UNIVERSITÁ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÁ DI SCIENZE POLITICHE

TESI DI DOTTORATO

in

GOVERNO E ISTITUZIONI

IL CORPO RISTRETTO

Il processo giurisprudenziale di emersione dei diritti nell'esecuzione penale

Relatore: Chiar. mo
Prof. Carlo Colapietro

Dottoranda: Dott.ssa
Silvia Talini

Anno Accademico 2013 - 2014

Ai miei genitori, di nuovo

INDICE

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO I

DALLA PENA COME CASTIGO AI PRINCIPI COSTITUZIONALI: UMANIZZAZIONE E RISOCIALIZZAZIONE

§ 1. Inquadramento dell'indagine e riflessioni preliminari 8

§ 2. Breve introduzione al concetto di pena 9

§ 3. Funzione della pena e dignità umana 11

3.1. Prevenzione generale: la sanzione come deterrente rivolto alla società 12

3.2. Retribuzione: la pena come castigo 13

3.3. Prevenzione speciale: la pena come deterrente rivolto all'autore di reato 17

§ 4. Dal Codice Rocco alle garanzie costituzionali: umanizzazione e rieducazione 19

4.1. Il sistema sanzionatorio del Codice Rocco. Dai diritti della persona al diritto dello Stato di punire 21

4.2. Il dopoguerra democratico e la centralità dei diritti 24

4.3. I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente: la discussione intorno alle funzioni della pena 26

4.4. Fondamenti costituzionali della tutela dei diritti delle persone ristrette 30

4.4.1. Il principio supremo della libertà-dignità 31

4.4.2. L'inviolabilità della libertà personale 35

§ 5. La riforma dell'Ordinamento penitenziario. Storia e significato 37

5.1. Le principali innovazioni della normativa penitenziaria 41

5.1.1. Individualizzazione del trattamento 41

5.1.2. Pene extracarcerarie: misure alternative alla detenzione e principali leggi di riforma 43

5.1.3. Positivizzazione e giurisdizionalizzazione dei diritti dei detenuti. Rinvio 51

CAPITOLO II

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E TUTELA DEI RISTRETTI: DAI "DIRITTI EMERSI" AI "DIRITTI A EFFICACIA EMERSA"

§ 1. Riflessioni introduttive 55

§ 2. Funzioni della pena e principio di umanizzazione nella giurisprudenza costituzionale 57

2.1. L'originaria polifunzionalità della pena 59

2.2. La finalità rieducativa come una delle qualità essenziali della pena 64

2.3. Il divieto di misure contrarie al senso di umanità 70

§ 3. La riforma dell'ordinamento penitenziario come espressione dei principi costituzionali 74

3.1. Il valore attribuito alle misure alternative alla detenzione. Cenni 74

3.2. La codificazione dei diritti dei detenuti 76

§ 4. Consulta e custodia cautelare: la duplice forza delle pronunce costituzionali 80

4.1. Illegittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare 84

4.2. Effetti del monito della Corte: una nuova scelta legislativa incostituzionale 88

§ 5. Giurisprudenza costituzionale e processo di affioramento di nuovi diritti 91

5.1. I diritti emersi 92

5.1.1. Considerazioni preliminari. L'equiparazione del lavoro penitenziario al lavoro libero 92

5.1.2. Il processo di emersione del diritto al riposo festivo e annuale 96

5.1.3. Il diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per i detenuti in regime speciale 102

5.2. I diritti dei detenuti come diritti a "efficacia emersa" 106

5.2.1. Il caso "Rai Sport - Rai Storia": sulla vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza 112

5.2.2. Tutela giurisdizionale e crediti derivanti dal lavoro penitenziario: un caso di diritto tipizzato ad "efficacia emersa" 117

CAPITOLO III

DIRITTI SOMMERSI E CORPO RISTRETTO

§ 1. Diritti sommersi e tutela dei legami affettivi 126

1.1. Diritto alla sessualità intramuraria: legittima negazione o colpevole omissione? 126

1.1.1 La tutela della dimensione affettiva nella normativa penitenziaria e la recente Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati 128

1.1.2. Il diritto sommerso nelle fonti sovranazionali, nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e nelle altre esperienze normative 136

1.1.3. L'obbligatorietà del controllo visivo sui colloqui impedisce il godimento del diritto alla sessualità? La *questio legitimitatis* 140

1.1.4. La decisione della Consulta: inammissibilità con valenza monitoria 150

1.2. Esigenze di prevenzione sociale e tutela dell'infanzia: un difficile punto di equilibrio 156

1.2.1 Pretesa punitiva statale e diritto all'infanzia nella recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità 165

§ 2. Dal diritto a uno spazio detentivo dignitoso al diritto a non subire tortura 172

2.1. Il diritto a uno spazio detentivo dignitoso. Il Messaggio del Presidente della Repubblica, le "leggi carcerogene" e gli interventi della Consulta 179

2.1.1. Una prevedibile condanna: dal caso Sulejmanovic alla sentenza Torreggiani 188

2.1.2. La risposta del Governo a Strasburgo: quattro interventi per evitare la condanna 196

2.1.3. Promozione dell'Italia ed emersione del diritto: le ragioni dello scetticismo in relazione al binomio identitario 203

2.2. Il diritto a non subire tortura nell'ordinamento penale italiano. Un "reato sommerso" 213

2.2.1. Il crimine di tortura: quadro internazionale e comunitario 214

2.2.2. La repressione dei trattamenti proibiti nella normativa italiana 223

2.2.2.1. Il quadro costituzionale. Richiamo 223

2.2.2.2. L'art. 185 *bis* del Codice penale Militare di guerra 225

2.2.2.3. La frammentaria tutela offerta dal Codice Rocco e il rischio di perdere di vista la naturale conformazione del diritto sommerso 227

2.2.3. Riflessioni conclusive. Le conseguenze della mancata emersione: dai processi Diaz e Bolzaneto alla sentenza di Asti 235

2.2.3.1. Il pluriennale *iter* parlamentare del reato di tortura 238

2.2.3.2. Il Disegno di legge "Tortura" all'esame del Parlamento e il futuro art. 613 *bis* c.p.: rilievi critici e considerazioni finali 240

BIBLIOGRAFIA 246

SITOGRAFIA 272

INTRODUZIONE

"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». Era il 1993 quando la Corte costituzionale, pronunciando queste parole, tentò di far emergere la portata del principio di umanizzazione: un principio costituzionale fortemente voluto dai Costituenti, che avrebbe dovuto tradursi in una rinnovata coscienza istituzionale e politica nel modo di concepire dignità umana e libertà personale.

È questo l'aspetto umanistico - troppo spesso dimenticato - che colora le riflessioni intorno alla nozione di pena, un connubio identitario in cui diritti dell'uomo e democrazia rappresentano elementi necessari dello stesso movimento storico: "senza diritti dell'uomo riconosciuti o protetti non c'è democrazia; la democrazia è la società dei cittadini, e i sudditi diventano cittadini quando vengono loro riconosciuti alcuni diritti fondamentali"[1]. Tali considerazioni, a prima vista lontane dalla riflessione sulla risposta sanzionatoria dello Stato, sono in realtà di primaria importanza per l'indagine che qui si vuole portare avanti. Porre l'accento sul soggetto cui la risposta sanzionatoria deve rivolgersi, infatti, significa condurre un'analisi che - partendo dal concetto di dignità umana - si ponga l'obbiettivo di valutare la compatibilità dell'attuale quadro normativo con i principi posti dal dettato costituzionale a tutela dei diritti delle persone ristrette e dell'inviolabilità della libertà personale. La figura del ristretto subisce così una metamorfosi: da soggetto passivo, semplice destinatario delle previsioni normative, a fulcro dell'intera disciplina dell'esecuzione penale. Di conseguenza, la persona inserita in un ordine giuridico che riconosce ai suoi consociati la titolarità di diritti fondamentali, li conserva anche nel momento in cui pone in essere una condotta contrastante con le norme giuridiche dello Stato; Stato che allora, da un lato (non solo potrà, ma) dovrà reagire all'illecito se non vuole perdere il suo carattere di effettività; dall'altro, però, non potrà superare

[1] N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, 1997, Introduzione, p. XIII.

l'invalicabile limite rappresentato dal rispetto delle libertà fondamentali, che costituiscono un nucleo ineliminabile di garanzie connaturato alla qualifica stessa di individuo.

Si comprende allora l'importanza del dibattito sulle implicazioni giuridiche, etiche e politiche connesse all'esercizio della potestà punitiva statale.

Tale dibattito, oggi, è tanto più attuale in considerazione della "fame di sicurezza" manifestata a gran voce dalla società civile, anche per via della generale (spesso errata)[2] percezione dell'aumento della criminalità, dovuta alla crescente attenzione dei *media* e al colpevole contributo di una politica che strumentalizza le insicurezze dei cittadini a fini elettorali. Nell'ultimo decennio, infatti, l'aumento esponenziale dello spazio dedicato dai mezzi d'informazione alla cronaca nera e agli episodi di violenza contro le persone ha contribuito a creare un generale stato di insicurezza e tensione. In questo clima si sente invocare, più che la sicurezza dei diritti, un fantomatico "diritto alla sicurezza" dietro al quale si celano ombre antigarantiste e anticostituzionali[3]: come la domanda di pene più severe, del ricorso massiccio alla carcerazione preventiva o di ulteriori misure di marginalizzazione dei molti soggetti "diversi" percepiti come minaccia alla sicurezza di pochi. Tali tendenze securitarie sembrano andare nella direzione opposta rispetto alla strada del "diritto penale minimo"[4] e alla diminuzione del ricorso al carcere, resa necessaria sia dall'endemica situazione di

---

[2] Il numero dei detenuti negli ultimi anni è progressivamente aumentato mentre il dato relativo al fenomeno delinquenziale è rimasto pressoché invariato. Le fonti ISTAT dal 2006 al 2012 mostrano come le persone arrestate o fermate dalle forze di polizia sia aumentata solo del 14% mentre, nello stesso periodo, la popolazione detenuta è aumentata del 40% (dati disponibili sul sito www.istat.it). In questo senso Cfr. G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione Giustizia*, 26 giugno 2014. L'Autore analizza gli effetti che "il governo dell'insicurezza collettiva" ha avuto, sta avendo e potrà avere sulle scelte di politica legislativa in materia penitenziaria.

[3] Sul difficile rapporto tra il bisogno di sicurezza e tutela dei diritti Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA - M. PALMA, 2001, Roma, p. 19 ss..; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, p. 18 ss.

[4] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2009, p. 156.

sovraffollamento negli istituti italiani[5] sia - e soprattutto - dall'innegabile guadagno sociale rappresentato dal crollo dei tassi di recidiva nei casi di percorsi trattamentali eseguiti *extra moenia*.

Il presente lavoro si propone quindi di analizzare normativa e giurisprudenza in materia di esecuzione penale, con il dichiarato fine di valutarne la compatibilità con i principi posti dal dettato costituzionale.

In particolare, nel primo capitolo - prendendo le mosse dalle funzioni storicamente attribuite alla pena - si condurranno riflessioni ampie circa il principio di umanizzazione e il finalismo rieducativo, cercando di farne emergere portata e valenza all'interno dell'ordinamento. Ciò alla luce di un'agevole considerazione: la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 ha tradotto sul piano normativo - seppur in notevole ritardo - quella "rivoluzione copernicana" auspicata dai Costituenti nell'intera concezione dell'esecuzione penale, dalla conformazione degli istituti e degli operatori penitenziari sino alla centralità riconosciuta alle persone recluse. Ma le rivoluzioni, anche quelle di natura ordinamentale, sono storicamente destinate a fallire ove non sorrette da una volontà politica e normativa costante, in grado di assecondare l'evoluzione storica e sociale. Volontà politica che, come si cercherà di mettere in luce, appare tutt'altro che rinvenibile nelle scelte compiute dal legislatore italiano dalla riforma ad oggi.

Se è vero, infatti, 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, è altrettanto vero che tale strada non sempre è stata seguita in modo coerente. La storia del diritto penitenziario risulta allora caratterizzata da quella che potrebbe definirsi un'assenza - o falsa presenza - del legislatore, spesso lontano da scelte costituzionalmente orientate e di frequente nascosto dietro colpevoli e ponderati silenzi, difficilmente conciliabili con il suo mandato costituzionale.

[5] Sul fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia e sulle ultime novità normative, *infra* cap. 3, par. 2.

Emerge così un quadro normativo lacunoso, spesso incoerente e lontano dalla realizzazione di quei principi costituzionali che la riforma penitenziaria aveva posto a tutela della dignità della persona ristretta. In questo complesso scenario, il delicato processo di bilanciamento di valori tra esigenze di ordine e sicurezza - connaturate allo stato di detenzione - e la garanzia dei diritti inviolabili del ristretto è stato spesso affidato all'opera della giurisprudenza.

Nel secondo e nel terzo capitolo, dunque, si metterà in luce il ruolo assunto dal Giudice delle Leggi in relazione al riconoscimento effettivo dei diritti inviolabili delle persone ristrette. Un ruolo guida esercitato non solo nei confronti del legislatore nazionale ma anche, come si avrà modo di specificare, in relazione alla giurisprudenza dei giudici di legittimità e di merito.

Data la grande eterogeneità delle pronunce in questo settore - e in considerazione delle innumerevoli modifiche intervenute a seguito di recenti interventi normativi[6] - si rende necessaria una premessa quanto al processo metodologico che verrà seguito nella trattazione: si prenderanno le mosse dalla funzione attribuita dalla giurisprudenza costituzionale alla pena, per giungere, nel secondo capitolo, a una costruzione giuridica che - partendo dall'analisi di casi concreti - fonda la categorizzazione dei diritti dei ristretti sul modo in cui la giurisprudenza, specialmente costituzionale, ha su di essi agito.

Ne deriva la seguente tripartizione: "diritti emersi", "diritti ad efficacia emersa" (con l'analisi di un'ipotesi di diritto tipizzato ad "efficacia emersa") e "diritti sommersi". Ciò che rientra nelle prime due categorie può agevolmente ricavarsi attraverso l'utilizzo di un metodo deduttivo che prende le mosse dalla definizione dei "diritti sommersi". Rientrano nel *tertium genus*, oggetto di specifica indagine nel terzo capitolo, i diritti soggettivi non espressamente contemplati dal dato normativo ma che, ponendosi come diretta espressione dei principi costituzionali di umanità e rieducazione, dovrebbero trovare pieno riconoscimento nel diritto positivo.

[6] *Infra*, cap. 3, par. 2.1.2.

In tale quadro, la Consulta si è mossa in una duplice direzione: da un lato ha modellato il dato normativo facendo emergere veri e propri diritti precedentemente non tipizzati nonostante la loro previsione risultasse costituzionalmente obbligata, i c.d. "diritti emersi"[7]. Dall'altro, il Giudice delle Leggi ha agito sulla normativa per apprestare adeguata tutela all'efficacia di diritti formalmente tipizzati, ma spesso frustrati sul piano dell'effettività. Si parla, in tal senso, del "diritto ad avere diritti" e, parallelamente, del diritto ad agire in giudizio per ottenerne tutela effettiva[8].

Nonostante tali interventi abbiano sicuramente allargato il novero dei diritti emersi in favore delle persone ristrette, occorre tuttavia rilevare come nel settore penitenziario non possa ragionarsi in termini di elenchi tassativi in riferimento alle situazioni giuridiche riconosciute. I diritti sommersi sarebbero, in altri termini, categoria aperta in progressiva espansione, anche in rapporto all'evoluzione dei diritti - e alla percezione degli stessi - nella società civile. Si tratta cioè di un processo inevitabilmente osmotico tra carcere e realtà esterna che impone all'interprete l'utilizzo di un metodo critico d'analisi, in grado di mettere in costante relazione diritti positivamente non previsti a livello legislativo e dettato costituzionale.

L'espansione potenzialmente illimitata della categoria conduce a una duplice considerazione prodromica alla delimitazione del campo di indagine della riflessione che verrà proposta nel terzo capitolo. *In primis*, l'analisi sarà condotta sui diritti sommersi direttamente incidenti sul corpo della persona detenuta la cui mancata garanzia incide significativamente sulle condizioni psicofisiche del ristretto, comprimendo gli aspetti più intimi di quella sfera di garanzia posta dal dettato costituzionale a tutela della dignità umana e dei diritti inviolabili. Attraverso un'analisi normativa e giurisprudenziale si cercherà, quindi, di ripercorrere l'*iter* logico-giuridico che dovrebbe condurre all'emersione dei diritti all'affettività-sessualità intramuraria, a uno spazio detentivo dignitoso e a non subire tortura.

---

[7] *Infra*, cap. 2, par. 5.1.

[8] *Infra*, cap. 2, par. 5.2.

Non si tratta, qui la seconda premessa, di una scelta basata sul grado di importanza dei diritti esaminati - basti pensare alla negazione del diritto a una pena effettivamente rieducativa nelle ipotesi di ergastolo ostativo o al diritto a una sanzione certa e determinata per gli internati - ma sull'attualità del processo di emersione. Si tratta, in altri termini, di questioni che hanno fatto "irruzione" nell'attuale dibattito politico grazie a recenti pronunce giurisprudenziali e a interventi normativi che impongono complesse riflessioni circa il loro grado di compatibilità con la tutela accordata alla dignità umana dal dettato costituzionale.

Tirando le fila delle riflessioni a carattere generale, necessarie per il corretto inquadramento dell'indagine proposta, può dirsi che da una valutazione complessiva delle pronunce emerge un quadro istituzionale patologico e spesso incostituzionale in cui la Consulta - affiancata dalla giurisprudenza di legittimità - assume la veste di attore principale nella promozione della tutela dei diritti inviolabili, a fronte di un legislatore silente e disinteressato.

È un ruolo, questo, ben lontano da quello attribuito dal Costituente allo Stato che, come si avrà modo di approfondire, non solo riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'individuo (secondo il principio dell'uguaglianza formale) ma assume su di sé un compito propulsivo: rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona facendosi così promotore e garante dell'uguaglianza sostanziale[9]. In questa prospettiva, ridisegnare la normativa penitenziaria favorendo il processo di emersione, ogni qualvolta ciò non confligga con specifiche esigenze di ordine e sicurezza, rappresenterebbe l'unica scelta costituzionalmente orientata per tutelare il residuo di libertà che l'esecuzione penale non può e non deve intaccare.

[9] In questo senso è stato autorevolmente messo in luce come la normativa penitenziaria dovrebbe costantemente essere letta alla luce della Costituzione, auspicando che le lancette dell'orologio del diritto penitenziario - più o meno ferme alla grande riforma del '75 dal punto di vista dello *ius positum* - siano finalmente riportate avanti dal legislatore con interventi idonei ad assicurare una disciplina conforme ai tempi che sia rispettosa della dignità dei reclusi. Così letteralmente M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2013, p. 2091.

CAPITOLO I

DALLA PENA COME CASTIGO AI PRINCIPI COSTITUZIONALI: UMANIZZAZIONE E RISOCIALIZZAZIONE

1. Inquadramento dell'indagine e riflessioni preliminari

La sanzione penale, nel pensiero giuridico moderno, rappresenta la risposta dello Stato alla violazione delle norme di cui si compone e che ne legittimano l'esistenza. Il potere coercitivo, storicamente ricompreso tra gli elementi costitutivi dell'apparato statale[10], consiste - naturalmente - nella capacità di far rispettare coattivamente le norme da parte dalla generalità dei consociati, prevedendo l'applicazione di una pena per coloro che a esse trasgrediscano.

Appare dunque evidente come dare una corretta definizione di pena - ricostruendone storia ed evoluzione, interrogandosi circa la sua funzione - sia l'insostituibile punto di partenza per un'analisi che si ponga l'obiettivo, non soltanto di offrire un quadro esaustivo dell'assetto attuale ma anche, con spirito critico, di evidenziarne le carenze e immaginare possibili soluzioni.

Considerata l'attualità del tema, anche in relazione a quanto emerso nelle riflessioni introduttive al presente lavoro, sembra opportuno ripercorrere le principali tappe evolutive del dibattito sulle implicazioni giuridiche, etiche e politiche connesse alla potestà punitiva dello Stato alla luce di una duplice considerazione: l'immutata validità di alcune teorie del passato e l'influenza che queste hanno avuto nell'attuale assetto normativo, a partire dal Codice Rocco e dalla Costituzione Repubblicana fino ai più recenti interventi normativi in materia di risposta sanzionatoria.

[10] Tra i primi a individuare nel potere coercitivo uno degli elementi costitutivi dello Stato T. HOBBES, *Leviatano*, Milano, 2004.

2. Breve introduzione al concetto di pena

S'intende comunemente per pena la punizione che l'ordinamento giuridico infligge al soggetto che ha posto in essere una condotta giuridicamente lesiva di un bene tutelato dall'ordinamento stesso.

Secondo una definizione largamente condivisa, ne vengono così individuate le principali caratteristiche: «la pena in senso stretto è la sanzione di un fatto-reato; l'applicazione della pena in senso stretto consegue all'accertamento giudiziale di un fatto di reato; la condanna ad una pena produce i cosiddetti effetti penali e, cioè, è premessa di determinate situazioni giuridiche qualificanti la persona dal punto di vista dell'applicazione della legge penale (…); la pena si traduce, generalmente, nella creazione di uno *status* di condannato (…)»[11].

Ai fini dell'analisi che si intende condurre, occorre porre l'accento su quest'ultimo aspetto. La dottrina, infatti, sembra implicitamente riconoscere che al momento della commissione di un illecito il rapporto tra lo Stato, che ha posto le norme violate, e il soggetto autore della condotta illecita cambi sotto un duplice punto di vista: oggettivo e soggettivo.

In relazione al primo aspetto può dirsi che, per effetto del mutamento della realtà fattuale in seguito all'illecito, lo Stato è legittimato a intervenire sull'autore della condotta attraverso l'applicazione di una pena; essa sembra dunque configurarsi come uno strumento di reazione conseguente alla lesione di beni e interessi giuridici tutelati dall'ordinamento. Dal punto di vista soggettivo, invece, la commissione dell'illecito genera la creazione, in capo all'autore della condotta, di un vero e proprio *status* di condannato, per effetto del quale risulterà destinatario di una serie di provvedimenti idonei a comprimere la sua sfera giuridica, limitandone in vari modi la libertà.

[11] P. NUVOLONE, *Pena* in *Enciclopedia del diritto,* vol. XXXII, Milano 1982, p. 787. L'Autore prosegue nella trattazione affermando che la pena «appartiene alla categoria delle sanzioni eterogenee (…), lo sono le conseguenze giuridiche di carattere impeditivo o di carattere afflittivo che l'ordinamento fa rientrare coattivamente dalla violazione di un obbligo».

Seconda definizione largamente diffusa nella tradizione manualistica moderna è quella che vede nella pena «la conseguenza giuridica di un reato, cioè la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale»[12]. Si tratta di una nozione di evidente carattere formale: con essa infatti emergono alcuni presupposti logici della pena, quali la presenza di un ordinamento giuridico positivo, la sussistenza di norme qualificabili come "precetti penali" e la conseguente possibilità di individuare determinate condotte soggettive come meritevoli di specifica sanzione. Nulla è detto, invece, su altri aspetti centrali del sistema sanzionatorio, quali l'oggetto (comportamenti da sanzionare), la giustificazione (perché punire) e - soprattutto - la struttura (come punire)[13].

Diversa, infine, la definizione che opta per una trattazione più empirica: «lo studio dell'essere della pena trova nella pena come sofferenza in sé il suo significato; quello sul dover essere trae direttamente il senso della pena dalla funzione che le si attribuisce. Il primo considera il dato essenziale, mentre il secondo si riferisce ad un orizzonte ipotetico, sorretto dalle teorie funzionaliste, ma si trova tuttavia a dover fare i conti con l'esperienza empirica, spesso traditrice»[14].

Dalle considerazioni sinora condotte è agile trarre una prima conclusione: la pena sembra configurarsi, da un lato, come ogni provvedimento minacciato da un potere efficace nei confronti di chi violi i suoi precetti e diretto a privare il soggetto disobbediente di un bene che altrimenti il potere stesso rispetterebbe[15]; dall'altro come condizione necessaria al crearsi del cosiddetto "*status* di condannato" che comporta necessariamente una modifica nella sfera giuridica del soggetto trasgressore.

---

[12] G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1976, p. 684.

[13] F. CAVALLA, *La pena come riparazione* G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1976*: oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena,* in *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna,* a cura di F. ZANUSI - S. FUSELLI, Milano, 2004, p. 2.

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

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

3. Funzione della pena e dignità umana

Prima di analizzare le principali teorie che hanno incentrato le loro riflessioni sulla funzione da attribuire alla pena - mettendo in luce di volta in volta il ruolo in esse attribuito all'individuo e alla garanzia dei suoi diritti - è opportuna una duplice premessa.

In primis, occorre rilevare come il prevalere di una prospettiva rispetto alle altre - e il loro reciproco combinarsi - si manifestino in tempi e forme che riflettono non soltanto una logica interna al sistema penale, ma anche tendenze di un più ampio contesto politico, sociale e culturale[16]. Appare dunque chiaro come nessuna delle teorie progressivamente elaborate al fine di dare contenuto positivo al concetto di pena possa considerarsi a sé stante, ma vada necessariamente collocata entro un determinato arco temporale e spaziale. Solo in questo modo potranno comprendersi il ruolo attribuito all'individuo trasgressore e soprattutto le garanzie che lo Stato ha progressivamente riconosciuto a tale soggetto.

In secundis, occorre ricordare come le teorie sulla funzione della pena vengano distinte dalla tradizione giuridica in due categorie: assolute e relative. Sono dette assolute le dottrine "retributivistiche", secondo le quali si punisce, *sic et simpliciter,* perché è stato commesso un delitto; sono invece relative le dottrine c.d. "utilitaristiche", per le quali lo Stato irroga una sanzione volta a impedire la futura commissione di delitti simili. In altri termini, secondo la prima impostazione la pena trova la ragione in se stessa; per la seconda la sanzione rappresenta un mezzo per conseguire uno scopo estrinseco, e precisamente il bene della società tutta[17].

Dunque, il discrimine tra le due teorie è il diverso fine attribuito alla pena: le prime sembrano fondarsi sul vetusto principio dell"occhio per occhio", che parte da idee di stampo religioso: vendetta, espiazione, riequilibrio tra pena e delitto[18]. Le teorie relative, invece, considerano e giustificano la sanzione soltanto come

---

[16] G. FIANDACA – E. MUSCO, *diritto penale parte generale,* Bologna, 2007, p. 684.

[17] G. FIANDACA – E. MUSCO, *ibidem,* op. cit., p. 691.

[18] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione,* op. cit., p. 267.

mezzo attraverso cui realizzare il fine utilitario della prevenzione di futuri delitti in vista dell'utilità sociale[19].

Poste in questi termini le premesse per l'indagine, può giungersi a una corretta comprensione delle tre funzioni storicamente poste a giustificazione della pena: prevenzione generale, retribuzione e prevenzione speciale.

3.1. Prevenzione generale: la sanzione come deterrente rivolto alla società

La teoria della funzione generalpreventiva si colloca tra le dottrine di stampo utilitaristico nate al tempo dell'Illuminismo penale. Essa si fonda sul presupposto che la pena non trovi la sua giustificazione nel semplice castigo per il male inflitto ma è sorretta da uno scopo predeterminato, quello della prevenzione. Al fatto di reato corrisponde la sanzione di una pena, afflittiva, determinata, inderogabile e proporzionata alla gravità del reato: in questo modo, scopo della sanzione è conseguire un effetto deterrente sul comportamento criminale futuro, orientando il comportamento dei consociati.

In questo senso, «la prevenzione generale si sostanzia nel fine di impedire alla generalità dei cittadini la commissione dei reati, o di ridurne il numero»[20]. Evidente come lo scopo principale della pena non sia punire il soggetto trasgressore, quanto piuttosto portare a conoscenza della società le conseguenze giuridiche connesse alla commissione del reato, svolgendo così uno scopo deterrente sull'intera collettività.

Va sottolineato inoltre come la finalità generalpreventiva vada intesa non solo come deterrenza, ma come orientamento culturale: essa postula l'interiorizzazione e l'accettazione, da parte dei consociati, delle valutazioni di

[19] Per un'ampia disamina sulle numerose differenze tra dottrine assolute e relative Cfr. M. A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, p. 8.

[20] A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale - Parte generale*, Padova, 2004, p. 433.

politica criminale espresse dal legislatore attraverso l'adozione della norma incriminatrice[21].

Prendendo le mosse dalle riflessioni che precedono, la tradizione giuridica ha individuato due profili della prevenzione generale: uno negativo e l'altro positivo. Con il primo si mira ad impedire - o a ridurre - la commissione dei reati da parte dei consociati tramite la deterrenza, ossia la paura della pena[22], che assume quindi una funzione di integrazione sociale e di promozione del conformismo delle condotte[23]. Con la prevenzione generale positiva, invece, si fa leva sulla considerazione che la previsione di sanzioni penali contribuisce a confermare nei consociati il giudizio di disapprovazione dei comportamenti illeciti[24]. Alla luce di questo duplice profilo, è stato osservato come le dottrine che sostengono la funzione di prevenzione generale hanno il merito di non aver confuso il diritto con la morale, non rivolgendosi esclusivamente a chi delinque, ma alla generalità dei consociati[25].

3.2. Retribuzione: la pena come castigo

Secondo recente e autorevole dottrina la pena, in difetto della sua finalità retributiva, cesserebbe di essere tale; è stato infatti osservato come l'idea retributiva rimanga di fatto il fulcro del diritto penale della libertà[26].

Il concetto di retribuzione trova la sua compiuta espressione nella Scuola Classica, i cui componenti si distaccano dalle teorie di stampo utilitaristico dell'illuminismo penale[27].

---

[21] E. DOLCINI, *Relazione introduttiva*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 38.

[22] A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi* op. cit., p. 434.

[23] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, op. cit., p. 270.

[24] A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi* op. cit. , p. 435.

[25] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* op. cit., p. 270.

[26] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 749 ss.

Secondo tale orientamento, lo scopo primario della pena è restituire all'autore dell'atto illecito un male proporzionale a quello da lui commesso. Così nell'opera di uno dei massimi esponenti della Scuola: «il fine della pena non è quello né che la giustizia sia fatta, né che l'offesa sia vendicata; né che sia risarcito il danno da lui patito; né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espii il suo reato; né che si ottenga la sua emenda. Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società»[28].

Presupposto indefettibile è allora l'esistenza di un insieme organico e sistematico di regole giuridiche, conoscibile dalla generalità dei membri della società, rimanendo ciascuno libero di rispettarlo o disattenderlo in virtù del libero arbitrio connaturato a ogni individuo. La Scuola Classica, dunque, fonda il concetto di imputabilità sulla persona o, meglio, sulla sua facoltà di autodeterminarsi secondo una scelta della volontà.

Così messi in luce i caratteri generali della funzione retributiva, occorre un'ulteriore distinzione tra teoria della retribuzione morale e della retribuzione giuridica. Secondo la prima concezione la pena troverebbe il suo fondamento nell'esigenza morale di rispondere al male con un altro male ad esso proporzionato; la pena appare così una retribuzione etica, giustificata dal valore morale intrinseco alla legge penale infranta. In accordo con la teoria della retribuzione giuridica, invece, il reato costituirebbe la negazione di un diritto e la pena si configura come lo strumento per riaffermare il precetto violato; in altri termini, il crimine si risolve in un'azione lesiva del diritto e la sanzione altro non è

---

[27] Cfr. F. CAVALLA, *La pena come riparazione,* op. cit., p. 12: «Quando si parla di Scuola Classica ci si riferisce ad un movimento giuridico della seconda metà dell'Ottocento in Italia. Tale scuola muove dal presupposto del libero arbitrio da cui derivano alcune conseguenze. In primo luogo si afferma che l'uomo è libero di autodeterminarsi in quanto è in grado di conoscere con certezza il bene e il male; presupposto soggettivo della pena è esclusivamente la colpevolezza, in quanto l'uomo è rimproverabile per le sue scelte; infine il comportamento degno di pena è soltanto la commissione di un reato che è determinato tassativamente e oggettivamente. Quello della Scuola Classica appare così essere un diritto penale del comportamento».

[28] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, p. 6.

che «lesione della lesione» ed è perciò «retribuzione», che ritorce sul reo la violenza che egli stesso ha esercitato e commesso[29].

Per una corretta comprensione delle teorie retributive va ricordato che la Scuola Classica nacque nell'Ottocento come reazione alla situazione politica, sociale e giuridica in cui versava l'Italia e il sistema penale allora vigente, caratterizzato dall'uso della tortura e dalla ferocia delle pene.

Evidente, quindi, la connessione con i moti rivoluzionari del XVIII secolo, nati dal malcontento verso assetti di potere centrali indifferenti alle esigenze delle classi più deboli e portati avanti - particolarmente nella Rivoluzione francese - proprio allo scopo di spostare il centro di gravità dallo Stato all'individuo. In questo senso un illustre pensatore dell'età moderna, vissuto a cavallo tra Illuminismo e Romanticismo, mise in luce come la punizione giuridica non potesse mai venire decretata «semplicemente come mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto perché egli ha commesso un crimine. E ciò perchè l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo [...] egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile»[30].

In quanto castigo per il male commesso, inoltre, la pena si giustifica laddove la persona scelga volontariamente e consapevolmente di violare la norma pur avendo, invece, la possibilità di osservarla. In tal senso, il presupposto per l'applicazione della sanzione è la concreta capacità di intendere il valore etico e

---

[29] G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di G. MARINI, Roma - Bari, 1987. Nel pensiero dell'Autore la pena sortisce dunque due effetti. Da un lato, agendo sul reo come lui ha agito, lo onora come essere razionale, capace di rispondere delle proprie azioni. Dall'altro, costringendolo ad accettare anche per sé quello che lui ha fatto ad altri, mostra come l'atto criminale sia "autocontraddittorio", cioè votato alla propria distruzione. In tal modo dimostra che non siano possibili alternative al diritto: la lesione della lesione, la pena, reintegra il diritto nella sua vigenza, dimostrandone la sua inviolabilità.

[30] I. KANT, *La Metafisica dei Costumi*, Bari, 1970, p. 227.

sociale delle proprie azioni e di determinarsi liberamente in reazione alle medesime, sottraendosi all'influsso dei fattori interni ed esterni[31].

Applicando le categorie illuministiche al diritto penale, la Scuola Classica immaginò un indirizzo politico e penale in pieno accordo con le contemporanee rivendicazioni di diritti umani. Stabilì la ragione e i limiti del diritto di punire dello Stato; si oppose alla ferocia delle pene e all'arbitrarietà connessa alla loro applicazione, rivendicando con forza diritti e garanzie per l'individuo[32]. Si affermò così una concezione della pena come retribuzione, volta a riaffermare i diritti dei singoli in opposizione all'autoritarismo e alla crudeltà che fino ad allora avevano caratterizzato i sistemi sanzionatori.

Non può allora non farsi riferimento alle opere del massimo esponente dell'illuminismo giuridico italiano, Cesare Beccaria. Giurista nel cui pensiero convergono alcune delle idee sociali più significative dell'illuminismo penale: idee che troveranno fortuna anche al di fuori dei confini italiani, influenzando numerosi studiosi dell'epoca moderna[33]. L'aspetto che rende più attuale le riflessioni di Beccaria è senza dubbio l'importanza preminente attribuita all'individuo, alla salvaguardia dei diritti soggettivi e alle garanzie penali in vista di una conciliazione tra utilitarismo e umanitarismo, che lo rende un simbolo del diritto penale moderno. Nella sua opera principale «la pena (…) viene vista come legittima ed efficace soltanto nelle sue conseguenze utili all'uomo (…)"[34]. Da questa premessa nasce la feroce critica alle pratiche inumane che avevano caratterizzato il sistema sanzionatorio nei secoli precedenti, la pena di morte e la tortura; e infatti non può esservi spazio per la libertà e per la garanzia dei diritti ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa»[35]. L'individuo assume dunque un ruolo centrale nel pensiero di Beccaria, divenendo il fulcro attorno a cui il sistema punitivo deve

[31] F. MANTOVANI., *Diritto penale*, op.cit., p. 560.

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

[33] Sui rapporti tra Cesare Beccaria e l'Illuminismo penale Cfr. M. MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977.

[34] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1986, p. 47.

[35] C. BECCARIA, *Ibidem*, op. cit. p. 50.

necessariamente ruotare. In tale sistema, le afflizioni penali si configurano come prezzi necessari per impedire mali maggiori, e non come omaggi gratuiti all'etica, alla religione o al sentimento di vendetta[36].

3.3. Prevenzione speciale: la pena come deterrente rivolto all'autore di reato

La teoria della prevenzione speciale individua la finalità della pena nell'impedire a determinati soggetti, che si siano già mostrati inclini a delinquere, la commissione di futuri reati[37]. Tale concezione si deve alla Scuola Positiva, nata alla fine del XIX secolo e contrapposta alla Scuola Classica per la quale, come detto, «il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine giuridico violato»[38].

A fondamento della concezione positiva si trova una particolare visione dell'essere umano: esso seguirebbe, spontaneamente, alcune regole fondamentali che garantiscono la convivenza civile, sicché solo particolari soggetti porrebbero in atto comportamenti devianti, in grado però di minacciare la sicurezza di molti[39]. Emerge così una visione determinista dell'essere umano: secondo i positivisti, influenzati dall'assoluta fiducia riposta nei nuovi strumenti d'indagine scientifica dell'epoca, non può esservi spazio per l'autodeterminazione. L'individuo non è responsabile, ma solo vittima delle diverse spinte biologiche e sociali.

Si assiste, dunque, allo svuotamento del concetto di imputabilità sulla base della premessa determinista che nessun condannato sia davvero colpevole, perché il delitto è frutto di condizionamenti biologici e socioeconomici che ne hanno

---

[36] Così letteralmente L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, op. cit. p. 247.

[37] F. CAVALLA, *Ripensare* op. cit., p. 8.

[38] F. CARRARA, *Programma del corso*, op. cit., p. 603.

[39] Al riguardo F. CAVALLA, *Ripensare*, op. cit. p. 8,: «A giustificazione della prevenzione speciale, non viene portata un'esigenza etica, o la fiducia in certo sistema di valori: viene semplicemente invocata la constatazione che, sul piano empirico-naturalistico, l'uomo è un animale che si organizza in società ed è impossibile che una qualsiasi organizzazione funzioni senza eliminare al suo interno gli elementi che ne disturbano il funzionamento».

determinato la genesi[40]. È questo il tratto peculiare della prevenzione speciale: l'accento è posto non sulla generalità dei cittadini ma sul singolo autore del reato, cui dovrà applicarsi una misura che tenda al suo recupero.

L'attenzione del diritto penale si sposta, quindi, dal fatto criminoso in astratto alla personalità del reo in concreto; dalla colpevolezza per la condotta posta in essere, alla pericolosità sociale dell'autore intesa come probabilità che il soggetto, per certe cause che devono essere individuate, sia spinto a commettere fatti criminosi[41]. La pena assume così una natura "riabilitativa" e "risocializzante", essendo preposta a eliminare la pericolosità del reo e ad evitare la futura commissione di reati da parte dello stesso, non escludendosi la neutralizzazione dell'individuo qualora la propensione al delitto risulti ineliminabile.

Principi cardine del sistema sanzionatorio saranno quindi l'indeterminatezza della sanzione - in insanabile contrasto con il principio di certezza del diritto, ma anche di tassatività e proporzionalità della sanzione penale - e la causalità. Per effetto del primo la pena è indeterminata nel tempo e nella specie: essa sarà destinata a protrarsi fino a quando il trasgressore non risulterà privo di pericolosità per la collettività, in quanto "rieducato" e reinseribile nella vita sociale[42]. Si intravedono, ovviamente in forma più che embrionale, le idee che condurranno alla previsione di misure alternative alla detenzione calibrate sulla persona del condannato, e all'idea secondo cui il reo possa uscire del luogo di detenzione prima di aver scontato l'intera pena.

Dunque, mentre la Scuola Classica considera il reato come fenomeno giuridico astratto estraneo al soggetto agente, imponendo l'adozione norme penali generali e astratte, per la concezione positivista il reato è un fenomeno naturale e sociale: un fatto umano individuale, indice di una (singola) personalità socialmente pericolosa che deve essere isolata e corretta.

---

[40] S. CIAPPI, A. COLUCCI, *Giustizia Criminale*, Milano,1997, p. 61 ss.

[41] F. MANTOVANI, *Diritto Penale,* op cit. p. 575.

[42] La durata della pena-emenda può essere dunque illimitata in ragione dell'impossibilità di rieducare l'autore dei reato. Cfr. M. A. CATTANEO, *Il problema del filosofico della pena*, op.cit., p. 93.

Si impongono allora alcune riflessioni d'insieme. Pur riconoscendo che la teoria dell'emenda morale si fonda su un'idea nobile, secondo cui deve respingersi ogni concezione che porta a giustificare la pena inumana, fonte di barbarie e ingiustizie, l'aspetto negativo della teoria consiste nel fatto che essa conduce inevitabilmente - a causa della connessione tra diritto e morale - ad attribuire allo Stato un pericoloso compito di valutazione del comportamento morale dell'individuo, un compito che implica necessariamente un'interferenza nell'ambito della coscienza individuale[43].

Al netto delle legittime - e tuttora valide - critiche mosse alla Scuola Positiva e al suo pericoloso indirizzo determinista ed eticizzante, a essa deve comunque riconoscersi un merito: aver spostato l'attenzione dal reato al suo autore, il reo, come persona non solo inserita in un determinato contesto sociale, ma dallo stesso influenzata e condizionata nelle proprie scelte.

In un sistema costituzionale fondato sul principio di umanità delle pene, oggi riconosciuto dall'art. 27 della Costituzione - ma anche della generica valutazione della responsabilità penale *ex* art. 133 c.p. - tale *focus* sull'autore rappresenta l'imprescindibile punto di partenza per l'individuazione del trattamento - penitenziario o extrapenitenziario - modulato sul singolo condannato e sulle sue specifiche esigenze di reinserimento sociale[44].

4. Dal Codice Rocco alle garanzie costituzionali: umanizzazione e rieducazione

Nell'attuale assetto costituzionale, il fulcro delle previsioni poste a tutela dei diritti della persona nel corso dell'esecuzione penale è indubbiamente rappresentato dall'art. 27, comma 3, a norma del quale: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

---

[43] M. A. CATTANEO, *Il problema* op. cit. p. 90.

[44] Sull'individualizzazione del trattamento penitenziario *infra*, cap. 1, par. 5.1.1.

Nell'esecuzione della pena, dunque, il legislatore deve assicurare il rispetto della persona o, se si vuole, il rispetto della personalità e della dignità del ristretto[45]. Può dirsi allora che, in relazione ai diritti fondamentali della persona, lo Stato abbia inteso affermarsi come un organo di garanzia, che assicura il pieno sviluppo dei valori personalistici e collettivi dei cittadini[46].

La chiarezza del quadro normativo è tuttavia solo apparente: dottrina e giurisprudenza hanno a lungo manifestato la tendenza a ridurre la portata del dettato costituzionale, parlando di disposizioni programmatiche o tendenziali[47]. Ancora oggi, dunque, occorre interrogarsi se - e in che modo - il trattamento penitenziario sia realmente volto ad assicurare il rispetto della dignità della persona e teso alla risocializzazione del reo. Come si avrà modo di specificare nelle riflessioni che seguono infatti, il principio di umanizzazione implica il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, nei limiti in cui il loro esercizio sia compatibile con lo stato di detenzione[48]. A ben vedere, l'affermazione di questi principi ha dovuto vincere numerose resistenze, sia in sede di stesura del testo costituzionale[49] sia, successivamente, in sede interpretativa[50].

---

[45] M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, p. 12 ss.

[46] P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2006, p. 68.

[47] P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. CALAMANDREI e F. LEVI, Firenze, 1950, p. CXXXIV. Secondo l'Autore le disposizioni costituzionali sarebbero formalmente giuridiche, ma dalla sostanza ancora politicamente fluida, fatta di aspirazioni insoddisfatte e di tendenze ancora in divenire e la cui attuazione è rimessa interamente alla valutazione di opportunità politica in alcun caso oggetto di un sindacato giudiziario. Tuttavia, all'indomani della prima sentenza della Corte costituzionale, lo stesso Calamandrei riconobbe la natura precettiva delle c.d. disposizioni di principio affermando che: «i cittadini sentiranno che la Costituzione non è soltanto una carta scritta, che la Repubblica non è stata una beffa» (P. CALAMANDREI, *La costituzione si è mossa*, in *La Stampa*,16 giugno 1956.

[48] M. RUOTOLO, *Art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, *Artt. 1-54*, a cura di R. BIFULCO, A. CELETTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 321 ss.

[49] *Infra*, cap. 1, par. 4.3.

[50] G. FIANDACA, *Il 3°comma dell'art, 27*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27 - 28*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss..

Rinviando ai capitoli successivi per l'analisi critica del controverso processo di attuazione del dettato costituzionale, nei paragrafi che seguono si cercherà di evidenziare l'importanza progressivamente attribuita nell'esecuzione penale alla tutela dell'individuo e alla sua dignità. Si tratterà in particolare di mettere il luce le significative differenze tra il sistema sanzionatorio preesistente alla Costituzione e quello ad essa successivo.

Il primo risulterà necessariamente caratterizzato dalle spinte repressive e autoritarie risalenti all'epoca fascista; il secondo, al contrario, dal tentativo di realizzare un'autentica rivoluzione copernicana, segnata dall'ambizione di passare da un "codice dei doveri" a un innovativo "codice dei diritti"[51].

4.1. Il sistema sanzionatorio del Codice Rocco: dai diritti della persona al diritto dello Stato di punire

Come anticipato in chiusura del precedente paragrafo, il ventennio fascista fu caratterizzato dal tentativo di costruire un forte apparato repressivo, riconoscendo valore supremo ai fini nazionali più che alla libertà individuale. Scopo precipuo dello Stato non era tutelare i diritti dei singoli membri dalla collettività: gli interessi nazionali erano rimessi all'interpretazione esclusiva degli uomini "più degni e adatti"[52].

---

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

[52] M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007, p. 410.

Si diffuse così una cultura giuridica che svuotò l'individuo di ogni valore intrinseco, rendendolo plasmabile e disponibile alla volontà dei gruppi che detenevano il potere[53]. Il risultato fu la creazione di un apparato fortemente autoritario, con propri fini e interessi - bellici, economici, politici - cui venivano subordinati gli interessi collettivi.

Furono questi i principi che ispirarono le riforme del sistema penale e che condussero all'approvazione - oltreché del Codice Rocco nel 1930 - del Regolamento Carcerario del 1931[54], del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza e dell'Ordinamento giudiziario Grandi.

Esula dall'oggetto della presente trattazione un'analisi dettagliata di tali interventi normativi. Tuttavia una breve indagine sui principi del Codice Rocco, in tema di scelte sanzionatorie e del ruolo assunto dall'individuo, appare un'utile premessa per porre in luce il carattere innovativo del dettato costituzionale in tema di tutela dei diritti dei detenuti e della dignità dell'individuo ristretto.

Prendendo le mosse dalla funzione della pena, il Codice del 1930 le attribuì una duplice valenza: da un lato la funzione di prevenzione generale considerata come scopo primario della sanzione, dall'altro la funzione retributiva, definita come "satisfattoria". Il rapporto gerarchico esistente tra le due anime della sanzione criminale emerge soprattutto dalla lettura dei lavori preparatori: «delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente quella di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e quella satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie»[55].

Tale assetto punitivo si completa con la previsione di un'ulteriore fonte di sanzioni costituita dal cosiddetto "doppio binario", caratterizzato dall'introduzione

---

[53] G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *ID., Opere*, Milano, 1959, p. 177 ss..

[54] Per un approfondimento sul Regolamento penitenziario del 1931 Cfr. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Politica del Diritto*, 1974, pp. 183 ss..

[55] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale*, op. cit. p. 686.

delle misure di sicurezza cui è demandata la funzione di prevenzione speciale[56]. In tale sistema, i provvedimenti che vanno a incidere sulla sfera individuale si sdoppiano: da un lato la pena tradizionale inflitta sul presupposto della colpevolezza, dall'altro la misura di sicurezza come provvedimento eventuale fondato sulla pericolosità sociale del reo e finalizzato alla sua neutralizzazione[57].

L'apparato repressivo così configurato modificò il concetto di bene giuridico meritevole di tutela penale; nella tradizione liberale classica, infatti, tale bene era rappresentato dal complesso dei diritti della persona, mentre nell'epoca fascista si trattò del diritto dello Stato alle azioni od omissioni imposte sotto minaccia di pena[58].

Le caratteristiche repressive del sistema sanzionatorio così delineate portarono alla reintroduzione della pena di morte, all'enunciazione di un'amplissima serie di reati d'opinione, alla previsione di pene severissime - soprattutto in relazione ai reati contro la personalità dello Stato - e all'eliminazione *in toto* delle attenuanti generiche. Occorre tuttavia segnalare

---

[56] Emerge il concetto di "polifunzionalità" della pena, ovvero l'idea secondo cui la sanzione non abbia un'unica funzione bensì molteplici. Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen*., 1961, p. 308. L'Autore ritiene che la pena, nella sua essenza abbia natura "retributiva", ma che essa sarebbe, storicamente suscettibile di essere inflitta «in vista di finalità le più diverse». Da qui la
triplice funzione della pena: satisfattoria, generalpreventiva e specialpreventiva. Si veda anche M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, p. 115 ss.. Secondo l'Autore «ogni penalista non monoretribuzionista ammetterà che quelle funzioni ci sono tutte, e tutte insieme, giustificano il meccanismo punitivo. Lo motiverà diversamente e privilegerà alcune di esse rispetto alle altre, ma la sostanza "ammissiva" non cambirà».
Sulla polifinzionalità della pena nella giurisprudenza costituzionale *infra*, cap. 2, par. 2.1.

[57] Sulle misure di sicurezza Cfr. M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 79 ss, A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1980, p. 6., B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza*, Milano, 1977.

[58] Così M. ASCHERI, *Introduzione*, op. cit., p. 415.

come l'indirizzo giuridico avallato da Vincenzo Manzini[59], riuscì a evitare che nel codice entrassero le tesi più totalitarie, salvando i principi di stretta legalità e di materialità del reato[60]. È stato infatti sostenuto che l'impianto generale delineato dal legislatore del '30 si rifaceva al principio di legalità in tutte le sue manifestazioni e palesava la ricerca di rigore nella prevenzione del crimine[61]; pur dovendosi ricordare che, nei fatti, le garanzie del sistema penale persero ogni valenza, data l'enorme discrezionalità attribuita agli organi dell'apparato repressivo grazie all'approvazione di numerose leggi speciali.

4.2. Il dopoguerra democratico e la centralità dei diritti

La Costituzione della Repubblica italiana del 1948, approvata al termine del secondo conflitto mondiale e all'indomani dello storico voto sulla forma di Stato, trasformò radicalmente i paradigmi del diritto nazionale; ma la cultura giuridica tardò a prenderne atto e per molti anni la maggior parte delle disposizioni costituzionali rimasero lettera morta.

Già all'indomani della sua approvazione venne in luce come, nonostante il carattere rigidamente democratico e coraggiosamente sociale, «tutte le leggi sono affidate per la loro attuazione alle forze sociali ed alla coscienza morale dei popoli, sicché un orientamento di solidarietà e di serietà che sia dato una volta in una fortunata congiuntura storica deve essere conservato e rafforzato dalla vigilanza delle forze sociali che lo hanno espresso da sé e dalla permanente validità della coscienza morale della società tutta»[62].

