rileva come non sussistano esigenze attinenti all'organizzazione penitenziaria tali da giustificare la menomazione del diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost. L'inottemperanza nei confronti dei provvedimenti giudiziali concernenti i diritti dei detenuti è, dunque, illegittima perché in contrasto con il sistema delle attribuzioni costituzionali e con la garanzia di una tutela effettiva dei diritti.

Si assiste, ancora una volta, a un allarmante "braccio di ferro" tra forze governative e giurisprudenza, tra azioni politiche che

[26] A questo proposito la Corte costituzionale aveva precedentemente chiarito che le "disposizioni" adottate dal magistrato di sorveglianza, aventi ad oggetto diritti dei detenuti e rese secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* o.p., non si configurano come mere «*segnalazioni*» assumendo, viceversa, la natura di «*prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue*» (Corte cost. sent. n. 266 del 2009). Nella stessa direzione la sentenza n. 190 del 2010 e le ordinanze nn. 220 del 2010 e 56 del 2011.

svuotano di contenuto i precetti costituzionali e pronunce che faticosamente tentano di riportare al centro del sistema esecutivo la tutela dell'individuo e la garanzia dei suoi diritti[27]. In questo complesso panorama, l'effettività della tutela giurisdizionale sembra potersi configurare come un "diritto a efficacia espansiva", un diritto cioè la cui valenza non può ristringersi entro rigidi confini essendo destinata ad ampliarsi in relazione all'evoluzione dei diritti dentro e fuori le mura penitenziarie.

4. *La sentenza Torreggiani e altri c. Italia della Corte EDU: sulla necessità di rimedi effettivi a garanzia dei diritti dei ristretti*

Mantenendo l'indagine in una prospettiva giurisprudenziale e spostando il baricentro su una dimensione sovranazionale, valore centrale in relazione alla garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" ha assunto la più volte richiamata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013.

La pronuncia, nota soprattutto per la condanna riguardante il carattere sistematico della violazione dell'art. 3 della Conven-

[27] Per un approfondimento sul conflitto di attribuzioni deciso con la sentenza n. 135 del 2013 e, più in generale, sulla necessità di un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti M. Ruotolo, The domestic remedies must be effective*: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti,* in *Giur. Cost.,* 3, 2013, 2084 ss. La pronuncia della Corte viene esaminata dall'Autore articolando il percorso logico-giuridico secondo quattro fasi: rilevanza della decisione in riferimento al trattamento dei detenuti in regime di 41-*bis* o.p.; qualificazione della situazione giuridica soggettiva lesa dal provvedimento dell'Amministrazione come diritto all'informazione; carattere vincolante delle decisioni assunte dalla magistratura e illegittimità delle restrizioni operate nei confronti dei detenuti che non siano funzionali alle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere.

Si vedano altresì A. Della Bella, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013; C. Fiorio, *Poteri dell'amministrazione penitenziarie e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. Cost.*, 3, 2013, 2092 ss.

Per una riflessione antecedente alla decisione dei giudici costituzionali si rinvia a M. Gialuz, *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministro della giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2012.

zione[28] quale diretta conseguenza dell'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario[29], assume primaria rilevanza anche in relazione all'accertamento dell'inefficacia delle forme di tutela dinanzi alla Magistratura di sorveglianza. È stato anticipato come, nell'eccepire il mancato esaurimento dei ricorsi interni in riferimento ad alcuni ricorrenti, lo Stato italiano avesse fermamente

[28] Secondo quanto disposto dall'art. 3 della CEDU, rubricato "Proibizione della tortura": «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Nel caso di specie la Corte rileva che: «anche se niente lascia presagire che lo Stato abbia avuto intenzione di umiliare o di degradare i ricorrenti, l'assenza di tale scopo non può escludere una constatazione di violazione dell'articolo 3». La detenzione sofferta, dunque, tenuto anche conto della durata e delle condizioni della carcerazione, ha sottoposto i ricorrenti a una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla carcerazione.

A tal proposito occorre ricordare che non tutte le condotte incidenti sull'integrità psicofisica del ristretto integrano automaticamente una violazione dell'art. 3 della Convenzione: la giurisprudenza di Strasburgo richiede il superamento di una soglia minima di gravità, in relazione alle circostanze oggettive del fatto e alle condizioni soggettive della vittima. La giurisprudenza di Strasburgo ha variamente interpretato il criterio della "soglia minima di gravità"; si vedano in proposito, con diversità di orientamenti e su diverse questioni: sent. 22 aprile 2010, *Sevastyanov c. Russia*, ric. n. 37024/02, sent. 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05, sent. 8 gennaio 2009, *Filiz Uyan c. Turchia*, ric. n. 7496/03; sent. 17 marzo 2009, *Salmanoğlu e Polattaş c. Turchia*, ric. n. 15828/03.

Si affianca al principio della soglia minima di gravità il criterio della valutazione relativa: la presunta violazione dell'art. 3 CEDU deve essere valutata attraverso l'utilizzo di un metodo empirico, tenendo conto sia del comportamento materiale, sia delle condizioni soggettive della vittima. Sul punto v. M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 355 ss.