Nonostante tale ritardo, la Costituzione si pose come atto normativo supremo in grado di modificare profondamente l'assetto istituzionale esistente e,

[59] Giurista italiano che tra il 1928 e il 1930, fu incaricato del guardasigilli Alfredo Rocco della redazione del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale, quest'ultimo integralmente sostituito dalla riforma del 1988.

[60] M. ASCHERI, *Introduzione*, op. cit., p. 415.

[61] G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. dir. proc. pen*., 2008, p. 3.

[62] A. MORO, *Al di là della politica e altri scritti*, Roma, 1982, p. 142 ss.

con esso, la struttura e i valori della società civile[63]. Infatti, muovendosi in direzione opposta rispetto a quella percorsa dal legislatore del '30, il Costituente si ispirò anzitutto all'ideale della centralità e del primato della persona umana, considerata titolare di diritti inviolabili, preesistenti a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato e non condizionati a finalità di alcun genere.

Si ribalta così la tradizione che presupponeva la preesistenza e l'anteriorità logica dello Stato, affermando al contrario l'anteriorità logica - e ontologica - dei diritti fondamentali dell'essere umano rispetto a quelli della pubblica autorità[64].

La scelta di porre l'individuo - e le sue garanzie - come fulcro del nuovo apparato normativo, fu la risposta a una duplice esigenza: da un lato, segnò una netta rottura rispetto al sistema autoritario e repressivo che aveva caratterizzato i decenni precedenti; dall'altro fu il risultato di una soluzione di compromesso intervenuta tra le principali culture politiche presenti all'interno dell'Assemblea Costituente. Compromesso in cui, l'ispirazione cristiana fece parlare di "dignità delle persone e formazioni sociali" e dei corrispondenti "doveri inderogabili di solidarietà"[65]; quella liberale, delle garanzie delle libertà individuali e della proprietà[66]; infine, la matrice socialista fu indispensabile per l'affermazione dei

---

[63] Si veda a questo proposito A. RUGGERI, *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, Relaz. al Convegno su *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Pisa 26-27 marzo 1993, Torino 1994, p. 45 ss.: «il regresso nella realizzazione del programma costituzionale di promozione umana non è, in alcun modo, consentito; e, una volta raggiunte nuove conquiste, non può più farsene a meno, proprio in quanto la linea di sviluppo dell'ordinamento (e della società) è retta e non circolare, senza ritorno o ripensamenti».

[64] A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 2.

[65] Così dispone oggi l'art. 2 della Costituzione Italiana: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (*infra*, cap. 1, par. 4.4.1.).

[66] Così dispone l'art. 42 della Costituzione Italiana: " La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità".

diritti sociali, del primato del lavoro e del dovere, per lo Stato, di impegnarsi a ridurre le disuguaglianze materiali che impediscono il pieno sviluppo della persona[67].

Nacque così un modello di democrazia liberal-socialista, centrato sui principi di sovranità popolare e tutela dei diritti umani[68].

Giungendo a una prima conclusione, può affermarsi che l'entrata in vigore della Costituzione abbia condotto a un radicale mutamento della posizione riconosciuta all'individuo all'interno della società. Non a caso Pietro Calamandrei scrisse che i diritti di libertà, in quanto base intangibile di ogni democrazia, devono essere considerati come diritti "supercostituzionali", e come tali, rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche contro gli attentati da esso provenienti[69]. La Costituzione, infatti, riconosce e garantisce la dignità e l'inviolabilità della persona, consacrando i diritti di libertà e le garanzie giudiziarie poste a loro protezione attraverso l'enunciazione di principi fondamentali, che rappresentano ancora oggi il nucleo incomprimibile dell'ordinamento giuridico italiano.

4.3. I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente: la discussione intorno alle funzioni della pena

Come anticipato, i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente si svolsero in un clima di acceso dibattito intorno alla funzione da attribuire alla pena,

---

[67] Così dispone oggi l'art. 3 della Costituzione Italiana: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.
È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (*infra*, cap. 1, par. 4.4.1.).

[68] M. ASCHERI, *Introduzione*, op. cit., p. 422.

[69] P. CALAMENDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepulciano, 2004, p. 167.

oscillando tra i contrapposti postulati della Scuola Classica e della Scuola Positiva[70]. La preoccupazione manifestata dalla Commissione dei 75 era dovuta alla circostanza che un'esplicita presa di posizione sullo scopo da attribuire alla pena avrebbe potuto tradursi nel riconoscimento del primato di una delle due teorie tradizionalmente in conflitto. Ne discende un quadro piuttosto frammentato: secondo parte dei Costituenti alla pena doveva attribuirsi un fine di prevenzione, secondo altri di intimidazione, secondo altri ancora il solo fine di rieducazione del reo, estromettendo quindi il principio di umanizzazione dal dettato costituzionale. La discussione era quindi volta alla ricerca di una definizione quanto più capace di raccogliere i consensi delle due scuole[71].

La difficoltà di prendere - o meno - posizione sulla funzione da attribuire alla pena emerge con chiarezza dalla lettura dei lavori preparatori della seduta del 15 Aprile 1947 intorno alla redazione dell'art. 21 del Progetto di Costituzione, articolo destinato a trasformarsi nell'attuale art. 27 Cost.

La formula proposta dalla Commissione così recitava: «*le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*». Risulta interessante, soprattutto in considerazione di ciò che diventerà il principio di umanità, l'emendamento proposto dagli Onorevoli Bettiol e Leone in cui emerge con tutta evidenza la volontà di non prendere posizione sul problema della funzione da attribuire alla pena: «la Commissione, è chiaro, non ha voluto prendere posizione su questo problema. Esso tormenta da secoli le menti dei pensatori e dei filosofi e agita le legislazioni di tutto il mondo; non sarebbe stata quindi questa la sede opportuna per tentare di risolverlo»[72]. Proseguendo nell'illustrazione dell'emendamento, l'onorevole Leone mise in luce come la Commissione volesse comunque esprimere qualcosa di diverso, dichiarando quanto segue: «nell'esecuzione della pena, lo Stato si

[70] F. CAVALLA, *La pena come problema*. op. cit., p. 48.

[71] G. FIANDACA, *Il 3°comma dell'art. 27,* op. cit., p. 224.

[72]G. LEONE in Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di martedì 15 Aprile 1947*, Parte X, Tipografia della Camera dei Deputati, p. 2879.

assuma l'impegno di facilitare il processo di rieducazione, di recupero morale del delinquente»[73].

In secondo luogo, l'emendamento propose di invertire l'ordine delle due coordinate dell'articolo 21 riducendo così la portata dell'ideale rieducativo; la nuova versione risultava così formulata: «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione morale del condannato*»[74]. L'inversione delle coordinate aveva dunque lo scopo di attribuire centralità al senso di umanità del trattamento, evitando che la rieducazione fosse concepita come fine principale della pena.

Nella medesima direzione l'emendamento presentato dall'On. Bastianetto: «nell'esecuzione delle pene si deve aver riguardo soprattutto al rispetto della persona umana»[75]. L'accento, dunque, è posto sulla centralità del principio di umanizzazione nel sistema penitenziario; in assenza di tale statuizione infatti si rischierebbe «di votare una formula che non dà l'indirizzo a quelli che dovranno fare la riforma carceraria (…) molto più opportuno è inserire una formula semplice, generica, che possa offrire la base solida per questa riforma»[76]. L'emendamento muove dalla preoccupazione che l'art. 21 potesse essere teso ad assicurare esclusivamente la rieducazione del condannato, tralasciando il principio della personalità umana che dovrà, al contrario, guidare la futura riforma penitenziaria[77].

In forte contrasto con le posizioni ora esposte, l'intervento dell'On. Tupini, che chiese il ritiro dell'emendamento Leone: «le preoccupazioni affacciate, non sono giustificate data la formulazione dell'articolo proposta dalla Commissione (…) sono convinto per un elementare senso umano, che bisogna fare ogni sforzo perché il reo possa essere rieducato (…) dirlo in questa forma mi sembra il modo

[73] *Ibidem*, p. 2879.

[74] *Ibidem*, p. 2878.

[75] C. BASTIANETTO, in Assemblea Costituente, op. cit., p. 2879.

[76] *Ibidem*, p. 2880.

[77] Assemblea Costituente, op. cit., p. 2869.

più chiaro possibile»[78]. L'opposizione nasceva dalla volontà di attribuire maggiore risalto costituzionale al principio di rieducazione piuttosto che al senso di umanità, già previsto nella proposta della Commissione: «quel senso di umanità è già contenuto ed espresso nella formulazione del nostro articolo, il trattamento del reo (…) deve ispirarsi a quelle ragioni di umanità che per il rispetto della persona umana devono essere il viatico per tutti coloro che applicano le leggi in un regime di libertà e democrazia»[79].

Nonostante il mancato accoglimento della richiesta dell'On. Tupini, venne proposto di modificare la formula dell'art. 21 eliminando il termine "processo" e mantenendo inalterato l'ordine delle coordinate, in questo modo: «l*e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino la rieducazione morale del condannato*».

A favore dell'emendamento così modificato si pose l'On. Moro, richiedendo una formulazione più neutra, che lasciasse sufficiente spazio decisionale al legislatore futuro: *«le pene non possono consistere in trattamenti disumani e debbono essere tali da permettere la rieducazione morale del condannato. Con ciò si da una precisa disposizione che vale come orientamento per la riorganizzazione del sistema penitenziario»*[80].

Un'impostazione parzialmente diversa fu proposta dall'On. Maffi che presentò un emendamento che poneva l'accento sul sistema penitenziario. La funzione rieducativa non sarebbe svolta dalla pena in quanto tale, ma dall'ambiente in cui essa dovrà essere concretamente eseguita. Ne consegue la seguente formulazione: «*L'ambiente carcerario deve essere organizzato conformemente al bisogno sociale del condannato. Nessun trattamento può essere contrario al senso di umanità*»[81].

---

[78] U. TUPINI, in Assemblea Costituente, op. cit., p. 2880. Così prosegue: «sono convinto, per un elementare senso umano che bisogna fare ogni sforzo perché il reo possa essere rieducato, e credo che non dobbiamo rinunciare i nessun caso a questa possibilità».

[79] *Ibidem*, op. cit., p. 2881.

[80] A. MORO, in Assemblea Costituente, op. cit., p. 2884.

[81] F. MAFFI, in Assemblea Costituente, op. cit., p. 2883.

Tali emendamenti, pur suscitando accese polemiche, non furono approvati dell'Assemblea Costituente. Nello spirito di non esclusiva adesione ai postulati di una delle due Scuole, si aderì alle indicazioni volte a invertire l'ordine delle coordinate. Nel testo definitivo, tuttora vigente, il divieto di trattamenti inumani precede così l'esigenza rieducativa[82]: «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*».

Attraverso questo serrato dibattito si è dato ingresso, nel dettato costituzionale, ai principi di umanizzazione e rieducazione del condannato. Il trattamento penitenziario, come si avrà ampiamente modo di approfondire, dovrà allora essere conforme al senso di umanità, assicurare il rispetto della dignità della persona e garantire l'attuazione di un trattamento che offra al reo la concreta possibilità di reiserimento nella vita sociale[83].

4.4. Fondamenti costituzionali della tutela dei diritti delle persone ristrette

Così definite storia e portata dell'art. 27, comma 3 Cost. - e rinviando al capitolo successivo per l'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia - si rende necessaria una breve disamina delle disposizioni costituzionali da cui può ricavarsi il "principio supremo della libertà-dignità", principio che pervade l'intera Costituzione Repubblicana[84].

Ci si riferisce in particolare agli artt. 2 e 3, espressione dei valori metagiuridici legati alla solidarietà e alla dignità della persona, che ne impongono il rispetto in tutte le sue manifestazioni e senza distinzione di sorta.

Tali articoli, pur non riguardando direttamente la questione della funzione da attribuire alla pena o la condizione detentiva, esprimono al meglio la connotazione

---

[82] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Riv. Diritto e società*, fasc. 1, 2005, p. 57.

[83] M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006, p. 46.

[84] F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 107.

garantista della Costituzione e la centralità in essa attribuita all'individuo: rappresentando "il moderno tentativo di introdurre la ragione nella storia"[85].

Imprescindibile, inoltre, sarà un richiamo all'articolo 13 della Carta, che ribadisce l'inviolabilità della libertà personale e pone rigide riserve a salvaguardia del principio supremo consacrato dagli articoli 2 e 3.

4.4.1. Il principio supremo della libertà-dignità

L'art. 2 della Costituzione italiana[86], votato pressoché all'unanimità dall'Assemblea Costituente, ha segnato una svolta decisiva nel modo di concepire l'individuo[87].

Si afferma l'idea della preesistenza e dell'anteriorità logica dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto a ogni istituzione politica e a ogni potere costituito, invertendo il rapporto tra Stato e individuo che aveva caratterizzato i secoli precedenti, spesso portando alla negazione della dignità umana nel momento sanzionatorio.

Il solenne riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti si era reso necessario poiché gli eventi di immani proporzioni della seconda guerra mondiale erano ancora vividi nella coscienza collettiva: sentita era dunque l'urgenza di ancorare quei diritti a elementi difficilmente soggetti alle oscillazioni delle alternanze al potere[88].

Si comprende, allora, come i diritti inviolabili non siano nella disponibilità dello Stato, e come, anzi, l'autorità abbia l'obbligo di garantirli in ogni momento

---

[85] A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994, p. 80.

[86] A norma dell'art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

[87] La previsione dei diritti inviolabili venne elaborata dalla prima sottocommissione (sedute del 9 ed 11 settembre 1946) per impulso degli On. La Pira e Dossetti; quella relativa ai doveri inderogabili, invece, su sollecitazione dell'On. Ruini.

[88] G. DOSSETTI, *Costituzione e resistenza*, Roma, 1995, p. 195.

della vita sociale anche in caso di violazione delle proprie norme giuridiche. Anche in questa situazione, infatti, il reo ne rimane titolare in virtù della sua qualifica di essere umano e non del loro riconoscimento positivo. Grazie all'introduzione dell'art. 2 può quindi dirsi che l'inviolabilità assoluta e totale non è più attributo delle supreme istituzioni costituzionali, o di chi ne impersona fisicamente la sovranità, ma è un connotato inalienabile dei diritti della persona[89].

L'assetto costituzionale delineato si fonda sul principio della parità assiologica tra diritti individuali e diritti sociali, parità confermata dalle parole dell'On. Moro, il quale nell'illustrare la ragione che sottintende alla codificazione dell'art. 2 Cost. mostra come si sia voluto porre «*un coerente svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo,*

[89] Dalla rilevanza primaria assunta da tale articolo nel dettato costituzionale si comprende l'importanza della questione sulla natura da attribuire ai diritti di cui all'art. 2 Cost.; dottrina e giurisprudenza infatti, sono state a lungo divise sul carattere aperto o chiuso dei diritti inviolabili. Secondo parte della dottrina questi sarebbero un numero limitato, da ricercare all'interno delle situazioni già protette dalla Costituzione, qualificate per la loro inerenza immediata alla persona: tale tesi muove dal timore di un'introduzione incontrollata di nuovi diritti dotati del carattere dell'inviolabilità. L'art. 2 andrebbe pertanto interpretato nel senso che i diritti inviolabili dell'uomo sono soltanto quelli espressamente garantiti da altre disposizioni costituzionali. Secondo altra parte della dottrina, invece, la categoria avrebbe un carattere aperto, da integrare alla stregua della coscienza sociale e della costituzione materiale, intesa come insieme di principi, anche inespressi, del sistema. Si fanno così valere le esigenze di adeguamento del dettato costituzionale all'evolversi della società civile e della sua coscienza collettiva. Sul dibattito intorno alla natura da attribuire ai diritti di cui all'art. 2 Cost. Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, p. 74. Sulla nozione di costituzione materiale Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (ristampa, Milano, 1988). Secondo l'Autore la Costituzione in senso materiale può definirsi come l'insieme dei fini politici fondamentali sostenuti ed attuati dalle forze politiche dominanti ovvero, da un diverso profilo, come regime politico vigente in un determinato Stato. La funzione della costituzione materiale, che può divergere in tutto o in parte dalla costituzione formale, è quella di identificare le norme che definiscono i principi fondamentali di un determinato ordinamento, principi che assumono una rilevanza tale da determinare il venir meno dello stesso ordinamento qualora vengano sovvertiti.

ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato»[90]. L'uomo a cui l'art. 2 riferisce i diritti inviolabili, dunque, lungi dal configurarsi - come nelle teorie individualiste liberali - soggetto isolato e astratto si configura, al contrario, come un centro di riferimento delle relazioni sociali. Ne discende che la tutela del singolo in quanto tale e la protezione dell'uomo come parte integrante di formazioni sociali si muovono congiuntamente: il riconoscimento dei diritti inviolabili non può ridursi nella semplice configurazione di situazioni soggettive spettanti ai singoli in quanto tali, ma esige un riferimento agli uomini nella relazione con altri uomini, agli uomini nella società.

Qui il rapporto inscindibile con il successivo articolo 3[91]. Va innanzitutto messo in luce come esso si ponga alla base del riconoscimento costituzionale di due principi fondamentali: la pari dignità sociale dei consociati e lo sviluppo della persona. Riguardo quest'ultimo aspetto, appare preminente il ruolo attribuito allo Stato, che non soltanto "riconosce e garantisce" i diritti inviolabili dell'individuo di cui all'art. 2, ma assume su di sé un forte ruolo propulsivo: rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Ne deriva il doppio volto costituzionale della dignità, formale e sostanziale; duplicità di volto con cui il Costituente ha voluto perseguire un risultato in grado di abbracciare tutte le forme di espressione della libertà, finalizzandole al valore primario della dignità umana e sociale.

---

[90] A. MORO, in Assemblea Costituente, op. cit., p. 592. Partendo da queste riflessioni parte della dottrina ha definito i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost come appartenenti a delle "categorie a priori" della democrazia: l'individuo è considerato un elemento fondamentale e trascendentale della democrazia, solo con la sua tutela si realizza quell'intersoggettività senza la quale non si può parlare di ordinamento democratico e pluralista. Così, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, op. cit., p. 46.

[91] A norma dell'art. 3 Cost.: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Si coglie così anche la doppia funzione attribuita al principio di dignità sociale: da un lato funzionalmente collegata al riconoscimento dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., dall'altro collante tra il primo e il secondo comma dell'art. 3[92]. E infatti, la forza retorica dell'inciso "pari dignità sociale", accanto all'affermazione dell'uguaglianza formale e al ruolo propulsivo dello Stato nello sviluppo della persona umana, ha impresso a tutta la disposizione una spinta dinamica verso il cambiamento[93]. Il rapporto tra le due disposizioni è evidentemente indissolubile: scinderle significherebbe rendere vuoto il primo e inefficace il secondo[94].

Nonostante lo scetticismo di alcuni[95], sembra dunque potersi affermare che grazie alla previsione dell'art. 3, il Costituente abbia assunto l'obbligo non solo di rispettare il parametro della dignità sociale e dello sviluppo della persona, ma di porre tali principi come guida delle proprie azioni positive. In questo senso il rispetto della dignità umana implica la tutela dell'elementare, ma indisponibile, diritto di chiunque di essere trattato come uomo, da uomini suoi pari, quale che sia il rapporto sociale nel quale esso si venga a trovare[96].

---

[92] F. PIZZOLATO, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana,* Milano, 1998, p. 186.

[93] G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza,* Milano, 2008, p. 15.

[94] G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, p. 101 ss..

[95] Si veda P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi*, op. cit., p. XXXV. A proposito del secondo comma dell'art. 3 l'Autore parla di "rivoluzione promessa".

[96] Così letteralmente A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, p. 113 ss. Sui principi contenuti negli artt. 2 e 3 della Costituzione si vedano anche, *ex pluribus*, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2010, A .MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino 2006, F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur*., XI, Roma, 1989, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

4.4.2. L'inviolabilità della libertà personale

L'articolo 13 Cost.[97] rappresenta un insostituibile baluardo a difesa dei diritti fondamentali, ribadendo il principio dell'inviolabilità della libertà personale e stabilendo rigidi limiti entro i quali esso può soffrire limitazioni dovute a esigenze di pubblica sicurezza. Tali limitazioni soggiacciono alla doppia riserva di legge e di giurisdizione: ogni norma di diritto - sostanziale o procedurale - che importi restrizioni alla libertà personale deve essere necessariamente introdotta mediante fonte primaria, così da garantire il controllo democratico sulle previsioni idonee a incidere sui diritti fondamentali.

Al suo fianco la riserva di giurisdizione, grazie alla quale ogni forma di "detenzione, ispezione o perquisizione personale", nonché "qualsiasi altra restrizione della libertà personale" deve essere adottata mediante atto motivato dall'autorità giudiziaria competente, così garantendo l'effettività del controllo giudiziale - e, naturalmente, del diritto alla difesa *ex* art. 24 Cost. - nella delicatissima fase dell'esecuzione di qualsivoglia misura restrittiva della libertà.

La previsione soffre la deroga di cui al comma successivo, che ammette la restrizioni di libertà in forza di misure provvisorie - si tratta, in concreto, delle misure cautelari del fermo e dell'arresto - applicate dall'autorità di pubblica sicurezza. Anche qui, tuttavia, il dettato costituzionale pone rigidi argini: le restrizioni della libertà sono limitate ai soli casi "tassativamente previsti dalla legge", e devono imperativamente essere convalidate dall'autorità giudiziaria entro un limite di 48 ore.

[97] A norma dell'art. 13 Cost.: "La libertà personale è inviolabile. 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. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva".

Dopo aver consacrato l'inviolabilità della libertà personale e posto la duplice riserva cui devono soggiacere tutte le sue limitazioni, al quarto comma la norma enuncia un principio spesso trascurato dalla dottrina: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Qui, più che in ogni altra norma costituzionale, da leggersi naturalmente in rapporto al divieto di pene inumane *ex* art. 27, co. 3, è nitidamente individuabile il nucleo del divieto di tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti come verrà successivamente definito nella normativa internazionale[98].

È degna di nota la lungimiranza dimostrata dai Costituenti scegliendo di ricomprendere nella tutela assoluta offerta dall'art. 13 non soltanto i detenuti, ma tutte le persone, a qualunque titolo private della libertà personale, che si trovino anche solo temporaneamente a disposizione dell'autorità: in tal modo, si è voluta offrire garanzia costituzionale anche alle situazioni rientranti nella «zona grigia» del diritto penale, quali gli arresti e i fermi che, non essendo successivamente convalidati dall'autorità giudiziaria, sfuggono di fatto a ogni controllo circa il trattamento subito dalla persona oggetto della misura[99].

---

[98] È il caso di anticipare come il momento culminante della lotta internazionale contro la tortura è rappresentato dall'adozione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1984, della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 26 giugno 1987. Primo merito dell'intervento è l'aver fornito una definizione ampia tortura all'evidente scopo di arginare quei problemi in sede interpretativa che troppo spesso avevano condotto ad una mancata applicazione del divieto in questione (*infra*, cap. 3, par. 1.2.1.). In base all'art. 1 della Convenzione, per tortura s'intende «ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenza gravi, sia fisici che mentali, allo scopo di ottenere dalla stessa o da un'altra persona informazioni o una confessione, per intimidirla o sottoporla a coercizione (…) o per qualunque ragione che sia basata su una discriminazione di qualsiasi tipo, a condizione che il dolore o la sofferenza siano inflitti da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o altra persona che svolga una funzione ufficiale. Non comprende il dolore e la sofferenza che risultino esclusivamente da, o siano inerenti o incidenti rispetto a sanzioni lecite».

[99] Sul diritto a non subire tortura come diritto sommerso nell'ordinamento italiano (*infra* cap. 3, par. 1.2.).

L'ultimo capoverso dell'art. 13 impone l'obbligo di stabilire i limiti della carcerazione preventiva, ponendo un'ulteriore riserva di legge sulla materia[100].

Tirando le fila, può affermarsi che la Carta costituzionale del 1948 riconobbe principi fondamentali dell'ordinamento i diritti inviolabili, il libero sviluppo della persona e la rimozione delle disuguaglianze, proteggendoli da eventuali arbitrii dell'autorità pubblica, offrendo solida base a una normativa penitenziaria in linea con il dettato costituzionale: se e in che modo il legislatore abbia proseguito lungo la strada segnata dai costituenti, sarà oggetto d'indagine nei prossimi capitoli.

5. La riforma dell'Ordinamento penitenziario. Storia e significato

Il sistema della legislazione penitenziaria, formalmente, ha recepito già da tempo le indicazioni contenute nella Costituzione: i principi di umanizzazione e rieducazione del reo sembrano ormai influenzare l'intera materia a partire dalla legge n. 354 del 1975 che detta le "Norme sull'Ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà". L'art. 1, rubricato "Trattamento e rieducazione", sembra parafrasare il dettato costituzionale quando, al primo comma, dispone che «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona». Nello stesso articolo, l'ultimo comma enuncia che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individuazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

Con la legge n. 354 del '75 il legislatore italiano, in conformità con l'evoluzione subita dalla materia nelle altre democrazie occidentali, recepì le

[100] Per i rilievi critici sull'attuale assetto delle misure cautelari, con particolare riferimento alla custodia in carcere (*infra*, cap. 2, par. 4).

indicazioni fornite dall'ONU e dalla normativa sovranazionale[101], modificando radicalmente l'idea posta alla base del trattamento del detenuto. L'ordinamento penitenziario così riformato si incentra sulla nozione di trattamento, declinato in due accezioni: il "trattamento penitenziario", rivolto a tutti i ristretti anche in quanto imputati, che deve essere "conforme ad umanità" e "assicurare il rispetto della dignità della persona"; e il "trattamento rieducativo", riguardante i detenuti condannati, volto al loro reinserimento sociale in un progetto individualizzato che prevede due canali di rieducazione: dentro e fuori dal carcere[102]. Alla luce di questo intervento, dunque, i principi costituzionali di umanità e rieducazione prendono vita e si pongono come valori cardine dell'intera materia dell'esecuzione penale.

Se, allora, per secoli privazioni e sofferenze fisiche erano apparse gli unici mezzi per favorire il ravvedimento del reo, nel nuovo sistema il principio di umanità della pena poté esprimere tutta la sua portata come tendenza alla riduzione delle forme di coercizione e violenza sui corpi[103]. Naturale conseguenza è la ricomprensione, nella nozione di trattamento, di ogni strumento volto a tutelare i diritti, i principi di gestione degli istituti penitenziari e le regole che attengono alle prestazioni dovute ai soggetti privati della libertà[104]. La riforma dell'Ordinamento Penitenziario ha dunque avuto il merito di incidere sul concetto stesso di esecuzione penale, modificando l'idea secondo la quale il carcere debba essere un luogo puramente afflittivo. Lo stesso carcere diventa, infatti, un

---

[101] Si pensi ai numerosi articoli della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nonché alla Commissione Internazionale penale e penitenziaria che per la prima volta propose un *corpus* di norme internazionali riguardante il trattamento dei detenuti. Per un primo approfondimento sulla normativa sopranazionale Cfr. C. DE FILIPPI, D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001 e G. ALTAVISTA, G. DI GENNARO, *Il trattamento dei detenuti di fronte alla formazione internazionale e nazionale*, in *Rass. studi penit*., 1975.

[102] M. RISPOLI, *Carcere, risocializzazione,* op.cit..

[103] Cfr. M. C. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative,* Napoli, 2001, p. 7.

[104] M. CANEPA, A. MARCHISELLI, S. MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, XII, 2002, p. 63.

ambiente nel quale devono predisporsi tutti gli interventi - materiali e psicologici - capaci di offrire al soggetto nuovi strumenti e competenze per la vita futura, consentendo che la pena venga eseguita nel pieno rispetto della dignità umana[105].

Nonostante siano trascorsi quasi quarant'anni dall'entrata in vigore della nuova legge, può ancora oggi affermarsi che essa riflette il ben più ampio processo di trasformazione della società nel rapporto tra autorità dello Stato e cittadini, segnando una data storica per lo sviluppo del sistema delle carceri italiane[106].

L'intervento legislativo del '75 può cioè considerarsi sotto due profili, che si compenetrano reciprocamente. La riforma va innanzitutto considerata effetto di un più vasto movimento in difesa dei diritti civili, che porterà alla trasformazione della struttura sociale e del modo di concepire l'individuo in relazione allo Stato. Sul piano tecnico e politico, invece, essa risponde all'obbligo di adempimento indicato dall'art. 27 della Costituzione con il precetto relativo all'umanizzazione delle pene e alla finalità rieducativa cui esse devono necessariamente tendere in vista di un reinserimento sociale del reo[107].

Essa, peraltro, si colloca in un contesto sfavorevole alla sua piena attuazione. Come ricordato, il Codice Rocco aveva un'impostazione coerente con l'ideale retributivo: impostazione che traspare dai limiti edittali severi e soprattutto dalla spiccata predilezione per la pena detentiva, posta al centro dell'intero sistema sanzionatorio.

Sul contesto normativo e sociale in cui la riforma si inserisce, è stato osservato che essa ebbe un destino piuttosto particolare: pensata allo scopo di adeguare le regole dell'esecuzione penale al dettato costituzionale, venne alla luce

---

[105] G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 2005, p. 1004.

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

[107] G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 2 ss

senza che contestualmente si provvedesse alla modifica dei codici penale e di rito. La conseguenza fu una rottura ideologica tra regolamentazione costituzionale e disciplina del sistema punitivo, rimasto, nel suo complesso, ancorato a una visione di stampo antecostituzionale[108]. Questa impostazione vedeva nel carcere una realtà totalmente separata, dove l'isolamento dalla società e la mortificazione fisica pretendevano di rafforzare la capacità dell'emenda; non a caso il Ministro della Giustizia Dino Grandi, in un rapporto del 1941 sulle attività penitenziarie, scelse l'espressione "bonifica umana". Fino al 1975, dunque, la violazione della dignità era parte integrante del sistema penitenziario, articolandosi in una serie di strumenti volti a ottenere, anche attraverso punizioni e privilegi, un'adesione coatta alle regole del trattamento e mirata ad "atomizzare" i singoli detenuti[109].

La concezione dei luoghi di detenzione, e in generale della loro funzione, muta in parallelo anche con l'evoluzione culturale, in specie con il nuovo modo di interpretare le dinamiche comportamentali. Si iniziò a considerare il ruolo, nella determinazione dell'agire del singolo individuo, dell'insieme delle influenze psicologiche e sociologiche che ne hanno caratterizzato la vita sino all'ingresso nel luogo di detenzione. In tale prospettiva, il carcere smette di essere considerato come un'istituzione "terminale" in cui il condannato viene abbandonato a consumare passivamente la sua pena e diventa - o almeno tende a diventare - una struttura cui è affidata un'azione attiva e complessa mirata alla crescita dell'individuo[110].

Concludendo, può dirsi che l'attuale assetto normativo del trattamento penitenziario è stato il frutto di una lenta evoluzione concettuale, avvenuta in riferimento al c.d. "rapporto punitivo", che - ancora oggi - presenta una costante condizionante: lo stato di soggezione della persona a un potere pubblico,

---

[108] A. PRESUTTI, *Legge 27 Maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 2000, p. 27

[109] G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1973, vol. V, p. 1903 ss. *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IX, Torino, 1995, p. 190 ss..

[110] G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento*, op. cit., p. 4 ss..

soggezione che necessariamente impone molteplici restrizioni della sfera giuridica individuale[111].

5.1. Le principali innovazioni della normativa penitenziaria

Di notevole impatto *in primis* la scelta, tutta politica, di disciplinare la materia penitenziaria con legge formale anziché con strumento regolamentare: per la prima volta quindi, la normativa riguardante l'organizzazione penitenziaria, il trattamento dei detenuti e ogni aspetto applicativo delle misure penali privative della libertà venne disposta con legge.

La scelta della fonte normativa non è priva di conseguenze pratiche, avendo reso possibile delimitare e restringere il potere discrezionale dell'amministrazione; il regolamento del '31, infatti, pur assumendo la qualifica di regio decreto era predisposto dallo stesso Ministero preposto al controllo sulla corretta applicazione delle norme in esso contenute. Ne scaturisce una rinnovata posizione del condannato e del suo rapporto rispetto gli organi dell'esecuzione tanto da far sostenere che in materia penitenziaria, almeno dal punto di vista formale, si è realizzato un adeguamento costituzionale e civile che da tempo veniva invocato[112].

5.1.1. Individualizzazione del trattamento

Primo aspetto centrale della riforma, messo in luce anche nelle considerazioni di apertura, è l'individualizzazione del trattamento. Sempre maggiore attenzione, infatti, è attribuita alla persona del reo e alle condizioni personali e sociali che possono influire sul suo comportamento al momento della commissione del crimine, al fine di commisurare il *quantum* della risposta

[111] Sullo stato di soggezione G. LA GRECA, *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Riv. Rassegna penitenziaria e crimonologica*, n. 2, 3, 2005, p. 40.

[112] G. VASSALLI, Prefazione a *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, a cura di G. GENNARO, M. BONOMO, R. BREDA, op.cit.

punitiva alla responsabilità dell'autore[113]. Emerge così l'esigenza di un rinnovato sistema sanzionatorio, socialmente costruttivo e variamente diversificato, che consenta di adeguare le conseguenze giuridiche alle caratteristiche individuali dell'autore e alla sua condizione sociale[114]. La riforma del '75 ha esteso tale esigenza di individualizzazione anche all'intera fase dell'esecuzione penitenziaria e alle modalità di trattamento. Ne consegue un sistema in cui la pena viene modulata a seconda delle caratteristiche del detenuto, al fine di adattare la risposta penitenziaria - e la sua finalità risocializzante - alle effettive e attuali esigenze della personalità. La pena concretamente irrogata sarà così il risultato non solo della gravità materiale dell'illecito commesso, ma anche del comportamento del detenuto durante la fase dell'esecuzione[115].

Parte della dottrina ha sostenuto che costituirebbero ostacoli alla piena attuazione del principio di individualizzazione l'esistenza negli ordinamenti giuridici moderni di due principi: certezza della pena e uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Sotto il primo profilo, occorre rilevare come la sanzione non

---

[113] A norma dell'art. 13 O.P. (Individualizzazione del trattamento): "Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati é predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione é compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati della osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed é compilato il relativo programma, che é integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento pratico e i suoi risultati. Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento".

Decisivo in questo senso anche l'art. 133 c.p., nella parte in cui prevede che, ai fini della determinazione della pena, il giudice debba tener conto anche "dei motivi a delinquere e del carattere del reo, della condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; della condotta contemporanea o susseguente al reato e delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo".

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

[115] A. GENNACCARI, *Art. 27 della Costituzione Italiana: il problema dell'individuazione della pena e della rieducazione*, Roma, 2004, p. 9 ss..

venga meno; essa infatti è unicamente modulata a seconda del comportamento tenuto dal soggetto, dovendosi comunque rispettare quei limiti oggettivi e invalicabili previsti dal legislatore per l'ammissibilità delle modificazioni favorevoli della sanzione. Per quel che concerne il secondo aspetto, invece, è bene rilevare come il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione non esiga un'omologazione di trattamento estranea ad ogni riferimento individuale e concreto. A ben vedere, infatti, il principio si riferisce all'astrattezza e alla generalità della norma incriminatrice o del precetto penale. Nel momento dell'individuazione del trattamento, al contrario, il principio in esame si pone in costante relazione con l'unicità di ogni reo e ha il compito di valorizzare il "diverso", di contro alla valorizzazione dell'indistinto e del generico che adotta il legislatore nel forgiare la tipicità classificatoria penale[116].

5.1.2. Pene extracarcerarie: misure alternative alla detenzione e principali leggi di riforma

Alle forme di pena parzialmente o totalmente esterne al carcere, l'ordinamento penitenziario dedica, all'interno del Titolo I, il Capo VI intitolato "Misure alternative alla detenzione e remissione del debito".

La *ratio* posta a fondamento dell'intero quadro normativo, risiede nella volontà di prevedere una serie di incentivi rivolti ai detenuti che, rispondendo positivamente al percorso risocializzante intrapreso all'interno delle strutture penitenziarie, mostrino di essersi dissociati dall'ambiente criminale[117].

Non essendo questa la sede per un'indagine esaustiva delle misure alterative in senso stretto, e rinviando al terzo capitolo per l'analisi delle maggiori novità in materia[118], può sinteticamente dirsi che tradizionalmente rientrano all'interno della categoria tre istituti: l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione

[116] L. TUMMINELLO, *Il Volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2011, p. 74 ss.

[117] G. SPINNATO, S. D. MESSINA, *Diritto penale. Manuale breve*, Milano, 2010, p. 299 ss.

[118] *Infra*, cap. 3, par. 1.1.2.

domiciliare e il regime di semilibertà. La prima - "fiore all'occhiello" della riforma - consente all'affidato di scontare la pena in libertà, impegnandosi in attività socialmente utili sotto il controllo del servizio sociale[119]. La detenzione domiciliare, invece, consente al condannato di espiare la pena detentiva nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora, o in un luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza[120]. Il regime di semilibertà, infine, consente al condannato di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale[121].

---

[119] A norma del primo comma dell'art. 47 O.P. "Se la pena detentiva non supera tre anni il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dall'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare". Si tratta dell'unica misura radicalmente alternativa al momento detentivo; facendo venir meno ogni rapporto del condannato con l'istituzione carceraria, essa costituisce - quantomeno su un terreno astratto - la concretizzazione del disposto di cui all'art. 27, 3° comma della Costituzione. In questo senso, B. GUAZZALOCA, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002, p. 97.

Per un approfondimento dell'istituto Cfr. L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2005, p. 9 ss., M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, p. 18, S. PIETRALUNGA, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Padova, 1990 e F. BRICOLA, *L' affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello della riforma penitenziaria"*, in *Quest. Crim.*, 1976, p. 370 ss..

Circa la giurisprudenza della Corte Costituzionale si vedano soprattutto le sentt. n. 343/1987 e n. 386/1989 .

[120] La disciplina della detenzione domiciliare, contenuta nell'art. 14 *ter* O.P., ha subito una lenta evoluzione trasformandosi da istituto con finalità prettamente umanitarie e assistenziali a misura alternativa in senso stretto in relazione all'intera popolazione detenuta. Per una ricostruzione del processo evolutivo della misura si vedano P. COMUCCI, *Problemi legati alla detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 203, L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione*, op. cit. p. 98-99 e G. PIERRO, *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale*, in AA. VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, Milano, 1998, p. 287 ss.

La Consulta si è più volte pronunciata su tale istituto; tra le sentenze più rilevanti si vedano la n. 422/1999 e n. 350/2003.

[121] Così dispone l'art. 48 dell'Ordinamento Penitenziario. Per un approfondimento della disciplina del regime di semilibertà Cfr. A. BERNASCONI, *La semilibertà nel quadro della legge 27 maggio 1998, n. 165: aporie e disfunzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 197, A. PRESUTTI, *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA

Si realizza così ciò che comunemente viene definito come il "principio di flessibilità dell'esecuzione penale", che, oltre a rispondere a una esigenza umanitaria e solidaristica, rappresenta un'idea imposta dalla stessa natura umana; è imposta cioè dalla irripetibilità e dalla mutevolezza della persona anche durante l'esecuzione penale[122]. In forza di tale principio, dunque, la pena non può costituire un dato fisso ed immutabile, con la conseguenza che il condannato può vantare, al verificarsi di condizioni soggettive ed oggettive predeterminate dalla legge, il diritto a che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato ed eventualmente modificato.

A questo proposito occorre brevemente rilevare come a metà degli anni '80 si sia aperta una stagione di riforme, tesa a favorire il massimo ricorso alle misure alternative considerate come l'espressione più nitida del finalismo rieducativo e del rispetto della persona. Si assiste cioè alla cosiddetta "epoca della decarcerizzazione": gli interventi normativi perseguono l'obbiettivo di trasformare il carcere in *extrema ratio*, abbandonando l'idea secondo cui l'esecuzione penale passi esclusivamente attraverso la disciplina dell'ambiente carcerario[123].

É in tale contesto che si inserisce la legge n. 663 del 1986 (legge Gozzini), che con intrinseca intelligenza razionalizzatrice aggiorna e armonizza la disciplina dell'esecuzione penale ponendosi al culmine dello sviluppo della riforma e dell'ideale che l'ha animata[124].

Riguardo alle misure alternative alla detenzione, si apportano due novità al sistema previgente: da un lato viene introdotto l'istituto della detenzione domiciliare e la possibilità, per il condannato in stato di libertà, di accedere alle

---

CASA, op. cit., p. 483 ss, e I. MASSARO, *Il regime di semilibertà*, in AA. VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeon*e), Milano, 1998, p. 330.

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale si vedano soprattutto le sentt. n. 100/1997 e n. 445/1997.

[122] F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 149 ss..

[123] M. PAVARINI, *Silète poenologi*, op. cit. p. 14 ss..

[124] Così letteralmente M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, Milano, 1987, p. 105 ss..

misure alternative senza passare per la detenzione carceraria[125]. Dall'altro, la legge statuisce che tali misure possano essere concesse ai condannati per qualsiasi reato, superando le precedenti preclusioni. Si introduce altresì l'istituto dei permessi premio, mirati al progressivo ripristino dei rapporti di comunicazione tra carcere e mondo esterno[126].

È bene altresì sottolineare il doppio volto della riforma del 1986: essa muove da un'esigenza di differenziazione del trattamento carcerario, affiancando alle novità in tema di misure alternative modalità differenziate di trattamento ispirate a criteri assai più severi[127]. Ci si riferisce all'introduzione di due disposizioni nell'Ordinamento Penitenziario: l'art. 14 *bis*, che prevede il regime della sorveglianza speciale, e l'art. 41 *bis*, rubricato "situazioni di emergenza". Con la prima disposizione, il legislatore dell' '86 ha tentato di superare l'esigenza di carceri di massima sicurezza per realizzare una differenziazione di regime trattamentale strettamente limitata alle necessità di ordine e sicurezza e rapportata a parametri oggettivi di comportamento. La riforma sembra altresì mossa dall'intento di sottrarre la materia alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, fissando termini di durata del regime speciale, definendo i contenuti delle restrizioni e i comportamenti ritenuti pregiudizievoli. Oggetto della valutazione, dunque non è la pericolosità sociale del reo, rilevante soprattutto sul piano del diritto penale sostanziale, ma la pericolosità penitenziaria in rapporto al comportamento di determinati soggetti e al rischio che essi rappresenterebbero per l'ordine e la sicurezza all'interno degli istituti[128].

---

[125] Questo uno degli aspetti più rilevanti della riforma: lo scopo è sottrarre il condannato dal contatto con l'ambiente carcerario e agli effetti spersonalizzanti da esso derivanti. In questo senso G. CECANESE, *Pena (profili reali della)* op. cit., p. 1006 e C. BRUNETTI , M. ZICCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004, p. 238.

[126] Si avrà modo di rilevare come tale strumento sia oggi del tutto inadeguato per apprestare effettiva tutela al diritto all'affettività e alla sessualità durante l'esecuzione penale (*infra*, cap. 3, par. 1.1.)

[127] C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi, storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009, p. 122 ss.

[128] B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'Esecuzione penitenziaria,*op. cit. p. 294.

Con l'introduzione dell'art. 41 *bis*, invece, la nuova legge tentò di risolvere l'annoso problema dell'utilizzo arbitrario e indiscriminato dell'art. 90 O.P.[129], senza però rinunciare alla predisposizione di strumenti di differenziazione trattamentale.

Non è questa la sede per un'analisi approfondita della disciplina del regime detentivo speciale e dei problemi ad esso connessi; occorre tuttavia rilevare come gli articoli suddetti, soprattutto in seguito alle riforme intervenute durante il triennio legislativo di contrasto alla criminalità organizzata (1991-1993), ammettono la possibilità di limitare i diritti dei detenuti giustificando interventi normativi non sempre compatibili con il dettato costituzionale in materia di umanità e rieducazione[130].

---

[129] In estrema sintesi può dirsi che l'art. 90 O.P. rappresenta la prima esperienza codificata di sospensione delle regole del trattamento ordinario in situazioni di emergenza, iniziandosi ad applicare nelle carceri speciali o di massima sicurezza. La disciplina era improntata alla massima genericità, limitandosi a statuire che "quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro per la Grazia e la Giustizia ha la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo di tempo determinato, strettamente necessario, 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". Vennero così introdotte le prime limitazioni - divieti su alcuni generi alimentari, disciplina e modalità di svolgimento dei colloqui, limitazioni al passaggio all'aperto, ferrei controlli su comunicazioni telefoniche e corrispondenza - giustificate da circostanze emergenziali e collocate in una dimensione diversa dalla tradizionale volontà del legislatore del '75, tesa a garantire ampio spazio al trattamento risocializzante. Tra i limiti principali della disciplina prevista dall'art. 90, vi era senza dubbio la mancata possibilità di operare scelte differenziate in ordine alle specifiche caratteristiche dei soggetti reclusi - avendo un'applicazione generalizzata - e l'assenza di forme di gravame o verifiche giudiziarie in ordine all'adozione del regime speciale da parte dell'amministrazione penitenziaria.
Sui problemi connessi all'utilizzo dell'art. 90 O.P. si veda T. PADOVANI, *Ordine pubblico e Ordine penitenziario:un'evasione dalla legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, Bologna, 1981, p. 285.

[130] In relazione al regime detentivo speciale si rinvia a A, PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune consierazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in *Volti e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma, 2013, P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, 2010, Padova, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti*

Concludendo, e cercando una chiave di lettura complessiva della legge Gozzini, può dirsi che con essa risulta avvalorata l'istanza di fondo che anima l'intera riforma penitenziaria: superamento della funzione meramente custodialistica del carcere e relativo potenziamento dei meccanismi volti a garantire la massima individualizzazione del trattamento. L'intervento è allora l'espressione della massima valorizzazione delle prospettive di recupero e reinserimento del condannato, di un generalizzato *favor libertatis* che tende ad attenuare lo stato di restrizione della persona[131].

Ulteriore e discusso intervento di riforma sul sistema delle misure alternative ha luogo con l'approvazione della legge n. 165 del 1998, nota come di "legge Simeone" e mossa dalla volontà di ridurre la popolazione carceraria per fronteggiare il sovraffollamento delle carceri italiane, fenomeno in evidente contrasto con diversi principi del dettato costituzionale[132].

---

della criminalità organizzata?, 2012, Milano, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Roma, 2007, M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003, p. 420. In relazione alla legislazione antimafia che caratterizza l'inizio degli 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, p. 160 ss.

La giurisprudenza costituzionale in materia è amplissima, si vedano in particolare: Corte Cost. sentt. nn. 349/1993, 351/1996, 212/1997, 376/1997, 26/1999, 417/2004, 341/2006, 38/2009, 190/2010, 56/2011 e 143/2013.

Quanto alla giurisprudenza della Corte EDU i giudici hanno ripetutamente affermato che le restrizioni previste dall'art. 41 *bis* O.P. non violano le previsioni poste dalla Convenzione a tutela dei diritti dei detenuti: in estrema i giudici di Strasburgo in diverse pronunce hanno sancito che non può aversi interferenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di un diritto a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura necessaria per la sicurezza nazionale e pubblica, per la prevenzione dei reati e per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri (si veda *ex plurimis*. la sentenza *Schiavone c. Italia* del 13 novembre 2007, ric. n. 65039/01 in tema di diritto alla vita privata e familiare, domicilio e corrispondenza).

[131] O. CUSTODERO, *Considerazioni sulle più significative innovazioni all'ordinamento penitenziario*, Milano, 1989, p. 628 ss. Così anche G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento*, op. cit. p. 21.

[132] Durante la discussione della proposta di legge, infatti, venne da più parti sostenuto che il sovraffollamento negli istituti penitenziari condizionasse gravemente l'intero sistema carcerario,

Muovendo da questi presupposti, la disciplina delle misure alternative risulta modificata nei suoi caratteri essenziali. Viene esteso l'ambito di applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, eliminando la necessità della preventiva osservazione del condannato in istituto[133], si amplia il limite di pena previsto per la concessione della detenzione domiciliare[134]e, in generale, viene facilitato l'accesso alle misure alternative attraverso una modifica dell'art. 656 del c.p.p., dedicato all'esecuzione delle pene detentive e alla loro sospensione[135].

Dunque, le linee guida attraverso cui la legge Simeone ha agito sul sistema delle misure alternative sono essenzialmente due. Da un lato, introduce un meccanismo processuale volto a consentire l'accesso a tutti i soggetti ristretti in possesso di determinati requisiti direttamente dalla libertà, eliminando così le disparità di trattamento esistenti nella previgente disciplina. Dall'altro, persegue l'obbiettivo di ridurre il sovraffollamento carcerario, denunciato in più sedi come

---

talvolta vanificando le finalità che il legislatore, e ancora prima il Costituente, avevano voluto attribuire alla pena detentiva. Così L. SARACENI, *Relazione n. 464-C, presentata alla Presidenza il 23 Aprile 1998* sulla *Proposta di Legge n. 464-B, approvata dalla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1996*, su Tipografia della Camera dei Deputati.

[133] A tal proposito non sono mancate critiche: una parte della dottrina ha infatti sostenuto che la riforma del '98 abbia vanificato la funzione dell'affidamento in prova ai servizi sociali, trasformandolo da moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi e umano sostegno all'emarginazione a forma incontrollata di "grazia individuale", al solo scopo di ridimensionare il sovraffollamento. In questo senso G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2000, p. 168.

[134] Si prevede cioè un accesso facilitato alla misura, indipendentemente dai presupposti, per le pene detentive non superiori a due anni.

[135] In estrema sintesi, grazie a tale modifica si prevede che - salvo casi specificatamente previsti - se la pena irrogata non è superiore a tre anni, il Pubblico Ministero ne sospende l'esecuzione con decreto notificato al condannato. Il reo, nei successivi trenta giorni, può presentare richiesta per la concessione di una delle misure alternative alla detenzione. L'intervento muove dunque dall'esigenza di eliminare le iniquità poste a carico dei soggetti più deboli; troppo spesso, infatti, il mancato accesso alle misure alternative era causata della trascuratezza dei difensori d'ufficio nella presentazione dell'istanza.

un ostacolo insormontabile alla realizzazione dei principi costituzionali di rieducazione e umanità della pena[136].

Rinviando al capitolo successivo per un'indagine sul valore attribuito alle misure alternative dalla giurisprudenza costituzionale[137], e anticipando come il sistema risulta oggi fortemente modificato a seguito di recenti interventi normativi[138] - si rende necessaria una duplice riflessione conclusiva. Le misure alternative, nonostante si risolvano in un vantaggio per il soggetto condannato, hanno sempre natura di pena, imponendo un complesso di limitazioni alla libertà personale. Esse, pertanto, sono soggette alla duplice riserva sancita dall' art. 13, comma 2, Cost., adottandosi con atto motivato dell'autorità giudiziaria nei soli casi e modi previsti dalla legge. Si può così parlare di tipicità delle misure alternative e dell'esistenza nell'ordinamento italiano di una riserva di legge in materia di sanzioni penali che costituisce garanzia infungibile ed irrinunciabile di ogni Stato democratico[139].

In secondo luogo, non rientrano all'interno della disciplina, anche se previste dallo stesso ordinamento penitenziario, le licenze, i permessi e i permessi premio[140], trattandosi di benefici introdotti per consentire ai detenuti - che abbiano tenuto una certa condotta - di godere di periodi di libertà, così agevolando il processo di risocializzazione attraverso il mantenimento di legami personali, familiari e sociali con il mondo esterno. Le misure alternative alla detenzione, al contrario, non sono inserite nella legislazione premiale; si tratta di pene in senso

---

[136] Per un approfondimento in chiave critica delle novità introdotte nella normativa penitenziaria dalla legge Simeone Cfr. A. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata,* in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, P. CANEVELLI, *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *CP*, II, 1998, p. 1870 e V. MACCORA, *Ordinamento Penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 1998.

[137] *Infra*, cap. 2, par. 3.1.

[138] *Infra*, cap. 3, par. 2.1.2.

[139] G. BETTIOL, L. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 57.

[140] Allo stesso modo, nonostante l'inquadramento normativo nell'art. 54 O.P., non rientra nelle misure alternative la liberazione anticipata, da considerarsi come beneficio premiale rivolto ai condannati che partecipino all'opera di risocializzazione, risolvendosi - in concreto - in una semplice riduzione di pena.

stretto aventi lo scopo di evitare al condannato l'inutile sofferenza della detenzione, in tutti i casi in cui la rieducazione e il recupero sociale possano essere ottenuti con misure meno spersonalizzanti e afflittive.

5.1.3. Positivizzazione e giurisdizionalizzazione dei diritti dei detenuti. Rinvio

L'autentica forza innovatrice della riforma del '75 - nonché presupposto fondante della presente trattazione - è la previsione di un corpo organico e sistematico di norme che hanno codificato i diritti dei detenuti.

Rinviando ai capitolo successivi per più ampie riflessioni circa l'effettività e le garanzie poste a tutela di tali diritti[141], è il caso di anticipare come - in forza del loro contenuto precettivo - tali norme non solo fissino i limiti ai poteri degli organi statali operanti in sede penitenziaria, ma impongano loro una serie di canoni di comportamento più o meno incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione dei singoli. In tal senso l'art. 4 dell'Ordinamento Penitenziario stabilisce che: "i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in uno stato di interdizione legale". Si tratta di un'affermazione profondamente incisiva, che rompe con la precedente concezione del detenuto come soggetto passivo dell'esecuzione, restituendogli un ruolo attivo nell'esercizio e nella difesa dei suoi diritti.

Non sembra azzardato, allora, cogliere nella legge del '75 i profili di una vera e propria "carta dei diritti dei detenuti"[142], autentico *vademecum* che attribuisce alle persone private della libertà un preciso quadro di strumenti e garanzie entro cui delimitare le azioni dell'amministrazione penitenziaria.

Il formale riconoscimento ad opera della riforma non risolve tuttavia la questione dell'effettiva esplicazione dei principi costituzionali. Oltre agli ambiti soggettivi cui la disciplina ordinamentale ha offerto concreta positivizzazione -

---

[141] *Infra*, cap. 2, par. 5.2.

[142] L'espressione è contenuta in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, op. cit,, p. 6.

com'è accaduto, tipicamente, per il diritto al lavoro o la tutela della salute - esistono, innegabilmente, ampie "aree grigie" del diritto penitenziario rimaste al di fuori delle previsioni normative e progressivamente integrate dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale[143].

Negli ultimi quarant'anni, infatti, la Consulta ha svolto una formidabile funzione integratrice e suppletiva rispetto al legislatore, troppo spesso inerte di fronte alle denunciate lacune che minacciano l'effettiva espressione dei diritti delle persone ristrette: fino al punto, come si vedrà, di ignorare gli stessi inviti a legiferare in materia espressi dalla Corte in numerose pronunce.

Indissolubilmente connesso è il processo di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva avvenuto mediante la previsione della figura del Magistrato e del Tribunale di Sorveglianza. Nel sistema previgente, il potere di vigilare sulla corretta esecuzione delle sanzioni era considerato un'attività meramente amministrativa, con conseguenze facilmente immaginabili in tema di tutela di diritti e rispetto della dignità. Al contrario, tramite la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione il legislatore ha scelto di attribuire al procedimento di sorveglianza natura pienamente giurisdizionale - come confermato più volte dalla Suprema Corte - assistito dalle garanzie del contraddittorio (art. 111 Cost.) e destinato a concludersi con un provvedimento soggetto ad impugnazione[144].

Si è parlato a proposito di "processo sull'autore", distinto dal c.d. "processo sul fatto"; evidenziando come esso non abbia a oggetto i precedenti reati, bensì la sussistenza di condizioni - prevalentemente soggettive - che legittimano una pronuncia favorevole sulla base di un giudizio prognostico positivo[145].

Anche qui, tuttavia, alle previsioni formali non corrisponde piena efficacia delle garanzie: si parlerà in tal senso di diritti a effettività emersa[146], con ciò

---

[143] È in questa dimensione critica che trova spazio la dicotomia tra "diritti emersi" e "diritti sommersi", oggetto di specifica e approfondita indagine nei capitoli successivi.

[144] *Infra*, cap. 2 , par. 5.2.1.

[145] B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'Esecuzione penitenziaria,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995, p. 407.

[146] *Infra*, cap. 2, par. 5.2.

intendendosi che tutti i diritti riconosciuti alle persone ristrette - dalla normativa o da successive pronunce integrative della Consulta - hanno necessitato di un lungo processo di emersione per giungere a una piena attivabilità giurisdizionale e, in un secondo momento, per vedere riconosciuta la vincolatività in concreto delle decisioni della magistratura di sorveglianza da parte dell'amministrazione chiamata ad applicarle[147].

Esula dall'indagine del presente capitolo la specificazione di altri aspetti innovativi della riforma dell'Ordinamento Penitenziario del '75, quali l'apertura del sistema carcerario alla comunità esterna e la costituzione di nuovi ruoli di operatori professionali. Ciò che vale la pena sottolineare ancora una volta è, piuttosto, la visione d'insieme posta alla base del nuovo assetto normativo, riscontrabile nella centralità dell'individuo e nell'espresso riconoscimento di una serie di strumenti - normativi e giurisdizionali - tesi a tutelarne la dignità attraverso l'intera fase di esecuzione della pena; nonché, evidentemente e in accordo con le previsioni costituzionali, a favorire un percorso formativo e risocializzante in vista del reinserimento nella società civile[148].

[147] *Infra*, cap. 2, par. 5.2.

[148] Per una esaustiva disamina dei singoli diritti codificati dall'Ordinamento penitenziario si veda: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*,Torino, 2002. Si veda altresì C. COLAPIETRO, *La condizione dei carcerati*, in *Dir. e Soc*., 2006.

CAPITOLO II

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E TUTELA DEI RISTRETTI: DAI "DIRITTI EMERSI" AI "DIRITTI A EFFICACIA EMERSA"

1. Riflessioni introduttive

Nel capitolo precedente sono stati messi in luce gli aspetti che caratterizzano il principio di umanizzazione e il finalismo rieducativo della pena cercando di farne emergere portata e valenza all'interno dell'ordinamento italiano.

In particolare, prendendo le mosse dalla funzione storicamente attribuita alla pena e dall'analisi - seppur brevemente ripercorsa - dei lavori preparatori che condussero i Costituenti alla codificazione dell'art. 27, comma 3 Cost., si è giunti ad una prima conclusione: la riforma dell'ordinamento penitenziario appare la nitida espressione di una volontà normativa tesa a realizzare una vera e propria "rivoluzione copernicana" nel modo di concepire gli istituti di detenzione e le persone in essi ristrette[149]. Tuttavia, come ampiamente specificato nelle considerazioni introduttive, a fronte di un legislatore troppo spesso inerte e silente il delicato processo di bilanciamento di valori, tra esigenze di sicurezza e garanzia dei diritti inviolabili del ristretto, è stato spesso affidato all'opera della giurisprudenza costituzionale[150].

Alla base delle sue pronunce, è bene ribadirlo sin dalle considerazioni iniziali del presente capitolo, risiede il principio che vede nella c.d. dignità "innata" un valore supremo dell'ordinamento e, come tale, insuscettibile di entrare nel delicato gioco del bilanciamento di valori costituzionali.

---

[149] Si fa riferimento soprattutto alla previsione di misure esterne al carcere, alle nuove norme sul trattamento penitenziario e alla codificazione di diritti inalienabili dei detenuti come condizioni essenziali di una giusto ordinamento costituzionale fondato sul principio di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.).

[150] Nel presente capitolo si avrà modo di specificare come anche la giurisprudenza di legittimità abbia spesso contribuito a questo percorso, attraverso una lettura ampia delle decisioni della Corte Costituzionale in tema di tutela e garanzia dei diritti delle persone ristrette.

Sulla scia di tali riflessioni, nelle pagine che seguono si cercherà di mettere in luce il ruolo assunto dal Giudice delle Leggi non solo in riferimento al processo di emersione di diritti originariamente non positivizzati all'interno della normativa penitenziaria[151], ma anche l'importanza di alcune recenti pronunce in riferimento all'efficacia dei diritti stessi spesso frustrati sul piano dell'effettività. Il riconoscimento della loro titolarità, infatti, perde di ogni significato - risultando una mera formulazione priva di valore - se tale riconoscimento non risulta affiancato dalla previsione di adeguate forme di garanzia circa la loro effettiva capacità di produrre effetti nelle situazioni giuridiche soggettive di favore[152].

Riflessioni, queste, direttamente discendenti dal principio che, ormai da anni, ispira l'opera della giurisprudenza costituzionale nella tutela della dignità umana nel corso dell'esecuzione penale: alle persone private della libertà devono essere riconosciuti tutti i diritti inviolabili costituzionalmente garantiti alla generalità dei consociati, la cui compressione può avvenire esclusivamente in ragione di comprovate e attuali esigenze di ordine e sicurezza. Si è fuori, altrimenti, dalla logica del bilanciamento che permette sì di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco, ma mai oltre il punto di estrema tensione che produca il totale sacrificio di uno di essi, che pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere[153].

2. Funzioni della pena e principio di umanizzazione nella giurisprudenza costituzionale

Giorgio La Pira, il 28 novembre 1947, nella seduta plenaria pomeridiana dell'Assemblea costituente[154], sintetizza con parole estremamente significative la

[151] Si tratta dei già citati c.d. "diritti emersi" (*infra*, cap. 2, par. 5.1.). Sulla tripartizione giurisprudenziale dei diritti dei detenuti proposta dal presente lavoro: *supra* introduzione, p. 3ss.

[152] Si parlerà in tal senso dei diritti dei detenuti come diritti a "efficacia emersa" (*infra*, cap. 2, par. 5.2.).

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

[154] G. LA PIRA, in *La Costituzione della Repubblica neo lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. V, Camera dei Deputati - Segretariato generale, Roma, 1971, p. 4224 ss.

funzione e il ruolo che, alla vigilia dell'approvazione della Costituzione, avrebbe dovuto svolgere la Corte Costituzionale. Sotto il primo profilo, la Consulta si configura come un organo di garanzia, posto a tutela delle norme costituzionali: «*se esiste una norma base, quale è la Costituzione, e se questa è suscettiva di violazione, deve esistere una funzione giurisdizionale e un organo appropriato che questa funzione di tutela eserciti*»[155]. Tale funzione, non può ricorrersi in capo agli organi della giurisdizione ordinaria poiché «*la norma base proprio perché è tale, ha caratteri speciali e, pertanto essi devono avere la giurisdizione e l'organo correlati*»[156].

Quanto al ruolo che la Corte Costituzionale avrebbe dovuto svolgere, viene messo in luce come l'adozione di una Costituzione rigida garantisca la tutela dei diritti dell'uomo - e della comunità in generale - ponendoli come limiti invalicabili all'attività del legislatore ordinario[157].

In questo senso, la creazione di un organo di garanzia rappresenta «*un'esigenza intrinseca della Costituzione, di natura giuridica e politica, di difesa della persona e della comunità*»[158].

Sin dalle prime considerazioni, dunque, emerge con forza la funzione attribuita alla Consulta nel sistema giurisdizionale italiano: una funzione di garanzia e tutela posta a fondamento del *corpus* delle norme costituzionali affinché il legislatore - attuale e futuro - non possa compiere interventi in contrasto, o non conciliabili, con le disposizioni contenute nella Carta Costituzionale. Occorre allora valutare come la giurisprudenza costituzionale si sia posta in relazione al tema oggetto d'indagine e, in particolare, come la Consulta abbia interpretato i principi posti dal dettato costituzionale a tutela della dignità e dei diritti inviolabili del ristretto.

---

[155] *Ibidem* p. 4224.

[156] *Ibidem* p. 4224.

[157] N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte Costituzionale percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano, 2010, p. 2.

[158] G. LA PIRA, in *La Costituzione*, op. cit. p. 4224.

È stato ampiamente messo in luce come il finalismo rieducativo costituisca uno dei principi posti dall'art. 27 comma 3°, a fondamento dell'esecuzione penale. È emerso in particolare come tale disposizione abbia generato un ampio dibattito dottrinale - sia in sede di stesura della norma sia in fase attuativa - in relazione al suo rapporto con il principio di umanità. Al riguardo è stato altresì sottolineato come la preferenza accordata al principio rieducativo, lungi dal poter essere intesa come la presunzione di poter risolvere definitivamente la dibattuta questione sul perché punire, esprime una posizione politico-ideologica in senso umanitario e solidaristico[159]. La giurisprudenza costituzionale ha interpretato e precisato in vario modo i contenuti di questi principi secondo un percorso non sempre univoco e spesso influenzato dai cambiamenti storici, politici e sociali[160].

2.1. L'originaria polifunzionalità della pena

All'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, la maggior parte della dottrina interpretò i principi contenuti nell'art. 27 in senso fortemente

[159] G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 17.

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

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

restrittivo cercando di contenerne la portata innovativa, in una prospettiva di continuità rispetto all'ordinamento precedente[161]. Si sostenne a più voci che la rieducazione non fosse la finalità essenziale, ma solo uno scopo eventuale della pena, mentre le concezioni retributive continuavano ad essere prevalenti[162].

Anche la giurisprudenza costituzionale risentì dell'impostazione restrittiva, come dimostrano una serie di pronunce, piuttosto risalenti, in cui la Consulta accoglie la c.d. concezione polifunzionale della pena. La presenza nell'ordinamento dell'art. 27 non avrebbe impedito lo sviluppo di percorsi interpretativo-ricostruttivi che assumono la rieducazione non già come scopo unico, bensì come un fine che si accompagna ad altri possibili scopi delle pene, in accoglimento di una visione pluralistica della sanzione criminale.

Si diffonde la convinzione che la pena abbia sì una natura essenzialmente retributiva ma che essa non valga, da sola, a contrastare efficacemente la commissione di delitti[163]. Si colloca all'interno di questo complesso quadro interpretativo la nota sentenza n. 12 del 1966, riguardante la legittimità costituzionale della pena pecuniaria in relazione ad alcune tipologie di reato[164]. Si tratta della prima pronuncia in cui la Corte chiarisce la portata del finalismo rieducativo in relazione al principio di umanizzazione, aderendo ad una visione

---

[161] Approccio, questo, riservato a molte disposizioni della Carta costituzionale all'indomani della sua approvazione. Come già anticipato nel primo capitolo era diffusa la tendenza a ridurre la portata del dettato costituzionale: le disposizioni in essa contenute avrebbero cioè natura "programmatica" o "tendenziale". Si veda in questo senso P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituzione*, op. cit., p. CXXXIV. È bene ribadire che lo stesso Autore tornerà sui suoi passi, riconoscendo valore fondamentale ai principi costituzionali, nel successivo articolo *La costituzione si è mossa*, op. cit.

[162] G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 315, p. 318. Secondo l'Autore la reviviscenza delle teorie retributive sarebbe in larga parte dovuto alla situazione di allarme sociale che dominava negli anni '50.

[163] G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze,* op. cit., p. 297.

[164] La questione da cui trae origine il giudizio era stata sollevata dal giudice rimettente sull'assunto che la pena pecuniaria, per la sua stessa natura - risolvendosi cioè nel pagamento di una somma di denaro commisurata alla gravità del reato commesso - tenderebbe ad una finalità meramente retributiva e non anche rieducativa, funzione quest'ultima che il dettato costituzionale indicherebbe come essenziale della sanzione penale.

polifunzionale della pena[165]: «*La norma di cui al comma terzo dell'art. 27 della Costituzione, costituisce un contesto chiaramente unitario, non dissociabile cioè in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro, né tanto meno riducibile a una di esse soltanto: le due proposizioni di cui essa si compone sono congiunte, infatti, non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra*». La portata del principio rieducativo risulta tuttavia relegata all'interno del solo trattamento penitenziario: «*la rieducazione del condannato, pur nell'importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio*». Emerge con evidenza, quindi, come tale principio, «*dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non possa essere inteso in senso esclusivo ed assoluto*» ma vada necessariamente inserito «*nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata*».

In questo senso, come ricordato nel capitolo precedente, «*un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve rivolgersi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza*». Vi è quindi una netta distinzione tra la portata attribuita al principio di umanità e al finalismo rieducativo, essendo quest'ultimo inserito all'interno del solo trattamento penitenziario[166].

La teoria polifunzionale della pena - e la tendenza a circoscrivere la portata del finalismo rieducativo - caratterizzano numerose pronunce della Consulta tra la

[165] Va tuttavia precisato come le radici di tale sentenza vadano ricercate nella precedente pronuncia n. 48 del 1962.

[166] A tal proposito, è stato osservato come l'inclinazione a ridimensionare il principio rieducativo, degradandolo di fatto a valore della fase esecutiva, rende chiaro quale fosse la visione della Corte in merito alle finalità perseguite con l'applicazione giudiziale della pena: essa era finalizzata al raggiungimento di obiettivi di prevenzione generale e di retribuzione, nonché di prevenzione speciale intimidatrice. In questo senso S. LORUSSO, *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2006, p. 174.

fine degli anni ‘60 e degli ’80, in quella che può definirsi una giurisprudenza tendenzialmente costante[167].

Risulta allora imprescindibile - almeno in questa sede - un’opera di selezione, in grado di focalizzare l’attenzione sulle pronunce che, più delle altre, hanno saputo dare voce a tale tendenza.

Non può allora non richiamarsi la sentenza n. 22 del 1971, riguardante la questione di legittimità costituzionale della previsione dei limiti massimi della pena per i reati di furto. La Corte, nel dichiarare l’infondatezza della questione, sancisce che «*la severità delle pene previste dal codice vigente per il furto esula da un qualsiasi riscontro di costituzionalità, perché attiene a scelte di politica legislativa, sottratte al sindacato (...). Essendo rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore la determinazione della pena edittale (e a quella del giudice l'irrogazione in concreto) sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua funzione rieducativa*». Vi è, dunque, un’espressa esclusione del finalismo rieducativo come scopo ultimo della sanzione: la sua efficacia «*indicata come finalità ultima (e non unica) dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, non dipende solo dalla durata di essa, bensì soprattutto dal suo regime di esecuzione*»[168].

Scelta, questa, confermata dalla Consulta nella nota sentenza n. 264 del 1974 riguardante l’annosa questione della compatibilità della pena all’ergastolo con i principi posti dal dettato costituzionale a fondamento dell’esecuzione penale[169].

---

[167] G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, *Diritto penale*, op. cit., Napoli, 2006, p. 131.

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

[169] In via estremamente sintetica può dirsi che l’art. 22 del codice penale descrivendo l’ergastolo come pena perpetua precluderebbe al condannato ogni possibilità di rieducazione e reinserimento, andando così a ledere anche il principio di umanizzazione della pena. Alcuni autori hanno cercato di ridimensionare la questione dell’incostituzionalità dell’ergastolo grazie alla possibilità di accedere, raggiunte determinate condizioni, alla libertà condizionale, alla semilibertà e alla

La Corte, chiamata a risolvere il dubbio di costituzionalità, fonda il rigetto della questione proprio sull'adesione a una visione polifunzionale: «*la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, evidenzia la necessità che (...) abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale. Orbene, funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena*». Ciò è sufficiente per concludere che l'art. 27 della Costituzione «*non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole*»[170].

---

possibile concessione di permessi-premio (si veda in questo senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* , op. cit., p. 717). Tale ricostruzione trascura, tuttavia, il fenomeno dell'ergastolo ostativo la cui previsione pone, ancora oggi, fortissimi dubbi di compatibilità con il dettato costituzionale.

Per un approfondimento su tale questione Cfr. A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, p. 343 ss;

F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009 e L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei Delitti e delle pene*, 1992, fasc. 2.

Si vedano, inoltre, in riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU: D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013, A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Pen e Crim*., vol.15, 2012, p. 153 ss., F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012.

[170] Sempre sulla compatibilità tra dettato costituzionale e pena all'ergastolo si vedano le seguenti pronunce della Corte costituzionale: n. 50 del 1980 e n. 168 del 1994 quest'ultima riguardante la possibile incompatibilità tra pena perpetua e soggetto minorenne.

Visione da ultimo confermata nella sentenza n. 282 del 1989[171]. In merito alle funzioni attribuite alla pena, viene specificato come non sia possibile «*delineare una statica, assoluta gerarchia; è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti considerati, individuare a quale delle finalità della pena, debba essere data prevalenza, ma non è consentito stabilire e priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia*».

Nella fase esecutiva, deve essere accordata generale prevalenza al finalismo rieducativo ma ciò non vale a legittimare una sua generale posizione di preminenza rispetto altre funzioni «*mentre, per nessuna ragione può esser superata la durata dell' afflittività insita nella pena detentiva determinata con la sentenza di condanna (per questo aspetto, la retribuzione, intesa come misura, limite, sulla base della colpevolezza del fatto, dell'intervento punitivo, prevale anche sulla finalità rieducativa: infatti, ove così non fosse, cadrebbero fondamentali garanzie a favore del reo) a sua volta la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell'ipotesi che l'esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua "futura" vita nella società, impongano, prima o durante l'esecuzione (...) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa. La liberazione condizionale è, appunto, esempio della prevalenza, nel momento in cui viene attuata, della finalità rieducativa su tutte le altre finalità della pena*»[172].

Fino alla fine degli anni ’80, dunque, la giurisprudenza costituzionale accoglie una visione polifunzionale “eclettica” in cui la pena è chiamata ad assolvere contemporaneamente più funzioni: afflittivo-retributiva, general-

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

[172] In dottrina è stato osservato come, la posizione adottata dalla Corte in quegli anni possa comunque dirsi diretta a ridurre al minimo gli spazi dell'automatismo che privano di rilievo le istanze rieducative. In questo senso L. OLIVA, *L'incostituzionalità della revoca automatica delle riduzioni di pena: un nuovo contributo alla valorizzazione del principio del finalismo rieducativo*, in *Legislazione penale*, 1996, p. 271.

preventiva, social-preventiva, satisfattoria o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato. All'interno di questo complesso quadro, il finalismo rieducativo si trova circoscritto alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria[173]: poco spazio viene invece riservato alla risocializzazione sia nel momento in cui la pena viene astrattamente prevista dal legislatore, sia nel momento in cui essa è comminata dall'autorità giudiziaria[174].

2.2. La finalità rieducativa come una delle qualità essenziali della pena

La visione eclettica e polifunzionale della sanzione criminale, fu progressivamente superata dalla stessa giurisprudenza costituzionale all'inizio degli anni '90 con l'adozione di un modello c.d. associativo-dialettico[175]. Si tratta di una concezione caratterizzata, quanto all'orientamento culturale di fondo, dalla netta prevalenza attribuita alla funzione di prevenzione - generale e speciale - della pena: la tendenza retributiva finiva così per perdere il suo ruolo autonomo, riducendosi a mera esigenza di proporzione tra sanzione da irrogare e grado di colpevolezza. Le funzioni della pena, allora, lungi dal porsi in un rapporto paritario, tendevano a instaurare una relazione gerarchica o di preminenza, in relazione alle diverse fasi della vicenda punitiva.

Fondamentale tassello nel percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale - in evidente posizione antitetica rispetto alla funzione tradizionalmente attribuita alla pena in quegli anni - è rappresentato dalla sentenza n. 204 del 1974. Tale pronuncia ha infatti posto le basi per l'affermazione di un vero diritto alla rieducazione attraverso un "programma di trattamento" che

[173] G. FIANDACA, *Scopi della pena*, op. cit., p. 134.

[174] A sostegno della limitazione del finalismo rieducativo alla sola fase dell'esecuzione penale si vedano anche Corte Cost. sentt. n. 21 del 1971, n. 167 del 1973, n. 143 del 1974, n. 119 del 1975, n. 25 del 1979, n. 104 del 1982, n. 137 del 1983, n. 237 del 1984, n. 23, 102 e 169 del 1985 e n. 1023 del 1988.

Per un approfondimento della giurisprudenza costituzionale di questo periodo si veda E. R. BELFIORE, *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1999, p. 34 ss.

[175] G. FIANDACA, *Rapporti civili*, op. cit, p. 333.

trova il suo fondamento legislativo nell'art. 13, comma 3° dell'Ordinamento penitenziario[176].

In particolare la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 43 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale che attribuiva al Ministro della Giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale[177], chiarisce la portata del principio rieducativo: «*Il recupero sociale del condannato è fine ultimo e risolutivo della pena*», in questo senso il reo acquista un diritto soggettivo alla rieducazione, o meglio: «*il diritto per il condannato a che (...) il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo*».

Nella stessa sentenza, la rieducazione cessa di essere relegata nell'angusto ambito del trattamento penitenziario per divenire valore generale dell'ordinamento che si affianca, completandolo, al principio di umanità delle pene. In tal senso, con riferimento all'istituto della liberazione condizionale, la Corte chiarisce che «*il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle*». Evidente come alla base della pronuncia risieda la convinzione che solo la realizzazione dei principi costituzionali, considerati come un insieme inscindibile di valori etici e giuridici, possa costituire il presupposto logico-giuridico di un effettivo recupero del condannato funzionalmente volto al suo reinserimento nel consorzio sociale nel senso voluto dal costituente[178].

---

[176] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena*, op.cit., p. 8.

[177] Come anticipato nel primo capitolo, la liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena detentiva inserendosi nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato. Tale istituto, infatti, consente al reo che abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e che abbia soddisfatto, avendone la capacità economica, le obbligazioni civili derivanti dal commesso reato, di essere messo in libertà prima del termine previsto dalla sentenza definitiva di condanna, previa imposizione, da parte del giudice di sorveglianza, di prescrizioni idonee ad evitare la commissione di nuovi reati (artt. 228, secondo comma, e 230, primo comma, n. 2, del codice penale).

[178] P. ALMERIGHI, *L'effettività della risposta penale*, in *Giust. pen.*, 1995, p. 268.

Una svolta decisiva nel superamento della concezione polifunzionale della pena si ebbe tuttavia, solo con la sentenza n. 364 del 1988, pietra miliare nella valorizzazione della funzione rieducativa spesso disconosciuta a favore della successiva, e ben più nota, sentenza n. 313 del 1990[179].

La portata della pronuncia va ben al di là del giudizio di legittimità sottoposto all'attenzione della Corte[180]: per la prima volta infatti, la funzione rieducativa viene espressamente svincolata dalla fase meramente esecutiva[181].

L'argomentazione della Corte, basata sulla lettura combinata del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost., consente di individuare «*i requisiti minimi che il reato deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati, particolarmente, nel terzo comma*": infatti "*non può ammettersi che nel nostro ordinamento alla pena venga assegnata esclusivamente una funzione deterrente*»[182]. Il teleologismo rieducativo diventa così un attributo che qualifica l'illecito penale ai sensi degli scopi di politica criminale: questa asserzione investe l'intera struttura del reato, non potendosi circoscrivere alla mera fase dell'esecuzione della sanzione comminata[183].

---

[179] In questo senso E. R. BELFIORE, *op cit.*, p. 43.

[180] G. FIANDACA, *Principi di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale - "prima lettura" della sentenza n. 364 del 88,* in *Foro italiano,* I, 1988, p. 1385 ss.

[181] La norma oggetto del giudizio è l'art. 5 del codice penale, del quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale, nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

[182] Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364.

[183] In questo senso E. R. BELFIORE, *op. cit.*, p. 45. I giudici della Consulta si soffermano, inoltre, sul principio di colpevolezza e sul suo collegamento con il finalismo rieducativo: nel caso di "ignoranza inevitabile" la sanzione non può esplicare alcuna funzione rieducativa poiché il soggetto, non trovandosi "in colpa" al momento della commissione del fatto di reato, non necessita del percorso rieducativo. Solo in presenza di questi requisiti la responsabilità penale può considerarsi personale (art. 27, comma 1, Cost.), in questo senso «*comunque si intenda la funzione rieducativa*» di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., «*essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significatavi della fattispecie tipica*». La Corte individua, quindi, nella "colpa" uno dei presupposti indefettibili per l'applicazione della sanzione in assenza della quale nessuna funzione rieducativa può dirsi legittima. In questo modo, si anticipa la rilevanza della

È l'inizio di un processo evolutivo teso alla massima valorizzazione del finalismo rieducativo, che trova la sua espressione più nitida nella sentenza n. 313 del 1990 avente ad oggetto l'illegittimità costituzionale dell'art. 444 c.p.p., comma 2, nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, comma 3, Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti rigettando la richiesta in ipotesi di giudizio negativo[184].

La pronuncia risulta caratterizzata da un complesso *iter* logico-argomentativo. L'art. 27, comma 3, Cost. imporrebbe al giudice di «*valutare l'osservanza del principio di proporzione fra quantitas della pena e gravità dell'offesa, e quindi il concreto valore rieducativo della pena in relazione alla sua pregnante finalità*». La Corte ritiene allora necessario ripercorrere in chiave critica la propria giurisprudenza solo *in nuce* richiamata nella motivazione della sentenza n. 364 del 1988.

Come emerso nelle pagine precedenti, fino ad allora era stato ritenuto che «*il finalismo rieducativo (...) riguardasse il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato. A tale risultato si era pervenuto valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dal principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena*». La rieducazione, al contrario, non può essere ridotta «*entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario*», ma si afferma come valore generale della sanzione criminale posto in relazione di necessaria interdipendenza con il momento umanitario. In questo inscindibile rapporto «*il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici di cognizione, oltre che per quelli*

---

rieducazione ad un momento precedente all'esecuzione della pena, ovvero alla fase dell'irrogazione della condanna da parte dell'Autorità Giudiziaria.

[184] In particolare, l'art. 444, comma 2, c.p.p., nella versione precedente alla L. 16 dicembre 1999, n. 479 che ha adeguato il disposto alla pronuncia di incostituzionalità, disponeva che "Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti".

dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Questo uno degli aspetti più innovativi della pronuncia: il finalismo rieducativo deve necessariamente orientare sia la determinazione della pena ad opera del giudice sia, in un momento precedente, le scelte del legislatore in favore di politiche criminali che, attraverso condotte positive possano concretamente favorire il reinserimento sociale del condannato. In tal senso, la sentenza n. 313 del '90 ha rappresentato una significativa svolta di principio[185].

Superata l'impostazione teorico-giuridica posta a fondamento della precedente giurisprudenza costituzionale, la Corte prosegue nell'opera di valorizzazione dell'ideale rieducativo. Il carattere di afflizione, difesa sociale e prevenzione generale - pur essendo insito nel concetto stesso di sanzione - è solo condizione minima che descrive la pena non potendo, in nessun caso, autorizzare «*il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione*». È questa la condizione essenziale per la formazione di uno Stato di diritto che appresti adeguata ed effettiva tutela ai diritti delle persone private della libertà personale; se così non fosse «*si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (...) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (...), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione*».

Poste le necessarie premesse per una corretta interpretazione del dettato costituzionale, la Corte chiarisce, infine, la reale portata del verbo "tendere" contenuto nel terzo comma dell'art. 27 Cost. ponendolo in relazione all'essenza dell'ideale rieducativo: «*la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*». La Corte conclude tale passaggio asserendo che, se la funzione rieducativa venisse limitata alla sola fase

[185] D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 173. A tal proposito Cfr. E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost*., 1994, p. 3204-3205.

esecutiva, essa rischierebbe una grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. Il terzo comma dell'art. 27, invece, «*vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie*».

L'affermazione si pone in evidente connessione con la volontà della Corte di non circoscrivere la rieducazione alla sola fase dell'esecuzione penale al fine di evitare rischiose involuzioni neoretributive[186], ed appare mossa dalla volontà di attribuire a tale principio quella portata di valore generale appartenente all'intero «*patrimonio della cultura giuridica europea*»[187][188].

---

[186] E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. pen. e criminol*., 2005, 69, p. 70.

[187] In questo senso, il valore del finalismo rieducativo è particolarmente importante «*per il suo collegamento con il 'principio di proporzione' fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra*». Tale affermazione ha aperto la strada a un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza costituzionale segnata, in particolare, dalla sentenza n. 341 del 1994, in tema di sanzione minima dell'oltraggio, ove più netta appare la connessione tra finalità rieducativa e proporzionalità tra fatto e reato. In tale sentenza, la Corte Costituzionale dichiarò l'l'illegittimità dell'art. 341, comma 1, c.p. ("oltraggio a pubblico ufficiale") nella parte in cui prevede come minimo edittale la reclusione a sei mesi, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.. Il trattamento punitivo deve essere proporzionato al fatto commesso, non solo in concreto, in sede di commisurazione della pena, ma anche sul piano della determinazione edittale della sanzione «*la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea. Questo unicum, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante, concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima*».

[188] Per approfondire gli effetti della sentenza n. 313 del 1990 in relazione alla disciplina processuale e, in particolare, in materia dei riti alternativi si veda G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro.it*, 1990, I, p. 2392.

Per completezza d'analisi, occorre da ultimo richiamare una recente sentenza della giurisprudenza costituzionale che, a quasi vent'anni dalla pronuncia del '90, conferma la necessità di mantenere l'ideale special-preventivo oltre la fase dell'esecuzione penale.

Ci si riferisce alla sentenza n. 129 del 2008, rilevante sotto un duplice profilo: da un lato, i giudici costituzionali chiariscono come la funzione rieducativa debba necessariamente leggersi in un rapporto di netta scissione rispetto alle norme del giusto processo; se così non fosse «*si assisterebbe ad una paradossale eterogenesi di fini, che vanificherebbe (...) la presunzione di non colpevolezza*» essendo «*'giusto processo' e 'giusta pena' termini di un binomio non confondibili tra loro*". Dall'altro, la Consulta ribadisce come «*la necessità che la pena debba "tendere" a rieducare (...), indica una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico"* il principio contenuto nel 3 comma dell'art. 27, dunque, «*lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena*».

2.3. Il divieto di misure contrarie al senso di umanità

Così descritto l'inscindibile connubio esistente tra le disposizioni di cui all'art. 27, comma 3 - e prima di soffermarsi sulle principali pronunce in tema diritti dei detenuti - occorre richiamare, seppur in estrema sintesi, gli interventi della Corte costituzionale direttamente incidenti sul divieto di misure contrarie al senso di umanità.

Il principio di umanizzazione, infatti, costituisce un innegabile valore di civiltà diretto al legislatore e all'intero apparato delle istituzioni penitenziarie; in tal senso è stato autorevolmente osservato come il 3° comma dell'art. 27 attraverso il suo duplice livello di previsione - divieto di trattamenti inumani e finalismo rieducativo - definisce l'area di incidenza del vincolo costituzionale

sulle scelte del legislatore penale in relazione al momento esecutivo delle pene detentive[189].

Riflessione, questa, necessaria per comprendere il perchè qualsivoglia indagine sui "diritti sommersi" non possa prescindere da un preliminare richiamo alla giurisprudenza costituzionale in materia[190].

La Corte si occupa *in primis* di definire l'aspetto umanitario unitamente al finalismo rieducativo e, con riferimento a quest'ultimo, osserva come «*occorre tendere alla rieducazione del condannato, al qual proposito non si può fare a meno di prendere in considerazione la personalità del singolo, tanto che l'ordinamento penitenziario (...) vuole che sia dato largo spazio al trattamento individualizzato proprio per agevolare la rieducazione dei condannati*»[191].

Con specifico riferimento al principio di umanità, la Corte - pur prendendo atto dell'inesistenza di una definizione normativa di trattamenti inumani e degradanti - tenta di delinearne ambito di applicazione e portata giuridica, in questo senso «*il trattamento non contrario al senso di umanità deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato per cui un certo tipo di pena viene specificatamente comminato*».

Preso atto dell'impossibilità di giungere a una definizione statica della nozione di trattamento inumano, dunque, la Consulta ne accoglie una definizione "in costante divenire": la violazione o meno del principio, allora, potrà accertarsi esclusivamente attraverso l'utilizzo di un metodo casistico basato sull'osservazione delle condizioni di detenzione e sulle concrete modalità di espiazione della pena.

Ulteriori chiarimenti in ordine al significato costituzionalmente attribuito alla nozione di "trattamenti inumani", si rinvengono in due sentenze del 1996.

---

[189] V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 98.

[190] L'attenzione della Corte è stata in particolar modo rivolta alla ricerca di una soluzione riguardo all'annosa questione circa il significato da attribuire alla nozione di trattamenti contrari al senso di umanità.

[191] Corte Costituzionale sent. n. 104 del 1982.

Nella prima, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale in riferimento alla concessione della detenzione domiciliare, la Consulta svolge una duplice riflessione sul principio di umanizzazione; in primo luogo fa emergere la rilevanza costituzionale attribuita a tale precetto, considerato come *«principio di civiltà»* che *«deve improntare di sé la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque informare tutta l'organizzazione carceraria e l'applicazione delle norme ad essa relative, come è ribadito, in esplicito richiamo al dettato costituzionale, dall'art. 1, primo comma, dell'ordinamento penitenziario»*[192]. In *secundis*, i giudici costituzionali attribuiscono un chiaro significato alla nozione di trattamenti contrari al senso di umanità: *«perché la stessa restrizione in carcere possa ritenersi contraria al senso di umanità deve verificarsi una situazione di vera e propria incompatibilità tra regime carcerario, comunque disciplinato, e condizioni soggettive del condannato»*. Ancora una volta, quindi, la giurisprudenza costituzionale non pone l'accento su una definizione oggettiva di trattamento inumano, ma sulla figura del singolo detenuto e sulle condizioni di detenzione cui è sottoposto.

Analoga valenza preminente deve essere attribuita alla seconda pronuncia. La Consulta sancisce che si giungerebbe a una violazione dell'art. 27, comma 3° se fosse consentito *«all'amministrazione di introdurre senza alcun controllo di contenuto restrizioni all'ordinario regime carcerario»*[193]. Ciò perché, da un lato, *«non si escluderebbe che possano realizzarsi trattamenti contrari al senso di umanità»*; dall'altro, potendo comportare la cessazione delle attività di osservazione e di trattamento, verrebbe meno quella *«strumentazione giuridica prevista dall'ordinamento penitenziario per l'attuazione della finalità rieducativa della pena»*.

La portata innovatrice della pronuncia è tuttavia un'altra: i giudici costituzionali individuano, in assenza di specifiche indicazioni legislative, un dato normativo in grado di segnare il discrimine tra trattamenti contrari - o meno - al senso di umanità. In particolare, per la concretizzazione di tale divieto appaiono significative «*le indicazioni fornite dal legislatore nel quarto comma dell'art. 14-*

[192] Corte Costituzionale sent. n. 165 del 1996.

[193] Corte Costituzionale sent. n. 351 del 1996.

quater»: si tratta di materie strettamente connesse alla tutela della dignità dell'individuo, su cui nessuna restrizione risulterebbe costituzionalmente legittima perchè direttamente contrastante con il divieto di trattamenti inumani e degradanti[194] [195].

3. La riforma dell'ordinamento penitenziario come espressione dei principi costituzionali

Le riflessioni che precedono consentono una considerazione di carattere generale: secondo la portata che la giurisprudenza costituzionale ha attribuito all'art. 27, 3 comma, la finalità rieducativa e il principio di umanizzazione dovrebbero tradursi, in termini di diritto positivo, in una serie di interventi

[194] Così il 4 comma dell'art. 14 *quater* (Contenuti del regime di sorveglianza particolare): "In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli".

[195] A conclusione dell'indagine appare necessario, per completezza di ragionamento, un richiamo al divieto di pena di morte sancito nel 4° comma dell'art. 27 Cost. Il principio di umanità e il finalismo rieducativo trovano, infatti, il loro massimo compimento nella definitiva scelta abolizionista del legislatore ordinario avvenuta con la storica legge n. 589 del 1974. Sul tema si vedano: F. CARRARA, A. ROLIN, *La pena di morte: stato della questione, esame di alcune recenti pubblicazioni*, 2010 e G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it., dir. e proc. pen*., 2009, 01, p. 6, A. MARCHESI, *La pena di morte. Una questione di principio*, Roma-Bari, 2004.

Per quel che riguarda la giurisprudenza costituzionale, emblematica è la sentenza n. 223 del 1996; la Consulta, dopo aver specificato che il divieto della pena di morte ha un rilievo del tutto particolare - al pari di quello attribuito alle pene contrarie al senso di umanità - chiarisce che tale divieto si configura quale «*garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 della stessa Costituzione*».

Per approfondire il tema, anche in relazione all'istituto dell'estradizione, si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 54 del 1979.

normativi volti a favorire il recupero della dignità sociale del condannato e il suo conseguente «*reinserimento nel consorzio civile*»[196].

Si tratta, allora, di valutare se il quadro normativo che regola il momento esecutivo-penitenziario, sia in grado di garantire l'effettiva attuazione del dettato costituzionale così come interpretato dai giudici della Consulta.

All'indomani della riforma dell'Ordinamento penitenziario la giurisprudenza costituzionale è intervenuta soprattutto sulle due grandi novità introdotte dal legislatore del '75: la previsione di pene esterne al carcere e il riconoscimento, in capo ai detenuti, di una serie di diritti inviolabili.

Un'analisi critica sull'attuale normativa penitenziaria, alla luce dei principi costituzionali in materia di esecuzione penale, non può allora prescindere da un breve richiamo a tali pronunce.

3.1. Il valore attribuito alle misure alternative alla detenzione. Cenni

Il ruolo preminente attribuito alle misure alternative alla detenzione emerge con evidenza in diversi interventi della Corte, ciascuno dei quali è parte di un cammino progressivo teso alla massima valorizzazione di tali strumenti.

Era il 1989 quando, in una pronuncia avente ad oggetto la concessione della libertà condizionale, la Consulta così si espresse in relazione al fine da attribuire alle misure extracarcerarie nel quadro dell'esecuzione penale: «*le 'misure alternative' costituiscono il punto d'emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale il trattamento penitenziario punta*»[197].

Alla stessa conclusione la Corte perviene in due pronunce successive: emerge *in primis* come «*la finalità rieducativa è assegnata dalla Costituzione a ogni pena e, accanto ad essa, anche alle misure alternative previste in seno*

[196] Corte Cost. sent. n. 168/1994.

[197] Corte Cost. sent. n. 282/1989.

all'ordinamento penitenziario»[198]; inoltre, pur evidenziando il carattere estremamente eterogeneo delle misure, ne valorizza l'aspetto unitario individuando come denominatore comune lo scopo di perseguire *«finalità rieducative e di reinserimento sociale del condannato»*[199].

Non sembrano necessarie ulteriori precisazioni circa la necessaria interdipendenza che lega i principi costituzionali in materia di pena alla previsione di misure alternative alla detenzione[200]. Il trattamento penitenziario viene così a configurarsi, come espressamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità[201], quale vero e proprio diritto per il detenuto, aspetto del più generale diritto alla rieducazione, cui corrisponde "un obbligo di fare" per l'Amministrazione penitenziaria.

Ponendo tali pronunce in relazione al richiamato *iter* giurisprudenziale sulla funzione della pena, emerge un quadro costituzionale in cui la rieducazione - anche attraverso la previsione di misure esterne al carcere - non può identificarsi nel pentimento o in una forma di emenda morale ma assume la qualifica di concetto di relazione, rapportabile alla vita sociale divenendo in tal modo sinonimo di "risocializzazione"[202]. Quest'ultima, è bene ribadirlo, non può consistere nella correzione politico-ideologica, propria degli Stati totalitari e ivi praticata attraverso le tecniche impositive dell'indottrinamento e della manipolazione delle coscienze. Uno Stato di diritto non può imporre, ma solo «proporre» i valori del modello di società, che è anzitutto quello prefigurato dal nostro ordinamento costituzionale[203].

---

[198] Corte Cost. sent. n. 532/2002.

[199] Corte Cost. sent. n. 173/1997.

[200] Molte le pronunce della Corte Costituzionale aventi ad oggetto la disciplina delle singole misure alternative in relazione al principio di umanità e al finalismo rieducativo. Si vedano, senza aspirazioni di completezza, le sentt. n. 343/1987 e n. 386/1989 (riguardanti l'affidamento in prova al servizio sociale previsto dall'art. 47 O.P.); n. 100/1997 e n. 445/1997 (concernenti il regime di semilibertà *ex* art. 48 O.P.); n. 422/1999 e n. 350/2003 (relative alla detenzione domiciliare *ex* art. 47 *ter* O.P.).

[201] Cass. pen., Sez. I, sentt. 1 luglio 1981; 24 marzo 1982; 29 marzo 1985.

[202] Così letteralmente F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte generale*, op. cit. , 2009, p. 735.

[203] *Ibidem* p. 735-736.

3.2. La codificazione dei diritti dei detenuti

Come anticipato nelle considerazioni di apertura, il principio di umanizzazione della pena, unitamente al finalismo rieducativo, hanno fatto sì che il legislatore del ’75, in pieno accordo con il dettato costituzionale, riconoscesse ai soggetti sottoposti alla privazione della libertà personale una serie di diritti inviolabili, non suscettibili di compressione da parte dei pubblici poteri in ragione della loro inscindibile relazione con la tutela della dignità innata.

Tale scelta fu salutata con grande entusiasmo dai giudici della Consulta: il dettato costituzionale veniva finalmente tradotto in un intervento normativo estremamente coraggioso che poneva l’ordinamento italiano in linea con le richieste del diritto sovranazionale[204]. Da diversi anni, infatti, si invocavano - anche a livello internazionale - riforme di carattere strutturale in grado di apprestare effettiva tutela alla dignità dell’uomo in ogni sua manifestazione. In altri termini, si diffuse la convinzione che esistesse una categoria - i diritti umani - riconosciuti oltre il limite del “non intervento”, perché spettanti ad ogni individuo in quanto tale, indipendentemente dal suo *status* giuridico[205].

I diritti inviolabili si ponevano, dunque, in una posizione antecedente rispetto al diritto positivo, configurandosi come un *prius* intangibile rispetto alle scelte politico-normative compiute dai pubblici poteri[206].

In questo quadro storico-politico, la riforma del ’75 rappresenta un fondamentale traguardo nel riconoscimento dei diritti inviolabili anche a soggetti

---

[204] Per una disamina sulla nascita e sulla tutela dei diritti umani a nel panorama sovranzionale Cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, 2009, A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007, V. ZAGREBELSKY, M. DE SALVIA, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2006, C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005, p. 154, A. CASSASE, *I diritti umani nel mondo*, op.cit..

[205] In questo senso P. MIRABELLA, *L’uomo e i suoi diritti. Una riflessione etica a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo*, Torino, 2009, p. 25 ss.

[206] Sul tema si veda S. PETRINI, *Lo stato delle carceri in Europa, nei rapporti del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT) e nella giurisprudenza della Corte europea*, in *www.altrodiritto.it*.

sottoposti a restrizione della libertà personale; inizia cioè a diffondersi l'idea di una concreta tensione verso il rispetto della personalità e della dignità del condannato.

Tensione recepita dalla stessa Corte Costituzionale che, all'indomani della riforma penitenziaria sancisce solennemente come *«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»*[207].

La necessità di riconoscere un carattere imprescindibile alla tutela della dignità e della personalità del ristretto emerge in tutta la sua forza nella sentenza n. 349 del 1993 in cui la Corte, con una solenne affermazione di principio sancisce che *«la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»*. Ne discende una naturale conseguenza: «*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*». Ed è proprio all'interno del residuo di libertà che trova la sua massima espressione il principio di umanizzazione, come fondamento costituzionale posto a tutela dei diritti inviolabili riconosciuti al cittadino dalla Costituzione, a prescindere dalle condotte poste in essere e dall'eventuale violazione dei precetti giuridici su cui lo Stato fonda la convivenza sociale.

I principi di cui al 3° comma dell'art. 27 Cost., infatti, *«si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione*

[207] Corte Cost. sent. n. 114/1979.

delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti»[208]. In questo senso, *«l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà»*. La portata costituzionale dell'umanizzazione delle pene, unitamente al principio dell'inviolabilità dei diritti fa sì che «*la dignità della persona (...) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso,il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - 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*».

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti delle persone ristrette, può dirsi che l'esigenza di un sistema sanzionatorio coerente con il senso di umanità dovrebbe influenzare ogni aspetto del trattamento penitenziario. In altri termini, il richiamo al senso di umanità, quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, esprime l'intento normativo di porre la persona ristretta al centro del sistema: ne discende l'impossibilità di utilizzare strumenti coercitivi per finalità trattamentali[209]. Il riconoscimento dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.), della dignità umana (art. 3 Cost) e dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1) costituiscono, dunque, presupposto costituzionale per la garanzia dell'umanità delle pene, così da

---

[208] Corte Cost. sent. n. 26/1999. In considerazione della grande rilevanza assunta da tale pronuncia all'interno delle riflessioni circa la compatibilità della normativa penitenziaria con i principi di umanità e risocializzazione essa verrà più volte richiamata nel corso della trattazione, quasi fosse la necessaria "lente costituzionale" dell'indagine. Si veda a questo proposito: Corte Cost., sent. 11 febbraio 1999 n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176, con note critiche di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*.

[209] V. GREVI, *Art. 1*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, op. cit., p. 10.

ergere a principio fondamentale dell'ordinamento la statuizione secondo cui la risposta punitiva dello Stato dinnanzi alla violazione delle proprie norme non può *"consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"*.

Poste in questi termini le premesse dell'indagine, occorre riportare l'analisi nella giusta prospettiva.

A fronte di una giurisprudenza costituzionale che ha offerto importanti occasioni per ripensare a un sistema di esecuzione penale in grado di apprestare effettiva tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti (ma sostanzialmente negati), sia ai diritti normativamente ignorati (ma espressione del dettato costituzionale), la storia penitenziaria si caratterizza per la presenza di un legislatore assente e silente. È un quadro in cui le forze parlamentari scelgono consapevolmente di nascondersi dietro situazioni di emergenza economica e sociale, nel quale le priorità dell'agenda politica sembrano concentrarsi altrove lasciando in secondo piano la dimensione dei diritti soggettivi.

Di fronte a questo costante atteggiamento istituzionale è stata la giurisprudenza costituzionale che, in più occasioni e con scelte coraggiose, ha agito sulla normativa penitenziaria modellandola in senso conforme ai principi di umanità e rieducazione. Il consolidarsi di questa prassi, tuttavia, crea una dinamica patologica tra forze politiche e giudici costituzionali che imporrebbe una netta inversione di tendenza attraverso la riattribuzione alla Consulta - e al Parlamento - del ruolo costituzionalmente loro attribuito. Un ruolo in cui spetta alla giurisprudenza costituzionale valutare la conformità delle leggi - e degli atti aventi forza di legge - al dettato costituzionale e al Parlamento, il dovere di agire sul quadro normativo adeguandolo - nel minor tempo possibile - alle decisioni della Consulta.

Presa di coscienza, questa, che assume le vesti di "presupposto necessario" affinché il legislatore abbandoni definitivamente le logiche emergenziali e securitarie in favore di interventi strutturali e sistematici, in grado di conformare l'esecuzione penale al dettato costituzionale, proseguire sulla strada aperta dalla riforma del '75 e far emergere i diritti sommersi.

Muovere in questa direzione - è bene ribadirlo - non sarebbe una scelta auspicabile, ma un obbligo costituzionalmente imposto.