[29] Preme ricordare che le forti criticità connesse al fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia sono state oggetto anche di un messaggio inviato alle Camere dall'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, l'8 ottobre 2013. Nel messaggio si affermava la stringente necessità di una modifica profonda del sistema penitenziario, attraverso «una decisa inversione di tendenza sui modelli che caratterizzano la detenzione, modificando radicalmente le condizioni di vita dei ristretti, offrendo loro reali opportunità di recupero». Un imperativo giuridico, politico e morale che l'ex Capo dello Stato ha rivolto a Parlamento e Governo al fine di mettere in campo politiche di cambiamento strutturali e profonde.

Sul messaggio presidenziale v. D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1, 2014, 136 ss.; A. PUGIOTTO, *Il messaggio del Quirinale sulla questione carceraria e i suoi interlocutori*, in *confronticostituzionali.eu*, 22 ottobre 2013 e M. RUOTOLO, *La "scottante" questione carceraria nel messaggio del Presidente della Repubblica*, in *confronticostituzionali.eu*, 10 ottobre 2013.

sostenuto che il reclamo di cui agli artt. 35 e 69 o.p. costituisse un mezzo effettivo per la tutela dei diritti dei ristretti.

Tuttavia, in relazione al caso concreto da cui la sentenza Torreggiani trae origine, un ricorrente, ritenendo lesa la propria dignità per l'assenza di uno spazio detentivo idoneo, aveva tempestivamente esperito il reclamo *ex* art. 35 o.p. ottenendo dal magistrato di sorveglianza un'ordinanza che, accertando la violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU, ordinava alla direzione del carcere – e al Ministero della Giustizia – di adottare tempestivi provvedimenti volti a far cessare la violazione in atto. A tale declaratoria non aveva tuttavia fatto seguito alcun atto da parte dell'Amministrazione la quale, soltanto dopo la proposizione del ricorso davanti alla Corte EDU, aveva dato parziale esecuzione all'ordinanza disponendo il trasferimento del detenuto in una cella dotata di spazi più ampi.

Appurata l'inefficacia dei rimedi previsti dalla normativa italiana, i giudici di Strasburgo colgono l'occasione per affermare un principio cardine in materia di garanzia dei diritti: il previo esaurimento delle vie di giustizia interne[30] mira ad offrire agli Stati membri l'occasione per riparare o prevenire le denunciate violazioni; la Convenzione, tuttavia, prescrive l'esaurimento dei soli ricorsi che siano al contempo disponibili e adeguati, caratteristiche non riscontrabili nel sistema italiano «*non potendo pretendersi che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell'Amministrazione penitenziaria*».

A tal proposito, al fine di assicurare effettive forme di garanzia a sostegno dei diritti, non è sufficiente un'azione avente carattere meramente risarcitorio, rendendosi altresì necessaria la previsione di una serie di rimedi – di natura preventiva e compensativa

[30] A norma dall'art. 35, primo comma della Convenzione: «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva». Il ricorso ai giudici di Strasburgo rappresenta, dunque, un meccanismo di salvaguardia avente carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti come più volte ribadito dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU. Si vedano, tra le molte pronunce, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996, 65, r. 1996-IV, *Remli c. Francia,* 23 aprile 1996, 33, r. 1996-II e *Selmouni c. Francia*, r. n. 25803/94.

– diretti sia ad impedire il verificarsi o il protrarsi della violazione, sia ad assicurare un ristoro effettivo in seguito all'accertamento di un'infrazione da parte di un'autorità giudiziaria (punto 53 della decisione).

La Corte EDU dunque, adottando una sentenza pilota[31], impone al legislatore nazionale di introdurre, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, misure e azioni effettive in grado di porre rimedio alla sistematica violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Più nel dettaglio i giudici di Strasburgo hanno imposto allo Stato italiano di dotarsi, entro un anno a decorrere dalla data in cui la sentenza è divenuta definitiva (28 maggio 2014), di un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, idonei ad offrire adeguato ristoro anche nei casi di sovraffollamento, in conformità ai principi della Convenzione, come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Il caso Torreggiani*,* dunque*,* ben esprime una condivisibile linea intransigente della Corte Europea nei confronti dell'Italia in riferimento al problema del sovraffollamento carcerario e, più in generale, all'ineffettività del sistema di tutele nella normativa penitenziaria. Sulla decisione ha influito – con tutta evidenza – la

[31] Si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale affermatosi per la prima volta nel caso *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96) e ora formalizzato nell'art. 46, co. 1 della Convenzione e dall'art. 61 del Regolamento della Corte, introdotto il 21 febbraio 2011. I giudici di Strasburgo fanno ricorso alla sentenza pilota quando ritengono che la violazione della CEDU derivi da cause strutturali, peraltro testimoniate dall'esorbitante numero di ricorsi pendenti davanti alla Corte aventi il medesimo oggetto: si adotta, allora, una pronuncia che suggerisce le misure individuali e generali che lo Stato dove adottare per adempiere all'obbligo di conformazione alle sentenze definitive della Corte. A tal fine è previsto un termine per l'adempimento e, contestualmente, è sospeso l'esame di tutti i ricorsi analoghi pendenti davanti ai giudici di Strasburgo.

Sulla sentenza Torreggiani, tra i molti, P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. ita. dir. proc. pen*., fasc. 4, 2013, 1794 ss.; G. Della Morte, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2013, 147 ss.; F. Fiorentin, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., fasc. 4, 2013, 2037 ss.; A. Guazzarotti, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, fasc. 4, 3662 ss.; F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.

mancata adozione da parte delle forze parlamentari al governo di misure strutturali, in grado di determinare un'effettiva metamorfosi del sistema penale e penitenziario, sia in riferimento alla concreta garanzia dei diritti, sia con riguardo ad effettive politiche di decarcerizzazione.

5. *Il seguito agli ultimata dei giudici di Strasburgo*

Dalle riflessioni che precedono appare evidente come un'indagine riguardante la garanzia del "diritto all'effettività dei diritti" non possa prescindere dall'analisi dei principali interventi di riforma adottati dal Governo a seguito della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[32], rinviando al paragrafo di chiusura per alcuni rilievi critici.

Mossa dal timore di una gravosa condanna da parte dei giudici di Strasburgo, la maggioranza parlamentare ha adottato il decreto legge n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 10 del 21 febbraio 2014. Il Governo si muove lungo due linee d'intervento: da un lato pone misure funzionali alla riduzione del numero delle presenze in carcere (attraverso la diminuzione del flusso in ingresso e l'ampliamento di quello in uscita)[33], dall'altro estende gli strumenti

[32] L'eterogeneità delle misure introdotte non permette, almeno in questa sede, un'indagine esaustiva dell'intero novero degli interventi adottati a seguito della sentenza della Corte EDU: l'analisi sarà quindi incentrata sulle misure maggiormente incidenti sulla tutela dai diritti dei detenuti. Per un rapido ma esaustivo quadro delle misure adottate v. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 10 ss.

[33] A venire in considerazione sono anzitutto le disposizioni dirette ad ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari. La novità più significativa è senz'altro rappresentata dall'introduzione, seppur temporanea, della liberazione anticipata speciale, caratterizzata da una detrazione di settantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché di quarantacinque giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria (art. 54 o.p.). Effetti deflattivi sono poi stati perseguiti attraverso la stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il proprio domicilio per le pene detentive non superiori ai diciotto mesi e da una serie di interventi a carattere specifico rivolti ai detenuti tossicodipendenti e stranieri.

Occorre tuttavia rilevare come, a fronte di una prima significativa diminuzione della popolazione carceraria, i numeri siano progressivamente aumentati: nei primi mesi del 2019 i detenuti presenti negli istituti italiani hanno nuovamente superato le 60.000 unità a fronte di una capienza regolamentare di circa 50.000 posti. Evidente,

di tutela azionabili dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza, distinguendo chiaramente tra reclamo generico (art. 35 o.p.) e reclamo avente natura giurisdizionale, oggi espressamente disciplinato dall'articolo 35-*bis* o.p.

Quanto al reclamo generico il decreto ha apportato alcune modifiche, la più significativa delle quali è rappresentata dall'inserimento, tra i destinatari della procedura, del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale; Autorità indipendente istituita dallo stesso decreto n. 146, presso il Ministero della Giustizia e composta da un collegio di tre membri in carica cinque anni, non prorogabili, scelti tra persone che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani[34]. L'Autorità, la cui seconda Relazione al Parlamento è stata presentata il 15 giugno 2018[35], vigila affinché

dunque, come gli interventi *post* Torreggiani, compresi i recenti decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario, non abbiano introdotto misure realmente incidenti sul fenomeno del sovraffollamento carcerario. Per una più ampia riflessione sul punto, in merito anche a una mancata modifica del sistema sanzionatorio delineato dal codice penale, si rinvia a S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., cap. 2 in particolare 127 ss.

[34] Presente con varie attribuzioni e denominazioni nella maggior parte dei Paesi europei, in Italia il regolamento sulla struttura e la composizione dell'Ufficio del Garante Nazionale è contenuto nel D.M. n. 36 dell'11 marzo 2015. Oltre alle funzioni di vigilanza e controllo su ogni forma di privazione della libertà personale, sul piano nazionale l'Autorità coordina il lavoro dei Garanti regionali, mentre sul piano internazionale è organismo di monitoraggio indipendente richiesto come obbligo positivo agli Stati aderenti dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT), entrato in vigore il 22 giugno del 2006 (il 3 maggio 2013 per l'Italia).

[35] La Relazione, unitamente al testo di presentazione del Presidente del collegio, Prof. Mauro Palma, è consultabile sul sito *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*.