4. Consulta e custodia cautelare: la duplice forza delle pronunce costituzionali

Messa in luce la portata costituzionale dei principi di cui al 3 comma dell'art. 27, e prima di passare all'analisi dei "diritti emersi", si rende necessaria una breve riflessione sul tema della custodia cautelare in carcere e delle alternative costituzionalmente auspicabili. La questione appare quanto mai centrale ai fini del corretto inquadramento dell'indagine, non solo perchè mette nitidamente in luce il rapporto patologico oggi esistente tra Consulta e Parlamento, ma anche per la portata del fenomeno.

In Italia, infatti, il 46%[210] della popolazione penitenziaria è costituita da imputati: una percentuale che non sembra affrettato definire allarmante soprattutto in relazione al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza fino alla sentenza di condanna[211].

Le modifiche apportate alla normativa processualpenalistica negli ultimi anni appaiono comunemente caratterizzate da un generale "*favor carcerationis*", ponendosi in un difficile rapporto di compatibilità con il principio del "minor sacrificio necessario" al quale l'intera materia della privazione della libertà personale *ante* giudizio deve improntarsi.

A fonte di tali scelte di matrice securitaria - difficilmente compatibili anche con i generali principi di adeguatezza e proporzionalità - la giurisprudenza costituzionale è intervenuta a più riprese cercando di arginare gli effetti da esse derivanti: scopo precipuo è restituire al giudice il potere-dovere di individuare -

[210] Dato statistico pubblicato dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato, Sezione Statistica, www.giustizia.it.

[211] A norma dell'art. 27, comma 2 Cost. "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

all'esito di una valutazione casistica - la misura più adeguata rispetto alla specificità della fattispecie concreta.

Centrale, in questo senso, l'*iter* giurisprudenziale condotto dalla Consulta in ordine alla previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 275 del codice di procedura penale[212]. Tale norma, imponendo il ricorso obbligatorio al carcere come unica misura applicabile nei confronti di soggetti raggiunti da gravi indizi di colpevolezza in ordine a taluni reati ritenuti particolarmente gravi[213], è espressione di un automatismo legislativo che impone al giudice un duplice obbligo: adozione della custodia cautelare e relativa impossibilità di applicare una misura meno afflittiva[214].

La Consulta - dal 2010 ad oggi - ha quasi integralmente demolito l'assetto di dell'articolo, attraverso una serie di declaratorie di incostituzionalità tese a contrastare la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere alle ipotesi indicate dalla norma. La particolarità della vicenda, infatti, risiede non tanto nel contenuto delle varie pronunce - tendenzialmente accomunate dalla medesima struttura argomentativa - quanto nella lunga serie di decisioni che si sono susseguite.

---

[212] Come modificato dall'art. 2 del decreto legge n. 11 del 2009 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009 (c.d. "Pacchetto sicurezza").

[213] Si tratta dei delitti previsti dal codice penale agli articoli 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, e 600-*quinquies* del codice penale. Rientrano all'interno della previsione anche i delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate.

[214] Così dispone l'articolo in commento "La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, e 600-*quinquies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate".

L'importanza di un intervento diretto della Corte Costituzionale in relazione alla custodia cautelare è peraltro confermato dalla stessa Consulta nella sentenza n. 110 del 2012. I giudici - ponendosi in aperto contrasto con la sentenza n. 4377 del 2012 della Terza sezione penale della Corte di Cassazione, avente ad oggetto l'automatismo cautelare in riferimento al reato di violenza sessuale di gruppo (609 *octies* c.p.)[215] - hanno espressamente escluso che i giudici comuni possano procedere a una disapplicazione della norma - attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata - nelle ipotesi non direttamente colpite da precedente declaratoria di incostituzionalità[216].

---

[215] In tale occasione, la Suprema Corte aveva ritenuto superabile, per mezzo dell'interpretazione adeguatrice, l'obbligatorietà della misura coercitiva carceraria basandosi sull'assunto che i principi sanciti nella sentenza n. 265 del 2010 della Consulta consentissero una lettura costituzionalmente orientata, impedendo così la riproposizione della *quaestio*.

Per approfondire la pronuncia della Cassazione sotto diverse prospettive si vedano: M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti,* www.rivistaic.it, n. 1/2012, P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, n. 11/2012, p. 58 ss; M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaic.it, n. 2/2012, 04/04/2012. Per un'analisi d'insieme della sentenza e della dottrina sulla questione: M. RUOTOLO, *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, p. 117 ss., L. PACE, *Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p*., in *Diritto e Società*, n. 2, 2014 e M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in www.rivistaic.it, n. 2/2012, 29/05/2012.

[216] Sul tema dell'interpretazione conforme a Costituzione la letteratura è ormai molto vasta. Si veda in proposito, con diversità di orientamenti, M. RUOTOLO, *Interpretare*, op.cit., E. LAMARQUE, *Corte Costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma - Bari, 2012, p. 129 ss.; G. ZAGREBELSKI, V. MARCENÒ *La giustizia costituzionale*, op. cit, p. 340 ss.; G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazioni con i giudici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Volume IV, Napoli, 2011, F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme: un breve excursus*, in *Giur. It*., 2010, 1961; A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, p. 388 ss.; A. CELOTTO, "*Limite di sagoma" e "limite di volumetria" nelle ristrutturazioni? Sulle paradossali conseguenze dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Giur. It*., 2009, p. 2630 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*,

Il Giudice delle Leggi, quindi, pone nei confronti dei giudici comuni un obbligo preciso: sollevare, per ciascuna delle ipotesi normativamente previste dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p., un incidente di costituzionalità che possa condurre, tenuto conto delle diverse connotazioni delle fattispecie ivi previste, a nuove sentenze di accoglimento aventi ad oggetto l'automatismo cautelare. L'intervento sembra giustificarsi in relazione alla natura del diritto costituzionalmente tutelato - la libertà personale - la cui qualifica di valore fondamentale dell'ordinamento è ormai patrimonio acquisito della cultura giuridica, tradotto espressamente in termini di inviolabilità da parte della stessa Costituzione (art. 13, comma 1 Cost.).

In altri termini, la Consulta sceglie espressamente di non affidare la modulazione interpretativa di una norma indissolubilmente legata al diritto fondamentale della libertà personale all'opera del giudice comune. Utilizzare casisticamente l'interpretazione adeguatrice, infatti, è situazione ben diversa dal dichiarare, una volta per tutte e con valenza *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale della norma in questione. In tal senso la Corte afferma espressamente che «*la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme (sentenza n. 219 del 2008), non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre*»[217] [218].

Milano, 2006, R. ROMBOLI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in *Il dialogo tra le Corti*, Pisa, 2004, p. 29 ss..

[217] Le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità della leggi possono infatti considerarsi decisioni di accertamento che rimuovono uno stato di dubbio, sancendo definitivamente e "ufficialmente" un vizio preesistente. Gli effetti innovativi e costitutivi nell'ordinamento giuridico sono stabiliti in via definitiva dall'art. 136, comma 1, della Costituzione a norma del quale "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione". In questo senso G. ZAGREBELSKI, V. MARCENÒ *La giustizia costituzionale*, op. cit, p. 346. Si veda, inoltre, A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 444 ss.

[218] Il tema dell'interpretazione conforme a Costituzione, in relazione alla centralità del Giudice delle leggi in un sistema di controllo accentrato di costituzionalità, ha suscitato negli operatori del diritto una variegata gamma di riflessioni: da un lato, si avverte il timore che un eccessivo uso di

4.1. Illegittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare

Come anticipato, le pronunce concernenti la norma in esame si caratterizzano per un percorso argomentativo comune e convergente verso un medesimo scopo: dichiarare l'illegittimità costituzionale del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., nella parte in cui stabilisce l'adeguatezza della sola misura coercitiva carceraria, trasformando la presunzione legale da assoluta a relativa.

Sono così cadute sotto il sindacato di legittimità numerose ipotesi introdotte dalla novella del 2009[219], tanto da far parlare di un carattere meramente certificatorio dell'incostituzionalità[220].

In particolare, la Consulta dichiara l'illegittimità della norma, per violazione degli artt. 3, 13, primo comma, e 27 secondo comma Cost., nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano

---

tale strumento, oltre i confini del dato testuale, possa di fatto condurre all'instaurazione di un sindacato formalmente accentrato e sostanzialmente diffuso; dall'altro, si è osservato come la Corte costituzionale non sembra avere di fatto perso quel ruolo di "faro della costituzionalità" assegnatole in via esclusiva dalla Carta fondamentale. Nel primo senso G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost*., 2009, p. 2416. In una diversa prospettiva F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost*., 2009, p. 2405. Si veda poi, E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 1843 ss. In chiave comparatistica si veda F. COMELLA, *Una defesa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 2011, traduzione in spagnolo del precedente lavoro in lingua inglese, *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven&London, 2009, p. 5 ss..

[219] Sulle numerose declaratorie di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, sia consentito rinviare a S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte Costituzionale e giudici*, in *Giur. It*., 2013.

[220] In questo senso L. PACE, *Spunti di riflessione*, op. cit., p. 2.

acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che tali esigenze possono essere soddisfatte con altre misure.

La Corte ha più volte occasione di ribadire due profili essenziali del sistema cautelare: la preminenza del criterio del "minore sacrificio necessario" e le peculiarità dei reati di stampo mafioso a giustificazione dell'automatismo.

Riguardo al primo profilo, emerge chiaramente come il sistema di privazione della libertà personale *ante iudicatum* debba strutturasi secondo il modello della "pluralità graduata", improntarsi al principio di adeguatezza e consentire scelte individualizzate. Il ricorso alla misura più afflittiva assume, dunque, una posizione residuale o, meglio, di *extrema ratio* applicabile solo quando ogni altra cautela risulti inadeguata (art. 275, comma 3, primo periodo). In tal senso, la Consulta ha correttamente affermato che «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*», a questo proposito, «*l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa*»[221].

Occorre tuttavia precisare come il sistema sin qui delineato soffra di una rilevante eccezione più volte messa in luce dalla giurisprudenza costituzionale: si tratta dei reati legati alla criminalità organizzata, gli unici a cui l'art. 275, comma 3 si riferiva anteriormente alla novella del 2009. In tali ipotesi, specifica la Corte, la forza di intimidazione del sodalizio criminoso, la specificità del vincolo, la rigida organizzazione gerarchica e il radicamento territoriale connotano "normativamente" il reato, rendendo legittima la presunzione assoluta della custodia cautelare[222]. Ciò che rende adeguata la sola misura coercitiva più

[221] Corte Costituzionale sentenza n. 139 del 2010.

[222] Il riferimento è, anzitutto, all'ordinanza 450 del 1995, richiamata anche nelle precedenti sentenze riguardanti il 3 comma, dell'art. 275 c.p.p.: «*la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (...) rende manifesta la non-irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*

afflittiva, ricorda a più riprese la Consulta, non è tanto la natura associativa della fattispecie, quanto le richiamate connotazioni criminologiche dei delitti di stampo mafioso.

In tal senso, la giurisprudenza costituzionale si era già pronunciata con una declaratoria di incostituzionalità in riferimento ad altra fattispecie associativa prevista dal 3 comma dell'art. 275: il delitto di associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope[223].

Non è questa la sede per un'analisi esaustiva delle problematiche legate agli automatismi legislativi in relazione alle esigenze cautelari. Ciò che rileva ai fini dell'indagine è verificare se, anche nella fase *ante iudicium*, esista quel rapporto patologico che lega i moniti della Corte Costituzionale all'opera del legislatore.

La risposta, sulla base alle considerazioni che seguono, non può che essere affermativa.

In effetti, da una valutazione complessiva delle declaratorie di incostituzionalità, emerge con chiarezza una duplice volontà: limitare il ricorso all'interpretazione conforme da un lato e guidare le scelte legislative in materia cautelare - attraverso moniti diretti al legislatore - dall'altro[224]. In altri termini, la giurisprudenza costituzionale, attraverso la lunga serie di sentenze di

---

(sentt. n. 103 del 1993; n. 407 del 1992)»; per questo «*la predeterminazione in via generale della necessità della cautela più rigorosa (...) non risulta in contrasto con il parametro dell'art. 3 della Costituzione*». Orientamento successivamente confermato nella nota sentenza n. 265 del 2010: in riferimento ai reati di mafia, l'automatismo della custodia cautelare appare legittimo in quanto «*misura più idonea a neutralizzare il periculum libertatis connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione*».

[223] Ci si riferisce alla sentenza n. 231 del 2011 in cui la Corte, dopo aver ricordato le peculiari connotazioni atte a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione assoluta per i reati di mafia, afferma che, al contrario, il reato oggetto del giudizio si concreta «*in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere,qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine (i delitti previsti dall'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990)*». Si tratta, quindi, di un'associazione diversa rispetto a quella mafiosa, basata su una fattispecie «*"aperta", che, descrivendo in definitiva solo lo scopo dell'associazione e non anche specifiche qualità di essa, si presta a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto i più diversi ed eterogenei*».

[224] G. GIOSTRA, *Per chi suona la campana?*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6, 2012.

accoglimento, sembra chiedere l'inserimento nell'agenda parlamentare di un intervento preciso: ridisegnare un regime cautelare che attribuisca all'automatismo di cui al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. la sua originaria funzione di *extrema ratio*, giustificabile esclusivamente in quelle ipotesi in cui siano ravvisabili le caratteristiche criminologiche e associative che connotano i reati di mafia.

Il monito muove, dunque, dalla preminenza dei principi di inviolabilità della libertà personale e della presunzione di non colpevolezza, la cui portata costituzionale non può essere travalicata in ragione del crescente bisogno di sicurezza che caratterizza l'attuale momento storico-politico. La Corte costituzionale ha svolto, dunque, un ruolo decisivo nel tentato processo di emersione del "significato costituzionale" dell'art. 275, comma 3 c.p.p., in un ambito - quello della limitazione della libertà personale - in cui il difficile rapporto tra esigenze di sicurezza, espresse a gran voce dalla società civile, e tutela dei diritti individuali non difficilmente conduce a scelte legislative costituzionalmente inattaccabili[225].

4.2. Effetti del monito della Corte: una nuova scelta legislativa incostituzionale

La necessità di modificare la vigente normativa processualpenalistica, limitando il ricorso alla custodia cautelare, è uno degli intenti dichiarati dal recentissimo decreto legge n. 92 del 2014 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 117 dell'11 agosto scorso[226].

Il legislatore nel tentativo di arginare l'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario, interviene sul sistema delle misure cautelari modificando la disciplina contenuta nell'art. 275 c.p.p.

---

[225] Sul fenomeno dell'interpretazione conforme in relazione all'art. 27, comma 3, della Costituzione e alla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo si veda M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione conforme. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti,* www.rivistaaic.it, 19/04/2013.

[226] Rubricata "Disposizioni urgenti concernenti il risarcimento in favore dei detenuti, la custodia cautelare in carcere e ulteriori interventi in materia penitenziaria" (GU 20.08.2014).

A questo proposito, occorre tuttavia rilevare come l'intervento riformatore - lungi dall'essere l'espressione di un adeguamento normativo alle pronunce della Corte costituzionale - appaia in realtà mosso dalla necessità di fornire una celere risposta alla più volte richiamata sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte EDU. In tale sentenza, infatti, i giudici di Strasburgo pongono l'accento sul carattere meramente residuale che la custodia cautelare dovrebbe assumere in un sistema improntato al criterio del minor sacrificio necessario della libertà personale: il ricorso e la durata della misura dovrebbero essere «*ridotti al minimo compatibile con gli interessi della giustizia*». Ciò dovrebbe indurre gli Stati a favorire «*un uso più ampio possibile delle alternative alla custodia cautelare quali ad esempio l'obbligo, per l'indagato, di risiedere ad indirizzo specificato, il divieto di lasciare o di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione su cauzione, o il controllo e il sostegno di un organismo specificato dall'autorità giudiziaria*»[227]. Evidente, dunque, l'intento della giurisprudenza EDU: eliminare il *favor carcerationis* invertendo il rapporto esistente tra custodia cautelare e misure non custodiali, attribuendo a quest'ultime una posizione di preminenza.

Sulla basa di tale sentenza - e di quelle della Consulta - il legislatore nazionale sarebbe quindi dovuto intervenire con scelte normative coraggiose e strutturali, idonee a favorire un ripensamento generale della normativa cautelare. Un ripensamento che fosse in grado di riportare la carcerazione preventiva entro i confini della stretta necessità attraverso un duplice intervento: potenziamento delle misure non custoditali (come richiesto dalla Corte EDU) ed eliminazione del modello imperniato sulle presunzioni assolute (come costantemente sollecitato dalla richiamata giurisprudenza costituzionale).

L'uso del condizionale ("sarebbe"), si giustifica per le scelte recentemente compiute dal legislatore con il richiamato decreto legge n. 92 del 2014 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 117. Attraverso tale intervento la maggioranza parlamentare ha, infatti, consapevolmente disatteso quanto sancito nelle pronunce

[227] Indicazioni peraltro precedentemente inserite nel "Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia nel settore della detenzione" (Com. (2001) 327), approvato nella versione definitiva il 14 giugno 2011.

della Consulta, introducendo - in sede di conversione - una deroga che impedisce l'adozione della misura più idonea rispetto alla specificità del caso concreto, proprio nelle ipotesi descritte dal terzo comma dell'articolo 275 c.p.p.

Per inquadrare correttamente la gravità - in termini di rispetto del dettato costituzionale - della recente scelta normativa occorre procedere con ordine.

Nello specifico, il controverso articolo 8 del decreto legge n. 92 ha agito sui criteri di scelta delle misure cautelari, modificando il comma 2 *bis* dell'articolo 275 che, nella formulazione originaria, impediva l'applicazione della custodia cautelare nel caso in cui il giudice avesse ritenuto che con la sentenza potesse essere concessa la sospensione condizionale della pena. Il d.l. n. 92 modifica la disciplina introducendo rilevanti novità: da un lato, viene esteso anche agli arresti domiciliari il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere nel caso in cui il giudice - all'esito di un giudizio prognostico - ritenga che con la sentenza possa concedersi la sospensione condizionale; dall'altro si prevede il generale divieto di applicazione della sola custodia cautelare se il giudice, all'esito del giudizio, ritenga applicabile una pena detentiva non superiore a tre anni[228].

Il decreto, quindi, non prevedeva alcuna eccezione in ordine alle novità introdotte. Sul punto è tuttavia intervenuto il legislatore in sede di conversione, attraverso la previsione di significative deroghe in ordine alla seconda novità.

In particolare a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di conversione, il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 275 stabilisce che - nonostante la citata prognosi di pena massima triennale - il divieto generale introdotto dal decreto legge è soggetto a una cospicua serie di deroghe tra cui le ipotesi previste dal terzo comma 3 dello stesso articolo[229].

---

[228] Sul punto si vedano F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2014 e M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 luglio 2014.

[229] A seguito delle nuove modifiche, l'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. dispone: "Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-*ter*, e 280,

Evidente, dunque, il contrasto tra la scelta compiuta dal legislatore in sede di conversione e le molteplici pronunce di incostituzionalità che dal 2010 hanno ripetutamente colpito l'automatismo legislativo in sede cautelare. Vi è di più. Nel contesto in esame il rapporto patologico che, almeno all'interno della normativa penitenziaria, sembra legare i moniti della Corte alle scelte di politica criminale, emerge in tutta la sua evidenza conducendo a una naturale conclusione. Le forze parlamentari non solo disattendono il dettato costituzionale con condotte in omissive (mancato intervento riformatore a seguito di ripetute declaratorie di incostituzionalità) ma, in questo caso, con scelte positive: si interviene scientemente con un legge che agisce positivamente sul sistema cautelare senza adeguare quest'ultimo alle indicazioni della Corte.

Ci si trova così di fronte a una riforma normativa in cui, nonostante le rilevanti novità introdotte in chiave deflattiva sul sistema cautelare, il legislatore sceglie consapevolmente di non eliminare l'automatismo cautelare. Ne deriva un rinnovato quadro normativo legato al passato da un'illegittimità costituzionalmente ormai palesemente accertata[230].

5. Giurisprudenza costituzionale e processo di affioramento di nuovi diritti

Come chiarito nelle riflessioni di apertura, il ruolo della giurisprudenza in riferimento alla normativa penitenziaria può essere analizzato attraverso l'utilizzo di un metodo di indagine che ponga l'accento sugli effetti delle pronunce giurisprudenziali in relazione ai diritti delle persone ristrette. Si è detto in particolare che, in base al *modus operandi* dei giudici, tali diritti possono

---

comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423 *bis*, 572, 612 *bis* e 624 *bis* del codice penale, nonché all'articolo 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice".

[230] Per un appofondimento sulle modifiche apportate dagli ultimi decreti al cosice di procedura penale Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 15 ss.

agevolmente suddividersi in tre categorie: “diritti emersi”, “diritti a efficacia emersa” e “diritti sommersi”.

Rientrano nella prima categoria tutte le situazioni giuridiche di vantaggio non espressamente contemplate dal diritto positivo il cui riconoscimento risulta, tuttavia, costituzionalmente obbligato perchè funzionale alla creazione di un sistema fondato su una pena umana, rieducativa e risocializzante.

L’ampiezza della giurisprudenza in tal senso non permette un’analisi esaustiva del novero dei diritti rientranti in tale classificazione; si prenderanno quindi in esame le pronunce più rilevanti dalle quali emerge nitidamente il ruolo guida assunto dalla giurisprudenza nella creazione di un sistema di esecuzione penale costituzionalmente legittimo.

5.1. I diritti emersi

5.1.1. Considerazioni preliminari. L’equiparazione del lavoro penitenziario al lavoro libero

Non teme smentite l’affermazione secondo cui il lavoro rappresenta un imprescindibile momento di formazione dell’identità della persona, svolgendo una vera e propria funzione di promozione della dignità umana a cui i pubblici poteri devono apprestare effettiva garanzia[231].

Dunque, non si può giungere a una corretta comprensione degli interventi della Corte Costituzionale inerenti ai diritti del lavoratore detenuto, se non prendendo le mosse da alcune riflessioni sull’importanza che il lavoro riveste nell’attuale assetto costituzionale.

[231] Si pensi all’importanza attribuita al lavoro già nel XVII secolo da numerosi autori, fra tutti J. LOCKE, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, 1982, p. 25 ss. Per un’attenta analisi sulle origini storiche del lavoro carcerario si rimanda a F. CARDANOBILE, *Il lavoro dei detenuti*, Bari 2007 e D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 1977.

In effetti, come si avrà modo di specificare nelle pagine che seguono, il ruolo assunto dal lavoro nella normativa penitenziaria, quale elemento positivo del trattamento funzionalmente volto, cioè, alla realizzazione del processo di risocializzazione, dipende principalmente dalla centralità attribuitagli dal dettato costituzionale.

Il lavoro, infatti, è assunto quale valore fondante della Costituzione che, lunghi dal configurarsi come un mero strumento di conseguimento dei mezzi di sussistenza, diviene tramite necessario per l'affermazione della personalità individuale e collettiva[232].

Emblematico, a questo proposito, il primo comma dell'articolo di apertura della Carta Costituzionale a norma del quale "l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro".

Decisivo, in tal senso, anche l'art. 4 Cost. che configura il lavoro sia come diritto sia come dovere del singolo. Il primo comma prevede, infatti, che "la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto". Il secondo afferma, invece, che "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società". Non si tratta di un dovere giuridico bensì morale, tramite il quale ogni cittadino concorrere al progresso della società, mediante lo svolgimento di una qualsiasi attività socialmente utile[233]. Oltre agli artt. 1 e 4 Cost., che elevano il lavoro a fenomeno sociale in grado di plasmare l'intera struttura statale, numerose disposizioni costituzionali ne rappresentano importanti corollari. Menzione a parte merita sicuramente l'art. 35 il quale, sancendo che "la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni", attribuisce ai pubblici poteri un ruolo propulsivo. Si delinea un sistema in cui - coerentemente con il principio

[232] C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (natura giuridica, efficacia, garanzie*), in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III.

[233] Tale riflessione risulta peraltro confermata dall'art. 38, comma 1, Cost., a norma del quale "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale".

dell'uguaglianza sostanziale - lo Stato deve promuovere tutte le azioni che rendano possibile la garanzia effettiva del diritto[234].

Rientrano nell'indagine anche il principio della giusta retribuzione (art. 36, comma 1); l'irrinunciabile diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite (art. 36, comma 3)[235]; l'eguaglianza fra lavoratori e lavoratrici (art. 37, comma 1); la riserva di legge in materia di giornata lavorativa e di età minima per poter svolgere attività di lavoro salariato (art. 36, comma 2 e 37, comma 2) e il diritto al mantenimento, all'assistenza sociale e a ogni forma di previdenza sociale (art. 38, comma 2)[236].

Dunque, a fronte di un quadro costituzionale in cui il lavoro assume la posizione di valore irrinunciabile per l'affermazione della personalità individuale, si tratta di verificare se - e in quale misura - tale posizione trovi effettivo riconoscimento anche all'interno della normativa penitenziaria.

A questo proposito, deve rilevarsi come - in attuazione dei principi costituzionali - la disciplina del lavoro abbia subito una radicale trasformazione solo a seguito dell'intervento riformatore del '75[237]. Risultando completamente disancorato dalla precedente visione retributiva, esso perde qualsiasi connotazione di "fattore di afflizione" per affermarsi come elemento positivo del trattamento penitenziario[238]. A norma del nuovo comma 5, dell'art. 20 O.P., infatti,

---

[234] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, op. cit. p. 173.

[235] *Infra*, cap. 2, par. 5.1.2.

[236] Per completezza d'analisi vanno altresì menzionate le disposizioni costituzionali in materia di contrattazione collettiva tra cui: la libertà di organizzazione sindacale (art. 39, comma 1, Cost.) e il relativo potere dei sindacati registrati di stipulare contratti collettivi di lavoro vincolanti per tutti i lavoratori appartenenti alle categorie che essi rappresentano, anche se non iscritti (art. 39, comma 3, Cost.) nonché la garanzia del diritto di sciopero secondo quanto previsto dall'art. 40 Cost.

[237] Tale mutamento deve considerarsi unitamente alle novità successivamente introdotte, in sede di attuazione, dal regolamento di esecuzione (D.P.R. 431 del 1976) oggi sostituito dal D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230.

[238] A norma del nuovo art. 15, comma 1, O.P, infatti, il trattamento "è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia".

l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario «devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale». Il lavoro penitenziario, dunque, non solo si trasforma da costrizione a diritto soggettivo, presupponendo un obbligo positivo in capo ai pubblici poteri, ma deve riflettere - nell'organizzazione e nei metodi - le caratteristiche del lavoro libero. Si perde così la storica funzione del lavoro come necessario completamento della sanzione retributiva, per divenire elemento essenziale affinché la pena possa effettivamente adempiere alle funzioni sancite dal dettato costituzionale[239] [240].

Opposte le caratteristiche del lavoro penitenziario durante la vigenza del Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931. Come messo in luce nel primo capitolo, due erano i pilastri su cui la normativa carceraria si fondava: assoluta separazione con la realtà esterna e delimitazione delle attività consentite alle tre leggi su cui il trattamento penitenziario si fondava (pratiche religiose, istruzione e lavoro). Tali attività, aventi il carattere dell'esclusività e della tassatività, asservivano al mantenimento di un clima di apparente ordine all'interno dell'istituto, mirando ad ottenere un'adesione coatta alle regole e all'ideologia del trattamento carcerario (In tal senso, G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario,* in *Carcere e società,* a cura di M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO, Padova, 1976, p. 68-69. Lo svolgimento di un'attività lavorativa assumeva, dunque, la qualifica di necessario corollario della pena, asservita a una funzione afflittiva, complementare a quella retributiva. In questo senso è stato osservato come i detenuti fossero interamente sottoposti al potere dell'Amministrazione penitenziaria e considerati dei soggetti *minoris iuris* rispetto allo Stato-datore di lavoro, al quale si riconosceva un'alta funzione di educazione e di tutela nell'interesse collettivo di tutti i cittadini, come a un austero *pater familias.* In questo senso, U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria,* in *Carcere e società,* a cura di M. CAPPELLETTO - A. LOMBROSO, Padova, 1976, p. 94. Interessante, infine, rilevare come l'art. 1 del Regolamento del '31 stabiliva lo stesso obbligo in capo agli imputati sottoposti a custodia preventiva che non fossero in grado di mantenersi con mezzi propri. Evidente, dunque, come fino alla riforma non trovassero applicazione né il principio di presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva né, di conseguenza, l'impossibilità di presumere per gli imputati un bisogno di rieducazione tramite l'imposizione dell'obbligo del lavoro. In tal senso E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario,* in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 158.

[239] A questo proposito è stata correttamente messa in luce l'importanza di una potenziale scelta astensionista da parte del detenuto: qualora fosse consentito alla controparte pubblica di costringere il cittadino a lavorare, il diritto si dequalificherebbe perdendo la sua connotazione originaria. In

Il lavoro carcerario è, tuttavia, assimilabile e non identico rispetto al lavoro libero: ciò appare in parte dovuto alle peculiarità che connotano l'attività lavorativa alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria.

Prescinde dalle intenzioni del presente lavoro analizzare esaustivamente in che misura i diritti riconosciuti dalla normativa giuslavoristica differiscano da quanto previsto all'interno dell'ordinamento penitenziario[241]. Ciò che preme dimostrare, invece, è come - soprattutto in relazione alla posizione di preminenza assunta dal lavoro nel corso dell'esecuzione penale - la giurisprudenza costituzionale sia intervenuta agendo sulla normativa secondo un duplice *modus operandi*: ora facendo emergere nuovi diritti (è il caso del diritto alle ferie) ora agendo sul piano della loro effettività (competenza sulle controversie riguardanti il lavoro penitenziario)[242].

---

questo senso S. ANASTASIA, P. GONNELLA, *Patrie Galere. Viaggio nell'Italia dietro le sbarre*, Roma, 2005, p. 87.

[240] Nell'attuale assetto normativo la disciplina generale del lavoro penitenziario è contenuta negli artt. 20 -25 dell'Ordinamento Penitenziario e, per quanto concerne la disciplina regolamentare, negli artt. 47-57 del nuovo Regolamento di esecuzione.

[241] A questo proposito va tuttavia ricordato come negli ultimi quindici anni, il legislatore sia intervenuto per favorire la creazione e la gestione del lavoro durante l'esecuzione penale: è il caso della legge n. 193 del 2000 (c.d. legge Smuraglia) che offre agevolazioni fiscali e contributive per le cooperative sociali e le imprese che assumono detenuti sia all'interno degli istituti penitenziari sia nel lavoro esterno (art. 21 dell'Ord. Penit.).

Per un approfondimento del lavoro penitenziario, soprattutto in relazione ai caratteri di specificità rispetto a quello esterno, si vedano: F. CARDANOBILE, *Il lavoro dei detenuti*, op.cit., M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, op. cit. p. 173, M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Milano, 2001, P M. PAVARINI, *La nuovo disciplina del lavoro dei detenuti nella logica del trattamento differenziato*, in *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (l. 10 ottobre 1986, n. 663)*, Padova, 1994, F. CICCOTTI - R. PITTAU, *Il lavoro in carcere - aspetti giuridici e operativi*, Milano, 1987, E. FASSONE, *Sfondi ideologici*, op.cit., p. 158, G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro carcerario*, in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981,p. 143.

[242] *Infra*, cap. 2, par. 5.2.2.

5.1.2. Il processo di emersione del diritto al riposo festivo e annuale

A norma dell'art. 36, comma 3, Cost. «il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi». Evidente, dunque, come la Carta Costituzionale attribuisca a tali diritti un valore imprescindibile e irrinunciabile avente portata generale.

Nonostante la chiarezza del dettato costituzionale, la normativa penitenziaria, in ordine allo svolgimento del rapporto di lavoro, stabilisce unicamente che «la durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro e, alla stregua di tali leggi, sono garantiti il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale» (art. 20, comma 16, O.P.)[243]. Nessun riconoscimento, dunque, veniva attribuito al diritto alle ferie del detenuto lavoratore.

Il silenzio del legislatore ha sollevato numerose critiche: apparendo inspiegabile il richiamo al diritto al riposo festivo, previsto espressamente dall'art. 20 O.P., e non anche quello al riposo annuale. Entrambi gli istituti, infatti, così come la previsione di limiti all'orario di lavoro, sono finalizzati al recupero delle energie psicofisiche del lavoratore, ed entrambi sono riconosciuti dalla Costituzione come diritti irrinunciabili direttamente derivanti dalla prestazione lavorativa. In particolare, la dottrina risultava divisa fra coloro che si dimostravano propensi ad un'applicazione della disciplina generale anche al lavoro penitenziario[244] e coloro che rilevavano, al contrario, come la lacuna fosse direttamente contrastante con l'art. 36 Cost., il quale, specificamente, prevede per tutti i lavoratori il diritto irrinunciabile alle ferie annuali retribuite[245].

---

[243] Tale prescrizione, benché inserita all'interno di una norma dedicata al lavoro inframurario, si applica indistintamente anche nelle ipotesi di svolgimento di lavoro extramurario.

[244] In tal senso R. PESSI, *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici*, in *"Diritto del lavoro"*, 1978, p. 112.

[245] Cfr. G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro.it*, 1971, p. 66 e G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, op. cit., p. 150.

La Corte costituzionale ha definitivamente dissipato ogni dubbio con la nota sentenza n. 158 del 22 maggio 2001. Nel caso di specie, un detenuto ristretto nella Casa Circondariale di Agrigento aveva proposto reclamo ai sensi dell'art. 69, comma 6, lett. a), O.P., lamentando, tra l'altro, il mancato godimento delle ferie e della relativa indennità sostitutiva in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa all'interno dell'istituto penitenziario. A seguito del reclamo, il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, comma 16, O.P. nella parte in cui non riconosceva il diritto alle ferie - e alla relativa indennità sostitutiva - nei confronti del detenuto lavoratore. Secondo il giudice rimettente, il mancato riconoscimento di tale diritto sarebbe costituzionalmente illegittimo perchè direttamente contrastante con l'art. 36, comma 3, Cost., il quale, come detto, qualifica il diritto al riposo annuale - così come quello al riposo festivo - come diritto irrinunciabile del lavoratore, senza distinzioni di sorta. In altri termini, non sembra sussistere - secondo il rimettente - alcuna specificità del lavoro prestato alle dipendenze dell'Amministrazione tale da giustificare una compressione del diritto costituzionale alle ferie che, conseguentemente, dovrebbe essere riconosciuto e garantito.

Secondo il giudice *a quo*, inoltre, il silenzio legislativo si porrebbe in contrasto anche con i principi di cui all'art. 27, comma 3, Cost: negare al detenuto che svolge la propria attività lavorativa all'interno dell'istituto il diritto a usufruire di un periodo continuativo di riposo, renderebbe il lavoro carcerario particolarmente afflittivo, impedendo allo stesso di svolgere una funzione pienamente risocializzante.

La Corte Costituzionale accoglie la questione con una sentenza additiva che, agendo direttamente sul dato normativo, ha condotto all'immediata emersione del diritto alle ferie retribuite per i detenuti lavoratori.

Interessante il percorso argomentativo seguito dalla Consulta. Viene innanzitutto messo in luce come il lavoro penitenziario sia divenuto, a seguito delle innovazioni apportate dalla riforma del '75, un elemento cardine del trattamento individualizzato, imprescindibile per perseguire il reiserimento sociale della persona secondo quanto richiesto dal dettato costituzionale.

La Corte, tuttavia, osserva come il lavoro penitenziario abbia necessariamente dei caratteri di specialità, derivanti dall'inevitabile connessione tra rapporto di lavoro e profili organizzativi, disciplinari e di sicurezza, propri dell'ambiente carcerario. Secondo la Consulta, allora, tale specificità - la cui regolamentazione può conoscere delle «varianti» o delle «deroghe» rispetto alla disciplina giuslavoristica, in ragione sia delle esigenze sopra menzionate - non vale «*ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato*». Il diritto al riposo annuale integra, infatti «*una di quelle posizioni soggettive che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione*»[246].

La Corte rompe, dunque, un assordante silenzio legislativo: legittimo è sostenere l'esistenza di una "differenziazione di modalità" nella fruizione delle ferie in ragione delle condizioni detentive; incostituzionale, al contrario, è la negazione *tout court* di un diritto riconosciuto dalla Costituzione come irrinunciabile.

La mancata previsione contrasta inevitabilmente anche con i principi di cui all'art. 27, comma 3, Cost.: come specificato nell'ordinanza di rimessione, il mancato riconoscimento del diritto a un periodo continuativo di riposo, rendendo il lavoro penitenziario più afflittivo impedisce allo stesso di svolgere una funzione umana, rieducativa e risocializzante. Per questi motivi, la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, comma 16, O.P., nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che svolga attività lavorativa alle dipendenze dell'Amministrazione, per contrasto con entrambi i parametri evocati dal rimettente (art. 36, comma 3 e art. 27, comma 3)[247].

---

[246] Naturalmente tale diritto necessiterà di tutti gli adattamenti che si rendono necessari sotto il profilo delle modalità attuative, per assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione. Così, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., p. 55.

[247] Nonostante la Corte abbia fatto esclusivo riferimento al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dirette dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria, deve ritenersi che la decisione possa estendersi, a meno di non voler incorrere in evidenti violazioni del principio di ragionevolezza, alla generalità dei detenuti e degli internati che assumano la veste di lavoratori subordinati, indipendentemente dalla specifica tipologia di lavoro penitenziario. La precisazione

Sono necessarie alcune riflessioni conclusive.

In primis occorre precisare come la Corte, in vista di una maggiore equiparazione tra lavoro carcerario e lavoro libero, si sia spinta ben oltre a quanto precedentemente stabilito nella sentenza n. 1087 del 1988. In tale pronuncia, i giudici costituzionali avevano assunto una posizione decisa con riferimento alla legittimità delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario in tema di determinazione del compenso spettante ai detenuti lavoratori e alle relative decurtazioni. In particolare, era stata dichiarata non fondata - in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 O.P., nella parte in cui prevedeva che la mercede dei lavoratori detenuti potesse essere inferiore, anche se nel limite dei due terzi, rispetto al trattamento economico previsto dai contratti collettivi nazionali.

Considerando le differenze ontologiche esistenti tra le forme di lavoro carcerario, la Corte aveva ritenuto applicabile la disciplina di cui all'art. 22 O.P., esclusivamente all'attività lavorativa prestata alle dirette dipendenze dell'Amministrazione sottolineando, tuttavia, come anche tale forma di lavoro debba essere protetta alla stregua dei precetti costituzionali di cui agli artt. 35 e 36 Cost[248].

Ben diversa la portata della pronuncia in esame. Il Giudice delle Leggi, ponendo l'accento sull'inesistenza - almeno in questo caso - dei caratteri di specificità del rapporto di lavoro carcerario, agisce direttamente sulla lacuna normativa facendo emergere un diritto espressamente qualificato dal dettato costituzionale come irrinunciabile per ogni lavoratore.

Tale processo non è stato tuttavia accompagnato da un conseguente intervento legislativo in ordine ad alcune questioni che, inevitabilmente, la citata sentenza ha sollevato.

---

rileva, in particolare, con riferimento ai detenuti che svolgono attività lavorativa alle dipendenze di imprese pubbliche o private o di cooperative sociali operanti all'interno del carcere.

[248] Per ulteriori approfondimenti, si vedano F. DELLA CASA, *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158,* in *"Diritto penale e processo"*, N. 10, 2001, p. 246 ss.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla possibilità - o meno - di corrispondere al detenuto lavoratore l'indennità sostitutiva.

A questo proposito, la disciplina lavoristica stabilisce espressamente che le ferie, configurandosi come un diritto costituzionalmente irrinunciabile, devono essere effettivamente godute: la conseguenza è l'impossibilità di una loro sostituzione attraverso l'erogazione di un equivalente economico (cd. indennità per ferie non godute), salvo il caso in cui, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, esse, di fatto, non siano state interamente godute[249].

Ci si è chiesti, allora, se tale indennità - in assenza di un'espressa previsione legislativa - potesse essere riconosciuta anche ai lavoratori detenuti. Secondo parte della dottrina, la circostanza che la sentenza n. 158 del 2001 non operasse alcun riferimento a tale indennità, dovrebbe interpretarsi nel senso che diritto alle ferie e indennità sostitutiva siano tra loro interscambiabili. Viceversa, secondo un diverso orientamento, l'omesso riferimento dovrebbe interpretarsi in senso diverso. La Corte avrebbe dato per scontato il carattere irrinunciabile delle ferie ma non dell'indennità sostitutiva; il corrispettivo economico per il mancato godimento del riposo annuale troverà allora giustificazione solo se, al momento della cessazione del rapporto, venga accertato che sia stato violato il diritto alle ferie del detenuto lavoratore[250].

Nell'assoluta indifferenza del legislatore ordinario, la questione ha trovato una recente risposta nella sentenza n. 18168 del 2013 della Cassazione. Dal carattere irrinunciabile del delle ferie la Suprema Corte fa discendere una naturale conseguenza: nei casi di mancato godimento del diritto - anche senza

[249] Deve precisarsi che il legislatore limita il divieto di erogare un'indennità in luogo delle ferie non godute al periodo minimo delle quattro settimane (art. 10, dlgs. n. 66 del 2003); si ritiene, dunque, che tale divieto non trovi applicazione con riguardo ai periodi di maggior durata delle ferie stabilite dai contratti collettivi. In tal senso M. PERSIANI, G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro* Padova, 2009, p. 128.

[250] Il dibattito dottrinale in ordine all'indennità sostitutiva è riportato da G. VANACORE, *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore,* in *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali,* Modena, 2001.

responsabilità del datore di lavoro - spetta comunque al lavoratore l'indennità sostitutiva.

Quest'ultima infatti ha, da un lato, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato[251]; dall'altro, costituisce un'erogazione di indubbia natura retributiva.

Ancora una volta, dunque, l'adeguamento della normativa penitenziaria ai principi costituzionali è interamente affidata all'opera della giurisprudenza, la cui forza si estende sia alla fase di previsione del diritto (processo di emersione in senso stretto) sia alla fase attuativa che la pronuncia costituzionale necessariamente richiede.

5.1.3. Il diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per i detenuti in regime speciale

Le considerazioni fin qui condotte, con riguardo alla normativa cautelare e al riconoscimento del diritto alle ferie, consentono una riflessione d'insieme utile al fine del giusto inquadramento del tema oggetto del presente paragrafo.

Da un'analisi complessiva delle pronunce sin qui richiamate - con particolare riguardo alla giustizia costituzionale - emerge un quadro normativo la cui coerenza rispetto al dettato costituzionale risulta fortemente compromessa. Se per un verso il riconoscimento dei diritti inviolabili delle persone ristrette è oggi un valore formalmente riconosciuto all'interno della normativa penitenziaria, dall'altro la posizione di preminenza spesso attribuita alle esigenze di ordine e sicurezza hanno indotto il legislatore a compiere scelte lontane dal dettato costituzionale o a preoccupanti silenzi legislativi. Il delicato bilanciamento di

[251] La Corte si riferisce, in questo caso, al riposo con recupero delle energie psicofisiche, alla possibilità di dedicarsi maggiormente alle relazioni sociali o all'opportunità di svolgere attività ricreative.

valori è allora affidato alla giurisprudenza, intervenuta con pronunce significative per apprestare effettiva tutela anche nella sfere più intime del reo.

È quanto avvenuto anche per il riconoscimento del diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA) per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale *ex* art. 41*bis* O.P. [252].

Rinviando al capitolo successivo per un'attenta disamina delle inadeguate forme di tutela offerte dalla normativa penitenziaria al diritto all'affettività e alla genitorialità dei detenuti[253], può dirsi che, attualmente, l'accesso alle tecniche di PMA è disciplinato dalla l. n. 40 del 2004[254]. Tale normativa riserva l'accesso alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, 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[255].

---

[252] Ci si riferisce al già citato regime detentivo speciale, cui possono essere sottoposti, in base a un provvedimento del Ministro di giustizia, coloro che sono detenuti - anche in attesa di giudizio - per reati legati alla criminalità organizzata, al terrorismo, all'eversione dell'ordine sociale e altre fattispecie di reato previste dall'art. 4 *bis* O.P. La *ratio* del regime, spesso disattesa da opinabili scelte legislative, è volta ad impedire i collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza. A questo fine, l'art. 41-*bis* indica le misure applicabili, tra cui, in particolare, il rafforzamento delle misure di sicurezza, le restrizioni nel numero e nella modalità di svolgimento dei colloqui, la limitazione della permanenza all'aperto (c.d. "ora d'aria") e la censura della corrispondenza.

[253] *Infra*, cap. 3, par. 1.

[254] Rubricata "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

[255] Ai sensi del primo comma dell'art. 4 (Accesso alle tecniche) "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

Circa i requisiti soggettivi necessari per l'accesso alle tecniche di PMA l'art. 5 specifica che "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

In questo quadro, che espressamente circoscrive il suo ambito di applicazione alle sole ipotesi di sterilità o di infertilità dalle quali derivi l'impossibilità di una procreazione naturale, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità in riferimento ai detenuti sottoposti al regime di carcere duro.

Ancor prima della legge n. 40, un'autorizzazione all'accesso era stata concessa - nel 2001 - dal Ministero della Giustizia a un noto esponente della camorra, dopo una battaglia legale iniziata nel 1983. La figlia nacque nel 2007, scatenando numerose polemiche dovute soprattutto alla circostanza che le cause impeditive della procreazione erano dovute non a situazioni di sterilità o infertilità - come la legge vorrebbe - bensì al "fine pena mai" del detenuto. In seguito all'entrata in vigore della legge n. 40, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (di seguito DAP), con la circolare n. 260689 del 10 febbraio 2006, ha genericamente specificato che il ricorso alla procreazione assistita per i soggetti ristretti deve essere, comunque, consentita nei casi di sterilità o infertilità e che lo stato di detenzione non rappresenta, in sé, una causa ostativa all'accesso.

Fu tuttavia solo con la storica sentenza della Corte di Cassazione n. 7791 del 2008 che venne affermato in via giurisprudenziale il diritto di accesso alla PMA.

Nel caso di specie, un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* aveva promosso ricorso *ex* art. 35 O.P. al Magistrato di sorveglianza dell'Aquila avverso un provvedimento di diniego dell'amministrazione, circa l'accesso alla fecondazione in vitro, nonostante l'accertata infertilità della moglie. In particolare, il ricorrente lamentava di essere già stato autorizzato, sia dal G.U.P. del Tribunale di Palermo sia dal Presidente della Corte di Assise, al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie di accedere alla PMA. Nonostante l'esistenza dei suddetti presupposti, il DAP aveva negato l'autorizzazione al prelievo, sulla base di una serie di motivazioni legate soprattutto a finalità preventive connesse alla custodia di soggetti inseriti nel circuito speciale[256].

[256] Le altre motivazioni poste dall'Amministrazione a fondamento del diniego concernevano la massima tutela del nascituro, nel caso concreto non realizzabile attesa la situazione di detenzione del genitore e l'impossibilità di far rientrare le prestazioni sanitarie connesse alla procreazione medicalmente assistita in quelle autorizzate ai sensi dell'art. 11 O.P ("Servizio sanitario").

In relazione a tali richieste, il Magistrato di Sorveglianza dichiara la propria incompetenza a decidere la questione, atteso che le tecniche di PMA «*non implicano alcuna uscita né dall'Istituto né dalla propria cella, per cui non possono qualificarsi come trattamento sanitario di cui all'art. 11 O.P.*», la materia sarebbe dunque rimessa alla «*esclusiva competenza del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*».

A fronte di tale decisione, il detenuto ricorre per Cassazione denunciando come il provvedimento dell'amministrazione non solo comprima un diritto inviolabile del detenuto - quello alla procreazione - ma che tale diritto sia, di fatto, privo di tutela giurisdizionale. Il Magistrato di Sorveglianza sarebbe infatti venuto meno alla sua funzione di garanzia, con la conseguenza che un diritto costituzionalmente garantito rimane privo del necessario carattere di giustiziabilità[257].

Prendendo le mosse dalla nota sentenza n. 26 del 1999 della Corte Costituzionale, il Giudice di legittimità ritiene fondato il ricorso, ribadendo *in primis* come «*il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*». Nelle situazioni in cui occorre bilanciare sicurezza e garanzia di un diritto «*il principio da applicare […] non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione […] ed il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona*». Da ciò discende che: «*il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto*»; ciò perchè «*non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette di rispetto della dignità e dell'umanità della persona*»[258].

[257] A sostegno del ricorso viene altresì richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (sent. 11 gennaio 2005 n. 33695/96, ric. Musumeci e Cass. pen. Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 14487) circa i rapporti tra Magistratura di Sorveglianza e discrezionalità della Pubblica Amministrazione.

[258] Considerazioni peraltro recentemente ribadite dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 46728 del 2011. La Corte non si è invece espressa sui diritti del nascituro e sulla necessità del minore di

Sulla base dei principi richiamati, la Corte di Cassazione ha definitivamente aperto la strada alla procreazione medicalmente assistita anche per i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale affetti da malattie virali con elevato rischio di trasmissione[259]. In tali situazioni, afferma la Corte «*il detenuto (...) può essere autorizzato al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie, sussistendo le condizioni di legge, di accedere alla procreazione medicalmente assistita: infatti, il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale*»[260].

Durante l'esecuzione penale, dunque, deve essere riconosciuto il diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Lo stato detentivo non costituisce - e non può costituire - una causa ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dalla legge senza alcuna distinzione, e la cui limitazione non trova giustificazione in preminenti esigenze di ordine e sicurezza[261].

---

essere seguito ed educato attivamente dal padre; diritti invocati dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria a giustificazione della mancata autorizzazione al prelievo.
Sulla questione relativa all'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti si rinvia ai paragrafi che seguono.

[259] Corte di Cassazione sentenza n. 11259/2009.

[260] Nel caso di specie, il ricorso era stato promosso da un detenuto recluso in regime detentivo speciale affetto da epatopatia HCV, al quale era stata negata l'autorizzazione all'accesso per l'impossibilità di applicare le "linee guida" del decreto del Ministero della Salute dell'aprile 2008 che consente l'accesso alla PMA anche alle coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili al *partner* e al feto.

[261] Occorre, infine, sottolineare come la Corte Costituzionale sia intervenuta nella disciplina della PMA con la recentissima sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 e 12, comma 1 nella parte in cui vietano il ricorso a un donatore esterno di ovuli o spermatozoi nei casi di accertata infertilità assoluta. La Consulta ha così definitivamente aperto la strada alla c.d. fecondazione eterologa.
Per approfondire tale decisione, anche in relazione al suo rapporto con la giurisprudenza della Corte EDU, si vedano A. MORRONE, *Ubi scientia ibi ira*, in *giurcost.org*, Studi, 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014 e F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014.

5.2. I diritti dei detenuti come diritti a "efficacia emersa"

La giurisprudenza ha dunque agito a più livelli sulla normativa penitenziaria, riconoscendo alle persone ristrette la titolarità di diritti originariamente non previsti dal dato positivo.

A questo proposito deve tuttavia rivelarsi come il processo di emersione sinora descritto risulterebbe privo di ogni significato - risultando una mera formulazione astratta - se al riconoscimento della titolarità di diritti non corrispondesse la previsione di adeguate forme di tutela di natura giurisdizionale. In altri termini, il dettato costituzionale impone al legislatore di porre in essere condotte in positivo atte a prevedere idonee forme di tutela in grado di assicurare l'effettività dei diritti stessi[262].

A questo proposito, l'ordinamento penitenziario e il codice di procedura penale prevedono diverse procedure[263]. In particolare l'art. 35 O.P. contempla un procedimento *de plano*, ossia senza alcuna formalità mentre, l'art. 14 *ter* disciplina un procedimento di natura giurisdizionale per reclamo[264].

---

[262] È un dovere, questo, direttamente discendente dai principi costituzionali di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.).