Il testo presentato al Parlamento mostra come le aree di intervento, in ossequio all'ampia formulazione di privazione della libertà personale accolta nell'ordinamento italiano, stiano progressivamente aumentando: «spaziando da quella di ambito penale a quella di tipo amministrativo, a quella in ragione sanitaria fino a quella che si determina in situazioni in cui alla persona non è riconosciuta autonomia decisionale e l'istituzione assume il compito di determinare la sua quotidianità» (Relazione 2018, 5). Si distinguono, in particolare, quattro aree su cui il Garante nazionale ha operato nel suo secondo anno di attività: la prima riguarda la detenzione penale «forse la più presidiata attraverso il potere di vigilanza della magistratura, l'attività di molteplici attori istituzionali (…), nonché l'attività di un mondo associativo»; la seconda, connessa alla precedente, concerne i luoghi di fermo e di privazione della libertà da parte di tutte le Forze di Polizia; la terza concerne l'ampio contesto «dell'immigrazione irregolare o illegale (Centri

ogni forma di privazione della libertà personale sia attuata in conformità al dettato costituzionale, alle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, alle leggi e ai regolamenti. A tal fine il Garante ha il potere di visitare – senza necessità di autorizzazione o preavviso – ogni struttura idonea a privare della libertà (istituti di pena, stazioni di polizia, Centri di identificazione ed espulsione, strutture di esecuzione delle misure di sicurezza psichiatriche, trattamenti sanitari obbligatori, residenze per anziani etc.), può chiedere informazioni e documenti alle amministrazioni e, in caso di accertata violazione delle norme ordinamentali o della fondatezza dei reclami generici, può adire l'autorità giudiziaria e formulare specifiche raccomandazioni.

L'istituzione di un organismo indipendente, preposto a un controllo di tipo non giudiziale volto ad intervenire *ex ante* sulle violazioni dei diritti, rappresenta un indubbio traguardo nel lungo percorso che conduce a un'effettiva garanzia dei diritti dei ristretti anche in via non giurisdizionale; percorso avviato già nel 1997 con l'istituzione dei primi Garanti territoriali. Non si tratta, tuttavia, di un'evoluzione conclusasi con il decreto n. 146 del 2013 soprattutto in ragione di un maggiore grado di autonomia e incisività che dovrebbe connotare l'Autorità anche in forza della sua funzione di meccanismo di prevenzione nazionale della tortura (MPN)[36] ai sensi del Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura. Il riferimento è alla necessità che il Garante implementi il proprio organico con personale altamente qualificato anche non dipendente dal Ministero della Giustizia, sì da offrire maggiori garanzie di indipendenza rispetto al potere politico e, parallelamente, all'esigenza che venga attribuito al Collegio – al pari di altre Autorità indipendenti – un potere sanzionatorio effettivo nei

di permanenza per il rimpatri, hotspots, strutture aeroportuali o portuali per le persone non ammesse nel territorio nazionale e, infine, voli di rimpatrio forzato)»; l'ultima è l'area sanitaria, estranea a qualsiasi ragione penale o amministrativa, che certamente concerne «i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) che già nella definizione implicano la privazione della libertà, ma riguarda anche le residenze per disabili o anziani ove, in alcune circostanze può determinarsi una situazione de facto d'impossibilità di esercizio diretto dei propri poteri e della propria autodeterminazione» (Relazione 2018, 5-6).

[36] L'acronimo indica il "*National preventive mechanism*".

confronti dell'Amministrazione, sì da assicurare un impatto ancor più decisivo, in termini di cogenza, dei propri risultati ispettivi[37].

Sul punto appaiono convergenti anche le recenti osservazioni del Comitato ONU contro la Tortura[38], che hanno invitato l'Italia a garantire l'implementazione delle raccomandazioni formulate dal Garante Nazionale nonché ad assicurare un'indipendenza strutturale e finanziaria dei meccanismi preventivi già operanti a livello regionale e cittadino[39].

Su un versante differente, relativo alla tutela giurisdizionale, il decreto n. 146 ha apportato modifiche di grande rilevo con l'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p. che consente al detenuto di proporre un reclamo giurisdizionale al Magistrato nelle forme del procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.)[40].

A seguito della novella, il detenuto può proporre tale reclamo in due ipotesi: avverso i provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'Amministrazione (art. 69, co. 6 lett. a); contro l'inosservanza da parte della stessa di disposizioni contenute all'interno della normativa penitenziaria, dalla quale derivi al recluso un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti (art. 69, co. 6 lett. b). In seguito all'accertamento giudiziale della violazione, l'Amministrazione è obbligata ad adempiere: in caso contrario lo stesso decreto prevede l'azionabilità di un giudizio di ottemperanza dinnanzi al magistrato procedente, il quale potrà ordinare alle

[37] Storia e funzioni dell'Autorità Nazionale sono descritte sul sito *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*.

[38] Osservazioni del Comitato ONU contro la Tortura del 6 dicembre 2017, par. 14-15.

[39] Un'analisi puntuale circa le attività svolte dagli organismi territoriali è contenuta nella Relazione al Parlamento 2018, 274-308.

[40] Il procedimento presenta, naturalmente, alcune peculiarità rispetto al rito che si instaura dinnanzi al Tribunale di sorveglianza, sulle quali si rinvia a F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2013, 245-260.

Sul punto occorre inoltre specificare che il d.lgs. n. 123 del 2018 ha modificato il primo comma dell'art. 35-*bis* o.p. prevedendo, al secondo periodo, la sostituzione della parole: «e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» con le seguenti: «e ne fa dare avviso, oltre che al soggetto che ha proposto reclamo, anche all'amministrazione interessata, a cui è comunicato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste».

autorità amministrative di eseguire l'ordine, dichiarare nulli gli atti compiuti eventualmente in contrasto col provvedimento ineseguito e nominare un commissario *ad acta*.