[263] Come verrà specificato nel presente paragrafo, nella materia in esame è recentemente intervenuto il più volte citato d.l. 146 del 2013 introducendo il nuovo "reclamo giurisdizionale" di cui all'art. 35 *bis* O.P. Conservando lo "sguardo al passato" che contraddistingue la stesura del presente capitolo, si rinvia al capitolo successivo per le riflessioni inerenti al nuovo strumento processuale *(infra,* cap. 3, par. 2.1.3.).

[264] A norma dell'art. 14-*ter*: "Il tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo. Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'Amministrazione penitenziaria possono presentare memorie".

In generale, sulla procedura di cui all'art. 14-*ter* O.P., si veda L. CESARIS, *art. 14-ter della legge del 26 luglio 1975 n. 354, "Reclamo"*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, e F. DELLA CASA, op. cit., p. 191 ss.

A tali procedure si affianca, nel codice di procedura penale, il procedimento di sorveglianza di cui all'art. 678, che assicura ampi interventi dell'accusa e della difesa[265].

In ordine a tale configurazione generale delle procedure attivabili a tutela dei diritti riconosciuti ai detenuti, una questione particolarmente annosa - oggi in parte risolta dall'introduzione dell'art. 35 *bis* O.P. - ha riguardato la possibilità di decidere con un procedimento *de plano* sui reclami "generici" previsti dall'art. 35 O.P. rivolti al magistrato di sorveglianza, qualora questi riguardino atti dell'Amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti dei detenuti[266].

---

[265] L'art. 678 c.p.p., rinviando al procedimento di esecuzione stabilito dall'art. 666 c.p.p. dispone che "il tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza e il magistrato di sorveglianza nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito, ai ricoveri previsti dall'art. 148 del codice penale, alle misure di sicurezza, alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata e alla dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato o di tendenza a delinquere, procedono, a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato e del difensore o di ufficio, a norma dell'art. 666", a meno che non vi sia motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona (in tal caso si procede a norma dell'art. 667 c.p.p.).
Al di la degli aspetti più dettagliati del procedimento di sorveglianza per i quali si rinvia a G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011, p. 825 ss. e L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della Esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 426; occorre focalizzare l'indagine su alcuni tratti caratterizzanti del procedimento in esame: 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 e ai difensori, i quali possono proporre ricorso per Cassazione; la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, a meno che il giudice che l'ha emessa disponga diversamente.

[266] A norma dell'art. 35 O.P. infatti: "I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro per la grazie e la giustizia, al magistrato di sorveglianza, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto, al presidente della Giunta regionale e al Capo dello Stato".
In generale sull'art. 35 O.P. si vedano: M. G. COPPETTA, *Art. 35 della legge del 26 luglio 1975 n. 354, "Diritto di reclamo*", in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, e F. DELLA CASA, op. cit., p. 391 ss.; M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, p. 109 ss.

La questione si è posta soprattutto in relazione al contenuto del reclamo: avendo ad oggetto un diritto della persona ristretta difficilmente 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 più volte richiamata sentenza n. 26 dell'11 febbraio 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., aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 6, O.P.[267], nella parte in cui non prevedeva che la procedura descritta dall'art. 14-*ter* si applicasse anche nel caso di reclamo avente ad oggetto la lesione di diritti costituzionalmente garantiti, per presunto contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione. Alla base delle argomentazioni del giudice *a quo* vi era l'assunto secondo cui il modello procedimentale descritto dall'art. 14-*ter* fosse prescritto dal sesto comma dell'art. 69 O.P. esclusivamente in riferimento ai casi in cui il reclamo attenesse alla materia lavorativa o disciplinare avendo, quindi, un ambito di applicazione circoscritto. Secondo il rimettente, quindi, in tutte le altre ipotesi in cui oggetto del reclamo fosse un diritto, il magistrato di sorveglianza si trovava inevitabilmente a dover decidere sull'operato dell'amministrazione secondo un procedimento *de plano* privo delle necessarie garanzie costituzionali[268].

---

[267] A norma dell'art. 69, comma 6, O.P.: il magistrato di sorveglianza "decide con ordinanza impugnabile solo per Cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14 *ter*, 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".

[268] I reclamanti avevano adito il magistrato di sorveglianza avverso un provvedimento della Direzione dell'istituto che vietava loro di ricevere alcune riviste in ragione del contenuto osceno così ledendo il diritto all'informazione garantito dall'art. 21 della Costituzione e dall'art. 18, comma 6, dell'ordinamento penitenziario.

In particolare, ad avviso del rimettente, la mancata previsione di un effettivo modello di natura giurisdizionale nelle ipotesi anzidette risultava irragionevole e discriminatorio contrastando, quindi, con i richiamati parametri costituzionali.

La Corte dichiara la questione fondata, rilevando l'illegittimità degli artt. 35 e 69 O.P. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi di diritti dei detenuti. La motivazione trova il suo fondamento nelle considerazioni espresse all'inizio del presente paragrafo secondo cui «*al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del 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*».

Il procedimento delineato dall'art. 35 O.P. è dunque privo dei requisiti minimi della giurisdizionalità: in assenza di qualsiasi potere riconosciuto all'interessato, tale procedimento - ancorché rivolto al magistrato di sorveglianza - non si distingue da una semplice doglianza[269].

Sancita in questi termiti l'incostituzionalità, il Giudice delle Leggi ritiene tuttavia di non poter adottare una decisione meramente "additiva", in grado cioè di

[269] In particolare la Corte rileva come nel procedimento in esame: la decisione del magistrato è assunta al di fuori di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio; l'accoglimento del reclamo si risolve in una semplice segnalazione o sollecitazione all'Amministrazione penitenziaria, senza alcuna forza cogente; avverso la decisione non sono ammessi né ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza né il ricorso per Cassazione.
Sugli aspetti maggiormente critici del contraddittorio in materia di sorveglianza, si vedano P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 14; F. CAPRIOLI, *in Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 12 ss., S. LORUSSO, *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 115 ss.

estendere il rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 14-*ter* O.P., in considerazione della presenza di una varietà di schemi processuali offerti dalla normativa per la tutela dei diritti dei detenuti.

Una scelta in merito alla procedura giurisdizionale da seguire, infatti, si sarebbe risolta in un'indebita lesione della discrezionalità del legislatore in ordine all'individuazione dei mezzi processuali idonei a porre rimedio alla carenza in esame. Non restava, quindi, che «*dichiarare l'incostituzionalità della omissione e contestualmente chiamare il legislatore all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione*»[270].

È tuttavia evidente come - a fronte di un prevedibile mancato intervento del legislatore - la sentenza della Consulta abbia generato una grande incertezza in ordine al procedimento da seguire per i reclami proposti dai detenuti. Ne sarebbe dovuta conseguire, allora, la fondatezza della richiesta del giudice *a quo* di "generalizzare" il rimedio previsto dall'articolo 14-*te*r: precisamente, ne sarebbe dovuta conseguire la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, comma 6, O.P. nella parte in cui non prevede che la procedura di cui all'art. 14-*ter* O.P. si applicasse anche nel caso di reclamo del detenuto avente ad oggetto la lesione immediata e diretta dei propri diritti[271].

Nonostante l'importanza della questione, il primo intervento normativo in materia si registra solo nel dicembre 2013 con il decreto legge n. 146. Rinviando alle pagine che seguono per l'analisi delle novità introdotte[272], è il caso di

[270]La Corte sottolinea la necessità del rispetto della discrezionalità del legislatore nella scelta dei mezzi processuali in una pluralità di 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*».

[271] In questo senso M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit. p. 66. Lo stesso Autore rileva altresì come ci si debba riferire alla lesione di tutti i diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione ad esso preposta, non essendo possibile distinguere, per ciò che riguarda la garanzia della tutela giurisdizionale, tra diritti aventi e non aventi fondamento costituzionale. Così M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti dei detenuti tra incostituzionalità per omissione*, op. cit., p. 203 ss..

[272] *Infra*, cap. 3, par. 2.1.2.

anticipare come tale intervento sia lontano dal configurarsi come una precisa - 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 frettolosa risposta agli *ultimata* rivolti alle forze politiche sia a livello nazionale sia sovranazionale[273].

Nelle more dell'intervento parlamentare la questione è stata parzialmente risolta - in linea con il *dictum* della Consulta - dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 25079 del 26 febbraio 2003, hanno ritenuto applicabile il rito di cui all'art. 14-*ter* O.P in quanto: «*il ricorso all'art. 666 c.p.p. (...) appare subito 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*»[274]. È evidente, tuttavia, come

[273] Sul piano sovranazionale il rinvio è naturalmente alla sentenza della Corte EDU *Torregiani e altri c. Italia*: I giudici di Strasburgo, rilevando l'assenza nell'ordinamento italiano di strumenti giurisdizionali idonei ad apprestare adeguata tutela ai diritti dei soggetti ristretti, richiede al legislatore di individuare una serie di rimedi preventivi e compensativi in grado di assicurare una garanzia effettiva ai diritti dei detenuti (punto 53). La considerazione è tanto più grave se posta in relazione alla difesa dello Stato italiano davanti alla Corte. Nell'eccepire il mancato esaurimento dei ricorsi interni in riferimento ad alcuni ricorrenti, lo Stato italiano aveva infatti affermato che il reclamo di cui agli artt. 35 e 69 O.P. costituisce un mezzo effettivo per la tutela dei diritti medesimi. Tuttavia, rispetto al caso specifico, uno dei ricorrenti aveva tempestivamente esperito il reclamo ottenendo, dal magistrato di sorveglianza, un'ordinanza che accertava la violazione dell'art. 3 CEDU e ordinava alla direzione del carcere - e al Ministero della giustizia - di adottare i provvedimenti necessari a far cessare la violazione in atto. A tale declaratoria non aveva tuttavia fatto seguito alcun provvedimento da parte dell'amministrazione la quale, soltanto dopo la proposizione del ricorso davanti alla Corte europea, aveva dato parziale esecuzione all'ordinanza disponendo il trasferimento del detenuto in una cella dotata di spazi più ampi.
La questione relativa alla vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza sarà oggetto del seguente paragrafo mentre, sul piano della giurisprudenza nazionale, il richiamo è senza dubbio alle due recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 135 e 279 del 2013*(Infra*, cap. 3, par. 2.1.3.*)*.

[274] La giurisprudenza di legittimità risulta essersi adeguata a tale indirizzo ermeneutico (Cass., sent. n. 7791 del 2008 e n. 46269 del 2007), peraltro conforme ai principi espressi dalla Corte EDU (sent. 11 gennaio 2005, n. 33965/96).
Sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 25079 del 2003 si vedano V. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in

per anni si sia protratto nell'ordinamento un problema attinente alla certezza del diritto: le decisioni della Cassazione infatti non assumono - nonostante l'indiscutibile autorevolezza - efficacia vincolante nei confronti degli altri organi giurisdizionali. Solo un celere intervento legislativo avrebbe potuto colmare la lacuna venutasi a formare con la sentenza n. 26/1999, intervento che - seguendo le indicazioni della Corte - avrebbe potuto garantire, con certezza immediata, la tutela effettiva dei diritti dei ristretti.

5.2.1. Il caso "Rai Sport - Rai Storia": sulla vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza

Necessario corollario dell'effettiva garanzia giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai detenuti, sia dalla normativa penitenziaria sia dalle pronunce giurisprudenziali in materia, è l'imprescindibile carattere di vincolatività che deve essere assicurato alle decisioni della magistratura di sorveglianza.

In altri termini, a un riconoscimento della natura giurisdizionale dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza non potrebbe non conseguire una naturale vincolatività giuridica delle sue decisioni nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, ivi compresa - naturalmente - l'Amministrazione penitenziaria[275].

Rass. Penit. Crimin., 2004, 2, p. 149; 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, p. 1362; C. VETRANO, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 792. Per un'esaustiva ricostruzione della giurisprudenza in materia, anche in relazione all'annosa questione sulla risarcibilità del danno derivante da trattamento penitenziario si veda: G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità da danno penitenziario: un brusco dietro front*, in *Riv. di Dir. e Proc. Pen.*, Milano, 3, 2012, p. 1195 ss..

[275] È stato più volte messo in luce come la Corte Costituzionale si sia costantemente espressa nel senso di riconoscere natura giurisdizionale al procedimento che si svolge ai sensi dell'art. 14-*ter* O.P. Cfr. sent. Corte Cost. n. 26 del 2009, sent. n. 190 del 2010, ord. n. 220 del 2010 e ord. n. 56 del 2011.

Ancora una volta, il condizionale ("potrebbe") si giustifica per una discrasia tra l'essere e il dover essere. Lo conferma la recente sentenza n. 135/2013 della Consulta: risolvendo un conflitto di attribuzioni tra poteri dello stato, la giurisprudenza costituzionale ritorna sull'annosa questione della tutela effettiva dei diritti dei detenuti e - in particolare - sulla necessaria vincolatività delle decisioni della magistratura di sorveglianza.

La pronuncia trae origine da un reclamo proposto 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, con il quale si inibiva a tutti i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, la visione dei canali tematici "Rai Sport", "Rai Storia" e "MTV". Il reclamante lamentava, in particolare, l'intervenuta lesione del proprio diritto soggettivo all'informazione, costituzionalmente garantito dall'art. 21 Cost. ed esplicitamente tutelato dagli artt. 18 e 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario.

Il magistrato di sorveglianza di Roma, ritenendo effettivamente integrata la lesione, annulla il provvedimento, ordinando all'Amministrazione il ripristino immediato dello *status quo ante*[276]. Tuttavia l'Amministrazione, anziché ottemperare alla decisione del giudice riattivando il segnale relativo alle emittenti "Rai Sport" e "Rai Storia", insiste nel pereguire, al contrario, la via della non applicazione della decisione, ottenendo dal Ministero della Giustizia un decreto di "non esecuzione" del provvedimento giudiziale.

Il detenuto, vedendosi negato un diritto espressamente riconosciutogli da un provvedimento di natura giurisdizionale, interpella nuovamente il magistrato di sorveglianza che solleva il conflitto di attribuzioni tra poteri dello stato davanti alla Corte Costituzionale. Si chiede cioè alla Consulta di dichiarare, in via definitiva, la vincolatività dei provvedimenti adottati dalla magistratura di

[276] 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 per l'emittente televisiva MTV in quanto «*effettivamente adusa alla riproduzione in video di messaggi inviati dal pubblico*».

sorveglianza e, conseguentemente, di annullare il decreto ministeriale in questione.

La Corte Costituzionale, dopo aver dichiarato ammissibile il conflitto[277] lo risolve con la sentenza n. 135 del 7 giugno 2013: in nessun caso, il Ministero della Giustizia o qualsiasi altro organo del Governo, può disporre che non venga data esecuzione ad una decisione del magistrato di sorveglianza assunto 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, infatti, l'Amministrazione - quasi presagisse la decisione della Corte - aveva revocato la disposizione che imponeva l'oscuramento dei due canali consentendo al reclamante, la possibilità di ricevere il segnale di tutti i canali tematici eliminando così la compressione del diritto all'informazione. 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 del magistrato di sorveglianza, non risolvendo quindi la questione che il conflitto poneva.

Ciò premesso - sottolinea la Consulta - l'Amministrazione avrebbe potuto impugnare l'ordinanza mediante ricorso per Cassazione; preferendo, viceversa, la via della non applicazione, oltre ad aver determinato la definitività della pronuncia per scadenza 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 e rendendo «*ineffettiva una tutela giurisdizionale esplicitamente prevista dalle leggi vigenti e costituzionalmente necessaria*».

Infatti, «*se il procedimento e la conseguente decisione del magistrato di sorveglianza si configurano come esercizio della funzione giurisdizionale, in*

[277] Corte Cost. ordinanza n. 46 del 2012.

quanto destinati ad assicurare la tutela di diritti, si impone la conclusione che quest'ultima sia effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna autorità», compresa l'eventuale inottemperanza da parte dell'Amministrazione penitenziaria[278].

Sul punto la Consulta richiama la più volte citata sentenza *Torreggiani e altri v. Italia* che, come si avrà modo di specificare nel proseguo della trattazione[279], ha espressamente censurato la prassi italiana di non rendere "effettivo nella pratica" il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza, ai sensi degli artt. 35 e 69 O.P.[280]. Come anticipato nel paragrafo precedente, in questa direzione si era espresso anche il Governo italiano, affermando, al punto 41 della sentenza che «*il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza costituisce un rimedio pienamente giudiziario, all'esito del quale l'autorità adita può prescrivere all'Amministrazione Penitenziaria misure obbligatorie volte a migliorare le condizioni detentive della persona interessata*». Ciò che non può essere tollerato, allora, è che lo stesso Governo (tra l'altro nella medesima compagine) abbia, invece, assunto una posizione diametralmente opposta nel caso in esame, legittimando condotte omissive dell'Amministrazione penitenziaria volte a non ottemperare ad un provvedimento di 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

---

[278] 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 si muovono la sentenza n. 190 del 2010 e le ordinanze n. 220 del 2010 e 56 del 2011.

[279] *Infra,* cap. 3, par. 2.1.1.

[280] Vale la pena anticipare come i giudici i Strasburgo, al punto 53 della sentenza, hanno affermato che «*anche ammesso che esista una via di ricorso riguardante l'esecuzione delle ordinanze dei magistrati di sorveglianza, [...] non si può pretendere che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetuti ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell'Amministrazione penitenziaria*».

Corte rileva come non sussistano esigenze attinenti all'organizzazione penitenziaria tali da giustificare la menomazione del diritto costituzionalmente garantito all'informazione.

L'inottemperanza dei provvedimenti giudiziali concernenti i diritti dei detenuti è dunque illegittima, perchè in contrasto con il sistema di attribuzioni costituzionali e con la tutela effettiva dei diritti dei detenuti.

Ancora una volta, quindi, si assiste a un disarmante "braccio di ferro" tra forze governative e giurisprudenza, tra azioni politiche che svuotano di contenuto i precetti costituzionali e pronunce che faticosamente tentano di riportare al centro del sistema la tutela dell'individuo e l'effettività dei suoi diritti[281]. In questo complesso panorama, l'effettività della tutela giurisdizionale non può che configurarsi come un "diritto a efficacia espansiva", un diritto cioè la cui valenza non ha confini definiti ma è destinata ad espandersi in relazione all'emersione di nuovi diritti.

---

[281] Per un approfondimento sul conflitto di attribuzioni deciso con la sentenza n. 135/2013 e, più in generale sulla necessità di un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, si veda M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective*, op. cit., p. 2084 ss. La pronuncia della Consulta viene esaminata dall'Autore articolando il percorso logico-giuridico secondo quattro fasi: rilevanza della decisione rispetto al trattamento dei detenuti in regime di 41-*bis*; qualificazione della situazione giuridica soggettiva lesa dal provvedimento dell'Amministrazione come diritto all'informazione; carattere vincolante delle decisioni assunte dalla magistratura e illegittimità delle restrizioni operate nei confronti dei detenuti che non siano funzionali alle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere.
Si vedano altresì A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2013; C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziarie e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2013, p. 2092 ss. Per una riflessione antecedente alla decisione della Consulta si veda infine M. GIALUZ, *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministro della giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 marzo 2012.

5.2.2. Tutela giurisdizionale e crediti derivanti dal lavoro penitenziario: un caso di diritto tipizzato ad "efficacia emersa"

A conclusione della riflessione, appare necessario esaminare un'ultima pronuncia della Corte Costituzionale che, pur riguardando la sfera dell'effettività, si pone in un rapporto di specialità rispetto all'indagine sonora condotta. Ci si riferisce alla sentenza n. 341 del 2006 riguardante le garanzie giurisdizionali in tema di controversie nascenti dal lavoro penitenziario. Il carattere di specialità risiede nella constatazione che, in questo caso, la Consulta non interviene per garantire generali profili di giustiziabilità; al contrario, essa agisce sulla sfera di effettività di uno specifico diritto positivo la cui tutela risultava costituzionalmente frustrata: può dunque parlarsi di un diritto tipizzato ad "efficacia emersa".

A tal riguardo occorre prendere le mosse dalla premessa di carattere generale posta nelle riflessioni introduttive: al detenuto dovrebbero essere riconosciuti i medesimi diritti spettanti alle persone libere, nei limiti in cui essi risultino compatibili con lo stato di detenzione. Tale considerazione - messa in relazione con il principio di effettività dei diritti emerso nella giurisprudenza costituzionale - comporta una diretta conseguenza: una tutela giurisdizionale diversa rispetto alle ordinarie forme di garanzia previste dal diritto civile dovrebbe trovare una valida giustificazione nella peculiarità dello *status* di ristretto e nelle predette esigenze di ordine e sicurezza.

Questo il fulcro della questione analizzata nel presente paragrafo. Come precedentemente rilevato[282], l'art. 69, comma 6, O.P.[283], attribuisce al magistrato di sorveglianza la competenza a decidere sulle questioni afferenti alla delicata materia del rapporto lavorativo. La normativa penitenziaria, quindi, prevede

[282] *Supra,* cap. 2, par. 5.2.

[283] Il testo, come modificato dall'art. 21 della legge Gozzini, prevede al punto a) che il magistrato di sorveglianza decide con "con ordinanza impugnabile solo per Cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter*, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti: l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento dell'attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali".

l'instaurazione della procedura di cui all'art. 14-*ter*, anziché del rito delineato dagli art. 409 ss. del codice di procedura civile[284].

Tenendo a mente le caratteristiche del procedimento descritto dall'art. 14 *ter* O.P.[285], non è difficile immaginare come siffatta disposizione abbia suscitato non poche perplessità in relazione all'effettiva capacità del modello processuale descritto di garantire il principio dell'inviolabilità della tutela giurisdizionale dei detenuti lavoratori.

Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione, sposando la tesi secondo cui afferisce alla competenza del magistrato di sorveglianza ogni aspetto civilistico inerente alle controversie in materia di lavoro penitenziario, precisando, al riguardo, come il contesto processuale e garantistico delineato dal combinato disposto degli artt. 69, comma 6, lett. a) e 14-*ter*, O.P. sia del tutto adeguato ad assicurare una piena ed effettiva giustiziabilità dei diritti delle parti[286].

---

[284] Come sottolineato dalla Corte d'Appello di Roma la procedura dinnanzi al magistrato di sorveglianza «*è configurata come reclamo entro 10 giorni avverso un provvedimento dell'amministrazione che non è sempre riscontrabile nelle controversie lavorative*», inoltre «*il magistrato di sorveglianza può solo pronunciarsi sulla fondatezza o meno del reclamo, ma non può emettere ad esempio provvedimenti di condanna*» (sent. n. 3405 del 2004). Tutto ciò è emblematico della diversa natura di tale procedimento rispetto al rito del lavoro: «*il primo impugnatorio, il secondo di tutela dei diritti soggettivi nel rapporto bilaterale a prestazioni corrispettive*».

Non è questa la sede per un'esauriente disamina della disciplina processuale del rito del lavoro rendendosi tuttavia necessaria una definizione dei tratti maggiormente caratterizzanti. Il procedimento, svolto dinanzi al Tribunale monocratico in funzione di giudice del lavoro, si fonda sui principi di immediatezza, oralità e concentrazione: i termini processuali sono abbreviati rispetto al rito ordinario, vigono rigide preclusioni che costringono le parti ad enunciare le proprie difese e indicare i mezzi di prova sin dagli atti introduttivi del processo che deve comunque esaurirsi in un'unica udienza. Deve infine rilevarsi la clausola di provvisoria esecutorietà delle sentenze di condanna per i crediti derivanti da prestazioni lavorative.

Per un esame dettagliato del rito del lavoro si rimanda a C. PUNZI, *Il processo civile – Sistema e problematiche*, Vol. II, seconda edizione, Torino, 2010, p. 258 ss.

[285] *Supra*, cap. 2, par. 5.2.1.

[286] Tale riflessione, secondo quanto sancito dallo stesso Giudice di legittimità, si riferisce sia all'ipotesi di prestazione svolta all'interno o all'esterno del carcere, sia quando l'attività venga resa

Tale orientamento non appariva tuttavia rispondente ai principi costituzionali in materia. È quanto rilevato dalla Corte d'Appello di Roma la quale, nonostante il richiamato orientamento delle Sezioni Unite, ha proposto una lettura alternativa della disposizione, prefigurando una competenza concorrente del giudice del lavoro e del magistrato di sorveglianza[287]. Secondo la giurisprudenza di merito il detenuto lavoratore avrebbe potuto scegliere alternativamente tra una garanzia «*'interna' all'organizzazione carceraria e l'ordinaria tutela prevista per tutti i lavoratori, nel rispetto della regola electa una via non datur recursus ad alteram*». Il legislatore avrebbe quindi offerto un rimedio ulteriore al detenuto, introducendo una procedura che si affiancava, senza sostituirla, a quella prefigurata dal rito del lavoro[288].

Nel silenzio legislativo - e dopo innumerevoli confronti dottrinali[289] - la questione è stata definitivamente risolta dalla Corte Costituzionale con la richiamata sentenza n. 341 del 27 ottobre 2006. Nel caso di specie, era stata istaurata una controversia dinanzi al giudice del lavoro, da parte di un detenuto che chiedeva l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro con un'impresa privata, nonché l'illegittimità del licenziamento intimatogli. Il tribunale adito, dichiarando la propria incompetenza, aveva rimesso la questione al magistrato di sorveglianza competente a norma dell'art. 69, comma 6, lett. a) O.P..

Quest'ultimo, ritenendosi a sua volta incompetente, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento al citato articolo, nella parte in cui dispone che il magistrato di sorveglianza giudica, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter*, in merito ai "reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali".

---

alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria o di soggetti terzi (Sezioni Unite n. 490 del 21 luglio 1999 e n. 899 del 14 dicembre 1999).

[287] Sent. Corte d'Appello di Roma n. 3405 e 3756 del 2004.

[288] M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit. p. 69.

[289] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, op,cit., p. 184 e p. 209-210; F. MODUGNO, M. RUOTOLO, *Una discutibile soluzione della Cassazione in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur.It*., 2001, p. 1098 ss.

Il disposto contrasterebbe, ad avviso del rimettente, con una serie di principi costituzionali. *In primis*, il modello processuale, non prevedendo la partecipazione diretta del detenuto e dell'amministrazione, contrasterebbe con i primi due commi dell'art. 24 Cost.[290]; inoltre, prevedendo per il solo lavoratore - e non anche l'Amministrazione - la possibilità di impugnare l'ordinanza, mediante ricorso per Cassazione, la disposizione violerebbe il principio di parità tra le parti (art. 111, secondo comma Cost.). Potenzialmente violati, inoltre, il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.)[291] e l'art. 3 Cost. per la previsione di un'illegittima discriminazione tra lavoratori liberi e detenuti.

L'ultimo profilo di incostituzionalità risiederebbe nella violazione dei principi contenuti nel terzo comma dell'art. 27 Cost.: il complesso degli oneri attribuiti ai responsabili degli istituti penitenziari varrebbe a disincentivare l'azione istituzionale mirata al recupero dei detenuti attraverso il lavoro, frustrando in tal modo il principio del necessario finalismo rieducativo della pena.

La Corte, accertata l'impossibilità di interpretare la disposizione conformemente al dettato costituzionale[292], dichiara la questione fondata.

---

[290] A questo proposito il rimettente rileva come l'Amministrazione penitenziaria, pur rivestendo il ruolo di datore di lavoro, rimanga estranea al procedimento, assumendo «*un ruolo improprio di interposizione e garanzia*», in virtù del quale assumerebbe la qualifica di soggetto di riferimento rispetto a «*tutti gli oneri nascenti dal rapporto di lavoro, compresi quelli retributivi e previdenziali*». L'Amministrazione si troverebbe dunque nella condizione di dover ricorrere ad azioni di recupero delle eventuali somme erogate, senza aver previsto la necessaria copertura legislativa, in contrasto con il quarto comma dell'art. 81 Cost..

[291] L'art. 97 Cost. risulterebbe violato sotto un duplice profilo. Da un lato, la disciplina della competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza contrasterebbe con il principio dell'efficiente organizzazione e funzionamento degli uffici giudiziari. In caso di trasferimento del detenuto, infatti, l'Autorità giudicante risulterebbe determinata in base al luogo di detenzione dell'interessato al momento del reclamo e non, invece, al tempo dell'esecuzione dell'attività lavorativa (art. 677 c.p.p). Dell'altro, il principio del buon andamento subirebbe una lesione ad opera della scelta legislativa di attribuire la cognizione di «*questioni specialistiche*» ad un magistrato «*la cui preparazione professionale concerne materie completamente diverse*».

[292] L'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice è dovuta alla perentoria chiarezza della formulazione della disposizione censurata che « *lega indissolubilmente la competenza del*

Si rileva in primo luogo come in materia di tutela del rapporto lavorativo in carcere vi siano alcuni «*punti fermi*»: la necessaria tutela giurisdizionale dei diritti derivanti da rapporti di lavoro instauratisi nell'ambito dell'organizzazione penitenziaria; la possibilità che il legislatore limiti tali diritti solo qualora vi siano concrete e attuali esigenze di ordine e sicurezza nonché l'illegittimità di ogni irrazionale ingiustificata discriminazione, con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative[293]. Tali garanzie costituzionali, osserva la Consulta, risultano palesemente compresse dalla norma censurata la quale, prevedendo una procedura camerale, tipica dei giudizi davanti al magistrato di sorveglianza, non è in grado di assicurare al detenuto e all'Amministrazione penitenziaria il corretto espletamento del diritto di difesa e del contraddittorio tra le parti. È evidente, allora, come il procedimento di cui all'art. 14-*ter* O.P., richiamato dall'art. 69, comma 6, lett. a), comprima in modo costituzionalmente illegittimo le garanzie giurisdizionali essenziali riconosciute ai lavoratori liberi e che «*l'irragionevolezza di tale compressione viene in rilievo anche per l'assenza di esigenze specifiche di limitazione legate alla corretta esecuzione della pena. Eventuali problemi organizzativi derivanti da una maggiore garanzia del contraddittorio e della difesa in giudizio possono essere affrontati e risolti in modo razionale dall'amministrazione penitenziaria, senza che sia indispensabile attuare per legge il sacrificio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione*».

Alla luce di tali considerazioni la Corte, pur ribadendo che deve riconoscersi al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella scelta degli istituti processuali e nella disciplina delle competenze, rileva come la norma impugnata «*non si limita ad individuare una specifica competenza in capo ad un determinato ufficio giudiziario, ma detta, con stretta consequenzialità, regole processuali inidonee, se riferite alle controversie di lavoro, ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali*». Per queste ragioni, la disposizione contenuta nell'art. 69, comma

---

magistrato di sorveglianza alla procedura camerale di cui all'art. 14-ter della legge n. 354 del 1975».

[293] Si veda a questo proposito anche quanto affermato dalla stessa Corte Costituzione nella sentenza n. 49 del 1992.

6, lett. a) O.P. viene dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 24, comma 2, 111, comma 2, e 3, comma 1, Cost.[294] [295].

Ancora una volta, quindi, la Corte Costituzionale offre una risposta concreta ai numerosi dubbi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa l'effettiva capacità del modello processuale *ex* art. 14-*ter* O.P di apprestare adeguata tutela al lavoro svolto durante l'esecuzione penale.

Attraverso la parificazione del modello processuale azionabile in materia di lavoro, la Consulta agisce sul piano dell'effettività del diritto dei lavoratori ristretti

---

[294] Restano invece assorbiti gli atri profili di incostituzionalità richiamati nell'ordinanza di rimessione. Per un approfondimento sulla sentenza in commento si veda M. RUOTOLO, *Dignità*, op. cit. p. 68 ss., P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione 341/2006 della Corte Costituzionale,* in "*Forum di Quaderni Costituzionali*", 2006.

[295] Nel 2009 il Magistrato di sorveglianza di Nuoro aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 14-*ter* e 71 O.P. «*nell'interpretazione vigente che attribuisce al magistrato di sorveglianza la competenza a decidere in ordine alle lesioni dei diritti e delle posizioni giuridiche dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*», per presunto contrasto con gli artt. 3, 24, comma 1, 27, comma 3, 97, comma 1, 11, commi 1 e 2, e 113 Cost. In particolare, il giudice *a quo,* chiamato a decidere sui reclami proposti da due detenuti a norma dell'art. 14-*ter*, aveva rilevato come la sentenza n. 341/2006 avesse messo in crisi il sistema secondo cui tutto ciò che attiene al trattamento penitenziario fosse sempre demandato alla cognizione della magistratura di sorveglianza, indipendentemente dalla natura dei diritti e degli interessi coinvolti e a prescindere dagli strumenti processuali disponibili. Al contrario, il rimettente rileva come il reclamo, previsto dall'art. 35 O.P. - pur deciso con la procedura di cui all'art. 14-*ter* O.P. - non assicura al reclamante e all'Amministrazione penitenziaria la tutela giurisdizionale prevista dall'art. 113, comma 1, Cost., tutela che può essere solo quella disciplinata dall'art. 111, commi 1 e 2, Cost., attraverso il giusto processo regolato dalla legge, svolto nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. Il richiamo a tale pronuncia appare particolarmente importante ai fini della trattazione in esame, poiché la Corte nel rigettare la questione, sottolinea, tra l'altro, come la sentenza n. 341 afferisca esclusivamente alle controversie di lavoro nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti, ossia a situazioni giuridiche per le quali nell'ordinamento generale è istituito un giudice specializzato: tale pronuncia, quindi, non ha di fatto inciso sul riparto di competenze tra magistratura di sorveglianza e giudice del lavoro. Siffatta scelta, infatti, «*postula scelte discrezionali, rientranti nella competenza esclusiva del legislatore*» (Corte Cost. sent. n. 266 del 23 ottobre 2009).

ad un'adeguata tutela giurisdizionale, effettività che emerge con forza attraverso una lettura congiunta della normativa penitenziaria e civilistica alla luce del dettato costituzionale.

Deve tuttavia rivelarsi come i recenti interventi legislativi in materia abbiano posto alcuni dubbi in ordine alla permanenza di tale assetto. Dubbi giustificati dall'introduzione del più volte richiamato reclamo giurisdizionale (art. 35 *bis* O.P.) che consente una più ampia partecipazione delle parti rispetto al modello delineato dall'art. 14 *ter* O.P.

Sembra lecito, in altri termini, domandarsi se a seguito dell'introduzione del nuovo strumento processuale, le competenze in tema di controversie nascenti da lavoro penitenziario restino quelle delineate nella sentenza n. 341 o se, al contrario, la generica formulazione dell'art. 69 O.P. abbia comportato una riemersione della competenza del magistrato di sorveglianza. A questo proposito - e in attesa di chiarimenti di natura giurisprudenziale - è stato correttamente osservato come, in considerazione dei caratteri di specificità della materia e per il fatto di essere solo tangenzialmente normata dalla disciplina penitenziaria, la sua tutela dovrebbe continuare ad essere offerta dall'ordinario rito del lavoro[296].

Orientamento peraltro auspicabile alla luce di un'ulteriore considerazione: è stato più volte osservato come le peculiarità del processo del lavoro trovino la loro ragion d'essere nell'esigenza di garantire una tutela immediata ed effettiva al lavoratore, il quale si trova in una posizione di subordine rispetto al datore di lavoro.

Ciò è tanto più significativo nel settore penitenziario in cui il ristretto sembra trovarsi in una duplice posizione di "subordinazione-soggezione", almeno con riferimento alle ipotesi di lavoro intramurario. Vi sarebbe cioè una naturale condizione di subordine nei confronti del datore di lavoro (come nella società libera) a cui si aggiunge, tuttavia, un'ulteriore stato di soggezione dovuto alla necessaria coincidenza tra la qualifica soggettiva del datore di lavoro e l'organo preposto a vigilare sulla privazione della sua libertà personale.

[296] È quanto testualmente affermato da M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., p. 71-72.

Non è questa la sede per immaginare un nuovo modello processuale che possa tener conto del doppio profilo di subordinazione del lavoro penitenziario. Ragionare in questa prospettiva è tuttavia utile per far emergere la rilevanza di una tutela giurisdizionale che assicuri al detenuto la più ampia garanzia in materia giuslavoristica, attraverso l'azionabilità di un adeguato modello processuale che - anche alla luce di quanto rilevato dalla giurisprudenza costituzionale - difficilmente potrà tollerare disparità tra lavoratori liberi e ristretti.

CAPITOLO III

DIRITTI SOMMERSI E CORPO RISTRETTO

1. Diritti sommersi e tutela dei legami affettivi

1.1. Diritto alla sessualità intramuraria: legittima negazione o colpevole omissione?

Non teme smentite l'affermazione secondo cui la dimensione familiare - e le relazioni che si istaurano al suo interno - assumono nella maggior parte dei casi la funzione di "rifugio" nel quale l'individuo cerca conforto e protezione.

Meno scontato, invece, è chiedersi quali siano le conseguenze di un distacco forzato da questi legami e in che misura tale allontanamento possa influire sulla personalità del soggetto e sui suoi rapporti con la società civile. Tali quesiti si pongono in rapporto funzionale con l'analisi sulla dimensione affettiva in carcere, che assume particolare rilievo anche in riferimento alla dimensione "bilaterale" della pena: gli effetti dell'esecuzione penale non si riversano esclusivamente sul ristretto, ma colpiscono indirettamente anche i familiari, "vittime dimenticate" la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime per effetto della sentenza di condanna [297].

Come si cercherà di mettere in luce nelle riflessioni che seguono, risultando preclusa ogni possibilità di intrattenere rapporti sessuali all'interno degli istituti penitenziari, è difficile negare come l'attuale normativa penitenziaria importi una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, di fatto, la qualifica di conseguenza accessoria della pena il cui protrarsi nel tempo può comportare gravi disagi emotivi e comportamentali[298].

---

[297] Cfr. J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983.

[298] In questo senso numerosi sociologi, v. 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.

Il dibattito ha recentemente ripreso vigore in seguito alla sentenza n. 301 del 2012 della Corte costituzionale. Norma da censurare per riportare l'affettività in una dimensione "naturale" sarebbe - secondo il rimettente - l'art. 18, co. 2 O.P. che, imponendo l'obbligatorio controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, di fatto impedirebbe la piena esplicazione del diritto all'affettività, di cui la sfera sessuale costituisce un'imprescindibile modalità di espressione[299].

In altri termini, l'impossibilità di sottrarsi al controllo visivo condurrebbe a una compressione della libera manifestazione dell'affettività sia del soggetto ristretto sia dei suoi familiari, imponendo di fatto un'astinenza sessuale inevitabilmente connotata, per il detenuto, da una repressione fisica e morale che, il più delle volte, lascerebbe come uniche, degradanti alternative «*il sesso*

CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941. Si osserva in particolare come la privazione della sfera sessuale, favorendo processi di regressione e deresponsabilizzazione, aumenti il sentimento di oppressione ed emarginazione del detenuto con un effetto negativo in termini di recidiva e percorso risocializzante.

[299] A norma del secondo comma dell'art. 18 O.P. ("Colloqui, corrispondenza e informazione"): "I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia". 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, ad esempio, 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 va rilevato 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 rilevare come - in concreto - l'inadeguatezza delle strutture penitenziarie (spesso ospitate in vecchi edifici) e le scarse risorse economiche, rendano difficile la realizzazione di spazi all'esterno effettivamente idonei a favorire il mantenimento delle relazioni affettive, creando spesso una disparità di trattamento a seconda del luogo di detenzione.
Sulla disciplina dei colloqui in generale e suoi rapporti con la famiglia Cfr. E. BERTOLOTTO, *Art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, 2011, p. 227 ss; P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1981, p. 175 ss. e M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, op. cit., p. 75 ss.

immaginato e negato che ha come conseguenza il sesso solitario» o «*un'omosessualità indotta*»[300].

La Consulta ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione: il processo di emersione del diritto alla sessualità intramuraria non può essere demandato all'opera della giurisprudenza costituzionale, rendendosi necessario un puntuale intervento legislativo in tal senso.

Per comprendere le ragioni che sottendono alla decisione della Corte non può allora prescindersi da un'attenta analisi del quadro normativo di riferimento: la questione di legittimità, infatti, rappresenta un'ottima occasione per sottoporre ad analisi critica la disciplina delle relazioni familiari nella normativa penitenziaria mettendo nitidamente in luce il ruolo "guida" assunto dalla giurisprudenza nel processo di emersione dei diritti sommersi.

Alla base di tali pronunce - è bene ribadirlo sin dalle considerazioni iniziali del presente capitolo - risiede il principio secondo cui alle persone private della libertà personale devono essere riconosciuti tutti i diritti inviolabili costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire esclusivamente in ragione di comprovate e attuali esigenze di ordine e sicurezza .

1.1.1 La tutela della dimensione affettiva nella normativa penitenziaria e la recente Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati

Nel corso delle riflessioni che precedono è stato più volte affermato come l'ingresso in carcere non comporti esclusivamente una privazione della libertà personale intesa come obbligo di costrizione fisica, ma - soprattutto - una forte compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo, in ragione di esigenze di ordine e sicurezza talvolta "fumose". È stato altresì messo in luce come tali restrizioni, connaturate allo stato di detenzione, assumono profili assai delicati comportando una parziale inversione del potere decisionale dall'individuo allo Stato: inversione tanto più rilevante se l'accento è posto sulla dimensione

[300] Così il rimettente dell'ordinanza n. 129 del 2012.

affettiva del condannato. L'impossibilità di modellare autonomamente le relazioni interpersonali porta con sé il rischio di trasformare i rapporti intimi da "riparo" a privazione affettiva: il detenuto non è libero, è la legge a determinare quali siano i legami meritevoli di tutela e, in relazione a tale scelta, a stabilirne tempi e modalità di godimento.

Quanto premesso conduce a una prima considerazione: l'inversione del potere decisionale - dall'individuo allo Stato - anche nelle scelte più intime impone un'analisi giuridica che ponga l'accento su un delicato, quanto difficile, bilanciamento di valori tra esigenze punitive e tutela dei diritti inviolabili costituzionalmente previsti.

Come emerso nel primo capitolo[301], la ricerca di tale equilibrio è ben visibile nel quadro normativo di riferimento: la riforma dell'ordinamento penitenziario è infatti espressione di un movimento che ha condotto a una radicale trasformazione del modo di concepire l'individuo ristretto in relazione allo Stato; in modo più specifico, essa risponde a un obbligo di adempimento rispetto ai principi costituzionali in tema di esecuzione penale.

In questo complesso quadro giuridico, il mantenimento di un legame con la dimensione familiare assume duplice valenza all'interno della normativa penitenziaria: per un verso è parametro su cui modellare il processo di individualizzazione, per l'altro si erge a elemento positivo del trattamento che prescinde da ogni valutazione di tipo premiale sulla condotta del ristretto. Si abbandona cioè l'antica logica della depersonalizzazione[302] puntando alla valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto ai fini del suo reinserimento sociale[303].

In effetti, il convincimento che la sfera affettiva rappresenti un aspetto indispensabile del trattamento, da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione, è ben espresso in diverse disposizioni dell'ordinamento

[301] *Supra*, cap. 1, par. 5.

[302] Logica che, come precedentemente chiarito, caratterizzava il Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena del 1931 (*Supra*, cap. 1, par. 4).

[303] Cfr. G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario*, op. cit., p. 4.

penitenziario. Ci si riferisce, *in primis*, al comma 6 del citato articolo 1 O.P., a norma del quale nei confronti dei condannati e degli internati «deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

Più specifici - e chiara espressione della spinta garantista del legislatore italiano nella tutela dei rapporti affettivi e familiari - sono i successivi articoli 15 e 28 rispettivamente rubricati "Elementi del trattamento" e "Rapporti con la famiglia".

A norma del 1 comma dell'art. 15 O.P. «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto […] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia». Più incisivo l'art. 28, che richiede di dedicare particolare cura nel «mantenere, migliorare o ristabilire relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie». Tali principi, lungi dal rappresentare mere enunciazioni formali, fungono da basi normative per altre previsioni riconducibili al mantenimento dei rapporti familiari: si pensi all'art. 57 O.P. che legittima i prossimi congiunti a richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria; al diritto del detenuto di poter informare immediatamente i familiari dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 O.P.); all'attenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 O.P.) e al ruolo preminente assunto dalla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (art. 75 O.P.).

Evidente, dunque, come lo scopo precipuo dell'intervento riformatore del '75 fosse la creazione di un apparato normativo in cui le relazioni familiari continuassero a incidere in maniera significativa sulle condizioni psicofisiche del ristretto e sulle sue prospettive di vita futura. Tale convincimento rappresenta - almeno sotto il profilo formale - uno degli aspetti più innovativi dell'attuale quadro penitenziario.

Tuttavia, esaminando una a una le eterogenee disposizioni poste a tutela dei legami affettivi, non è difficile rilevare un preoccupante silenzio legislativo: l'assenza di norme a tutela dell'espressione anche fisica dell'affettività, silenzio

che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per tutti i detenuti che non possano accedere ai permessi *ex* art. 30 *ter* O.P.[304].

Il paradosso normativo è evidente: se, per un verso, il mantenimento della sfera affettiva del condannato è elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi costituzionali, per l'altro il silenzio delle legge impedisce l'emersione del diritto alla sessualità intramuraria, consacrando il fenomeno dei c.d. "matrimoni bianchi" che vedono la celebrazione dell'atto non seguita dalla consumazione dello stesso.

Il principio secondo cui il recupero del condannato non può prescindere dalla permanenza o dal ristabilimento della vita affettiva, rappresenta uno dei punti maggiormente innovativi anche dell'attuale regolamento di esecuzione. Tale intervento, adottato sulla scia di numerosi provvedimenti nazionali e

[304] Si tratta dei permessi all'esterno, che riportano la sessualità in una dimensione di "normalità". Anche prima della riforma - intorno alla fine degli anni '60 - alcuni permessi erano stati concessi per permettere ai detenuti di far visita a un familiare in pericolo di vita. Successivamente, durante la stesura della legge 345 del '75, emersero due proposte: da una parte si chiese di concedere brevi permessi per fronteggiare impreviste esigenze di carattere familiare, dall'altra si propose di attenuare l'isolamento affettivo attraverso la concessione di brevi periodi di libertà destinati a favorire il mantenimento delle relazioni familiari attenuando così gli effetti della privazione sessuale. L'istanza non venne accolta nella riforma, che codificò all'interno dell'art. 30 solo i permessi per "eventi familiari di particolare gravità"; si dovette attendere la legge Gozzini (*supra*, cap. 1, 5.1.2.) che, con l'introduzione dei permessi premio *ex* art. 30 *ter* O.P., riconobbe ai condannati la possibilità di mantenere interessi affettivi, culturali o di lavoro all'esterno della struttura carceraria.
Sulla natura dei permessi così introdotti si è espressa anche la Corte costituzionale affermando che rappresentano «*un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria*» e, allo stesso tempo, «*strumento di rieducazione, in quanto consentono un iniziale reinserimento del condannato in società, essendo quindi parte integrante del trattamento rieducativo*» (Corte cost. sent. n. 118/1990). Occorre tuttavia sottolineare il carattere meramente residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione delle misure premiali. A questo proposito si veda la l. n. 251/2005 e, in particolare, l'art. 7 che modifica la legge penitenziaria in relazione ai permessi premio, alle misure alternative della semilibertà e della detenzione domiciliare.

sovranazionali[305], assume un'importanza particolare - per il tema che qui interessa - soprattutto in relazione al superamento di una logica premiale[306]: gli istituti volti a migliorare, ristabilire o mantenere le relazioni affettive - in conformità con l'art. 18 O.P. - prescindono da ogni valutazione sulla condotta del soggetto durante l'esecuzione, trasformandosi in strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire affinché la dimensione familiare continui ad incidere in maniera significativa sulle condizioni psicofisiche del detenuto.

Espressione dell'inversione di tendenza sono gli articoli 37 e 61 del Regolamento, rispettivamente rubricati "Colloqui" e "Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento"[307].

Nella formulazione della prima disposizione è evidente il cambiamento di prospettiva nel modo di concepire i legami affettivi. I colloqui e le telefonate sono autorizzati dal direttore dell'istituto; è stato soppresso l'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione delle visite con persone diverse dai congiunti o conviventi; è aumentato il numero degli incontri da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dal nono comma dello stesso articolo)[308]; scompare la previsione dei due incontri supplementari la

---

[305]Nella normativa interna particolarmente incisive sono state le leggi n. 663/1986 (*supra*, cap. 1, 5.1.2.), n. 395/1990, n. 492/1992 e n. 165/1998.

Quanto alle fonti sovranazionali giova ricordate la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (ratificata dall'Italia nel 1955); le Regole minime per il trattamento dei detenuti adottate dall'ONU nel 1955; le Regole penitenziarie europee stipulate dal Consiglio d'Europa nel 1973 e modificate nel 1987 nonché la Risoluzione sulle condizioni carcerarie nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo nel 1998.

[306] Logica che, al contrario, caratterizzava il primo Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento penitenziario adottato con il D.P.R. n. 431 del 1976.

[307] Non è possibile in questa sede approfondire l'intero panorama delle disposizioni del Regolamento di esecuzione incidenti sulla disciplina dei rapporti con la famiglia. A questo proposito è sufficiente richiamare l'art. 14 in tema di ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari e l'art. 73 che non esclude la possibilità per il detenuto in isolamento di fruire dei colloqui e della corrispondenza telefonica con i propri familiari.

[308] A norma dell'art. 37, comma 9, Reg. esec.: "Ai soggetti gravemente infermi, o quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni ovvero quando ricorrano particolari circostanze, possono essere concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti nel comma 8".

cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore ed è favorita la possibilità di svolgere i colloqui nei giorni festivi per i detenuti lavoratori. Infine, il comma 5° prevede che, fatte salve ragioni sanitarie o di sicurezza, i colloqui ordinari si svolgono senza pannelli divisori. Tale disposizione, seppur apprezzabile per il tentativo di favorire l'espressione anche fisica dell'affettività, riafferma tuttavia l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di polizia per tutta la durata degli incontri[309].

L'art. 61 del regolamento impone invece una duplice riflessione.

Pur richiamando espressamente l'obbligatorietà del controllo a vista, emerge una rilevante modifica nei presupposti di concessione delle visite: se al comma 2 lett. b), dell'art. 76 del precedente regolamento queste venivano annoverate tra le "ricompense" che il direttore poteva concedere ai detenuti particolarmente meritevoli (si pensi ad esempio all'assidua partecipazione alle attività del trattamento), la nuova formulazione abbandona la logica premiale, attribuendo primaria importanza alle valutazioni svolte dal gruppo trattamentale.

Dunque, basandosi esclusivamente su previsioni individualizzate inerenti alle problematiche potenzialmente derivanti dall'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, la concessione delle visite prescinde completamente da un'analisi riguardante la condotta del reo durante l'esecuzione.

---

[309] A questo proposito deve rilevarsi come l'ottavo comma dell'articolo in commento e l'art. 39, comma 2 dello stesso Regolamento, stabiliscano una serie di restrizioni in relazione ai detenuti sottoposti a regime detentivo speciale: diminuzione dei colloqui mensili da sei a quattro e limitazione della corrispondenza telefonica. La giurisprudenza di legittimità, all'indomani dell'approvazione del Regolamento, ha legittimato la differenziazione del regime affermando che «*le disposizioni limitative dei colloqui che riguardano i detenuti sottoposti al regime carcerario di cui all'art. 4 bis O.P. (...), sono pienamente legittime e si integrano con il regime differenziato stabilito, per esigenze di sicurezza pubblica, nei confronti dei reclusi che, in relazione al titolo di reato, si presumono particolarmente pericolosi*» (Cass. sez. I, sent. n. 13079/2002). Tale orientamento pone non poche perplessità soprattutto in ordine alle considerazione che l'esigenza di tutelare la sicurezza - nel senso di impedire i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza - sembra soddisfatta non tanto dalla mancata concessione dei colloqui o della corrispondenza quanto dalla limitazione quantitativa degli stessi.

In secondo luogo, la nuova disciplina ha cercato di fornire una concreta soluzione riguardo al delicato problema della sessualità intramuraria attraverso l'introduzione, nello schema originario dell'art. 61, di una particolare forma di permesso volto a consentire alle persone ristrette di trascorrere con i propri familiari fino a 24 ore continuative in apposite unità abitative all'interno dell'istituto di detenzione[310].

L'elemento più innovativo della proposta consisteva senz'altro nel limitare il controllo del personale all'esterno dei locali, salvo il ripristino dell'obbligatorietà in situazioni di comprovata necessità. Si trattava, quindi, di una novità rilevante che avrebbe implicato un'importante affermazione del diritto di ogni detenuto a mantenere relazioni affettive naturali imprescindibili per la realizzazione del proprio diritto alla vita[311].

La proposta, seppur apprezzabile sul piano del riconoscimento del diritto alla sessualità in ambiente penitenziario, era tuttavia destinata a scontrarsi con un'insormontabile antinomia gerarchica, dovuta all'inconciliabilità del suo disposto con le previsioni del sovraordinato art. 18 O.P. È quanto accaduto: la Sezione consultiva del Consiglio di Stato, nel parere espresso sullo schema di regolamento nel corso dell'adunanza del 17 aprile 2000, rilevò come le scelte proposte non potessero trovare legittima collocazione in una fonte regolamentare, richiedendo necessariamente «*l'intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata*»[312].

---

[310]Tale soluzione, come rilevato nella stessa ordinanza di rimessione (*infra*, cap. 3, par. 1.1.3.), è stata adottata da diversi Paesi di area europea, fra cui Spagna, Norvegia, Danimarca, Svezia e Svizzera.

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

[312] Occorre altresì rilevare come tra gli istituti volti a mantenere i legami familiari, il Regolamento di esecuzione comprenda anche la ricordata corrispondenza telefonica ed epistolare (art. 39 Reg. esec.). Nella prassi si rilevano numerose difficoltà in ordine all'accesso a tale strumento; si pensi alla necessità di inoltrare istanza scritta all'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione, alle procedure per la verifica della rispondenza tra numero telefonico e nominativo e alla necessità

Sulla scia delle considerazioni sinora condotte, era difficilmente ipotizzabile - se non impossibile - che il diritto alla sessualità intramuraria trovasse un qualche spazio nella recente "Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati" di cui all'art. 69, comma 2 del Regolamento, il cui contenuto è stato stabilito con decreto del Ministro della Giustizia il 5 dicembre 2012, in attuazione del D.P.R. n. 136 dello stesso anno.

Se tale intervento ha avuto sicuramente il pregio di consentire al detenuto una maggiore consapevolezza delle regole applicate nel contesto carcerario, è innegabile che le disposizioni tese al mantenimento dei rapporti con la società esterna restano pressoché invariate. Con particolare 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 polizia penitenziaria.

Ancora una volta, quindi, si interviene nel settore dell'esecuzione penale con una fonte secondaria (se non di livello ancora inferiore, trattandosi di decreto ministeriale) le cui disposizioni non possiedono la forza giuridica necessaria ad apportare deroghe strutturali all'ordinamento penitenziario. Ne consegue che, nonostante gli apprezzabili sforzi della Carta nel fornire ai detenuti e alle famiglie informazioni dettagliate di varia natura sulle strutture e sui principi che fondano l'attività trattamentale, la scelta negazionista del legislatore italiano in ordine al diritto alla sessualità intramuraria risulta ancora una volta confermata[313].

---

di effettuare la chiamata sotto il controllo del personale penitenziario. Tali difficoltà aumentano in riferimento ai detenuti stranieri per i quali la corrispondenza telefonica rappresenta l'unico strumento per mantenere i contatti con il proprio 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).

[313] Per un ulteriore approfondimento sulla disciplina dei colloqui, anche in relazione alla dimensione affettiva, si vedano: E. BERTOLOTTO, *Art. 18,* in *Ordinamento penitenziario*, op.cit., p. 227 ss; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti,* op. cit., p. 75 ss.

1.1.2 Il diritto sommerso nelle fonti sovranazionali, nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e nelle altre esperienze normative

Il mancato riconoscimento dell'espressione fisica dell'affettività quale specifica declinazione di un diritto fondamentale della persona detenuta, non solo sembra contraddire quanto, sul punto, vorrebbe garantire il quadro normativo nazionale, ma si pone in un difficile rapporto di coerenza anche con "la tendenza del regime penitenziario europeo"[314] e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Sotto il profilo normativo il riferimento è agli articoli 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 12 ("Diritto al matrimonio") della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (di seguito CEDU)[315] e alle due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa sugli effetti sociali e familiari della detenzione (Racc. n. 1340 del 1997 e Racc. 11 gennaio 2006).

Queste ultime, seppur prive di forza vincolante, ben esprimono l'esigenza di predisporre strumenti normativi idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto anche attraverso la protezione della sua sfera affettiva e sessuale.

---

[314] Così letteralmente il Tribunale di Sorveglianza di Firenze nell'ordinanza n. 132 del 2012 (*infra*, cap. 3, par. 1.1.3.).

[315] Come si avrà modo di approfondire più nel dettaglio nel paragrafo dedicato ai trattamenti contrari al senso di umanità e al divieto di tortura (*infra*, cap. 3, par. 2.2.), le norme contenute nella Convenzione penetrano nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 117, 1 comma, Cost. a norma del quale: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Sulla portata delle disposizioni contenute nella Convenzione e, in generale 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, p. 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.

Nella Raccomandazione n. 1340, il legislatore sovranazionale sottolinea la necessità di predisporre all'interno degli istituti, luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli, superando così una delle più gravi restrizioni imposte dall'attuale quadro penitenziario nazionale.

La successiva raccomandazione del 2006, alla Regola n. 24, comma 4, specifica che «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»: tale disposizione, già di per sé rilevante per il riferimento alla "normalità" delle relazioni familiari - che senza dubbio comprende anche la sfera sessuale - é illustrata nel commento in calce contenente una rilevante specificazione quanto ai tempi: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate» in quanto la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i *partner*».

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».

Deve, inoltre, essere rilevato come tale diritto sia oggi garantito - secondo diverse forme - in molteplici Paesi anche al di fuori dell'area comunitaria. Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio quanto disposto dai singoli ordinamenti stranieri, rendendosi tuttavia necessaria una brevissima riflessione su alcune di queste esperienze; ciò al fine di mettere in luce l'irragionevolezza, anche in termini comparatistici, della scelta negazionista del legislatore italiano.

Si passa da esperienze normative in cui la sfera affettiva è garantita attraverso la semplice concessione di colloqui prolungati e non controllati (è il caso della Croazia e dell' Albania) a soluzioni più complesse, in cui l'esplicazione del diritto passa attraverso la predisposizione di apposite strutture. Al riguardo basti richiamare l'esperienza di diversi paesi del nord Europa - come Norvegia e Danimarca - la cui normativa garantisce la più ampia intimità mettendo a disposizione dei ristretti strutture con camere matrimoniali, servizi e cucina;

l'intento è ricreare una condizione quanto più possibile "normale" e intima, in cui detenuto e *partner* possano manifestare liberamente il proprio rapporto affettivo.

Oltre alle esperienze illuminate di Norvegia e Danimarca, sono undici i Paesi dell'Unione Europea che hanno introdotto una specifica disciplina in materia. In Spagna, nella regione della Catalogna, vengono concesse due visite al mese senza sorveglianza, ciascuna della durata di un'ora e mezza: una con la famiglia e l'altra con il *partner* (c.d. visita intima)[316]. Tali incontri si configurano come un elemento necessario del trattamento penitenziario, prescindendo pertanto da qualsiasi valutazione sulla condotta del soggetto.

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

Dunque, l'ampio riconoscimento normativo del diritto alla sessualità intramuraria, 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 reinserimento nel consorzio sociale.

Quanto alla giurisprudenza di Strasburgo, in riferimento gli articoli 8 e 12 della CEDU, la Corte - pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati Parte di riconoscere un autonomo diritto alla sessualità intramuraria - ha più volte manifestato il proprio favore per gli interventi normativi volti in tal senso: «*rilevando positivamente i percorsi di riforma in diversi Stati europei tesi al miglioramento delle condizioni detentive attraverso l'agevolazione delle visite*

[316] Nell'ordinamento spagnolo per *partner* si intende la persona che si presenta regolarmente ai colloqui ordinari durante il fine settimana legata al detenuto da un rapporto di natura sentimentale.

coniugali […], attualmente il rifiuto di tali visite potrebbe ritenersi giustificato da ragioni di prevenzione penale»[317].

Considerazioni recentemente ribadite: «*mentre la Corte ha espresso approvazione per l'evoluzione in favore delle visite coniugali, essa non ha ancora interpretato la Convenzione in senso tale da affermare che richieda agli Stati Parte di provvedere in merito a tali visite. Di conseguenza è questa un'area in cui gli Stati godono di ampia discrezionalità nella determinazione del percorso da seguire per garantire l'applicazione della Convenzione, con particolare riguardo alle necessità e alle risorse delle comunità nazionali*»[318].

Significativa, inoltre, l'equiparazione della convivenza stabile al rapporto di coniugio nel godimento del diritto: chiarito che il mantenimento delle relazioni affettive è elemento essenziale del trattamento, la Corte specifica che «*una coppia che convive da molti anni costituisce una "famiglia" quanto alle finalità dell'art. 8 della Convenzione e ha diritto alla medesima tutela a prescindere dal fatto che la loro relazione si svolga al di fuori del matrimonio*»[319].

Evidente, come la scelta negazionista del legislatore italiano si ponga in relazione antitetica rispetto alla crescente attenzione accordata dall'ordinamento comunitario e internazionale alla sfera dei diritti affettivi e familiari delle persone private della libertà[320]. La posizione del legislatore nazionale sembra ulteriormente

---

[317]Corte EDU, 29 aprile 2003, *Aliev contro Ucraina*, ricorso n. 41220/98.

[318]Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04. Si vedano inoltre: Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro Regno Unito*, ricorsi nn. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980, *Draper contro Regno Unito*, ricorso n. 8186/78 nonché Commissione EDU, 3 ottobre 1978, *X. e altro contro Svizzera*, ricorso n. 8166/78.

[319]Corte EDU, 22 maggio 2008, *Petrov contro Bulgaria*, ricorso n. 15197/02.

[320] Per una rapida disamina degli interventi normativi nazionali e internazionali aventi ad oggetto la tutela della dignità della persona ristretta Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, in M. FLORIS, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, Torino, 2007, Vol . I, p. 331 ss.

Sulla tutela della dignità umana nella giurisprudenza delle Corti europee si vedano in particolare: V. ZAGREBELSKY, M. DE SALVIA, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op.cit., p. 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, p. 201 ss.

confermata da una recente pronuncia della Corte di Cassazione: «*non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell'art. 30 L. 354/75 […] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere*»[321]. L'istituto normativamente preposto a offrire tutela all'esigenza sessuale sarebbe piuttosto il permesso premio; per questo motivo «*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*»[322].

Una sentenza, questa, che si pone in linea di continuità con la giurisprudenza precedente: già nel 1992 il Giudice di Legittimità aveva sancito che: «*il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere. Tale esclusione è una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato […] il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendole un diritto civico della sua personalità privata*»[323].

1.1.3 L'obbligatorietà del controllo visivo sui colloqui impedisce il godimento del diritto alla sessualità? La *questio legitimitatis*

Le riflessioni sinora condotte permettono una prima considerazione d'insieme. La preclusione assoluta del diritto alla sessualità intramuraria, lungi dall'essere il risultato di una mera svista normativa, appare frutto di una precisa volontà legislativa tesa a privilegiare, nel processo di bilanciamento di valori, le

[321]Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008.

[322] A questo proposito, va nuovamente ricordato come i permessi premio cui il Giudice di legittimità fa riferimento godono di un campo di applicazione assai limitato, restando preclusi a gran parte della popolazione carceraria.

[323]Cass., Sez. 1, sent. n. 1553/1992. Dello stesso tenore Cass., Sez. 1, ord. n. 1524/1992.

esigenze di ordine e sicurezza che assumono - almeno in questo contesto - una posizione di preminenza tale da negare *tout court* il riconoscimento del diritto.

Occorre allora chiedersi se la negazione sia quantomeno "costituzionalmente tollerabile" o se, al contrario, il diritto alla sessualità intramuraria sia qualificabile come un diritto soggettivo sommerso: ciò è tanto più importante ponendo a mente che, nella situazione oggetto dell'indagine, a venire in rilievo è la sfera più intima di ciascun individuo, una sfera che l'ordinamento ha l'obbligo di proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione.

Il necessario punto di partenza dell'analisi giurisprudenziale non può che rinvenirsi nella citata ordinanza di rimessione n. 129 del 24 aprile 2012, con la quale il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha chiesto alla Consulta di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2, O.P.*«nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento dei rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner (legato con un rapporto coniugale o con stabile rapporto di convivenza, sul quale si è innestata o meno una situazione familiare)*».

Da un punto di vista strutturale, l'ordinanza si articola secondo un *iter* logico-giuridico scandito in quattro fasi: indagine sulle fonti normative nazionali e sovranazionali; analisi dei possibili soggetti destinatari del diritto alla sessualità intramuraria; critiche alla scelta negazionista del legislatore italiano e, conseguentemente, ragioni che conducono ad una possibile incostituzionalità di tale scelta.

Sotto il primo profilo, il rimettente rileva più volte come l'ordinamento penitenziario italiano, in ossequio ai principi di umanizzazione e rieducazione, ponga tra i suoi molteplici obiettivi quello di mantenere vivo il legame con la dimensione extracarceraria - dove, naturalmente, particolare rilevanza assume il rapporto tra detenuto e familiari. In effetti, attraverso le disposizioni richiamate nei paragrafi precedenti, la normativa penitenziaria eleva l'agevolazione dei rapporti affettivi a elemento positivo del trattamento attraverso la previsione di una serie di istituti a ciò preposti quali colloqui, visite e permessi.

Tuttavia dalla stessa ordinanza ben emerge come tale riconoscimento rischi di rimanere un'enunciazione meramente formale. *In primis*, ed è questo uno dei nodi della questione, i colloqui e le visite, non consentendo in nessun caso la sottrazione al controllo visivo del personale di sorveglianza, porterebbero ad una compressione della libera manifestazione dell'affettività sia del soggetto ristretto sia dei suoi familiari con «*il conseguente impedimento all'espressione naturale e completa dell'affettività e, all'interno di essa, dell'espressione completa della sessualità con il partner*». Allo stesso modo, anche i permessi premio che riporterebbero la sessualità «*in una situazione di libertà con il ritorno nei propri ambiti personali e sociofamiliari*» non consentirebbero di superare l'*empasse* per l'evidente carattere residuale degli stessi. La situazione descritta sarebbe in contrasto anche con la richiamata attenzione accordata dall'ordinamento sovranazionale e internazionale alla sfera dei diritti individuali delle persone private della libertà[324]. La lettura congiunta di tali disposizioni condurrebbe, secondo il giudice *a quo*, a una naturale conseguenza: «*la soluzione al problema sessuale […] deve passare attraverso il riconoscimento più ampio e naturale dell'affettività: la concessione di permessi più ampi per l'intera famiglia per trascorrere, all'interno del carcere e senza controllo visivo del personale, uno o più giorni*" evitando così "*le ammissioni al solo sesso fra partner, che viene invece considerato umiliante*».

In questo modo, il Magistrato di sorveglianza mette in luce le caratteristiche minime che dovrebbero connotare il diritto all'affettività-sessualità all'interno delle carceri: libertà nella sua manifestazione - attraverso la predisposizione di spazi idonei a consentirne il pieno godimento - e previsione di un adeguato lasso temporale. Avendo cura di dare attuazione solo alla prima delle due caratteristiche, infatti, si correrebbe l'evidente rischio di introdurre un "diritto viziato nel

[324] Il rimettente richiama espressamente gli artt. 3 e 8, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa (Racc. n. 1340 del 1997 e Racc. 11 gennaio 20062). Nessun riferimento è invece rivolto alla citata giurisprudenza della Corte EDU che, al contrario, verrà richiamata nella sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012 (*Infra*, cap. 3, par. 1.1.4.).

godimento" perché ridotto al solo atto sessuale fra *partner* condizionato nei tempi e negli spazi, di per sé umiliante e degradante. Al contrario, la combinazione dei due aspetti - spazio e tempo - conformemente alla normativa sovranazionale, «*fa riferimento a una completezza che attiene alla normalità maggiore possibile e che quindi non può ignorare gli aspetti più intimi del rapporto*».

Quanto ai destinatari del diritto, l'ordinanza di rimessione fa emergere la sua natura unitaria ma non indissolubile. Il rimettente opera infatti una distinzione tra sfera affettiva e sessuale, pur includendo quest'ultima all'interno della prima. In altri termini, la dimensione affettiva riguarderebbe «*il rapporto detenuto-famiglia e la soluzione dentro l'affettività del problema sessuale fra detenuto e coniuge o convivente stabile […] vale soltanto quando quel rapporto sussista*». Dunque, se è evidente che il diritto all'affettività ha una valenza tendenzialmente generale, intendendosi nel senso più ampio possibile come «*rapporto detenuto-famiglia*», analogo carattere di trasversalità non può riconoscersi, secondo il rimettente, alla sfera sessuale. Questa verrà in rilievo solo se e in quanto esista all'interno della dimensione affettiva un rapporto di matrimonio o di convivenza stabile[325].

L'ordinanza si occupa infine della scelta negazionista adottata nel sistema penitenziario italiano desumibile dal comma 2 dell'art. 18 O.P. Scelta che il giudice *a quo* sottopone ad un duplice ordine di critiche: l'inibizione del diritto e l'insostenibilità del divieto.

[325] Quanto al riconoscimento degli effettivi rapporti di convivenza stabile soccorrerà l'applicazione dei criteri individuati in materia dal diritto di famiglia: diversità di sesso dei membri della coppia, mancanza dell'atto di matrimonio, coabitazione qualificata (cioè diretta a realizzare una comunanza di vita materiale e spirituale, simile a quella matrimoniale), riconoscimento sociale e stabilità della relazione. Per un approfondimento sulla nozione di famiglia di fatto, anche in relazione all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, Cfr: P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Diritto di famiglia*, 2005, 2, p. 585, F. BILOTTA, *Famiglia di fatto: dal fatto al diritto*, in *Dir. e persona*, 2004, R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000,10, p. 1066, A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir. e famiglia*, 1998, 4, 1658.

Sotto il primo profilo, si pone l'accento sulla più volte richiamata sentenza n. 26 del 1999 della Consulta[326]: i principi di cui al 3 comma dell'art. 27 Cost. - umanizzazione e rieducazione della pena «*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*». A tal fine la Corte specifica il criterio cui deve improntarsi il trattamento penitenziario: «*l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà*»[327].

Di tutta evidenza, quindi, l'importanza del richiamo alla pronuncia in funzione di una decisa critica alla scelta negazionista: tali principi - posti in relazione con l'art. 28 O.P. e alla legislazione sovranazionale - si traducono non soltanto in norme di principio dirette ad organizzare gli istituti di detenzione, ma in veri diritti soggettivi a cui l'ordinamento giuridico deve prestare adeguata tutela. Alla luce di queste riflessioni - osserva il giudice *a quo* - «*non è possibile costituzionalmente inibire il diritto al rapporto sessuale con il partner in una relazione legale di coniugio o di convivenza stabile e che la forma con cui deve essere ammessa la fruizione di tale diritto è quella dell'affettività, che evita*

[326] *Supra*, cap. 2, par. 3.2.

[327] A questo proposito occorre ricordare come nella sentenza in commento i giudici costituzionali fecero emergere tutta la portata del principio di umanità della pena affermando che «*i diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 Cost. pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro che sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale, i limiti ad essa inerenti, che sono propri di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una* capitis deminutio *di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione*». E dunque, «*la dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) 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*».

l'effetto umiliante (e per questo inumano e degradante) del riconoscimento puro e semplice dell'ammissione a rapporti sessuali tra partner». In tal senso «*l'astinenza sessuale fa parte di queste dinamiche e colpisce il corpo in una delle sue funzioni fondamentali*».

Interrogandosi sulla *ratio* della negazione, il rimettente conferma l'insostenibilità del divieto di intrattenere rapporti sessuali con il proprio *partner* secondo le modalità normativamente imposte dalla disposizione impugnata. Come spesso accade nel sistema penitenziario italiano, l'accento è posto su generiche esigenze di sicurezza, sul concetto di «*una costante sorveglianza di principio*» in relazione ai diritti individuali dei soggetti ristretti. La limitazione dei diritti, al contrario, sarebbe possibile soltanto se, e nella misura in cui, il loro pieno riconoscimento si scontrasse con accertate esigenze di ordine che assumono, nell'ordinamento italiano, una posizione di preminenza.

Qui il centro della questione: si tratta di stabilire quando tale preminenza debba ritenersi giustificata, se non si vuole rischiare di relegare le ipotesi di riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti al rango di mera eccezione. Se vi sono ipotesi in cui tale compressione appare inevitabile - si pensi alle limitazioni dei diritti individuali per i soggetti sottoposti a regime detentivo speciale - la situazione normativa in esame appare, invece, difficilmente giustificabile con esigenze di ordine e sicurezza. Infatti, prosegue il rimettente «*si deve anche riflettere sul fatto che l'affermazione del principio di sorveglianza interviene in un luogo che è espressione della sorveglianza nelle sue mura, nell'organizzazione degli spazi, che è sostanza e simbolo della sorveglianza*». In altri termini, l'esigenze di sicurezza non possono giustificare quella che appare non già come compressione del diritto all'affettività-sessualità, ma come totale sacrificio dello stesso.

Infine, prima di esaminare le quattro eccezioni di incostituzionalità sollevate dal Magistrato di Sorveglianza, occorre rilevare come la scelta negazionista del legislatore appaia innegabilmente confermata dalla sorte di numerosi disegni di legge in materia di sessualità intramuraria, tutti caduti nel dimenticatoio parlamentare per il mancato raggiungimento di un punto d'incontro tra le diverse forze politiche.

La storia parlamentare dei progetti di legge in tema di affettività-sessualità intramuraria è, infatti, costellata da numerosi insuccessi riconducibili alla silente - ma indiscutibilmente consapevole - volontà del legislatore, tesa a impedire l'emersione del diritto negli istituti penitenziari.

Da un esame complessivo delle proposte si rileva, oltre alla somiglianza di intitolazioni (la più ricorrente delle quali è "Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di relazioni affettive"), analogia di contenuti e, conseguentemente, piena convergenza di obiettivi. Tali proposte, volte a consentire non solo un maggior numero di visite ma anche - e soprattutto - la predisposizione di locali idonei al godimento del diritto, convergono infatti verso un medesimo scopo: favorire l'accennato "processo di emersione" del diritto attraverso una serie di modifiche che, eliminando il carattere di obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia, consentano ai soggetti ristretti di vivere liberamente - per quanto possibile - le relazioni affettive[328].

[328] Menzione particolare merita l'ultimo disegno di legge in materia (n. 3420) presentato il 24 luglio 2012, su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante. La proposta, facendo leva - o addirittura muovendo - dalle riflessioni compiute nell'ordinanza di rimessione in commento, era teso ad un rinnovamento del quadro normativo offerto dall'attuale ordinamento penitenziario. In particolare il disegno di legge mirava ad introdurre le seguenti modifiche: Art. 1 1. All'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni: a) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Particolare cura è altresì dedicata a coltivare i rapporti affettivi. A tale fine i detenuti e gli internati hanno diritto ad una visita al mese della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro ore con le persone autorizzate ai colloqui. Le visite si svolgono in locali adibiti o realizzati a tale scopo, senza controlli visivi e auditivi»; b) alla rubrica dell'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «e diritto all'affettività». Art. 2. 1. All'articolo 30, secondo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Analoghi permessi possono essere concessi per eventi familiari di particolare rilevanza». Art. 3. 1. All'articolo 30-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «8-bis. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del comma 8, il magistrato di sorveglianza può concedere, oltre ai permessi di cui al comma 1, un ulteriore permesso della durata di dieci giorni per ogni semestre di carcerazione per coltivare specificatamente interessi affettivi». Art. 4 1. All'articolo 18, della legge 26 luglio 1975, n. 354, il quinto comma è sostituito dal seguente: «Per ciascun colloquio ordinario non effettuato è concesso ai detenuti e agli internati un colloquio telefonico aggiuntivo, con le

Una volta sottoposta ad analisi critica la disciplina delle relazioni familiari nella giurisprudenza e nella normativa penitenziaria - nazionale e sovranazionale - e prima di focalizzare l'indagine sulla risposta della Consulta, occorre brevemente soffermarsi sulle argomentazioni poste dal rimettente a sostegno delle censure.

L'impossibilità di sottrarsi al controllo visivo previsto dall'art. 18, co. 2, O. P. condurrebbe - secondo il giudice *a quo* - a una compressione della libera manifestazione dell'affettività sia del soggetto ristretto sia dei suoi familiari, imponendo di fatto un'astinenza sessuale inevitabilmente connotata per il detenuto da repressione fisica e morale che, come già sottolineato, lascerebbe, il più delle volte, quali uniche, degradanti alternative «*il sesso immaginato e negato che ha come conseguenza il sesso solitario*» o «*un'omosessualità indotta*»[329].

Sulla scia di tali considerazioni il giudice di sorveglianza solleva d'ufficio quattro eccezioni di incostituzionalità.

In primis risulterebbero violati gli artt. 2 e 3 della Costituzione[330]. Come più volte osservato, lo stato di privazione della libertà personale non comporta il venir meno dei diritti inviolabili previsti dall'art. 2: essi spettano ad ogni individuo in quanto tale e lo Stato deve assumere un ruolo propulsivo nella loro tutela e garanzia[331].

---

persone autorizzate, della durata di quindici minuti. La telefonata può essere effettuata con costo a carico del destinatario».

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

[329] In questo senso il rimettente rileva come la soluzione al problema sessuale debba «*passare attraverso il riconoscimento più ampio e naturale dell'affettività: la concessione di permessi più ampi per l'intera famiglia per trascorrere, all'interno del carcere e senza controllo visivo del personale, uno o più giorni evitando così le ammissioni al solo sesso fra partner, che viene invece considerato umiliante*».

[330] *Supra*, cap. 1, par. 4.4.1.

[331] Dall'ordinanza di rimessione emerge chiaramente come conseguenza naturale dell'astinenza sessuale sarebbe «*il ricorso a pratiche masturbatorie o di omosessualità ricercata o coatta (sia che*

A conferma che il combinato disposto degli articoli in commento rappresenti l'espressione del principio supremo della libertà-dignità, àncora normativa di tutti i diritti inalienabili spettanti all'individuo a prescindere da qualsiasi connotazione soggettiva, è la stessa giurisprudenza della Consulta: «*i diritti di cui all'art. 2 Cost. trovano nella posizione di coloro che sono sottoposti a una restrizione della libertà personale, i limiti ad essa inerenti, ma non sono affatto annullati da tale condizione*» e dunque, «*la dignità della persona (...) anche in questo caso (...) 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*»[332]. Alla luce di queste considerazione il rimettente afferma che la scelta negazionista del legislatore non solo violerebbe le citate norme nazionali e sovranazionali - ponendosi anche in contrasto con la giurisprudenza costituzionale - ma avrebbe come naturale conseguenza «*il ricorso a pratiche masturbatorie o di omosessualità ricercata o coatta (...), pratiche tutte che avviliscono profondamente la persona del detenuto, nel momento in cui dovrebbe essere proposta la sua promozione umana*».

Violati, inoltre, sarebbero il principio di umanità e il finalismo rieducativo di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. Il richiamo a tali precetti, unitamente a quanto disposto dagli artt. 1, 15 e 28 O.P. e alla giurisprudenza costituzionale[333], risulta decisivo per il pieno riconoscimento del diritto all'affettività, ai legami familiari e, all'interno di questi, della sfera sessuale delle persone ristrette. Il continuo controllo visivo, l'astinenza sessuale e l'assenza di preminenti esigenze di ordine e sicurezza a giustificazione della scelta negazionista, ledono il dettato costituzionale che - esigendo una pena umana, rieducativa e risocializzante - non può trascurare la sfera affettiva e sessuale nella sua forma più completa, volta cioè a "mantenere, migliorare o ristabilire relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie" (art. 28 O.P.).

---

la coazione consegua alla violenza o alla minaccia o ad un consenso rassegnato alla situazione), pratiche tutte che avviliscono profondamente la persona del detenuto».

[332] Corte Cost. sent. n. 26 del 1999.

[333] Sulla giurisprudenza costituzionale in relazione al principio di umanizzazione e al finalismo (*supra*, cap. 2, par. 2. e 3.).

In altri termini l'obbligatorietà del controllo a vista, impedendo di fatto l'intimità dei rapporti affettivi, non consente secondo il rimettente che «*la pena attui le sue finalità rieducative, risocializzanti e socialmente inclusive*».

La mancata emersione del diritto si porrebbe inoltre in contrasto con le disposizioni riguardanti la tutela della famiglia e della maternità di cui agli artt. 29, comma 1[334] e 31[335] della Costituzione.

Dalla lettura congiunta delle disposizioni emerge nitidamente il ruolo assunto dallo Stato nel favorire, proteggere e agevolare la famiglia - e con essa, naturalmente, i rapporti affettivi che si istaurano al suo interno. Un quadro che mal si concilia con la scelta del legislatore, responsabile di un'astinenza sessuale coatta consacrata dal degradante fenomeno dei matrimoni "bianchi" in carcere.

Infine, l'astinenza sessuale, traducendosi in «*nocive ricadute stressanti di ordine fisico e psicologico*» e comportando «*un'intensificazione dei rapporti a rischio*», violerebbe la tutela costituzionale accordata al diritto alla salute dall'art. 32 Cost. inducendo il ristretto a pratiche di autoerotismo o a una omosessualità ricercata o coatta. Tali pratiche, esponendo il reo al concreto pericolo di contrarre malattie sessualmente trasmissibili, contrasterebbero anche con la fase preventiva della tutela del diritto alla salute. L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità avrebbe, dunque, un duplice effetto: limitare il sentimento di frustrazione connaturato alla nozione stessa di astinenza (riducendo anche il numero di rapporti a rischio) e garantire il rispetto della persona (eliminando l'effetto umiliante che discenderebbe dalla sola soddisfazione fisica del desiderio sessuale)[336].

---

[334] A norma dell'art. 29, comma 1, Cost.: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

[335] A norma dell'art. 31 Cost. «La Repubblica agevola […] la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi» e «Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

[336] Sul diritto alla salute in carcere si vedano in particolare: C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 37 ss.; F. FACCIOLI, V. GIORDANO, C. SARZOTTI, *L'AIDS in carcere e nella società*, Milano, 2003; M. ESPOSITO, *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Milano, 2007; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., p. 107 ss.

Poste in questi termini le censure, il Magistrato di sorveglianza, chiede alla Consulta di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2 O.P. *«nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento dei rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner (legato con un rapporto coniugale o con stabile rapporto di convivenza, sul quale si è innestata o meno una situazione familiare)»*[337].

1.1.4 La decisione della Consulta: inammissibilità con valenza monitoria

Dalle riflessioni che precedono sembra difficile negare come l'attuale normativa penitenziaria importi una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, di fatto, la qualifica di conseguenza accessoria della pena, senza che vi

---

Quanto alla giurisprudenza costituzionale in materia, soprattutto in relazione all'incompatibilità con lo stato di detenzione, si vedano le sentt. n. 134/1984, n. 70/1994, n. 165/1996; n. 173/1997, n. 70/1994.

[337] Il giudice rimettente sembra optare, quantomeno formalmente, per una pronuncia di accoglimento parziale traducibile, sotto il profilo sostanziale, in un intervento sostitutivo. Forse il giudice *a quo,* più chiaramente, avrebbe potuto chiedere una sentenza additiva, ossia la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 18, 2 comma, O.P. nella parte in cui non prevede la possibilità per il detenuto di incontrare il *partner* in luoghi sottratti al controllo a vista del personale di custodia. Tale soluzione, pur non formalmente espressa, era tuttavia desumibile dal complesso dell'ordinanza: l'intervento sostitutivo, infatti, mirando ad affiancare - non ad eliminare - ai casi di obbligatorietà del controllo a vista la possibilità di escludere tale controllo al ricorrere di determinate condizioni, sostanzialmente non potrebbe che configurarsi come un intervento di tipo additivo, che trova nella sentenza di accoglimento parziale il suo naturale presupposto. Il verso dell'addizione sembrerebbe dunque desumibile interpretando la richiesta del giudice rimettente: ad essere viziata da illegittimità costituzionale non sarebbe la volontà negativa in quanto tale, ma la mancata previsione di una volontà positiva che renda possibile, al ricorrere di determinate condizioni, un'alternativa all'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia sui colloqui.

Per un ulteriore approfondimento sull'ordinanza di rimessione, anche in relazione agli ostacoli processuali, si vedano: C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale,* in *Quest. giust.,* 2012, n. 4, p. 215 ss. e S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 18 ottobre 2012.

siano esigenze di ordine e sicurezza tali da giustificare la negazione *tout court* del diritto.

Tuttavia la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 301 del 2012, dichiara la questione inammissibile sotto un duplice profilo. Viene in primo luogo accolta l'eccezione sulla non autosufficienza dell'ordinanza di rimessione: l'assoluta mancanza di una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il giudice *a quo* a ritenere applicabile la norma al caso di specie impedisce una pronuncia nel merito, stante l'impossibilità per la Corte di operare un sindacato di legittimità in via astratta e svincolata dal concreto oggetto del giudizio[338].

Quanto al secondo motivo di inammissibilità, i giudici costituzionali rilevano come il *petitum* sarebbe comunque incongruo rispetto allo scopo perseguito: l'eliminazione del controllo a vista di cui all'art. 18, comma 2 O.P. non comporterebbe l'automatico riconoscimento del diritto alla sessualità intramuraria per due ordini di motivi.

Da un lato, l'obbligatorietà del controllo trova giustificazione nella necessaria tutela delle esigenze di ordine e sicurezza; la circostanza che tale statuizione renda di fatto impossibili i rapporti affettivi e sessuali tra *partners* è solo un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei controlli.

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 al processo di bilanciamento che vede contrapposti l'emersione del diritto e le esigenze securitarie connaturate alla condizione di privazione della libertà personale. Scelta discrezionale che sarebbe compiuta dalla Corte qualora

[338] Sul principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione si veda la pronuncia della Consulta n. 338/2011: «*l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile mediante la diretta lettura degli atti, impedita dal principio di autosufficienza dell'atto di rimessione, preclude il necessario controllo in punto di rilevanza*». Dello stesso tenore le ordinanze n. 93 e 127 del 2012 e n. 260/2011.

intervenisse con una sentenza additiva: nelle valutazioni del giudice rimettente, infatti, il riconoscimento di un diritto alla sessualità intramuraria non avrebbe portata generale ma dovrebbe riconoscersi esclusivamente quando esista all'interno della dimensione affettiva un rapporto di matrimonio o convivenza stabile, imponendo così un'astinenza sessuale coatta a coloro che non siano legati da tali rapporti. Questa soluzione si porrebbe in un difficile rapporto di coerenza con diversi parametri costituzionali e, non essendo l'unica normativamente ipotizzabile, imporrebbe alla Corte una scelta di fondo tutt'altro che costituzionalmente obbligata[339].

Al di là dei motivi processuali che hanno condotto la Consulta a dichiararne l'inammissibilità, la questione solleva alcuni dubbi.

Occorre in primo luogo interrogarsi sulla permanenza nell'ordinamento del controllo a vista sui colloqui del personale di custodia. Premesso che in passato molto è stato fatto affinché i colloqui fossero realmente gli strumenti normativamente preposti a mantenere, ristabilire o migliorare le relazioni familiari, la questione di legittimità costituzionale segnala come la necessaria, inderogabile, presenza dell'agente di custodia pregiudichi significativamente la libertà nelle manifestazioni affettive e, alla radice, la possibile emersione del diritto alla sessualità intramuraria.

Se, come eccepito dall'Avvocatura di Stato e confermato dalla Consulta, il venir meno dell'obbligatorietà del controllo non comporterebbe di fatto il riconoscimento di un diritto alla sessualità intramuraria, ci si domanda se altrettanto dovrebbe concludersi qualora l'accento fosse posto esclusivamente sul diritto all'affettività. C'è da chiedersi, in altri termini, se la rimozione dell'automatismo di cui all'art. 18 O.P., pur non consentendo l'emersione del

[339] Sull'inammissibilità di interventi additivi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore si veda a titolo esemplificativo: Corte Cost. n. 134/2012, la questione deve dichiararsi inammissibile perché «*si richiede una addizione normativa che - essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili - non costituisce una soluzione costituzionalmente obbligata, ed eccede i poteri di intervento di questa Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore*» nonché la sent. n. 271/2010. Dello stesso tenore le ordinanze: n. 138/2012: n. 113/2012; n. 59/2010 e n. 225/2007.

diritto, non sia comunque costituzionalmente auspicabile nell'ottica di consentire al detenuto maggiore libertà e naturalezza nelle manifestazioni affettive - da intendersi in senso ampio come rapporto detenuto-famiglia - sicuramente influenzate, in termini di soggezione, dalla costante presenza di un agente di custodia[340].

In effetti, non è difficile intuire come l'obbligatorietà del controllo durante i colloqui pregiudichi significativamente la libertà nelle manifestazioni intime, rendendo di fatto improbabile un'espressione naturale dell'affettività.

In altre parole, una normativa penitenziaria che assume su di sé il compito di promuovere un processo di risocializzazione garantito dai principi costituzionali in tema di esecuzione è un ordinamento che mal dovrebbe tollerare, in termini di coerenza di sistema, l'obbligo inderogabile previsto dell'art. 18, comma, 2 O.P. Ne deriva che, in vista di una piena tutela offerta al diritto all'affettività - da valutare separatamente rispetto alla sfera sessuale - occorre riflettere sull'opportunità di affiancare alla volontà negativa del legislatore una volontà positiva che renda possibile, in assenza di esigenze di ordine e sicurezza e al ricorrere di determinate condizioni, un'alternativa all'obbligatorietà dell'automatismo.

Se così fosse, la modifica auspicata potrebbe tradursi in un passo costituzionalmente necessitato. L'obiettivo sarebbe duplice: consentire un'effettiva espressione del diritto all'affettività e, in secondo luogo, stabilire le premesse per un successivo intervento - anche regolamentare - che definisca luoghi, modi e tempi per l'esplicazione del diritto.

In secondo luogo occorre interrogarsi sui profili soggettivi di un'eventuale diritto alla sessualità intramuraria. A questo proposito, la Consulta ha sottolineato come il riconoscimento del diritto esclusivamente a coloro che siano legati da un rapporto di coniugio o convivenza stabile sarebbe difficilmente compatibile con

[340]In questo senso il giudice *a quo* sottolinea come «*spesso, nella realtà del nostro paese, le modalità dei colloqui in spazi ristretti ed affollati limitano fortemente anche la sola espressione di affetto fra le persone*» ne deriva che «*anche il semplice colloquio è limitato e limitante (...) e determina il rischio dell'inaridimento dei rapporti con il resto della famiglia*».

diversi parametri costituzionali (basti pensare ai principi di eguaglianza, rieducazione del reo e umanizzazione della pena), imponendo di fatto una condizione di astinenza a coloro che non siano legati da tali rapporti affettivi.

Anche sotto questo profilo l'*impasse* potrebbe essere superata attraverso un equilibrato bilanciamento di valori. Se l'obbligatorietà del controllo a vista - come confermato dalla Corte - trova la sua ragion d'essere nella necessità di apprestare adeguata tutela all'ordine e alla sicurezza, un'eventuale limitazione dei profili soggettivi del diritto potrebbe trovare legittimazione proprio nella necessità di tutelare tali esigenze non essendo «*irragionevole od arbitrario […] che il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza* "more uxorio"».

La Corte, infatti, ha più volte riconosciuto come, con riferimento alla prima, vengano in rilievo «*non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'"istituzione familiare", basata sulla stabilità dei rapporti, di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente*»[341].

È una logica che potrebbe giustificare - in linea con il dettato costituzionale - differenze di trattamento anche nella sfera sessuale[342]. Difficile, in effetti, ipotizzare una portata generale degli incontri intimi nell'attuale quadro penitenziario; un quadro che ha più volte manifestato la propria diffidenza verso l'emersione del diritto in esame, stante il timore di una sua strumentalizzazione per fini illeciti.

Occorre, infine, dare risalto alla valenza monitoria della sentenza. La giurisprudenza costituzionale sembra chiedere - seppur velatamente - l'inserimento nell'agenda parlamentare di un intervento teso a riconoscere la

[341]Corte Cost. sent. n. 352/2000, per entrambe le citazioni riportate nel testo. Nello stesso senso la sent. n. 138/2010.

[342] La stessa Corte ha, in taluni casi, giustificato una differenziazione della disciplina anche in riferimento al convivente stabile, sull'assunto che la tutela accordata dell'art. 29 Cost. attiene, ancora oggi, alla famiglia fondata sul matrimonio. In questo senso: Corte Cost. sentt. n. 138/2010 e n. 352/2000.

possibilità di intrattenere rapporti intimi con il *partner* anche a coloro che non possono godere dei permessi premio all'esterno. Siffatta modifica, esplicita la Consulta, 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 e ne caratterizza il contenuto ontologico[343], essa difficilmente potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività come connotato dell'identità di ogni individuo da tutelare nei confronti delle ingerenze autoritarie e dai danni derivanti dalla carcerazione[344].

La questione meriterebbe di essere rivista nell'ottica di un più generale ripensamento degli spazi carcerari in modo da garantire l'effettiva operatività dei principi costituzionali.

L'accento è ancora una volta posto sulla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e sulla più volte richiamata sentenza *Torreggiani e a. c. Italia*[345]. La pronuncia assume un'importanza particolare - per il tema che qui interessa - non tanto in riferimento all'oggetto, quanto alla sua qualifica giuridica: scegliendo di adottare una sentenza pilota[346], la Corte aveva messo in mora lo Stato italiano fissando in un anno il termine entro il quale doveva provvedere a ridisegnare gli spazi del carcere - spazi che, in conformità al dettato costituzionale, avrebbero dovuto essere tali da garantire un'esecuzione penale umana, rieducativa e risocializzante.

La giurisprudenza sovranazionale aveva quindi offerto un'importante occasione al legislatore: ripensare un ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti - ma sostanzialmente negati

---

[343]Così la Consulta nella nota sentenza n. 313/1990.

[344] Sul diritto all'affettività in carcere si vedano anche C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rass. Penit*., 2008, p. 107 ss e E. DI SOMMA, *L'affettività in carcere*, in *Dir. pen. e processo*, 1997, p. 864 ss.

[345] *Infra*, cap. 3, par. 2.1.1.

[346]Tali pronunce sono previste dall'art. 46 CEDU, co. 1 e dall'art. 61 del Regolamento della CtEDU, introdotto il 21 febbraio 2011.

- sia a quelli che, pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale, sono ancora ignorati dalla legge.

A pochi mesi dalla scadenza del termine può dirsi - senza stupore - che l'attuale governo non ha saputo cogliere l'occasione. Nell'affrontare la sfida dell'adeguamento della normativa penitenziaria alle istanze sollecitate sia dalla Corte Europea sia dal monito della Consulta, gli interventi normativi si sono concentrati esclusivamente su una riduzione numerica della popolazione carceraria, lasciando in secondo piano il tentativo di ridisegnare uno spazio della pena capace di garantire il diritto alla sessualità intramuraria attraverso la predisposizione di spazi e strutture idonee al suo effettivo godimento.

1.2. Esigenze di prevenzione sociale e tutela dell'infanzia: un difficile punto di equilibrio

Nelle riflessioni che precedono è stato messo in luce come diverse siano le disposizioni che la normativa penitenziaria dedica ai legami familiari, affinché questi continuino a incidere sul soggetto ristretto in vista di un suo reinserimento nel consesso sociale. A questo proposito, particolare rilevanza è attribuita alla tutela dei rapporti con i figli.

Oltre ai ricordati istituti di carattere generale (colloqui, visite, permessi), la legge penitenziaria dedica numerose disposizioni alla tutela della genitorialità; la più discussa è certamente contenuta nell'art. 11, comma 9 O.P.: «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido»[347]. Non è difficile immaginare come l'endemico fenomeno del 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

[347] Fortunatamente il numero dei minori in carcere è relativamente esiguo: nel corso degli anni ha oscillato tra le 40 e le 75 unità. I dati sono costantemente aggiornati sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

costituzionale e internazionale in materia[348]. Il problema, ancora una volta, è quello di calibrare l'intensità della pretesa punitiva tenendo conto dei diversi bisogni dei periodi dell'infanzia e del ruolo che, all'interno di questi, gioca il rapporto con le figure genitoriali di riferimento. A tal proposito, non sono mancati interventi giurisprudenziali che hanno cercato di spostare il punto di bilanciamento in una posizione sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo dei minori[349].

Espressione di una volontà in tal senso è la nota sentenza n. 215 del 1990 con la quale il Giudice delle Leggi ha posto le basi per l'affermazione del principio di parificazione genitoriale nella concessione dei benefici penitenziari. In particolare, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1, n. 1, O.P., nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare potesse essere concessa, nelle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. Nel dettaglio la Consulta rileva la manifesta incompatibilità della disciplina in relazione all'art. 3 Cost. con particolare riferimento ai principi consacrati negli artt. 29, 30 e 31 della

[348] Quanto alle fonte costituzionale le norme di riferimento sono, ancora una volta, contenute negli articoli 30, 31 e 32 volti alla salvaguardia della maternità, dell'infanzia, dell'integrità psico-fisica dei figli minori e della loro salute. A livello sovranazionale significativa è la Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia del 1989, ratificata dall'Italia nel maggio 1991 (l. n. 176/1991); l'art. 3, comma 1, stabilisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi (...) l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Rilevante altresì il rapporto sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale dell'ONU nel giugno 2012 in cui, con specifico riferimento all'Italia, vengono indirizzate alcune raccomandazioni sul piano delle riforme politiche e legislative 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)).

[349] Così F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivistaaic.it*, n. 4, 2012.

Costituzione: «*il riconoscimento della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinato il matrimonio, e il riconoscimento stesso dei diritti della famiglia (art. 29), il dovere e il diritto dei genitori di mantenere ed educare i figli, e soprattutto, le provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità (art. 30), la protezione che la Carta fondamentale accorda all'infanzia, sollecitando la Repubblica a favorire gli istituti necessari a tale scopo (art. 32), rappresentano un complesso di eminenti valori che, mentre rendono intollerabile la denunciata discriminazione, fondano a loro volta specifiche incompatibilità*». In questo senso «*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 genitore 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*».

Tale pronuncia si inserisce in un quadro normativo che si è gradualmente evoluto, passando del divieto di legami tra la madre autrice di reati e il figlio a soluzioni opposte, anche in favore del padre detenuto[350]. La progressiva preminenza assunta dagli interessi del minore rispetto alle esigenze punitive dello Stato è ben espressa, seppur con diverse ombre, nella recente legge di riforma n. 62 del 2011[351] nata dall'intento, esplicitato nei lavori preparatori, di superare i limiti applicativi emersi dall'esperienza precedente[352].

---

[350] Del resto deve rilevarsi come il diritto-dovere di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli, sancito dal primo comma dell'art. 30 Cost., nonché dagli articoli 147 ("Doveri verso i figli") e 315 *bis* (Diritti e doveri del figlio**)** del codice civile, risulta inequivocabilmente rivolto ad entrambi i genitori (ai "genitori" senza distinzioni si riferisce, infatti, la citata norma costituzionale; di "ambedue i coniugi" parla l'art. 147 c.c. e di nuovo "ai genitori" *tout court* si riferisce letteralmente l'art. 315 *bis* c.c.). In questo senso G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2014, p. 1761.

[351] 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, p. 2616 ss.

Una corretta comprensione dell'attuale diritto all'affettività in carcere non può allora prescindere dall'analisi delle modifiche introdotte dal legislatore del 2011 e degli interventi giurisprudenziali a esso connessi.

La legge interviene *in primis* sul codice di rito, agendo su due piani: introduzione di nuovi istituti e modifica del regime cautelare.

In merito al secondo profilo l'intervento è duplice: per un verso, si innalza l'età della prole per cui è applicabile - salvo esigenze cautelari di eccezionale rilevanza - il divieto della custodia in carcere[353]. Per l'altro, il legislatore lega a tale modifica l'introduzione di nuove strutture: si tratta degli istituti a custodia

---

[352] Tra i principali interventi di riforma in materia si ricordano: la l. n. 663 del 1986 (*supra*, cap. 1, par. 5.1.2.); la l. n. 165 del 1998 (*supra*, cap. 1, par. 5.1.2.) e, soprattutto, la l. n. 40 del 2001 (c.d. "Finocchiaro"). Quest'ultimo intervento è stato particolarmente incisivo per l'introduzione della detenzione domiciliare speciale (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.
Occorre tuttavia rilevare come le novità introdotte dalla legge n. 40 del 2001, non sono applicabili nei confronti della maggior parte delle detenute nelle carceri italiane: si pensi alle straniere senza residenza, alle tossicodipendenti e alle detenute in attesa di giudizio.
Sull'evoluzione storica della condizione delle donne detenute e per affrontare il tema in una prospettiva di genere, Cfr. A. ROSCIOLI, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2007, n. 3, p. 459 ss.

[353] L'art 275, comma 4, c.p.p. aumenta l'età della prole da tre a sei anni. Tale innalzamento è da valutarsi in termini positivi anche in considerazione della sua generale coincidenza con i primi obblighi di scolarizzazione. Va inoltre rilevato come, sulla scia della ricordata sentenza della Corte Cost. n. 215 del 1990, la stessa norma sia oggi applicabile anche alla figura paterna, se la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata.

attenuata per madri (di seguito ICAM) e delle case famiglia protette. Ma è opportuno procedere con ordine.

Per quanto concerne la modifica dell'art. 275, comma 4 c.p.p, occorre rilevare come la norma sia stata oggetto di significative espansioni e dilatazioni attraverso una lenta evoluzione che ha saputo attribuire progressiva preminenza alla tutela del minore. In un primo momento[354], la disciplina riferiva il divieto di custodia cautelare in carcere alle sole ipotesi in cui imputata fosse "una donna incinta o che allatta la propria prole"; solo in un momento successivo il legislatore ha esteso il divieto alle ipotesi in cui imputati fossero donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre - grazie soprattutto alla citata pronuncia della Consulta - qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole[355]. Può quindi rilevarsi come la disciplina si sia progressivamente evoluta, rispetto all'originaria formulazione, in un duplice senso: dilatazione dei presupposti soggettivi per l'applicazione del divieto (dalle sole ipotesi di "donna incinta" o "che allatta" all'estensione anche della figura genitoriale paterna) e innalzamento dell'età dei figli oggetto di tutela (da tre a sei anni).

Ne consegue che, nell'attuale quadro normativo, il rapporto genitoriale protetto dalla legislazione penitenziaria sia quello comunque afferente la "donna incinta", o "madre di prole non superiore a sei anni con lei convivente", ovvero il "padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole"[356].

---

[354] D.l. n. 9 del 1991 convertito con l. n. 356 dello stesso anno.

[355] Legge n. 332/1995.