Proseguendo lungo la strada della giustiziabilità dei diritti, il Governo è intervenuto con un secondo decreto-legge, n. 92 del 26 giugno 2014[41], introducendo l'art. 37-*ter* o.p. recante la disciplina in materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU. In risposta ai giudici di Strasburgo, la nuova disciplina prevede una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci del periodo nel quale il richiedente ha subito il pregiudizio[42]; quando la pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale, il magistrato di sorveglianza liquida altresì, in relazione al periodo residuo e a titolo di risarcimento

[41] Convertito con modificazioni dalla legge n. 117 del 2014.

[42] A norma dell'art. 35-*ter* o.p.: «Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848 , come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio.

Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni.

Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2».

del danno, una somma pari a otto euro per ciascuna giornata nella quale la persona ha subito il pregiudizio, provvedendo allo stesso modo nelle ipotesi in cui il tempo della detenzione sia stato inferiore a quindici giorni. Infine, coloro che hanno subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare, ovvero coloro che hanno già espiato la pena detentiva, possono proporre analoga azione di risarcimento entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare[43].

Sono queste, in estrema sintesi, le misure adottate del Governo italiano a tutela della giustiziabilità dei diritti in risposta alla sentenza Torreggiani la quale, come ampiamente ricordato, ha espressamente condannato l'Italia per l'assenza di rimedi ordinamentali idonei a garantire l'immediata cessazione delle violazioni dei diritti dei detenuti, imponendo al legislatore nazionale di dotarsi di rimedi effettivi aventi natura preventiva e compensativa.

Si tratta, dunque, di stabilire l'idoneità (o meno) dei richiamati interventi al raggiungimento dei complessi scopi imposti all'Italia dai giudici di Strasburgo, nonché di valutare come i recenti decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario si siano posti in relazione a tale tema.

6. *La tutela dei diritti delle persone private della libertà oggi: tra effettività ed ineffettività. Valutazioni conclusive*

La decisione del 5 giugno 2014 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa[44] – organo competente, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione EDU, a vigilare sull'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo – ha esaurito l'*iter* sovranazionale avviato dal caso Torreggiani. Il Comitato, esprimendo l'apprezzamento per le riforme intraprese dal Governo, ha invitato l'Italia a conclu-

[43] Sull'applicabilità del rimedio compensativo ai detenuti sottoposti a custodia cautelare in carcere, v. D. GALLIANI, L'*interpretazione conforme a costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. penit. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, 333-337.

[44] La decisione è interamente pubblicata sul sito *wcd.coe.int*.

dere in tempi contenuti il percorso avviato, così da adempiere in modo esaustivo agli obblighi derivanti dalla sentenza. In particolare, l'organo del Consiglio d'Europa ha espresso parere favorevole in riferimento ai «*risultati significativi ottenuti*» grazie all'adozione di «*differenti misure strutturali*».

La decisione del Consiglio d'Europa non deve, tuttavia, condurre a reazioni eccessivamente ottimistiche: se è indubbio che attraverso i richiamati interventi l'ordinamento italiano ha compiuto notevoli passi avanti, è altrettanto vero che il definitivo processo di emersione del diritto all'efficacia dei diritti richiede sforzi ulteriori e di lungo periodo. In altri termini, è giuridicamente e politicamente inesatto far discendere dalla promozione sovranazionale un'automatica emersione del diritto in esame. Lo scetticismo in relazione al binomio identitario "promozione-emersione", trova le sue fondamenta in una serie di riflessioni critiche che possono ancora muoversi sia al rimedio compensativo (art. 35-*ter* o.p.), sia allo strumento preventivo (art. 35-*bis* o.p.); misure che, come anticipato, dovrebbero garantire una riparazione effettiva delle violazioni discendenti dalla Convenzione e, più in generale, dalle norme ordinamentali poste a tutela dei diritti dei ristretti.

Con specifico riferimento all'articolo 35-*ter* o.p., al di là dai problemi relativi alla competenza attribuita al magistrato di sorveglianza in ordine al risarcimento del danno, la monetizzazione del pregiudizio è apparsa l'unica soluzione concretamente percorribile quando non fosse possibile applicare uno sconto di pena. La scelta, invero, pone non poche perplessità soprattutto per l'impossibilità del giudice di modulare la somma in relazione alla specifica violazione subita e in ordine al *quantum* del risarcimento. In riferimento a tale ultimo profilo, il Consiglio Superiore della Magistratura[45] ha ritenuto la cifra degli otto euro non proporzionata rispetto ai principi del dettato costituzionale e della Corte EDU. Analoga osservazione è mossa in relazione alla riduzione di un giorno ogni dieci di reclusione trascorsi in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione: sarebbe stato preferibile parametrare la detrazione sulle riduzioni di cui il condannato può beneficiare,

[45] Sesta Commissione, 30 luglio 2014.

a titolo di liberazione anticipata, quando partecipi positivamente all'opera trattamentale[46].

Nello stesso parere, il CSM ha ritenuto assai discutibile la scelta di non attribuire alla magistratura un potere di modulazione in ordine al risarcimento del danno, con conseguente impossibilità per il giudice di tener conto della gravità e intensità del pregiudizio subito nel caso di specie. La stessa Corte di Cassazione ha affermato che il risarcimento dev'essere integrale: spetta al giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio lamentato e pervenire alla maggiore approssimazione possibile, anche attraverso la c.d. personalizzazione del danno[47].

La quantificazione fissa e invariabile del pregiudizio – al contrario – priva l'organo giudicante di qualsiasi potere discrezionale, impedendogli una valutazione che tenga conto delle qualità soggettive del richiedente e delle concrete condizioni di espiazione, escludendo una quantificazione basata sulla specificità di ciascun periodo detentivo. Il legislatore, dunque, ha percorso una via indennitaria che attribuisce un prezzo fisso alla violazione dell'art. 3 della Convenzione; scelta, questa, che sembra contraddire alla radice la natura stessa del bene supremo della dignità umana. In altri termini, l'attuale previsione contenuta nell'art. 35-*ter* o.p. sembra far riferimento a una forma di indennizzo quantificato in via preventiva dal legislatore, più che a un reale strumento di tutela risarcitoria, patrimoniale e non, variabile da richiedente a richiedente[48].

[46] Si tratta di una proposta già avanzata nei punti programmatici di riforma contenuti nel documento conclusivo della Commissione mista del Consiglio Superiore della Magistratura (c.d. Commissione Giostra), istituita il 26 luglio 2010 per effettuare un'indagine sull'attuale condizione delle carceri italiane al fine di «proporre riforme strutturali affinché in carcere non entrino, né restino coloro per i quali la detenzione non è strettamente necessaria, anziché per coloro per i quali "non c'è posto"» (Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, 2013 , n. 160, XIII).

Sulle problematiche connesse all'introduzione dell'art. 35-*ter* o.p. v. G. GIOSTRA, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2015.

[47] Corte Cass. sent. n. 5243/2014. Nello stesso senso Corte Cass. SS.UU., sent. n. 26972/2008.

[48] A fronte di una formulazione non esente da insidie interpretative, la giurisprudenza costituzionale è più volte intervenuta per chiarire l'ambito applicativo del rimedio risarcitorio. Chiamata a pronunciarsi sull'art. 35-*ter* o.p. «nella parte in cui non

Anche il rimedio preventivo di cui all'art. 35-*bis* o.p. non è esente da rilievi critici. In primo luogo la "preventività" del reclamo giurisdizionale risulta meramente apparente: non si tratta di uno strumento volto ad anticipare – impedendone l'adozione – eventuali atti o comportamenti lesivi di posizioni giuridiche dei ristretti. Il rimedio consente esclusivamente di evitare il protrarsi di una lesione già pienamente configurata; ciò, oltretutto, a condizione che il pregiudizio sia "attuale" e "grave". In questo senso, secondo la relazione illustrativa che accompagna l'intervento normativo «si è inteso circoscrivere la tutela giurisdizionale ai casi in cui il detenuto o internato intenda far valere una lesione attuale e

prevede, nel caso di condannati alla pena dell'ergastolo che abbiano già scontato una frazione di pena che renda ammissibile la liberazione condizionale, il ristoro economico previsto dal comma 2», la Corte costituzionale ha dichiarato la questione non fondata ritenendo insussistente l'ostacolo individuato dal rimettente nella lettera della legge. Sarebbe «fuori da ogni logica di sistema, oltre che (…) in contrasto con i principi costituzionali, immaginare che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona condannata all'ergastolo il ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizioni disumane, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare. Non può sfuggire infatti all'interprete che quest'ultima evenienza non ha alcuna relazione con la compromissione della dignità umana indotta da un identico trattamento carcerario» (sent. n. 204 del 2016). Superato l'apparente ostacolo testuale, «l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata (…) torna possibile» coincidendo, nel caso di specie, con gli esiti cui conduce l'interpretazione sistematica.

Analoga logica argomentativa ha condotto più di recente i giudici costituzionali ad affermare, per il tramite dell'interpretazione conforme, l'applicabilità dell'art. 35-*ter* o.p. anche agli internati. Con riguardo al diritto di godere di un rimedio compensativo, «la condizione della persona soggetta a una misura di sicurezza detentiva, che subisce una restrizione della libertà personale in condizioni disumane, è del tutto equivalente a quella del detenuto, perché identico è il bene giuridico leso e analoghe sono le modalità con cui la lesione viene inflitta». Il principio di uguaglianza, chiariscono i giudici, non può «tollerare una discriminazione tra detenuto e internato che, fondandosi sulla differente natura giuridica dei titoli in base ai quali si è ristretti, pur rilevante ad altri fini, trascura invece la sostanziale identità, nell'uno e nell'altro caso, dei soli fattori che hanno importanza ai fini risarcitori» (sent. n. 83 del 2017).