[356] G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione,* op.cit., p. 1760. L'Autore rileva una significativa distinzione nell'operatività delle ipotesi previste dal comma in commento: se l'applicazione del divieto non è soggetta ad alcuna valutazione discrezionale nel caso in cui imputata sia una donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, diversa è l'ipotesi in cui imputato sia il padre. In questo caso, l'operatività del divieto è subordinato alla circostanza che "la madre sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole" in quanto il rapporto genitoriale paterno è, almeno in questo caso, considerato come suppletivo rispetto alla figura materna. Ne consegue che l'accertamento giudiziale della sussistenza della condizione di operatività del divieto pone rilevanti problemi prestandosi a diversità interpretative. La stessa giurisprudenza di legittimità non

Per quanto riguarda il secondo profilo - introduzione di nuove strutture - il legislatore del 2011 ha agito su due versanti: per un verso, prevede che, "ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano", il giudice possa disporre la custodia cautelare presso un ICAM[357]; dall'altro, attraverso una modifica dell'art. 284, comma 1 c.p.p, si aggiunge ai luoghi in cui è possibile scontare la detenzione domiciliare la figura della casa famiglia protetta, ove istituita.

É questa una delle novità più rilevanti apportate dalla riforma del 2011: si tratta di istituti introdotti nel tentativo di evitare che i minori soffrano l'esperienza della carcerazione forzata, attraverso la predisposizione di luoghi alternativi al carcere nei quali sia possibile tutelare il rapporto con il genitore che si trovi in stato di privazione della libertà personale[358].

---

ha fornito un'interpretazione univoca del divieto di cui al 4 comma dell'art. 275 c.p.p., ne sono espressione, a titolo meramente esemplificativo, le seguenti pronunce: Cass. Sez V. n. 27000/2009, Cass. Sez. IV, n. 42516/2009, Cass. Sez I, n. 14651/2008, Cass. Sez I, n. 8965/2008, Cass. Sez IV, n. 1697/1996.

[357] Così l'art. 285 *bis* c.p.p. "Nelle ipotesi di cui all'articolo 275, comma 4, se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano". Sulla nozione di "eccezionale rilevanza" la giurisprudenza di legittimità ha osservato come la situazione di "eccezionalità" non attenga alle normali esigenze cautelari, ma afferisca alla graduazione dell'intensità delle stesse. La misura carceraria deve cioè risultare insostituibile attesa l'esistenza di concreti e specifici elementi dai quali emerga un «*non comune, spiccato, allarmante rilievo*» dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p. (Cass. Sez IV, n. 34218/2005, Cass. Sez V n. 2240/2005, Cass. Sez III n. 223926/2003).

[358] In estrema sintesi può dirsi che - in assenza di indicazioni legislative - i futuri ICAM dovrebbero avere le caratteristiche dell'unico istituto già attivo, 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.

L'intervento del 2011 ha inciso in maniera significativa anche sulla normativa penitenziaria, modificando l'impianto delle misure alternative e introducendo il regime delle visite al minore infermo.

Sul piano delle pene extracarcerarie il legislatore ha previsto che nei confronti di donna incinta, o madre di prole di età inferiore ai dieci anni con lei convivente, la detenzione domiciliare possa svolgersi, in assenza di altri luoghi idonei, anche presso le case famiglia protette. In secondo luogo, la riforma ha agito in un'ottica di decarcerizzazione sulla detenzione domiciliare speciale (art. 47 *quinquies* O.P.): a norma del nuovo regime l'espiazione di almeno un terzo della pena (ovvero di quindici anni nel caso di ergastolo) necessari per ottenere la detenzione domiciliare speciale, può avvenire - sia per la madre sia per il padre, se essa è deceduta o impossibilitata - in luoghi diversi dagli istituti ordinari: negli ICAM e, se non vi è pericolo di recidiva o di fuga, presso il proprio domicilio o le case famiglia protette. Tuttavia, ed è questo il nodo difficilmente compatibile con la tutela accordata ai minori dal dettato costituzionale, tale disciplina non è applicabile ai soggetti condannati per uno dei numerosi reati c.d. ostativi, elencati dall'art. 4 *bis* O.P. con la conseguenza che in questo caso tornerà a essere applicabile l'esecuzione in istituto a norma dell'art. 11, comma 9 O.P.

É infine da valutarsi in termini positivi il nuovo regime delle visite al minore infermo previsto dall'art. 21 *ter* O.P.: in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre e il padre 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. La previsione riguarda, quindi, tutti i figli minorenni senza distinzioni di età e, in considerazione della gravità della situazione, consente la presenza di entrambi i genitori sottoposti a misure

---

Il decreto del Ministero della Giustizia del 26 luglio 2012 ha invece definito le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette: strutture tali da consentire una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; un massimo di sei nuclei familiari per istituto; predisposizione di spazi da destinare al gioco e agli incontri al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi. Per un approfondimento sulle caratteristiche dei nuovi istituti Cfr. P. CORSO, *Il trattamento dei condannati*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 78 ss.

restrittive. Diversa la disposizione del secondo comma, che consente alla madre di assistere il minore durante le visite specialistiche relative a gravi condizioni di salute, solo per bambini di età inferiore ai dieci anni e purché l'autorizzazione sia concessa dal giudice competente[359].

Prima di analizzare come la giurisprudenza costituzionale e di legittimità si sia posta in relazione al rapporto tra pretesa punitiva dello Stato e diritto all'infanzia, giovano due riflessioni conclusive in riferimento al quadro normativo esaminato.

Emerge in prima battuta un'ingiustificata disomogeneità di disciplina tra la fase cautelare e il momento esecutivo. Un primo elemento di discrepanza è riscontrabile con riguardo all'età della prole: se nella fase *ante iudicium* il divieto di applicazione della custodia cautelare si riferisce ai minori fino a sei anni, durante l'esecuzione penale lo stesso limite assume connotazioni diversificate a seconda delle circostanze e, comunque, non può estendersi oltre la soglia dei dieci anni della prole.

Seconda, ingiustificata, difformità concerne i parametri di operatività dei limiti alla carcerazione nei confronti del padre del minore. Nella fase cautelare, come emerso nelle riflessioni precedenti, il divieto è subordinato alla condizione che la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole: ne consegue l'impossibilità di applicare la detenzione cautelare nei confronti del padre, anche nel caso in cui i figli possano essere affidati ad altri familiari o a strutture assistenziali.

---

[359] Per ulteriori approfondimenti, soprattutto in reazione alle criticità della l. n. 62/2011, si veda F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, op. cit., p. 5 ss. Nelle riflessioni conclusive l'Autore mette chiaramente in luce come uno degli aspetti più problematici della riforma sia quello relativo al finanziamento delle nuove strutture: in effetti, la legge e il decreto dispongono esplicitamente che la costruzione di quest'ultime dovrà avvenire senza oneri per l'amministrazione penitenziaria, sia sotto il profilo della realizzazione sia sotto il profilo della gestione. Inoltre, l'esiguo numero di istituti che - si presume - verranno realizzati, si pone in un difficile rapporto di coerenza con il principio di territorialità della pena.

Diversa, invece, la disciplina durante l'esecuzione penale, in cui l'affidamento alla figura paterna appare relegata, in talune ipotesi, a ultimissima istanza, subordinata alla condizione che la prole non possa essere affidata ad altri.

È il caso della detenzione domiciliare speciale (art. 47 *quinquies* O.P.) e dell'assistenza all'esterno dei figli minori (art. 21 *bis*, comma 3 O.P.): tali istituti trovano applicazione nei confronti del padre detenuto "se la madre è deceduta o impossibilitata" e, in aggiunta, solo "se non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre". La figura paterna si configura così, a differenza della fase cautelare, come figura di "ultima istanza": il padre potrà prendersi cura dei figli, usufruendo dei predetti istituti, nelle sole ipotesi estremamente residuali in cui nessun altro soggetto - o ente - risulti adeguato[360].

A questo proposito occorre rilevare come l'Amministrazione penitenziaria si sia dimostrata particolarmente attenta - almeno nella prassi - alla salvaguardia del rapporto tra figli e genitori detenuti. Negli ultimi anni, infatti, sono nate numerose associazioni volte a offrire un sostegno ai minori e alle loro famiglie attraverso l'apertura di sportelli d'ascolto e finanziamento di progetti all'interno di diversi istituti italiani[361]. 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. Gli otto articoli di cui si compone il documento, firmato dal Ministro della Giustizia e dall'Autorità Garante per l'Infanzia, testimoniano una sempre maggiore attenzione, almeno a livello amministrativo, nella tutela dei rapporti affettivi e genitoriali: l'auspicio è che tali interventi - di concerto con i principi espressi dalla giurisprudenza - ispirino anche le scelte del legislatore nazionale diventando motore di un cambiamento culturale nel modo di concepire il carcere e le relazioni che si istaurano al suo interno.

---

[360] La disomogeneità esistente tra la disciplina del rapporto genitoriale nella fase esecutiva e nel momento cautelare è stata brillantemente rilevata da G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione*, op.cit., p. 1766. L'Autore sottolinea come tale discrepanza non trovi alcuna razionale giustificazione e sia probabilmente dovuta ai numerosi e non coordinati interventi legislativi in materia, svariatamente succedutesi e stratificatesi nel tempo.

[361] Ne è esempio l'Associazione "Bambinisenzasbarre" che opera da più di dieci anni negli istituti di San Vittore, Bollate e Opera.

1.2.1. Pretesa punitiva statale e diritto all'infanzia nella recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità

Dalle riflessioni sin qui condotte emerge chiaramente come la legge n. 62 del 2011 abbia notevolmente inciso sul fenomeno dei c.d. "bambini detenuti". Difficile tuttavia lasciarsi andare all'entusiasmo: nonostante il numero esiguo di minori ristretti con le loro madri, è assai difficile che si realizzi l'obiettivo di totale eliminazione del fenomeno alla base dell'intervento parlamentare. In effetti, come emerso in chiusura del paragrafo precedente, alla costruzione delle nuove strutture - tuttora in attesa di realizzazione - non farà seguito il venir meno delle sezioni nido attualmente presenti negli istituti ordinari; qui resteranno tutte le madri e tutti i minori che, per i motivi sopra specificati, non rientrano nell'ambito di applicazione della nuova disciplina.

Ne deriva che, in questo caso, il legislatore non ha attribuito alla tutela del diritto all'infanzia una posizione di assoluta preminenza. Il bilanciamento di valori sarà - anche in quest'ambito - affidato all'opera del giudice che, attraverso l'utilizzo di un metodo casistico, dovrà valutare in che relazione si ponga la tutela della maternità e del minore con le esigenze di prevenzione sociale: è quanto avvenuto in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale e di Cassazione.

In una recente sentenza avente ad oggetto la detenzione domiciliare, la Consulta afferma chiaramente che gli interventi normativi in materia rispondono a una logica «*unitaria e indivisibile, che, accanto ad una maggiore comprensione per le esigenze che nascono dai rapporti tra madre e figli in tenera età, pone una maggiore cautela nel richiedere, prima della concessione del beneficio, la formulazione di una prognosi di inesistenza del concreto pericolo che la condannata commetta altri delitti. Il bilanciamento tra le diverse e contrastanti esigenze si ricompone pertanto ad un altro livello, in cui si pongono in equilibrio da una parte una maggiore tutela della sicurezza e dall'altra una più adeguata considerazione dei bisogni dei minori e delle attività delle madri destinate a soddisfarli*». Dunque, prosegue la Corte, le riforme che il legislatore intende porre in essere in un settore così delicato devono essere precedute da una «*previa*

valutazione dell'inesistenza del rischio concreto che il soggetto ammesso alla misura possa commettere altri delitti»[362].

Ulteriore questione portata all'attenzione del Giudice delle Leggi concerne le novità recentemente introdotte nel sistema cautelare. In particolare il Tribunale di Catanzaro ha chiesto che venga dichiarata l'illegittimità costituzionale del riformato articolo 275, comma 4 c.p.p nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare in carcere non possa essere disposta quando sia imputata la madre di un figlio minore totalmente invalido, con lei convivente, che necessiti della sua costante presenza.

Con l'ordinanza n. 239 del 2011 la Consulta ha restituito gli atti al giudice *a quo* affinché proceda a una nuova valutazione della rilevanza della questione, alla luce dei principi affermati in materia di obbligatorietà della custodia cautelare nella sopravvenuta sentenza n. 231 del 2011[363]. Prescindendo dai numerosi dubbi che questa scelta solleva - soprattutto in ordine all'allungamento dei tempi processuali per la tutela del diritto alla salute del minore invalido[364] - sarebbe ragionevole presagire, alla luce di uno specifico precedente giurisprudenziale, che una futura decisione nel merito possa essere nel senso dell'incostituzionalità della norma.

Il riferimento è alla nota sentenza n. 350 del 2003 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter* O.P. nella parte in cui non prevede che, in determinate condizioni, la detenzione domiciliare possa essere concessa, oltre che alla donna incinta o alla madre con prole di età inferiore a

[362] Corte Cost. sent. n. 177/2009.

[363] Come specificato nel secondo capitolo, la pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p nella parte in cui prevede una presunzione assoluta, anziché relativa dell'adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione ai delitti di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (*supra*, cap. 1, par. 4.).

[364] Per un'analisi approfondita della sentenza, soprattutto in relazioni ai profili critici della restituzione degli atti al giudice rimettente, Cfr. D. CHINNI, *Un eccesso di concretezza in un caso di restituzione degli atti al giudice a quo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, p. 2249 ss.

dieci anni con lei convivente, anche nei confronti della madre condannata convivente con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante [365].

La decisione rappresenta, senza dubbio, un precedente significativo, che mal si concilia con la scelta della Consulta di restituire gli atti al giudice *a quo*. Vi è di più: ponendo l'accento sulla natura dei diritti costituzionalmente tutelati - libertà personale e tutela del minore - occorre chiedersi se la garanzia offerta da una potenziale interpretazione adeguatrice sia sufficiente o se, al contrario, non sia necessaria una tutela più incisiva.

Riemergono in questo modo le riflessioni generali proposte nel secondo capitolo con riguardo al sistema cautelare[366]: affidare la modulazione interpretativa di una norma indissolubilmente legata ai diritti inviolabili della persona all'opera di interpretazione del giudice comune è situazione ben diversa dal dichiarare, una volta per tutte e con valenza *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale della norma in questione. In altri termini, sembra quantomeno doveroso chiedersi se l'interpretazione costituzionalmente orientata, seppur basata su una sentenza costituzionale, sia sufficiente o se, al contrario, sia necessaria la produzione di quegli effetti che solo una pronuncia di accoglimento può produrre.

La portata dei limiti alla carcerazione preventiva in ragione della tutela del rapporto genitoriale con i figli minori, sono stati altresì definiti dalla giurisprudenza di legittimità chiamata a pronunciarsi su una questione estremamente delicata. Si trattava di valutare se per la madre condannata in secondo grado per il reato di traffico di sostanze stupefacenti (con aggravante mafiosa) fosse applicabile la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere prevista dal richiamato art. 275, comma 3 c.p.p. o se al contrario, in considerazione dell'età dei figli, fosse preferibile una soluzione differente.

La Corte, con un'importante dichiarazione di principio, risolve il bilanciamento in senso favorevole al minore facendo prevalere la statuizione *in bonam partem* di cui al comma 4 dell'art. 275 c.p.p. In particolare i giudici di

[365] Per un approfondimento Cfr. F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, p. 2240 ss.

[366] *Supra*, cap. 1, par. 4.

legittimità sottolineano come, più che di presunzioni che si contrappongono, «*la prevalenza della disciplina dettata dal comma 4 trova fondamento nel giudizio di valore operato dal legislatore, nel senso che sulla esigenza processuale e sociale della coercizione intramuraria debba prevalere la tutela di altri interessi, considerati poziori in quanto correlati ai fondamentali diritti della persona umana*»[367].

Si muove nella stessa direzione la recente sentenza della prima sezione penale della Cassazione n. 4748 del dicembre 2013. 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 Reggio Calabria 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 tutte assorbite nelle cure prestate al figlio disabile. Il Tribunale aveva rigettato la richiesta: la fattispecie non rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 275, comma 4 c.p.p. in quanto la norma «*tutela esclusivamente il coniuge del soggetto attinto dalla misura cautelare che si trovi per una propria condizione personale, nell'assoluta impossibilità di prendersi cura della prole inferiore a sei anni, sicché il doversi prendere cura di un figlio portatore di handicap non integra quella condizione di assoluta impossibilità richiesta dalla norma*».

La Cassazione, al contrario, attribuendo posizione decisiva all'interesse del minore, ha ritenuto il ricorso fondato. In particolare, ha rilevato la Suprema Corte, in tema di misure cautelari personali il mantenimento della custodia in carcere nell'ipotesi oggetto del giudizio «*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*»[368]. Il giudice di merito, dunque, avvalendosi di un'interpretazione meramente letterale dell'art. 275, comma 4 c.p.p., non ha tenuto sufficientemente

[367] Corte Cass, II Sez. pen., n. 541/2012.

[368] Nello stesso senso Cass., Sez. V, n. 41626/2007.

in considerazione la situazione di assoluta alterazione nella gestione del minore infraseenne in conseguenza di una condizione di patologia del genitore presente; in questo caso, «*la situazione familiare descritta non può essere fronteggiata se non con il genitore in custodia detentiva*»[369].

La disamina degli interventi giurisprudenziali in materia non può che concludersi con la recentissima sentenza della Consulta n. 239 del 22 ottobre 2014, che testimonia l'attualità del tema e la necessità di spostare il bilanciamento di valori costituzionali in una direzione sempre più favorevole alla protezione del minore. La questione, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, riguarda l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, O.P nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, stabilito nei confronti dei detenuti e degli internati per taluni gravi delitti che non collaborino con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47 *quinquies* O.P. a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni.

[369] Occorre tuttavia rilevare come l'orientamento della prima sezione penale della Cassazione si muova in direzione diametralmente opposta in materia di regime detentivo speciale. Lo dimostra la recentissima sentenza n. 28250/14 in cui la Corte sancisce 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. La questione è nata da alcune circolari dell'amministrazione penitenziaria che, con apprezzabile apertura nei confronti delle esigenze dei minori, avevano previsto la possibilità per quest'ultimi, in caso di stretto legame parentale con il detenuto, di oltrepassare il vetro divisorio negli ultimi dieci minuti del colloquio avendo così un contatto diretto con la figura genitoriale. Le esigenze di sicurezza risultavano comunque garantire dell'obbligatoria registrazione del colloquio e dall'impossibilità per gli altri familiari di partecipare a quest'ultima parte del colloquio. Il Magistrato di sorveglianza di Roma, in seguito alla presentazione di un reclamo da parte un detenuto sottoposto al regime differenziato disponeva l'immediata disapplicazione delle circolari ministeriali ritenendo che l'esclusione della presenza della madre fosse una precauzione sproporzionata rispetto ai fini di prevenzione del regime speciale. In seguito al ricorso per Cassazione, presentato dal Ministero della Giustizia avverso l'ordinanza, il Giudice di Legittimità accoglie la doglianza e annulla senza rinvio: se è certo che le esigenze del minore possono essere tutelate con una gradualità dei contatti con il congiunto detenuto è altrettanto vero che in nessun caso le necessità del minore possono eliminare le esigenze securitarie previste dalla legge per la sicurezza nazionale e pubblica.

Secondo la ricostruzione offerta dal giudice *a quo*, 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. La misura prevista dall'art. 47 *quinquies* O.P., infatti, non costituirebbe solo un beneficio tendente al reinserimento sociale 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. Facendo prevalere su tale interesse la pretesa punitiva dello Stato, osserva il rimettente, la disposizione denunciata riverserebbe irragionevolmente «*sulle fragili spalle del minore*» le conseguenze delle gravi responsabilità penali della madre e della sua scelta di non collaborare con la giustizia. 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, con il corrispondente diritto di questi di essere educati e con l'obbligo di protezione dell'infanzia.

La Consulta ritiene la questione fondata, attribuendo a tali esigenze una posizione di assoluta preminenza. In particolare, attraverso una puntuale ricostruzione del rapporto che lega il regime detentivo speciale con la tutela dei rapporti affettivi all'interno della normativa penitenziaria, i giudici costituzionali sottolineano come l'introduzione della detenzione domiciliare speciale rappresenti una delle tappe basilari raggiunte dal legislatore nell'ambito del progressivo ampliamento dei presidi a tutela del rapporto tra condannate madri e figli minori. Vi è di più. L'istituto oggetto del giudizio svolgerebbe, all'interno dell'ordinamento, una duplice funzione, partecipando contemporaneamente «*alla finalità di reinserimento sociale del condannato, costituente l'obiettivo comune di tutte le misure alternative alla detenzione*»[370] e alla tutela dell'interesse prioritario «*di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto*

[370] Affermazione a conferma di un precedente orientamento espresso dalla stessa Corte nella sentenza n. 177 del 2009 nonché della giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, Sezione I, 7 marzo 2013-19 settembre 2013, n. 38731; Corte di cassazione, Sezione I, 20 ottobre 2006-14 dicembre 2006, n. 40736).

quanto più possibile "normale" con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo»[371]. Facendo leva sulla doppia natura sottesa all'introduzione della detenzione domiciliare speciale nell'ordinamento penitenziario, la Corte rileva come la misura non possa essere ragionevolmente assoggettata agli stessi limiti previsti dal regime detentivo speciale in relazione agli altri benefici penitenziari.

In altri termini, l'omologazione di trattamento appare lesiva dei parametri costituzionali evocati dal rimettente «*ove si guardi alla ratio storica primaria del regime in questione, rappresentata dalla incentivazione alla collaborazione, quale strategia di contrasto della criminalità organizzata. Un conto, infatti, è che tale strategia venga perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari [...]; altro conto è che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico.* In questo modo *«il "costo" della strategia di lotta al crimine organizzato viene traslato su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare*».

La stessa finalità rieducativa, svolta concorrentemente dalla norma oggetto del giudizio, non vale a legittimare il divieto d'accesso *tout court* alla misura: subordinare la concessione a un indice legale del "ravvedimento" del condannato, infatti, «*può risultare giustificabile quando si discuta di misure che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita. Cessa, invece, di esserlo quando al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo*».

[371] La Corte ricorda altresì come in precedenti interventi la giurisprudenza costituzionale aveva già posto in evidenza la speciale rilevanza dell'«*interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione*»: «*interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno*» (sentenza n. 31 del 2012; in senso analogo, sentenza n. 7 del 2013).

A questo proposito, la Corte chiarisce espressamente come «*nemmeno 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 seguito alla commissione di un reato*» tuttavia, affinché l'interesse del minore 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, allora, non risiede nella previsione della mancata possibilità di concedere la misura oggetto del giudizio ma nell'aver reso tale preclusione generale e automatica, impedendo al giudice di far emergere quella funzione di garanzia del minore che sottintende alla detenzione domiciliare speciale. Funzione, questa, posta dall'ordinamento a tutela dell'interesse primario dell'infanzia che, solo in ragione di ipotesi del tutto eccezionali, può conoscere limitazioni in ragione della pretesa punitiva dell'apparato statale[372].

2. Dal diritto a uno spazio detentivo dignitoso al diritto a non subire tortura

Diversamente da quanto avvenuto in materia di affettività intramuraria, l'analisi del diritto a uno spazio detentivo dignitoso e a non subire tortura deve necessariamente prendere le mosse dal quadro normativo internazionale e, più precisamente, da quanto previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia

[372] La Consulta dichiara altresì l'illegittimità consequenziale in riferimento alla misura della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 *ter*, comma 1, lettere a) e b) O.P.): ciò, per evitare che «*una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore in parte qua*».

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[373]. Il riferimento è naturalmente all'art. 3, a norma del quale "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". La disposizione assume, nel sistema convenzionale, valenza assoluta: da un lato, si tratta di un divieto non suscettibile di deroga, neppure in caso di guerra[374] o qualora sussista un pericolo pubblico per

---

[373] Firmata a Roma il 4 novembre 1950, rappresenta la risposta della neonata Comunità Europea alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, entrata in vigore appena due anni prima ed espressamente richiamata nel Preambolo. La Convenzione, recepita nell'ordinamento italiano con l. 848 del 1955, ha posto alcuni problemi in ordine alla sua collocazione all'interno del sistema delle fonti: trattandosi di una legge ordinaria, ricettiva di un atto a contenuto intrinsecamente "costituzionale", sono stati sollevati alcuni problemi interpretativi[373] circa il grado da attribuire alla CEDU. La questione è stata ripetutamente sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, la quale, dopo una serie di sentenze oscillanti fra teorie di ordinarietà e costituzionalità delle norme convenzionali, ha raggiunto un orientamento più chiaro con due sentenze convergenti sui contenuti (sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349). In tali pronunce la Consulta riconosce, in sintesi, il carattere di norme interposte da attribuire alle disposizioni contenute nella Convenzione e relativi Protocolli, giungendo ad affermare che «*la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale*»: in altre parole, qualora il giudice interno non riuscisse a risolvere l'antinomia fra norma interna e CEDU per via interpretativa, si porrebbe una questione di costituzionalità della disciplina interna in raffronto al parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma. In virtù del rinvio dell'art. 117 Cost., le previsioni della CEDU sarebbero quindi idonee a rendere costituzionalmente illegittime eventuali disposizioni di rango ordinario con esse contrastanti. Si tratta si un orientamento non può che rafforzare la tesi a sostegno della necessaria introduzione di uno specifico reato di tortura, che permetta la repressione penale in forma adeguata della violazione del divieto di cui all'art. 3 CEDU.

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

la nazione; dall'altro, neanche le più pressanti esigenze di tutela della collettività valgono ad autorizzare il compimento delle condotte da essa vietate[375].

L'inderogabilità emerge a più riprese anche dalla giurisprudenza della Corte EDU secondo la quale la disposizione di cui all'art. 3 «*consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche*», valore che non può subire compressioni neppure «*in relazione alle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata*»[376]. Si tratta cioè di principi assoluti che gli Stati contraenti sono obbligati a rispettare: in nessun caso, quindi, potrà ritenersi legittima la compressione dei diritti da esso derivanti e, conseguentemente, nessun bilanciamento di valori può ritenersi rispettoso del dettato di cui all'art. 3 CEDU[377].

Circa le condotte riconducibili al divieto, è stato osservato come nel sistema convenzionale l'articolo rappresenti la norma cardine per apprestare effettiva tutela alla sfera psicofisica dell'individuo, in grado di ricondurre all'interno del suo alveo di applicazione distinte ipotesi criminose connotate da un livello minimo di gravità[378]. Proprio in riferimento all'intensità del comportamento contrario

---

[375] Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU),* in *Diritto Penale e Contemporaneo*, 2011, p. 236 ss.

[376] Corte EDU, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26722/95. Nello stesso senso anche le pronunce: 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05, 24 maggio 2005 *Khashiyev e Akayeva c. Russia, , ricorsi n. 57942/00* e 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, ricorso n. 21987/93.

[377] A questo scopo su tutti gli Stati contraenti gravano non solo obblighi negativi (cioè di astensione dal compiere azioni contrarie al divieto), ma anche pervasivi obblighi positivi (cioè di protezione a fronte di condotte contrarie all'art. 3). Tale principio, espresso per la prima volta dalla Commissione nel parere reso l'8 luglio 1993 nel caso *Hurtado c. Svizzera*, rileva soprattutto ai fini dell'emersione del diritto a non subire tortura (*infra*, cap. 3, par. 2.2.). Sugli obblighi positivi, Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008 p. 222 ss. e A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford - Portland Oregon*, 2004.

[378] In effetti, non tutte le condotte che incidono sull'integrità psicofisica del soggetto integrano autonomamente una violazione dell'art. 3 CEDU: la giurisprudenza di Strasburgo richiede il superamento di una soglia minima di gravità, in relazione alle circostanze oggettive del fatto e alle

all'art. 3, la Corte EDU distingue le categorie di condotte messe al bando dalla norma ravvisando, nel caso della tortura, un comportamento connotato da particolare gravità dei trattamenti[379]. In altri termini, essa si qualifica come una "forma aggravata" del trattamento inumano e degradante, aggravio che necessariamente conduce a conseguenze più incisive per il trasgressore sia dal punto di vista dell'immagine internazionale - soprattutto in termini di reputazione dello Stato - sia sul piano processuale e risarcitorio[380].

Imprescindibile, allora, comprendere quando un comportamento integri la fattispecie di tortura o, al contrario, rientrando in una sfera di minore intensità della condotta criminosa, sia riconducibile alla diversa ipotesi di trattamento inumano. I giudici di Strasburgo hanno individuato una serie di condizioni la cui

---

condizioni soggettive della vittima. In particolare deve trattarsi di condotte che comportino un livello di sofferenza che vada al di la di quella che inevitabilmente consegue dallo stato di limitazione della libertà personale e dall'applicazione di una pena legittima. La giurisprudenza di Strasburgo ha variamente interpretto il criterio della "soglia minima di gravità"; a questo proposito si vedano, con diversità di orientamenti e su diverse questioni: sent. 22 aprile 2010, *Sevastyanov c. Russia*, ric. n. 37024/02, sent. 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05, sent. 8 gennaio 2009, *Filiz Uyan c. Turchia*, ric. n. 7496/03; sent. 17 marzo 2009, *Salmanoğlu e Polattaş c. Turchia*, ric. n. 15828/03e sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, cit.

Si affianca alla soglia minima di gravità il criterio della valutazione relativa: la presunta violazione dell'art. 3 CEDU deve essere valutata attraverso l'utilizzo di un metodo empirico, tenendo conto sia del comportamento materiale, sia delle condizioni soggettive della vittima. Cfr. M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 355.

[379] Al contrario la distinzione tra trattamenti inumani e trattamenti degradanti assume scarsa rilevanza essendo i termini non di rado utilizzati come sinonimi sia dalle fonti sovranazionali sia dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU.

[380] Cfr. A. COLELLA, op. cit., p. 224. L'Autore rileva come l'interpretazione evolutiva che ispira le pronunce della Corte con riferimento alla distinzione fra le categorie di condotte messe al bando dall'art. 3 CEDU abbia generato pronunce spesso in disaccordo: non di rado quelli che sarebbero stati qualificati come trattamenti "inumani" vengono ritenuti sufficientemente gravi da integrare vere e proprie ipotesi di "tortura" e viceversa. Tale conclusione è confermata dall'analisi di diverse pronunce tra cui: sent. 2 ottobre 2008, *Akulinin e Babich c. Russia*, ric. n. 5742/02, sent. 2 ottobre 2008, *Belousov c. Russia*, ric. n. 1748/02, sent. 16 giugno 2009, *Gurgurov c. Moldavia*, ric. n. 7045/08, sent. 5 gennaio 2010, *Paduret c. Moldavia* ric. n. 33134/03 e la sent. 4 novembre 2010, *Aleksandr Sokolov c. Russia* ric. n. 20364/05, sent. 13 luglio 2010, *Carabulea c. Romania*, ric. n. 45661/99, sent. 15 giugno 2010, *Harutyunyan c. Armenia* ric. n. 34334/04.

presenza consente, in primo luogo, di affermare se vi è stato il superamento della soglia di gravità dei trattamenti e, conseguentemente, di comprendere quando risulti integrata la diversa e ben più grave fattispecie di tortura. Si tratta di giudizi basati su diversi parametri: valutazione circa le conseguenze fisiche e mentali subite dalla vittima, stato di salute della stessa, durata e intensità della violazione, natura particolarmente violenta degli atti, eventuale sistematicità e, soprattutto, intenzionalità della condotta. Questo l'elemento centrale del discrimine: per poter ascrivere un comportamento alla fattispecie di tortura occorre l'indefettibile presenza di un peculiare elemento soggettivo, consistente nell'intenzione di torturare al fine di perseguire uno scopo ulteriore[381]; tale requisito, al contrario, non è presente nei trattamenti inumani o degradanti, spesso privi dell'elemento relativo alla finalità di perseguire lo scopo illecito.

Poste in questi termini le premesse dell'indagine, occorre delimitarne i confini. Se, come si avrà modo di approfondire[382], la definizione di tortura è agilmente ricavabile da numerose disposizioni sovranazionali, altrettanto non può dirsi in riferimento ai trattamenti inumani o degradanti al cui interno, come anticipato, rientrano diverse condotte[383]. Non essendo questa la sede per approfondire l'intero novero delle ipotesi ascrivibili a tale categoria[384], l'indagine sarà incentrata su un fenomeno pacificamente riconducibile al suo interno: il sovraffollamento carcerario. La scelta, in conformità a quanto premesso nelle riflessioni introduttive del presente capitolo, si deve a una triplice considerazione:

---

[381] P. PUSTORINO, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011, p. 66. Nello steso senso M. PALMA, *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo di prevenzione della tortura*, in *Volti e maschere della pena*, op. cit., p. 177.

[382] *Infra*, cap. 3, par. 2.2.1.

[383] L'impossibilità di fornire una precisa definizione dei comportamenti riconducibili alla fattispecie dei "trattamenti inumani o degradanti" è stata rilevata anche dalla giurisprudenza costituzionale (*supra*, cap. 2, par. 2.3.) .

[384] Per un'attenta ricostruzione delle condotte ascrivibili a tale fattispecie Cfr. A. COLELLA, op. cit., p. 224 - 225, M. ORLANDI, *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. pen*., VII, 2013, p. 213 e E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, Livorno, 2013, p. 21.

il diritto a uno spazio detentivo dignitoso non è espressamente positivizzato nella normativa italiana (e ciò permette di inserirlo nella categoria dei diritti sommersi); la sua negazione incide fortemente sullo stato psicofisico del ristretto; si tratta di un fenomeno oggetto di recentissimi interventi giurisprudenziali e normativi che impongono un'analisi critica circa l'eventuale processo di emersione.

L'importanza dell'indagine appare ulteriormente confermata dalla natura del diritto. Da un lato esso si pone come fenomeno trasversale, tale cioè da interessare l'intera popolazione carceraria a prescindere dalla tipologia di reato o dalle caratteristiche soggettive dell'autore; dall'altro, la mancata garanzia del diritto risulta integralmente imputabile alle scelte compiute dal legislatore. In diversi termini, se in riferimento ad altre situazioni di vantaggio - quali il diritto al lavoro o all'affettività intramuraria - la limitazione del godimento del diritto può essere in parte imputabile a fattori non del tutto riconducibili alla volontà normativa[385], il fenomeno del sovraffollamento carcerario dipende *in toto* dalle scelte di politica criminale poste in essere dalle forze governative. Come si avrà modo di specificare[386], infatti, i flussi di entrata e uscita dal carcere dipendono esclusivamente dalla posizione che il legislatore attribuisce alla misura custodiale nel sistema sanzionatorio: le scelte compiute negli ultimi anni - criminalizzazione ossessiva di numerose condotte e progressiva diminuzione del ricorso alle misure alternative - hanno condotto a un sistema carcerario ormai patogeno e criminogeno[387].

---

[385] Si pensi, ad esempio, alle difficoltà spesso incontrate dall'amministrazione penitenziaria nell'accordarsi con soggetti esterni al carcere per garantire lo svolgimenti del lavoro extramurario (art. 21 *bis* O.P.) o ancora, alla necessaria sussistenza di rapporti familiari per garantire il godimento del diritto all'affettività intramuraria. Fattori questi, che sfuggono in gran parte dal controllo del legislatore il quale potrà agire solo per mettere in campo politiche volte alla loro agevolazione.

[386] *Infra*, cap. 3, par. 2.1.

[387] In questi termini G. M. FLICK ha definito il fenomeno del sovraffollamento carcerario nel suo intervento conclusivo del corso "Diritti dei detenuti e Costituzione" - Università degli Studi Roma Tre, 6 dicembre 2011. Il testo dell'intervento, pubblicato integralmente sul sito *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it* riprende, integra e approfondisce precedenti riflessioni sul tema della dignità, dei diritti inviolabili e della rieducazione nella realtà del carcere, svolte il 20 ottobre 2006 per il Coordinamento dei magistrati di sorveglianza, nonché il 29 novembre 2008 e il

Le riflessioni che precedono permettono agevolmente di comprendere perchè l'endemico fenomeno del sovraffollamento sia qualificabile, secondo costante giurisprudenza della Corte EDU[388], come un trattamento inumano e degradante tale da integrare la violazione di cui all'art. 3 della Convenzione.

Va rilevato come, nell'opera di determinazione della superficie minima vitale, i giudici di Strasburgo abbiano risentito dell'influenza delle raccomandazioni espresse dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (di seguito CPT)[389], ma non fino al punto di attribuire a tali indicazioni un'efficacia vincolante. Tale organo, infatti, pur non avendo stilato un rapporto generale al riguardo, aveva da tempo individuato uno *standard* minimo per le celle degli istituti penitenziari pari a 6 mq per una camera singola, 9 mq per una cella doppia e, con riferimento agli spazi più ampi, di 4 mq per detenuto[390]. Sulla base di tali indicazioni la giurisprudenza della Corte EDU ha individuato un doppio criterio: se la superficie garantita a ciascun ristretto è inferiore a 3 mq si ritiene automaticamente integrata la violazione di cui all'art. 3 CEDU, a prescindere dalla necessità di dimostrare la sussistenza di altre

---

20 novembre 2009 per il 41° e il 42° Convegno nazionale del SEAC (Coordinamento enti e associazioni volontariato penitenziario).

[388] Cfr. *ex plurimis*, sent. 7 aprile 2006, *Karalevicius c. Lituania*, ric. n. 53254/99 e, per quanto riguarda l'Italia, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03 (*infra*, cap. 3, par. 2.1.1.).

[389] Si tratta del Comitato previsto dall'art. 17 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti adottata dalle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987. Rinviando al paragrafo sul diritto a non subire tortura per un esaustivo inquadramento dell'organo, in questa sede deve anticiparsi che il Comitato è composto da dieci esperti di alto valore morale e di accertata competenza in materia di diritti umani, è dotato di ampi poteri di esame e investigazione, sottopone a revisione le relazioni periodiche degli Stati parte e ha la possibilità di invitare agenzie ONU, organismi governativi e non governativi a trasmettere informazioni. Per un'analisi esaustiva del Comitato europeo contro la tortura e, più in generale, sull'operato dei Comitati a livello internazionale Cfr. L. CARLASSARRE, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988.

[390] Cfr. Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, *Gli Standard del CPT. Rilievi essenziali e generali dei Rapporti Generali del CPT*, pubblicato sul sito *www.cpt.coe.int*.

gravi carenze[391]. Diversamente, qualora lo spazio detentivo sia pari o superiore a tale soglia ma inferiore rispetto alla superficie raccomandata dal CPT (4 mq), può comunque configurarsi un trattamento inumano o degradante se, oltre alla limitatezza dello spazio, siano riscontrabili altre gravi carenze quali i tempi di permanenza all'aperto eccessivamente limitati[392], l'insufficiente illuminazione o aerazione della cella[393], la grave mancanza di intimità[394].

Può dunque affermarsi che, nella più recente giurisprudenza europea, due soglie hanno rilievo ai fini della valutazione del divieto di cui all'art. 3 CEDU. La prima, pari a 3 mq, configura una presunzione assoluta di illegittimità, il cui mancato rispetto integra di per sé la violazione della Convenzione. La seconda, 4 mq, è soltanto "tendenziale": il mancato rispetto integrerà un trattamento inumano solo se l'esiguità dello spazio si accompagni ad altri aspetti negativi della vita in istituto.

Poste in questi termini le premesse generali dell'indagine, nei paragrafi successivi l'attenzione sarà focalizzata sull'ordinamento italiano per comprendere se, e come, la giurisprudenza della Corte EDU e le pronunce della Consulta possano favorire l'effettiva tutela del diritto a uno spazio detentivo dignitoso e a non subire tortura, diritti che - seppur con un diverso grado di intensità - appaiono ancora oggi in larga parte sommersi.

2.1. Il diritto a uno spazio detentivo dignitoso. Il Messaggio del Presidente della Repubblica, le "leggi carcerogene" e gli interventi della Consulta

«[…] Se mi sono risolto a ricorrere ora alla facoltà di cui al secondo comma dell'articolo 87 della Carta, è per porre a voi con la massima determinazione e concretezza una questione scottante, da affrontare in tempi stretti nei suoi termini

[391] Cfr. *ex plurimis*, C. edu, sent. 22 aprile 2014, *G.C. c. Italia*, ric. n. 73869/10.

[392] Cfr. C. edu, sent. 17 gennaio 2012, *Istvan Gabor Kovcs c. Ungheria*, ric. n. 15707/10.

[393] C. edu, sent. 9 ottobre 2008, *Moisseiv c. Russia*, ric. n. 62936/00 nonchè C. edu, sent. 12 giugno 2008, *Vlassov. c. Russia*, ric. n. 78146/01.

[394] C. edu, sent. 1 marzo 2007, *Belevitskiy c. Russia*, ric. n. 72967/01.

specifici e nella sua più complessiva valenza. Parlo della drammatica questione carceraria e parto dal fatto di eccezionale rilievo costituito dal pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, con la sentenza […] Torreggiani e altri contro l'Italia, ha accertato, nei casi esaminati, la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea che […] pone il divieto di pene e di trattamenti disumani o degradanti a causa della situazione di sovraffollamento carcerario […]. Viene così ad essere frustrato il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena, stante l'abisso che separa una parte - peraltro di intollerabile ampiezza - della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'art. 27 della Costituzione. Il richiamo ai principi posti dall'art. 27 e dall'art. 117 della nostra Carta fondamentale qualifica come costituzionale il dovere di tutti i poteri dello Stato di far cessare la situazione di sovraffollamento carcerario entro il termine posto dalla Corte europea, imponendo interventi che riconducano comunque al rispetto della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti umani. […] Sottopongo dunque all'attenzione del Parlamento l'inderogabile necessità di porre fine, senza indugio, a uno stato di cose che ci rende tutti corresponsabili delle violazioni contestate all'Italia dalla Corte di Strasburgo: esse si configurano, non possiamo ignorarlo, come inammissibile allontanamento dai principi e dall'ordinamento su cui si fonda quell'integrazione europea cui il nostro paese ha legato i suoi destini. Ma si deve aggiungere che la stringente necessità di cambiare profondamente la condizione delle carceri in Italia costituisce non solo un imperativo giuridico e politico, bensì in pari tempo un imperativo morale. Le istituzioni e la nostra opinione pubblica non possono e non devono scivolare nell'insensibilità e nell'indifferenza, convivendo - senza impegnarsi e riuscire a modificarla - con una realtà di degrado civile e di sofferenza umana come quella che subiscono decine di migliaia di uomini e donne reclusi negli istituti penitenziari […]»[395].

Con queste parole il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, nel messaggio inviato alle Camere l'8 ottobre 2013, ha richiamato l'attenzione delle

[395] Il messaggio alla Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano ai sensi dell'art. 87, comma 2 Cost., è pubblicato sul sito *www.quirinale.it.*

forze politiche sull'endemico problema del sovraffollamento carcerario in Italia[396]. Si afferma la stringente necessità di modificare profondamente il sistema penitenziario, attraverso «una decisa inversione di tendenza sui modelli che caratterizzano la detenzione, modificando radicalmente le condizioni di vita dei ristretti, offrendo loro reali opportunità di recupero». Un imperativo giuridico, politico e morale che il Capo dello Stato rivolge a Parlamento e Governo affinché mettano in campo politiche di cambiamento strutturali e profonde che, contrariamente a quanto avvenuto nelle passate legislazioni, possano evitare il riprodursi del fenomeno.

Il riferimento è *in primis* all'indulto concesso all'inizio della XV legislatura[397], avente come uniche finalità esigenze di deflazione della popolazione carceraria. A dimostrazione della natura meramente emergenziale, i dati statistici: prima della sua adozione risultavano presenti nelle carceri italiane 61.264 detenuti[398], a fronte di una capienza regolamentare pari a 45.400 posti. Dopo l'indulto la popolazione carceraria ha registrato una significativa diminuzione (39.005 detenuti[399]); tuttavia, l'effetto deflattivo è stato rapidamente riassorbito. Al 31 dicembre 2008 la popolazione carceraria era risalita a 58.127 unità, al 30 giugno 2011 era giunta a 67.394 e, al 31 dicembre 2013 i detenuti presenti nelle carceri italiane ammontavano a 62.536 di cui in larga parte in attesa di giudizio (40%), stranieri (34%) e tossicodipendenti (24%)[400].

Non sembra particolarmente complesso individuare l'origine del problema: per la maggioranza parlamentare che ha approvato la legge, l'indulto si è risolto in una questione politica, integralmente svincolata da strategie di lungo periodo. Lo dimostra la mancata approvazione, in seguito all'adozione della misura, di riforme

[396] Non si tratta del primo intervento del Capo dello Stato in materia: il Presidente Napolitano nel corso del 2013 ha più volte sottolineato la drammaticità della situazione detentiva in Italia, specificando nel discorso tenuto a settembre in occasione della commemorazione delle Quattro Giornate di Napoli, l'intenzione di indirizzare un messaggio alle Camere avente ad oggetto la necessità di una modifica profonda e strutturale degli istituti penitenziari.

[397] L. n. 241 del 2006 ("Concessione di indulto").

[398] Dati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia e riferiti al 30 giugno 2006.

[399] *Ibidem* 31 dicembre 2013.

[400] *Ibidem*.

normative in grado di incidere in maniera sostanziale sul sistema carcerario stabilizzando l'effetto deflattivo. Il ricorso a interventi emergenziali, quali l'amnistia e l'indulto, si traduce così in un'azione politicamente rilevante - soprattutto a causa dell'impatto negativo sull'opinione pubblica - ma sostanzialmente ininfluente in termini di struttura di sistema: al contrario, qualora le misure fossero accompagnate da scelte normative strutturali, in grado di incidere sull'assetto ordinamentale cristallizzando l'effetto deflattivo, si delineerebbe un sistema realmente riformato e fondato sul ripristino di una legalità impunemente violata[401].

L'attuale condizione di sovraffollamento penitenziario si pone infatti come problema di legalità, i cui effetti pongono l'ordinamento in una condizione di incostituzionalità accertata, ancorché non dichiarata. Individuare soluzioni concrete non è allora una scelta politica: piuttosto un comandamento giuridico inderogabile, come rimarca nel suo messaggio il Quirinale adoperando - per ben dieci volte - le parole «imperativo», «dovere», «obbligo», spesso accompagnate dall'attributo «costituzionale»[402].

È quanto rilevato anche dalla Commissione mista del Consiglio Superiore della Magistratura istituita il 26 luglio 2010 per effettuare un'indagine sull'attuale condizione delle carceri italiane[403]. La Commissione ha rilevato come l'alto tasso

---

[401] In argomento, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit. 79. Secondo l'Autore è ormai evidente come a "meno Stato sociale" e a minor interventismo economico corrisponde "più Stato poliziesco e penale". Si vedano altresì, M. RUOTOLO, *Carcere e inclusione sociale*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012, p. 125 ss. e E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, p. 117.

[402] Letteralmente A. PUGIOTTO, *I volti costituzionali della pena (e i suoi sfregi)*, Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, tenutosi presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso il 30 maggio 2014 e pubblicata sul sito *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*.

[403] Si tratta della c.d. Commissione Giostra, composta da tre membri del Consiglio Superiore della Magistratura, uno dei quali con funzioni di coordinatore, tre magistrati designati dal Ministro della Giustizia, e sei magistrati di sorveglianza. Obiettivo della Commissione «quello 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

di crescita della popolazione carceraria sia in gran parte dovuto agli effetti di alcune recenti leggi che hanno condotto a un costante aumento della c.d. detenzione sociale[404]. Il riferimento è anzitutto alle scelte legislative compiute in materia di recidiva, stupefacenti e immigrazione, espressione di un chiaro giudizio di valore: si tratta di fenomeni ridotti a mera emergenza criminale e, conseguentemente, affrontati esclusivamente come questione di ordine pubblico, negandone le enormi ricadute sociali.

Ne sono espressione anzitutto le leggi nn. n. 251 del 2005 (c.d. ex Cirielli), 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini)[405] e 49 del 2006 (c.d. Fini-Giovanardi)[406]. Il primo intervento si ascrive a pieno titolo nel *trend* di un più accentuato rigorismo nei confronti dei soggetti recidivi. In estrema sintesi, può dirsi che il legislatore ha modificato la normativa inasprendo il regime punitivo sotto diversi e numerosi punti di vista: consistente aumento del *quantum* di pena in caso di condotte reiterate (artt. 99, comma 4 e 81, comma 4, c.p. ; art. 671, comma 2-*bis* c.p.p.); limitata applicazione delle attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.); divieto di bilanciamento delle circostanze (art. 69, comma 4 c.p.); dilatazione dei tempi relativi alla prescrizione e alla concessione dei permessi premio (artt. 161, comma 2 c.p. e 30 *quater* O.P.); divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656,

---

Superiore della Magistratura, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, 2013 , n. 160, p. XIII).

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

[405] La normativa concernente l'immigrazione è contenuta nel D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

[406] La normativa di riferimento è contenuta nel D.P.R. n. 309/1990 (Testo unico in materia di stupefacenti), come modificato a seguito del referendum abrogativo del 1993 e successivamente dal d.l. n. 272/2005 (c.d. "decreto Olimpiadi"), convertito, con modificazioni, nella l. n. 49/2006.

comma 9 c.p.p.) e forti limitazioni all'accesso alle misure alternative (artt. 47 *ter*, comma 1.1; 50 *bis*; 58- *quater*, comma 1 e 7 *bis*)[407].

Quanto al secondo intervento, va rilevato come la legge Bossi-Fini - soprattutto in seguito alle novità apportate dal pacchetto sicurezza del 2009[408] - abbia introdotto significative modifiche alla disciplina previgente, prevedendo la privazione della libertà personale nei centri di identificazione ed espulsione (CIE) per i cittadini stranieri entrati irregolarmente nel territorio nazionale, riformando in senso restrittivo la disciplina del diritto di asilo, introducendo il reato (e l'aggravante) di immigrazione clandestina e, infine, rendendo più difficoltoso l'ingresso e il soggiorno regolare dello straniero. Analoghe esigenze securitarie hanno ispirato la legislazione sugli stupefacenti. Le novità più significative apportate dalla legge del 2006 riguardano la maggiore severità del trattamento sanzionatorio e l'impossibilità di operare una modulazione della pena in relazione all'illecito: nello specifico, le condotte relative all'utilizzo di droghe o sostanze psicotrope sono punite indifferentemente con la reclusione da sei a venti anni. L'uniformità delle sanzioni è diretta conseguenza dell'eliminazione della tradizionale distinzione tra droghe "leggere" e "pesanti", cosicché le sostanze risultano suddivise in due tabelle in luogo alle precedenti sei, che permettevano una modulazione della pena in relazione alla sostanza utilizzata[409].

Fortunatamente le tendenze securitarie e di criminalizzazione dei fenomeni sociali alla base delle c.d. "leggi carcerogene" sono state in parte arginate dalla Corte costituzionale: il quadro normativo risulta oggi radicalmente trasformato. Con la sentenza n. 249 del 2010, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'aggravante di clandestinità di cui all'art 1, comma 1, della l. 94/2009 «*la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata - per quanto riguarda la tutela di tali diritti - come causa ammissibile di trattamenti*

[407] Per un approfondimento sul regime introdotto dalla l. 251 del 2005 cfr. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Giuda Dir.*, 2006, 1, p. 33; D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 46, p. 104.

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

[409] Nella prima tabella sono accorpate droghe pesanti e leggere mentre nella seconda sono elencati i i prodotti usati con finalità terapeutiche, che contenendo sostanze stupefacenti o psicotrope.

diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato». Secondo la Corte infatti, «*il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, introducendo così una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività*». La censura più evidente nei confronti della norma sottoposta al giudizio riguarda il principio costituzionale di eguaglianza che, in generale, «*non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero*».