All'analisi critica delle misure adottate da Governo a seguito della sentenza Torreggiani è stato dedicato il volume *Il senso della pena. Ad u anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, M. Ruotolo (a cura di), Napoli, 2014: il volume raccoglie gli atti del Seminario AIC di Roma svoltosi presso la Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso il 28 maggio 2014. Tra i contributi specificamente dedicati alle misure poste a tutela della garanzia dei diritti dei detenuti v. G. Giostra, *Il rimedio compensativo della riduzione della pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, 121 ss.; N. Mazzamuto, *Sentenza Torreggiani: cosa è possibile fare in "zona Cesarini"*, 161 ss.

grave, che consegua alla inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento. Ciò al fine di consentire l'accesso ad un meccanismo di tutela certamente costoso soltanto alle situazioni di pregiudizio realmente significative, consentendo alla Magistratura di Sorveglianza di utilizzare il filtro di inammissibilità in relazioni a questioni non meritevoli di considerazione ovvero a ipotesi di lesione ormai risalenti nel tempo».

Il problema si pone, soprattutto, in relazione alla richiesta del prodursi di un danno grave e alla difficoltà di determinare, con un sufficiente margine di certezza, il discrimine tra violazioni "semplici" e lesioni connotate da un adeguato grado di "gravità". Tale requisito, in altri termini, ha aperto la strada a una pluralità di interpretazioni in sede applicativa, prestando il fianco a dubbi ermeneutici difficilmente compatibili con la certezza del diritto e la tutela giurisdizionale effettiva per ogni situazione in cui si concretizzi un trattamento inumano come diretta conseguenza dello stato detentivo.

Ben diverso, in termini di incisività, sarebbe stato lo strumento a disposizione dei ricorrenti se il legislatore avesse codificato un rimedio avente natura effettivamente preventiva, volto cioè a impedire *ab origine* l'inserimento della persona in un circuito penitenziario inumano o degradante. Ancora una volta, a muoversi in questa direzione era stata la giurisprudenza costituzionale a seguito della proposizione di una questione di legittimità sollevata dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano. I giudici *a quibus* avevano chiesto alla Corte costituzionale di censurare – mediante sentenza additiva – l'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevedeva il rinvio facoltativo della pena ove questa dovesse essere eseguita in condizioni contrarie alla dignità e ai diritti inviolabili.

La Corte, con la sentenza del 22 novembre 2013 n. 279, pur annoverando il differimento della pena tra i rimedi preventivi costituzionalmente possibili, ha ritenuto la questione inammissibile stante la pluralità di soluzioni normative e la necessità di una regolamentazione legislativa del meccanismo[49]. Ancora una volta,

[49] Sulla sentenza del Giudice delle leggi n. 279 del 2013 cfr. R. BASILE, *Il sovraffol-*

dunque, il Giudice della leggi si rivolge al legislatore chiamandolo ad intervenire per assicurare un carattere realmente preventivo della tutela, non potendo la giurisprudenza costituzionale compiere scelte discrezionali spettanti alle forze politiche.

Ma c'è di più. Nel comunicato stampa diffuso dalla Consulta il giorno della decisione, i giudici costituzionali precisano che sarebbe intollerabile «*il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia*». Ove il legislatore non si attivi tempestivamente, dunque, il Giudice delle leggi, se investito nuovamente di analoghe questioni, non potrà che «*adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità*». La Corte rivolge così un significativo monito alle forze parlamentari, non escludendo che attraverso una futura declaratoria di incostituzionalità la stessa – anche sulla scia di soluzioni prospettate da altre Alte Corti[50] – possa giungere all'introduzione di un rimedio realmente preventivo,

lamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013), in *Giur. Cost*., 2014; F. Della Casa, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. Cost*., 2013, fasc. 6, 4541; A. Pugiotto, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Giur. Cost*., 2013, fasc. 6, 2547; A. Ruggeri, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. Cost*., 2013.; M. Ruotolo, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, dicembre, 2013.

Per una riflessione sulla sentenza, anche in riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr. E. Frontoni, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 30 aprile 2014; C. Nardocci, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista AIC*, 1, 2014; G. Dodaro, *Rinvio della pena per sovraffollamento carcerario, come rimedio* extra ordinem *contro le violazioni dell'art 3 CEDU*, in *Quad. cost*., n. 2, 2013, 428 ss.; E. Malfatti, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 dicembre 2013.

[50] Cfr. Corte suprema degli Stati Uniti, *Brown v. Plata*, 23 maggio 2011; Tribunale costituzionale tedesco, ord. 22 febbraio 2011, 1 BvR, 409/11. Nella citata sentenza la Corte suprema degli Stati Uniti ha affermato che «un istituto di detenzione che privi i detenuti del minimo supporto, tra cui un livello minimo di trattamento sanitario, è incompatibile con il concetto basilare di dignità umana e non può trovare accoglimento in una società civilizzata». Ne consegue la conferma dell'ordine emesso da un collegio

quando la pena si traduce in un trattamento contrario al divieto sancito dell'art. 3 della Convenzione EDU[51].

L'introduzione dell'art. 35-*bis* nella normativa penitenziaria rende assai improbabile un nuovo intervento dei giudici costituzionali sulla questione; tuttavia la mancata preventività del reclamo giurisdizionale – unitamente al progressivo aumento della popolazione detenuta[52] – lasciano permanere nell'ordinamento un grave *vulnus* nel sistema delle tutele: l'assenza di un rimedio avente natura effettivamente preventiva, volto cioè a impedire *ab origine* l'inserimento della persona in un circuito penitenziario non conforme al senso di umanità.

Volendo trarre alcune conclusioni di carattere generale, alle novelle introdotte nel biennio 2013/2014 deve riconoscersi, seppur con le criticità sinora richiamate, il merito di aver agito concretamente sul sistema delle tutele, conducendo progressivamente all'emersione di una giustiziabilità dei diritti nel corso dell'esecuzione penale. A preoccupare è tuttavia l'estrema instabilità di tale "cambio di direzione" dimostrato soprattutto dalla previsione contenuta nell'ultima delega al Governo per la riforma dell'ordi-

federale che aveva imposto al Governo della California il rilascio di 43.000 detenuti come misura atta a far fronte al problema del sovraffollamento carcerario.

Analoga logica ha mosso il Tribunale costituzionale tedesco nella richiamata ordinanza, quando afferma la possibilità, in via di *extrema ratio*, di richiedere «l'interruzione oppure il rinvio della pena» quando lo Stato, a causa dell'endemico sovraffollamento, non è in grado di assicurare una detenzione conforme al senso di umanità

[51] Per un approfondimento esaustivo della questione si rinvia a due scritti di M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 74-75 e *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2014, 6, 4553. L'Autore prospetta l'introduzione della c.d. lista di attesa – strutturata secondo l'ordine cronologico delle condanne – implicante, ove la reclusione sia destinata ad essere subita in condizioni di inumanità, la conversione dell'ordine di esecuzione della pena carceraria in obbligo di permanenza presso il domicilio (o altro luogo indicato dal condannato) con relative eventuali prescrizioni stabilite dal giudice responsabile dell'esecuzione. La lista costituirebbe una sorta di "norma di chiusura" a carattere eccezionale e residuale, trovando di fatto applicazione solo se e nei limiti in cui l'ampliamento del ricorso alla liberazione anticipata – accompagnato dalle altre misure previste dalla normativa – non fosse in grado di assicurare nel breve periodo l'indispensabile e significativa riduzione delle condizioni di sovraffollamento.

[52] Si rinvia sul punto alla nota n. 33 del presente contributo.

namento penitenziario[53]. Al comma 85 dell'art. 1, contenente principi e criteri direttivi, il delegato prescriveva la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione» (lett. a).

Dunque, a fronte di una legge di delega connotata da estrema generalità e vaghezza, il Parlamento ha inserito una puntale indicazione proprio in riferimento alla necessità di contrarre le garanzie del contraddittorio prevedendone il differimento o – addirittura – l'eventualità; criteri fortunatamente non esercitati in questa direzione nei recenti decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario[54].

Tuttavia l'inserimento di tali indicazioni non può che rappresentare un pericoloso campanello d'allarme circa la possibilità di repentini *dietrofront* riguardo alla massima espansione dei principi costituzionali espressi negli articoli 24 e 111 Cost. In altri termini, il differimento e l'eventualità del contraddittorio, in un ambiente «in cui il dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà»[55], avrebbe svuotato il sistema delle tutele di un connotato fisiologicamente connesso alla sua effettività: la conoscenza della persona.

Tali criteri – fortunatamente non attuati dal delegato – mostrano nitidamente le difficoltà di porre a riparo i diritti da pericolose involuzioni normative, sino al punto di contraddire affermazioni pluridecennali della giurisprudenza costituzionale che, già negli anni '70, aveva individuato l'essenza del combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. nella duplice veste di metodo di formazione della decisione e garanzia individuale: «il diritto di difesa (…) è in

[53] Legge di delega n. 103 del 2017 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario").

[54] Il d.lgs. n. 123 del 2018 introducendo il nuovo comma 32 dell'articolo 678 c.p.p., rafforza la possibilità per i detenuti di partecipare alle udienze, tanto che l'avviso di fissazione dovrà contenere espressamente, a pena di nullità, l'avvertimento relativo alla facoltà di partecipazione; viceversa, questa avviene a distanza – mediante il collegamento audiovisivo – quando il detenuto ne fa richiesta ovvero nel caso di detenzione o internamento in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice.

[55] Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

primo luogo garanzia di contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale»[56], rappresentando (il contraddittorio), «la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale»[57].

[56] Corte cost., sent. n. 99 del 1975.
[57] Corte cost., sent. n. 125 del 1979.

Notizie sugli Autori

Ilaria Del Vecchio, Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Patrizio Gonnella, Ricercatore in Filosofia del diritto, Università degli Studi «Roma Tre», Presidente dell'Associazione Antigone

Leonardo Pace, Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

Giuliano Serges, Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

Silvia Talini, Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Andrea Turturro, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Collana Diritto penitenziario e Costituzione

1. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, 2014, II ed.
2. M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, 2014
3. P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, 2014
4. C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2015
5. M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, 2016
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)