L'aggravante, infatti, non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali; in questo senso, prosegue la Corte «*la qualità di immigrato irregolare diventa uno "stigma", che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento*». Ciò determina un insanabile contrasto tra la disciplina censurata e gli articoli 3 e 25, secondo comma, della Costituzione.

Al contrario, in relazione al reato di ingresso e soggiorno irregolare la sentenza dichiara inammissibili e infondate le eccezioni sollevate dal rimettente, considerando prevalente l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori; interesse la cui assunzione a oggetto di tutela penale non potrebbe considerarsi irrazionale e arbitraria. La Corte costituzionale non si spinge oltre, tacendo sulla possibile illegittimità del reato di cui all'art. 10 *bis* in riferimento ai soggetti rientranti nelle categorie previste dall'articolo 19 del Testo Unico. Si tratta di minori stranieri, donne in stato di gravidanza o fino al sesto mese dopo il parto, familiari di cittadini italiani, stranieri che rischiano di subire atti persecutori

nei paesi di provenienza: tutti casi per cui l'ordinamento prevede il divieto di respingimento ed espulsione[410].

Quanto alla richiamata normativa in materia di stupefacenti la Consulta, con la sentenza n. 32 del 25 febbraio 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale

[410] La garanzia dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.) hanno portato più di recente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di un'altra norma introdotta dal pacchetto sicurezza del 2009. Si tratta dell'art. 12 del Testo unico nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure (sent. n. 331/2011). L'irragionevolezza della presunzione assoluta, si legge nella sentenza «*si coglie tutte le volte in cui sia "agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*». Nello stesso senso le sentt. nn. 231 e 164 del 2011, 265 del 2010 e 139 dello stesso anni.

Che gli interventi più importanti in materia siano stati compiuti in esecuzione di pronunce giurisprudenziali, è altresì confermato dal d.l. 89 del 2011, convertito con la l. 129 del 2011 che ha operato una modifica sul piano sanzionatorio del Testo unico sull'immigrazione dando seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011 (*El Dridi*) sostituendo la sanzione del carcere con quella della multa nell'ipotesi di inottemperanza dello straniero all'ordine di espulsione. Anche prima dell'intervento, i giudici disapplicando la norma del Testo unico contrastante con il diritto comunitario. È quanto rilevato da M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op.cit., p. 100-101.

Per un'analisi esaustiva del problema relativo alla normativa in tema di immigrazione Cfr. *ex plirimis* M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011; S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010; V. ONIDA, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in *Dir. soc.* 2009, p. 542; O. GIOLO, M. PIFFERI, *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino 2009, F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA, *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori,*Saveria Mannelli, 2009. Per un'analisi anche a carattere sovranazionale Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, I, Modena 2010.

Occorre infine rilevare come il recente d.l. 146 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 2014 (*Infra*, cap.3, par. 2.1.2.*)*, abbia riformato la disciplina, introducendo strumenti a carattere deflattivo - estensione della misura alternativa dell'espulsione dei detenuti stranieri - e introducendo significative novità in tema di identificazione con inevitabili riflessi sulla permanenza nei CIE (art. 16, comma 5, t.u. imm.). Sulle novità apportate alla disciplina in esame Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, op. cit., p. 85.

degli articoli 4 *bis* e 4 *vicies ter* della legge Fini-Giovanardi. La Corte ha rilevato l'illegittimità delle norme per contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost.: il Parlamento ha utilizzato impropriamente il potere che il dettato costituzionale gli attribuisce in sede di conversione della decretazione d'urgenza, introducendo discipline totalmente eterogenee rispetto alla materia contenuta nel decreto legge (disciplina in prevalenza recante misure per garantire la sicurezza e i finanziamenti per le Olimpiadi invernali di Torino).

La pronuncia, pur non entrando nel merito della questione inerente alla distinzione tra sostanze leggere e pesanti - e al relativo trattamento sanzionatorio - è destinata ad avere un impatto decisivo sul fenomeno del sovraffollamento carcerario. Le norme censurate, infatti, uniformando verso l'alto il trattamento sanzionatorio, avevano impresso una decisiva svolta repressiva alla strategia di contrasto agli stupefacenti, determinando un forte incremento dell'utilizzo della pena carceraria. La sentenza, dunque, eliminando con effetto retroattivo norme dal carattere prettamente securitario, comporta il ritorno alla normativa previgente fondata sulla distinzione tra sostanze leggere e pesanti e caratterizzata da un trattamento sanzionatorio meno severo[411]. Tale riviviscenza è destinata ad avere un impatto significativo sul sovraffollamento, sia per i riflessi sulle situazioni pregresse, sia - soprattutto - per l'impatto futuro: l'applicazione della disciplina previgente, traducendosi in condanne più miti, comporterà la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici previsti dalla disciplina penitenziaria[412].

---

[411] Si tratta della legge n. 162 del 1990 (c.d. Jervolino-Vassalli) così come emendata dal referendum del 1993.

[412] Sulla sentenza n. 32 del 2014, con particolare riguardo alle ricadute nel sistema penitenziario e alla violazione della disciplina riguardante la decretazione d'urgenza, cfr. A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup*, 27 febbraio 2014, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*. Si vedano altresì gli autorevoli contributi pubblicati nella Rivista *www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014: P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa'*; A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge;* D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale*;

Ancora una volta, quindi, gli interventi più significativi in chiave di decarcerizzazione e depenalizzazione sono di natura giurisprudenziale: occorre allora valutare se le recentissime riforme operate in materia di sovraffollamento - sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU - abbiano effettivamente condotto all'emersione del "diritto a uno spazio detentivo dignitoso" o se al contrario, come nel caso dell'affettività intramuraria, il percorso di cambiamento possa dirsi avviato ma non concluso.

2.1.1. Una prevedibile condanna: dal caso Sulejmanovic alla sentenza Torreggiani

Come più volte rilevato nelle riflessioni precedenti, l'Italia è stata oggetto di specifiche sentenze di condanna da parte dei giudici di Strasburgo in ragione della superficie *pro capite* estremamente esigua a disposizione di numerosi detenuti.

Si fa riferimento anzitutto alla sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 6 novembre 2009[413], tipico esempio della *ratio decidendi* utilizzata dalla Corte nel considerare automaticamente integrata la violazione di cui all'art. 3 della Convenzione, ove lo spazio detentivo per ciascun detenuto sia inferiore a 3 mq.

Nel caso di specie il ricorrente, cittadino bosniaco detenuto nella Casa Circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso dal novembre 2002 all'ottobre

---

G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*; A. FRANCO *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*; E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*; F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*; G. SERGES, *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*. Sulle modifiche apportate alla disciplina in esame dal più volte richiamato d.l. 146 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 2014 cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, op. cit., p. 49.

[413] C. edu, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03.

2003[414], lamentava di essere stato recluso in una cella di 16,20 mq fino al 15 aprile 2003 con cinque persone (disponendo di una superficie *pro capite* pari a 2,70 mq), per essere poi trasferito in altra cella di 16,20 mq con almeno quattro persone (disponendo di 3,40 mq ciascuno)[415]. Il ricorrente, inoltre, lamentava carenze nell'organizzazione della vita carceraria tali da non permettergli una vivibilità all'esterno della cella, restando ivi recluso per circa 18 ore al giorno[416]. La permanenza in carcere si sarebbe così tradotta in un trattamento inumano e degradante secondo quanto affermato dai richiamati principi sanciti dal Comitato per la prevenzione della tortura[417].

La Corte EDU dichiara fondato il ricorso, nei termini di seguito specificati, condannando l'Italia al risarcimento del danno in favore del ricorrente. Interessante - anche per comprendere le differenze con la successiva sentenza Torreggiani - l'*iter* argomentativo seguito dai giudici di Strasburgo. Si dà conto *in*

---

[414] Successivamente rilasciato a seguito dell'applicazione del c.d. indultino del 2003 (l. n. 207/2003: "Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni").

[415] Dal 15 aprile al 20 ottobre 2003.

[416] Lamentava infine di aver domandato invano di lavorare in carcere.

[417] Il Governo, su richiesta della Corte EDU, nel luglio 2008 produceva dati circa la condotta della vita carceraria a Rebibbia con particolare riferimento alla detenzione del ricorrente dai quali risulta che: tra l'ottobre 2002 e il novembre 2003 i detenuti presenti nell'istituto erano oscillati tra le 1.456 e le 1.660 unità, a fronte di una capienza pari a 1.271; che il Sulejmanovic era stato ristretto in una cella con altre cinque persone solo dal 17 gennaio 2003 al 5 aprile 2003; successivamente aveva diviso lo spazio con quattro detenuti (fino al 23 maggio 2003), due (fino al 5 luglio 2003), tre (fino al 1° ottobre 2003), di nuovo due (fino al 20 ottobre 2003, giorno della scarcerazione). Inoltre, rileva il Governo, le ore che il detenuto poteva trascorrere fuori dalla camera di pernottamento ogni giorno erano circa nove.

Quanto al merito del ricorso il Governo osserva che il Sulejmanovic, giovane e in buona salute, era stato detenuto per dieci mesi e venti giorni (un periodo relativamente breve), durante il quale non aveva subito percosse, isolamento, limitazioni alla corrispondenza, alla visita dei familiari e all'accesso a cure mediche. Circa i parametri violati si rileva come le indicazioni fornite del CPT siano più rigide rispetto a quelle della giurisprudenza EDU; ne conseguirebbe una mancata violazione dell'art. 3 della Convenzione. A ciò si aggiunge la considerazione che lo stesso CPT aveva visitato il carcere di Rebibbia nel 1992, giudicando le condizioni detentive nel complesso accettabili; l'aumento della popolazione carceraria non avrebbe comunque raggiunto il livello critico richiesto per la violazione dell'art. 3.

primis della normativa interna e sovranazionale rilevante per il caso di specie, facendo riferimento alle disposizioni penitenziarie relative alle condizioni dettate per i locali detentivi (illuminazione, aerazione, servizi igienici) e richiamando la Raccomandazione (Rec 2006) del Comitato dei Ministri sulle regole penitenziarie europee secondo le quali, di norma, ogni detenuto dovrebbe pernottare in una cella individuale.

Nel merito la Corte EDU rileva innanzitutto come, per costante giurisprudenza, l'art. 3 rappresenti uno dei valori fondamentali delle società democratiche, proibendo in termini assoluti la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dai fatti commessi dalla persona interessata. La disposizione impone allo Stato di sincerarsi che le condizioni detentive siano compatibili con il rispetto della dignità, che le modalità di esecuzione non obblighino il detenuto a soffrire una prova d'intensità superiore all'inevitabile sofferenza che reca con sé la detenzione e che il suo benessere sia adeguatamente assicurato.

Con specifico riferimento alla questione sollevata dal ricorrente, la Corte rileva l'impossibilità di quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale da assicurare ai singoli detenuti in ossequio alla Convenzione. Esso, infatti «*può dipendere da diversi fattori, quali la durata della privazione della libertà, le possibilità di accesso all'aria aperta o le condizioni psico-fisiche del detenuto*».

Questo principio, tuttavia, non ha impedito alla Corte di riconoscere, in diverse occasioni, che la mancanza di uno spazio personale inferiore ai 3 mq costituisca di per sé un'evidente violazione della Convenzione. Al contrario, qualora lo spazio sia superiore a tale soglia minima, occorre operare una valutazione casistica della violazione che tenga conto di altri aspetti relativi alle condizioni detentive (utilizzo privato dei servizi igienici, aerazione disponibile, accesso alla luce e all'aria, qualità del riscaldamento, rispetto delle primarie esigenze sanitarie).

Premesse tali argomentazioni, la Corte ne dà concreta applicazione al caso sottoposto al suo giudizio. Pur non constatando carenze nelle generali condizioni

di vita - possibilità di trascorrere circa 9 ore al giorno fuori dalla cella, presenza di un bagno attiguo alla stessa, disponibilità di riscaldamento e luce naturale nonché possibilità di godere di momenti ricreativi - la Corte ha accolto il ricorso nella parte in cui lo stesso si riferiva a un periodo, di oltre due mesi e mezzo, in cui il detenuto aveva avuto a disposizione una superficie di soli 2,7 mq (17 gennaio - 5 aprile 2003). Per il restante periodo di detenzione il ricorso è respinto, avendo il ricorrente fruito di superfici variabili fra i 3,24 e i 4,50 mq. Dunque, la mancata garanzia di uno spazio medio pari o superiore alla soglia dei 3 mq è ritenuta di per sé sufficiente a integrare la violazione dell'art. 3 della Convenzione, traducendosi automaticamente in un trattamento inumano e degradante. Interessante, per una valutazione di ampio respiro del fenomeno, in grado di considerare il sovraffollamento come un problema di natura politica piuttosto che mera questione di calcolo, l'opinione concordante del giudice Sajò: l'inumanità del trattamento sarebbe altresì rinvenibile nella considerazione che lo Stato non ha dimostrato di avere adottato misure compensative supplementari per attenuare le condizioni estremamente gravose derivanti dalla sovrappopolazione carceraria. Ulteriore aggravio nella situazione patita dal ricorrente sarebbe quindi costituita dal disinteresse dimostrato dallo Stato in relazione a un fenomeno in grado di incidere significativamente sulla dignità delle persone e sulla garanzia dei diritti inviolabili.

La condanna del 2009 non ha tuttavia inciso sullo "stato del disinteresse": dopo la sentenza, l'Italia ha adottato solo qualche timido intervento di riforma finalizzato alla riduzione del sovraffollamento. In sintesi, con il D.P.C.M. del 13 gennaio 2010 il Governo ha dichiarato lo "stato di emergenza" a cui ha fatto seguito un "Piano Carceri" articolato in quattro pilastri d'azione: i primi due riguardano interventi di edilizia carceraria; il terzo mira a introdurre modifiche normative al sistema sanzionatorio[418]; il quarto, infine, prevede un aumento del personale di polizia penitenziaria. Il piano, ancora in fase di realizzazione, ha avuto un'attuazione modesta e le misure adottate si sono dimostrate tutt'altro che idonee a fronteggiare alla radice il fenomeno del progressivo aumento della

[418] Si fa riferimento alla possibilità di applicare la detenzione domiciliare per pene detentive di breve durata e di estendere l'istituto della messa alla prova ai soggetti imputabili per reati minori, con conseguente sospensione del processo.

popolazione detenuta. A dimostrarlo, ancora una volta, l'incontrovertibile dato numerico: al 31 dicembre 2013 i detenuti presenti nelle carceri italiane ammontavano a 62.536[419].

Risposte più concrete sono giunte a livello amministrativo. Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha avviato, con una serie di circolari, un progetto di cambiamento organizzativo degli istituti penitenziari incentivando nuovi percorsi di gestione e trattamento dei detenuti: la c.d. sorveglianza dinamica. Si tratta di un istituto in cui tempo e spazio della pena assumono nuovo significato, rendendo la quotidianità penitenziaria maggiormente coerente con i principi costituzionali e ordinamentali. Si immagina un modello «*più efficace per assicurare l'ordine all'interno degli istituti, senza ostacolare le attività trattamentali […] che fonda i suoi presupposti su un sistema che fa della conoscenza del detenuto il fulcro su cui deve poggiare qualsiasi tipo di intervento trattamentale o securitario adeguato*»[420]. La nuova forma di sorveglianza «*consiste nella differenziazione degli istituti, per graduare in relazione alla tipologia giuridica e, prima ancora, al livello di concreta pericolosità dei soggetti*». A questo proposito la stessa circolare ammette che il percorso di cambiamento gestionale risulterebbe fortemente frustrato «*ove il perimetro della vita rimanesse confinato nei pochi metri quadri della cella o del corridoio così come avviene in troppi istituti*». Occorre, quindi, una diversa gestione degli spazi distinguendo chiaramente tra «*la cella - destinata, di regola, al solo pernotto - e luoghi dedicati alle principali attività trattamentali (scuola, formazione, lavoro, tempo libero) e i servizi (cortili passeggio, alimentazione, colloqui con gli*

[419] In proposito va messo in luce come alcuni interventi si siano realmente mossi in direzione di un'effettiva decarcerizzazione: la legge n. 199 del 2010, ha introdotto nell'ordinamento la misura dell'esecuzione presso il domicilio per le pene detentive fino a 12 mesi, estesa poi a 18 mesi dalla successiva legge n. 9 del febbraio 2012. La stessa legge è intervenuta sul fenomeno delle c.d. "porte girevoli", al fine di arginare il flusso di persone che fanno ingresso in carcere a seguito dell'arresto, per uscirne dopo pochi giorni, a seguito dell'udienza di convalida. In particolare, modificando l'art. 558 c.p.p., relativo al procedimento davanti al giudice monocratico, sono stati ridotti i termini per la convalida dell'arresto stabilendo il principio secondo cui gli arrestati devono essere custoditi, di regola, nel domicilio o nelle camere di sicurezza e solo in via residuale nelle case circondariali.

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

operatori), così creando le condizioni perchè il detenuto sia impegnato a trascorrere fuori dalla cella la maggior parte della giornata»[421].

Almeno sul piano amministrativo, dunque, un segnale c'è stato: le innovazioni proposte dalla citata circolare - seppur ancora disattese dalla maggioranza degli istituti italiani - manifestano la volontà dell'amministrazione di concorrere all'effettivo superamento del concetto di "camera di detenzione" in favore di quello originario, voluto dal legislatore penitenziario del '75, di "locale di pernottamento".

Tuttavia, i timidi interventi di riforma messi in campo dalle forze politiche tra il 2009 e il 2012 hanno fatto si che il caso Sulejmanovic costituisse solo il precedente giurisprudenziale di una più pesante condanna nei confronti dell'Italia. Il riferimento è, naturalmente, alla più volte richiamata sentenza Torreggiani dell'8 gennaio 2013[422] con la quale i giudici di Strasburgo hanno nuovamente condannato l'Italia a causa delle condizioni inumane sofferte da diversi detenuti in istituti sovraffollati.

La pronuncia assume un'importanza particolare - per il tema che qui interessa - non solo in riferimento all'oggetto ma anche in relazione alla sua qualifica giuridica: per evitare di essere ingolfata da cause seriali provenienti dal nostro Paese[423] la Corte sceglie di adottare una sentenza pilota, mettendo in mora lo Stato italiano e fissando in un anno il termine entro il quale lo stesso è chiamato a mettere in campo interventi in grado di ridisegnare gli spazi del carcere; spazi che, in conformità al dettato costituzionale, dovevano essere tali da garantire un'esecuzione penale umana, rieducativa e risocializzante[424].

---

[421] Sull'argomento, anche in relazione a ulteriori circolari ministeriali, Cfr. M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica*, in *www.giustizia.it*.

[422] C. edu, sent. 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

[423] Così letteralmente A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 4, p. 3662.

[424] Si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale - affermatosi per la prima volta nel caso *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96) - e ora formalizzato nell'art. 46 CEDU, comma 1 e

Nel merito, i ricorrenti - sette detenuti reclusi nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza - lamentavano di essere stati ristretti per diversi mesi in celle triple, con una superficie *pro capite* inferiore a tre mq. La carenza dello spazio detentivo risultava altresì aggravata - nella maggior parte dei casi - dall'assenza di acqua calda e dall'insufficiente illuminazione dovuta alla presenza di grandi barre metalliche apposte alle finestre della cella. Inoltre, come anticipato nel capitolo precedente[425], un ricorrente lamentava l'ineffettività della tutela giurisdizionale offerta dal reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza, ai sensi degli artt. 35 e 69 O.P. atteso che, una volta accertata la violazione dell'art. 3 CEDU (aprile 2010), l'amministrazione aveva dato esecuzione all'ordine del giudice solo dopo ripetute sollecitazioni rivolte alla direzione dell'istituto e al Ministero della Giustizia nel febbraio 2011.

Nel suo complesso tornante argomentativo la Corte sottolinea il carattere sistematico delle violazioni dell'art. 3 della Convenzione da parte dell'Italia, quale diretta conseguenza dell'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario[426].

---

dall'art. 61 del Regolamento della Corte, introdotto il 21 febbraio 2011. I giudici di Strasburgo ricorrono alla sentenza pilota quando ritengono che la violazione della Convenzione derivi da cause strutturali, peraltro testimoniate dall'esorbitante numero di ricorsi pendenti davanti alla Corte aventi il medesimo oggetto: si adotta allora una pronuncia che suggerisce le misure individuali e generali che lo Stato dove adottare per adempiere all'obbligo di conformazione alle sentenze definitive della Corte. A tal fine è previsto un termine per l'adempimento ed è contestualmente sospeso l'esame di tutti i ricorsi analoghi pendenti davanti alla Corte.

[425] *Supra*, cap. 2, par. 5.2.

[426] Come nel caso *Sulejmanovic* la Corte richiama la normativa interna e internazionale. In particolari i giudici di Strasburgo fanno riferimento alle funzioni del magistrato di sorveglianza, alla mancanza di uno strumento per la richiesta di risarcimento del danno, alla necessità di adottare provvedimenti maggiormente efficaci rispetto a quelli posti in essere tra il 2009 e il 2012. In questo senso la privazione della libertà personale dovrebbe essere soluzione di *extrema ratio*, con conseguente necessità di depenalizzare alcuni delitti: l'ampliamento delle strutture penitenziarie, infatti, non è misura adatta a offrire una soluzione duratura ai problemi del sovraffollamento. Le misure da adottare dovrebbero allora tradursi in una serie di interventi strutturali volti a modificare radicalmente la disciplina *ante* esecuzione (riduzione al minimo della custodia cautelare in carcere e ampliamento di mezzi alternativi come l'uso di strumenti di sorveglianza elettronici) e durante il corso della pena (ampliamento della misure alternative alla detenzione, in particolare della liberazione condizionale, di azioni volte a ridurre il tasso di recidiva e - con particolare riferimento alla spazio detentivo - di celle idonee a garantire luce, aerazione e condizioni igieniche e sanitarie).

In particolare, la Corte rileva che «*anche se nel caso di specie 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*»[427]: la detenzione sofferta, tenuto anche conto della durata e delle condizioni della carcerazione, ha sottoposto i ricorrenti a una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla carcerazione.

A ciò deve aggiungersi, in riferimento all'inefficacia delle forme di tutela dinanzi al magistrato di sorveglianza, che la regola dell'esaurimento delle vie interne mira a offrire agli Stati membri l'occasione per prevenire o riparare le violazioni denunciate. La Convenzione prescrive tuttavia l'esaurimento dei soli ricorsi che siano al tempo stesso disponibili e adeguati, caratteristiche non riscontrabili nel sistema italiano in quanto, dichiara la Corte «*non può pretendersi che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali*». Perché ciò accada non è sufficiente un'azione a carattere meramente risarcitorio, dovendosi altresì prevedere un rimedio preventivo che impedisca il verificarsi o il protrarsi della violazione dedotta.

Si invita, dunque, il legislatore nazionale ad adottare, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, misure e azioni effettive in grado di porre rimedio alla drammatica situazione in cui versano gli istituti italiani, in conformità al principio di sussidiarietà. In particolare la Corte stabilisce che lo Stato italiano dovrà dotarsi, entro un anno a decorrere dalla data in cui la sentenza sarà divenuta definitiva (28 maggio 2013), di un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, idonei a offrire un ristoro adeguato e sufficiente nei casi di sovraffollamento, in conformità ai principi della Convenzione, come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

[427] Il punto meriterebbe di essere maggiormente approfondito: sembra quantomeno doveroso chiedersi se dopo la sentenza *Sulejmanovic* la mancata adozione da parte del legislatore di misure idonee a far fronte all'accertato fenomeno del sovraffollamento carcerario non sia di per sé riprova della piena consapevolezza da parte dello Stato italiano che il proprio sistema di esecuzione penale si traducesse in un trattamento inumano o degradante.

Il caso Torreggiani ben esprime una condivisibile linea intransigente da parte delle Corte EDU nei confronti dell'Italia in riferimento al problema del sovraffollamento carcerario e, più in generale, della condizione penitenziaria. Sulla decisione ha influito - con tutta evidenza - la mancata adozione da parte degli ultimi governi di misure strutturali in grado di generare un'effettiva metamorfosi del sistema penale e penitenziario sia in riferimento alla tutela giurisdizionale dei diritti sia con riguardo alle politiche di decarcerizzazione. La natura meramente emergenziale degli interventi posti in essere rende le scelte del legislatore nazionale inidonee a operare efficacemente e in modo duraturo nella direzione suggerita dal Consiglio d'Europa: un progressivo contenimento del ricorso alla sanzione detentiva in vista della piena valorizzazione della persona e dei suoi diritti.

2.1.2. La risposta del Governo a Strasburgo: quattro interventi per evitare la condanna

Dalle riflessioni che precedono appare evidente come un'indagine sull'emersione del "diritto a uno spazio detentivo dignitoso" non possa prescindere dall'analisi dei maggiori interventi di riforma adottati negli ultimi mesi in risposta alla condanna della Corte EDU[428], rinviando per i rilievi critici al paragrafo immediatamente successivo.

Si colloca all'interno del quadro di riforma anzitutto la legge n. 94 del 2013 che, convertendo con modificazioni, il d.l. n. 78 dello stesso anno ha introdotto significative modifiche al codice penale, di procedura penale, all'ordinamento penitenziario e al testo unico sugli stupefacenti. Quanto alle modifiche procedurali, la legge innalza da 4 a 5 anni di reclusione il limite di pena per

[428] L'eterogeneità delle misure introdotte non permette - almeno in questa sede - un'indagine esaustiva dell'intero novero degli interventi adottati: l'analisi sarà quindi incentrata sulle riforme maggiormente incidenti sul "diritto a uno spazio detentivo dignitoso". Per un quadro completo delle riforme poste in essere Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, op. cit., p. 10 ss. Si veda altresì *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, M. RUOTOLO (a cura di), Napoli, 2014.

l'applicabilità della custodia cautelare in carcere (art. 280, comma 2, c.p.p.); impone al giudice di operare una valutazione sull'idoneità del luogo di esecuzione degli arresti domiciliari in considerazione delle prioritarie esigenze di tutela della persona offesa (nuovo comma 1 *bis* art. 284 c.p.p); amplia l'operatività della sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive di cui all'art. 656, comma 5 c.p.p[429].

Circa le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario, la legge ha innanzitutto operato un'importante innovazione riguardo ai soggetti recidivi reiterati, eliminando sia il divieto di concessione della detenzione domiciliare tra i tre e i quattro anni di pena sia l'impossibilità di accesso alla detenzione domiciliare infrabiennale. In secondo luogo, attraverso la modifica del comma 4 *bis* dell'art. 21 O.P., il legislatore ha ampliato la possibilità di ammettere i detenuti e gli internati a svolgere lavori di pubblica utilità[430] e, al fine di limitare l'ingresso in istituto di tossicodipendenti, ha allargato l'ambito applicativo della norma: secondo quanto previsto nel nuovo comma 5 *ter*, il lavoro di pubblica utilità può essere oggi concesso al condannato tossicodipendente o assuntore abituale di stupefacenti, anche per reati diversi da quelli previsti dall'art. 73 comma 5, purché

[429] In particolare la legge prevede la possibilità di sospendere le condanne fino a quattro anni nei casi previsti dall'art. 47 *ter* comma 1, O.P. ossia nei confronti di donna incinta o madre di prole convivente di età inferiore ai dieci anni, persona in gravi condizioni di salute, ultrasessantenne se inabile anche parzialmente e minore di anni ventuno. Un ulteriore ampliamento dell'operatività del meccanismo sospensivo deriva dalla possibile anticipazione, al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione, dell'applicazione della liberazione anticipata prevista dall'art. 54 O.P. Significativa modifica attiene altresì al regime delle preclusioni di cui al comma 9: sul punto, l'intervento più significativo è senz'altro la soppressione della lettera c), ossia del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i recidivi reiterati di cui all'art. 99, comma 4, c.p. Tale disposizione si fonda sulla constatazione della scarsa incisività, in termini di difesa sociale, della presunzione assoluta di pericolosità a carico dei condannati plurirecidivi. Strettamente connesso alle modifiche del codice di procedura penale è inoltre l'innalzamento della pena massima prevista per il delitto di *stalking*, di cui all'art. 612 *bis* comma 1 c.p. , ora punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

[430] Si tratta di prestazioni lavorative fornite a titolo volontario e gratuito, disciplinate secondo le modalità previste nell'art. 54 del d.l. 2000/74 relativo al lavoro di pubblica utilità, quale sanzione sostitutiva del giudice di pace.

si tratti di azioni commesse in relazione alla condizione di dipendenza o di assunzione abituale della sostanza stupefacente[431].

In generale, quindi, gli interventi si muovono lungo due linee direttrici: riduzione del flusso in ingresso negli istituti penitenziari e parziale eliminazione degli automatismi che impediscono - o rendono difficile - l'accesso ai benefici in relazione a particolari categorie di soggetti colpiti da presunzioni assolute di pericolosità.

Mosso dal timore di una pesante condanna da parte dei giudici di Strasburgo, il Governo italiano ha successivamente adottato il più incisivo decreto legge n. 146 del 2013, convertito in legge n. 10 del 21 febbraio 2014.

L'intervento sembra muoversi su due livelli: da un lato il legislatore adotta interventi funzionali a ridurre il numero delle presenze in carcere (attraverso la riduzione del flusso in ingresso e l'ampliamento di quello in uscita); dall'altro vengono adottati interventi funzionali alla tutela dei diritti dei detenuti. Sotto il primo profilo, a venire in considerazione sono anzitutto le disposizioni dirette ad ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative e dei benefici penitenziari. La novità più significativa è senz'altro rappresentata dall'introduzione, ai sensi dell'art. 4 del decreto, della liberazione anticipata speciale, caratterizzata da una detrazione di settantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché di quarantacinque giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria (art. 54 O.P.). La nuova misura si caratterizza innanzitutto per il carattere temporaneo: è destinata a operare solo per un biennio dalla data di entrata in vigore della legge e avrà importanti effetti sul sistema delle misure alternative (si pensi alla possibilità di concedere l'affidamento in prova al servizio sociale ai condannati con pene, anche residue, fino a quattro anni, anziché tre). Effetti deflattivi sono poi perseguiti attraverso la stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il

[431] Prima della riforma, l'art. 73, comma 5 *bis* del d.p.r. 309/90 prevedeva il lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva della pena detentiva riferita ai soggetti tossicodipendenti condannati per il reato di spaccio nella forma attenuata di cui all'art. 73 comma 5. dello stesso decreto.

proprio domicilio delle pene detentive non superiori ai diciotto mesi e da una serie di interventi a carattere specifico rivolti ai detenuti tossicodipendenti e stranieri[432].

Il decreto prima - e la legge poi - hanno infine modificato la materia degli strumenti di tutela azionabili dinnanzi al magistrato di sorveglianza, distinguendo chiaramente tra reclamo generico (art. 35 O.P.,) e reclamo di natura giurisdizionale, oggi espressamente disciplinato dal nuovo articolo 35 *bis* O.P. Quanto al reclamo generico[433], il decreto ha apportato alcune modifiche, la più significativa delle quali è senza dubbio rappresentata dall'inserimento, tra i destinatari della procedura, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale istituito presso il Ministero della Giustizia[434].

Sicuramente più rilevanti le modifiche in materia di reclamo giurisdizionale. Secondo la nuova normativa, il detenuto può proporre reclamo al magistrato di

[432] In relazione ai soggetti tossicodipendenti, viene eliminato il divieto di duplice applicazione dell'affidamento terapeutico e si prevede un trattamento sanzionatorio più mite in relazione al reato di spaccio di sostanze stupefacenti di lieve entità. Quanto ai detenuti stranieri, che rappresentano una categoria ampiamente rappresentata all'interno della popolazione carceraria, il legislatore ha introdotto modifiche volte a potenziare la misura dell'espulsione di cui all'art. 16 del d.lgs. 286/1998 modificando, a questo scopo, anche la disciplina dell'identificazione dello straniero detenuto anticipandola all'atto dell'ingresso in istituto.

[433] Le caratteristiche generali e le problematiche connesse all'utilizzo di questo istituto sono state ampiamente messe in luce nel capitolo precedente (*supra*, cap. 2, par. 5.2.).

[434] La nuova Autorità dovrebbe vigilare affinché l'esecuzione delle misure privative della libertà avvengano in conformità della legge. A questo proposito, ha il potere di visitare - senza necessità di autorizzazione e preavviso - tutte le strutture nelle quali sono reclusi soggetti privati della libertà personale, può chiedere informazioni e documenti alle amministrazioni responsabili delle strutture e formulare specifiche raccomandazioni se accerta violazioni delle norme dell'ordinamento o la fondatezza dei reclami "generici" proposti ai sensi dell'art. 35 O.P. Circa la sua composizione il Garante sarà costituito da un collegio di tre membri, tra cui un Presidente, che restano in carica cinque anni, non prorogabili, scelti tra persone che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani e che non possono ricoprire cariche elettive, istituzionali o di partito. I membri sono nominati, previa delibera del Consiglio dei Ministri, con decreto del Presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari. Una delle maggiori criticità riscontrabili nell'attuale formulazione della normativa è la mancanza di un potere sanzionatorio attribuito alla nuova Autorità in assenza del quale è difficile immaginare che la stessa possa ricoprire un ruolo decisivo nella tutela dei diritti delle persone ristrette nella propria libertà personale.

sorveglianza in due ipotesi: avverso i provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria (art. 69, co. 6 lett. a) e contro l'inosservanza da parte della stessa di disposizioni contenute all'interno dell'ordinamento penitenziario e nel relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti (art. 69,co. 6 lett. b). In seguito all'accertamento della violazione, l'amministrazione sarà obbligata ad adempiere: in caso contrario lo stesso decreto prevede la possibilità di istaurare un giudizio di ottemperanza. Spetterà allo stesso magistrato procedente ordinare all'amministrazione di dare esecuzione all'ordine, dichiarare nulli gli atti eventualmente compiuti in contrasto col provvedimento ineseguito, nominare un commissario *ad acta* e determinare il risarcimento del danno a titolo di riparazione per il detenuto.

È questa la risposta del Governo italiano ai giudici di Strasburgo, i quali, come ampiamente ricordato, hanno espressamente rilevato l'assenza nell'ordinamento interno di rimedi giurisdizionali idonei a garantire l'immediata cessazione delle violazioni dei diritti dei detenuti imponendo al legislatore nazionale l'adozione di un rimedio a natura preventiva.

Nei provvedimenti volti a ridurre il sovraffollamento carcerario va infine annoverata la legge n. 67 del 28 aprile 2014[435], suddivisa in tre capi: il primo contiene due deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma della disciplina sanzionatoria di determinati reati[436]; il secondo e il terzo

[435] "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizione in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili".

[436] La prima delega riguarda la riforma del sistema sanzionatorio del codice penale: le pene principali detentive comminabili dal giudice saranno l'ergastolo, la reclusione tradizionale o domiciliare e l'arresto domiciliare. La seconda delega ha ad oggetto la riforma della disciplina sanzionatoria di alcuni reati e la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili (tramite tale provvedimento il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10 *bis* del testo unico immigrazione dovrebbe essere trasformato in illecito amministrativo).

introducono rispettivamente l'istituto della messa alla prova[437] e la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili.

La novità più rilevante risiede senza dubbio nel secondo capo: la sospensione del procedimento penale con messa alla prova dell'imputato - originariamente prevista nel solo rito minorile[438] - è oggi estesa ai soggetti maggiorenni per i reati punibili con la sola pena pecuniaria, con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, nonché per i delitti indicati nel comma 2 dell'art. 550 c.p.p. In estrema sintesi la messa alla prova, concessa dal giudice su richiesta dell'interessato, si risolve nella prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché - ove possibile - nel risarcimento del danno dallo stesso cagionato. La concessione della misura è altresì subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità, di durata non inferiore a dieci giorni, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le aziende sanitarie o presso enti od organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La sospensione con messa alla prova non può essere concessa più di una volta ed è revocata in caso di grave o reiterata trasgressione del programma trattamentale, di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità o in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede. In questo contesto un ruolo fondamentale è rivestito dagli Uffici di Esecuzione Penale esterna (UEPE); se il giudice è tenuto a fissare tempi, modalità e termini della messa alla prova, le prescrizioni e le condotte devono essere

[437] La disciplina del nuovo istituto è attualmente contenuta negli articoli 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater* del codice penale a cui si affiancano gli articoli da 464 *bis* a 464 *nonies* del codice di procedura penale.

[438] Artt. 28 e 29 del d.P.R. 448 del 1988. Si tratta di una misura realmente alternativa al carcere, fortemente rieducativa e adeguata alla personalità dell'autore di reato: essa è applicabile ai minori imputati per qualsiasi illecito penale, a prescindere da una pronuncia sulla responsabilità ed il cui esito positivo comporta l'estinzione del reato. Per un approfondimento dell'istituto in relazione alla giustizia minorile Cfr. S. DI NUOVO, G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile, profili giuridici, psicologici o sociali*, Milano, 2005, p. 337 ss.

puntualmente indicate nel programma di trattamento, interamente elaborato dall'UEPE territorialmente competente[439] [440].

Da uno sguardo complessivo sulla disciplina introdotta può dirsi che il nuovo istituto risponde alla necessità di predisporre soluzioni alternative alla pena detentiva, in funzione deflattiva, riparatoria e di recupero: attraverso la c.d. *probation* il legislatore mira cioè a elidere - o quantomeno ad attenuare - le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato attraverso l'introduzione di un modello di giustizia penale meno repressivo[441]. La *ratio* dell'istituto sembra infatti risiedere nella volontà di individuare soluzioni alternative, sul piano sanzionatorio e processuale, che contribuiscano ad accrescere le possibilità di reintegrazione sociale circoscrivendo la centralità della detenzione carceraria, quale soluzione sanzionatoria principalmente comminata.

Tra i provvedimenti volti a offrire una risposta normativa alle richieste dei giudici di Strasburgo si colloca infine il d.l. n. 92 del 2014, convertito dalla legge n. 117 dello stesso anno. L'intervento rileva soprattutto in riferimento

---

[439] A questo proposito il Dipartimento della Amministrazione penitenziaria ha adottato la circolare n. 0174874 del 16 maggio 2014. Essa da un lato, contiene istruzioni operative riguardanti lo svolgimento delle attività preliminari volte alla predisposizione del programma di trattamento; dall'altro, fissa i criteri per le modalità di intervento nella fase dell'esecuzione da parte dell'UEPE. La stessa circolare ribadisce come una corretta gestione dell'istituto non possa prescindere da un raccordo sinergico tra tribunali e articolazioni territoriali facenti capo ai Provveditorati Regionali.

[440] Per un approfondimento sull'istituto della messa alla prova, anche in relazione ai profili maggiormente problematici, Cfr. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 668; F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Gdir.*, 2014, 22, p. 74; G. MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice penale*, Milano, 2002, p. 85 ss.

[441] La necessità di adottare istituti alternativi al processo penale è presente anche in alcuni documenti europei: Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. R (99)19 adottata dal Comitato dei Ministri sulla Mediazione in materia penale, in *www.coe.int.*

all'introduzione, nel *corpus* dell'ordinamento penitenziario, dell'art. 35 *ter* contenente un rimedio compensativo rivolto ai detenuti che abbiano subito un trattamento inumano o degradante durante il periodo di detenzione.

Il nuovo articolo disciplina infatti i procedimenti giurisdizionali mediante i quali chi abbia subito condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione, può ottenere un risarcimento consistente, alternativamente, in una riduzione della pena da espiare - nella misura di un giorno per ogni dieci di detenzione inumana - oppure un equivalente monetario - pari a otto euro per ogni giorno di lesione. I giudici competenti sono individuati nel magistrato di sorveglianza, ove il richiedente sia ancora privato della libertà, e nel tribunale civile in composizione monocratica, ove la persona non sia più detenuta o abbia subito il pregiudizio in fase di custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare[442].

Ricostruiti in questi termini gli ultimi interventi normativi in materia di sovraffollamento carcerario, si tratta di comprendere se le scelte recentemente compiute dal legislatore abbiano realmente offerto una risposta esaustiva alla sentenza della Corte EDU, la quale, è il caso di ricordarlo, aveva chiesto all'Italia di introdurre un ricorso - o un insieme di ricorsi interni - effettivi, idonei a offrire ristoro adeguato e sufficiente nei casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi della Convenzione, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte.

2.1.3. Promozione dell'Italia ed emersione del diritto: le ragioni dello scetticismo in relazione al binomio identitario

La recente decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa[443] - organo competente, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, a controllare

[442] Per doverosa completezza, occorre ricordare che lo stesso provvedimento estende ai maggiorenni di età inferiore a venticinque anni la disciplina dell'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale nei confronti dei minorenni e, con riferimento al sistema cautelare, si prevede l'ampliamento dei presupposti che non consentono l'applicazione della custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari.

[443] La decisione, adottata nella riunione del 5 giugno del 2014, è pubblicata in *wcd.coe.int*.

l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo - ha quasi del tutto esaurito l'*iter* avviato dal caso Torreggiani. Il Comitato ha infatti dichiarato il suo apprezzamento per le riforme intraprese dal governo, invitando l'Italia a concludere in tempi contenuti il percorso avviato, così da adempiere in modo esaustivo agli obblighi derivanti dalla sentenza. In particolare, l'organo del Consiglio d'Europa ha espresso parere favorevole per i «*risultati significativi ottenuti*» grazie all'adozione di «*differenti misure strutturali*». Tali interventi hanno dato luogo a una riduzione «*importante e continua [...] della popolazione carceraria*», anche attraverso un aumento della superficie disponibile «*per ciascun detenuto*». Non si tratta tuttavia di una "promozione integrale" in riferimento alla gestione del sovraffollamento: il Comitato ha infatti rinviato l'Italia al giugno 2015 per una «*piena valutazione dei progressi compiuti*».

La decisione del Consiglio d'Europa non deve tuttavia condurre a reazioni eccessivamente ottimistiche: se è indubbio che attraverso i recenti interventi di riforma l'ordinamento italiano ha fatto notevoli passi in relazione al fenomeno del sovraffollamento carcerario, muovendosi nella direzione auspicata dalla Corte di Strasburgo, è altrettanto vero che il processo di emersione del "diritto a uno spazio detentivo dignitoso" richiede sforzi ulteriori e di lungo periodo. In altri termini, sarebbe giuridicamente e politicamente scorretto - nonché affrettato - far discendere dalla promozione europea un'automatica emersione del diritto in esame. Lo scetticismo in relazione al binomio identitario "promozione-emersione" si giustifica attraverso l'analisi critica di alcuni interventi centrali adottati dal legislatore e con diverse riflessioni d'insieme sulla natura del diritto.

L'ampiezza del quadro descritto non permette un'indagine critica esaustiva sull'intero panorama dei recenti interventi. L'attenzione sarà quindi rivolta ai profili maggiormente problematici inerenti all'introduzione dei rimedi espressamente richiesti dai giudici di Strasburgo: compensativo (art. 35 *ter* O.P.) e preventivo (art. 35 *bis* O.P.). Come anticipato, tali istituti - legati da un rapporto di inscindibile complementarietà - dovrebbero garantire una riparazione effettiva delle violazioni discendenti dalla Convenzione, attraverso una rapida cessazione della condotta illecita affiancata dalla previsione di adeguate forme di riparazione del danno subito in seguito a un periodo di detenzione inumano.

Con specifico riferimento all'articolo 35 *ter* O.P., 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[444]; quando il periodo ancora da espiare sia 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 del danno, una somma pari a otto euro per ciascuna giornata nella quale la persona ha subito il pregiudizio[445].

Di là dai problemi relativi alla competenza attribuita al magistrato di sorveglianza in ordine al risarcimento del danno[446], la monetizzazione del pregiudizio è sembrata l'unica soluzione concretamente percorribile quando non fosse possibile applicare uno sconto di pena. La scelta pone non poche perplessità, soprattutto in relazione all'impossibilità per il giudice di modulare la somma in relazione alla specifica violazione subita. In ordine al *quantum* del risarcimento, il

---

[444] La norma ha generato numerose perplessità per la mancata previsione del *dies a quo* al quale far risalire la risarcibilità del pregiudizio: l'omissione rende assai difficile l'accertamento del danno da parte del magistrato di sorveglianza quando il pregiudizio subito risale a periodi detentivi lontani nel tempo e si pone in un difficile rapporto di coerenza con la nuova disciplina della liberazione condizionale speciale per la quale è specificamente previsto un limite temporale.

[445] Il magistrato provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione sia stato inferiore a quindici giorni.

[446] L'attribuzione al magistrato di sorveglianza di siffatto potere ha riaperto la nota questione in ordine alla competenza inerente al risarcimento nel settore penitenziario. Secondo quanto sancito dalla Prima sezione penale della Cassazione con le sentenza del 30 gennaio 2013 la competenza spetterebbe agli organi della giurisdizione civile (ciò era stato riconosciuto anche dal magistrato di sorveglianza di Vercelli con ord. del 18 aprile 2012). Con specifico riferimento alla competenza descritta nel nuovo articolo 35 *ter* O.P., il Coordinamento nazionale dei Magistrati di Sorveglianza (CoNaMS) ha messo in luce le rilevanti ricadute che la previsione normativa avrà sulla funzionalità degli uffici di sorveglianza e, in una nota del Comitato esecutivo del 12 giugno 2014, ha affermato che «*a fronte dell'incommensurabilità del bene supremo della dignità umana* [...] *si percorre una via indennitaria diversa dalla strada maestra della garanzia giurisdizionale del risarcimento dei danni conseguenti a trattamenti disumani e degradanti, di competenza del giudice naturale che la Suprema Corte di Cassazione ha indicato nel giudice civile*». Per un'attenta disamina delle problematiche legate alla competenza del risarcimento del danno in questo settore, anche in riferimento alla più recente giurisprudenza di legittimità e di merito cfr. G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità da danno penitenziario,* op. cit.

recente parere del Consiglio Superiore della Magistratura[447] ritiene 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 CEDU: sarebbe stato preferibile parametrare la detrazione sulle riduzioni di cui il condannato può beneficiare, a titolo di liberazione anticipata, quando partecipi positivamente all'opera trattamentale[448].

Nello stesso parere, il CSM ritiene assai discutibile la scelta di non attribuire alla magistratura di sorveglianza 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 nel caso di specie. La stessa Corte di Cassazione ha recentemente 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 subito[449].

La quantificazione fissa e invariabile del pregiudizio - al contrario - priva il giudice di ogni potere discrezionale, impedendogli una valutazione che tenga conto delle qualità soggettive del richiedente e delle condizioni detentive nel caso concreto ed escludendo così una quantificazione basata sulla specificità di ciascun periodo detentivo. Il legislatore percorre, quindi, 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 normativa 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.

Quanto al rimedio preventivo codificato nell'art. 35 *bis* O.P., pur essendo innegabile l'importanza della sua introduzione quale misura volta a innalzare il

[447] Sesta Commissione, 30 luglio 2014.

[448] Si tratta di una proposta già avanzata nei punti programmatici di riforma contenuti nel documento conclusivo della già richiamata Commissione Giostra.

[449] Corte Cass. sent. n. 5243/2014. Nello stesso senso Corte Cass. SS.UU., n. 26972/2008.

livello di tutela giurisdizionale dei detenuti, occorre tuttavia rilevare che la nuova disciplina non è esente da rilievi critici. In primo luogo la "preventività" del reclamo giurisdizionale è solo apparente: non si tratta, infatti, di uno strumento volto ad anticipare - impedendone l'adozione - eventuali atti o comportamenti lesivi di posizioni giuridiche dei ristretti. Il rimedio, infatti, permette esclusivamente di evitare il protrarsi di una lesione già pienamente configurata; ciò, per giunta, a condizione che il pregiudizio sia "attuale" e "grave". In questo senso, secondo la relazione illustrativa che accompagna l'intervento normativo «si è inteso circoscrivere la tutela giurisdizionale ai casi in cui il detenuto o internato intenda far valere una lesione attuale e grave, che consegua alla inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo 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 sufficiente grado di certezza il discrimine tra violazioni "semplici" e quelle connotate da sufficiente grado di "gravità". Tale requisito apre infatti la strada a una pluralità di interpretazioni in sede applicativa, da cui verosimilmente scaturiranno incertezze ermeneutiche difficilmente conciliabili con il principio di certezza del diritto e con una tutela giurisdizionale effettiva per ogni situazione in cui si concretizzi un trattamento inumano come diretta conseguenza dello stato detentivo. Lo spettro dell'inammissibilità è peraltro già emerso in una recente ordinanza del magistrato di sorveglianza di Alessandria dell'aprile 2014. Il giudice, nel valutare una serie di doglianze contenute in un reclamo presentato ai sensi dell'art. 35 *bis* O.P., stigmatizza la genericità e l'indeterminatezza dell'istanza, tali da impedire la verifica sotto il profilo della gravità e attualità del pregiudizio subito[450]; auspica, a questo proposito, un intervento da parte del legislatore idoneo a evitare situazioni

[450] Magistrato di sorveglianza di Alessandria, ord. n. 2014/788, 14 aprile 2014.

di abuso del nuovo strumento processuale, che rischia di appesantire, per la genericità dei presupposti, l'attività della magistratura.

Ben diverso sarebbe stato lo strumento di tutela a disposizione dei ricorrenti se il legislatore avesse codificato un rimedio a 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, mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale promossa dai tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano. I giudici *a quibus*, infatti, avevano chiesto alla Consulta di censurare - mediante sentenza additiva - l'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede il rinvio facoltativo della pena ove questa, per il grave sovraffollamento carcerario, debba essere eseguita in condizioni contrarie alla dignità e ai diritti inviolabili [451].

La Corte costituzionale, tuttavia, con la nota sentenza 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 possibili soluzioni normative - quali ad esempio le «*misure previste dagli artt. 47 e seguenti dell'ordinamento penitenziario*» - e la necessità di una regolamentazione legislativa del meccanismo[452]. Ancora una volta, quindi, a dover intervenire è il legislatore codificando uno strumento realmente preventivo, non potendo la giurisprudenza costituzionale sostituirsi alle forze politiche.

La questione non sembra tuttavia destinata a concludersi con tale pronuncia. Nel comunicato stampa diffuso dalla Consulta il giorno stesso 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

[451] Seguendo tale impostazione, si sarebbe posto rimedio nel nostro ordinamento alla mancanza di un meccanismo idoneo a consentire la rapida uscita dal carcere del detenuto, costretto a subire una detenzione contraria al senso di umanità. Cfr. F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6, p. 4541.

[452] Cfr. A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fasc. 6, p. 2547.

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 al legislatore, non escludendo che attraverso una futura declaratoria di incostituzionalità la stessa - anche sulla scia di soluzioni prospettate da altre Alte Corti[453] - possa giungere all'introduzione di un rimedio che garantisca il rinvio dell'esecuzione della pena quando questa, per le condizioni di sovraffollamento, si tradurrebbe in un trattamento contrario al divieto sancito nella Convenzione EDU[454].

Verosimilmente, spetterà ancora una volta alle pronunce giurisprudenziali superare le criticità sin qui rapidamente esaminate (modulazione del risarcimento del danno, definizione dell'attualità e gravità del pregiudizio e creazione di un sistema effettivamente preventivo) giungendo a soluzioni che progressivamente consentano di declinare il principio costituzionale ed europeo del divieto di trattamenti inumani e degradanti alle caratteristiche dei casi cui la violazione concretamente si riferisce.

Che il diritto a uno spazio detentivo dignitoso appartenga ancora oggi al novero dei diritti sommersi è altresì dimostrato da uno sguardo d'insieme sulla normativa penitenziaria: le statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, hanno fatto irruzione in un ordinamento nazionale che - di fatto - non riconosce espressamente alle persone detenute una posizione giuridica soggettiva a

[453] Cfr. Corte suprema degli Stati Uniti, *Brown* v. *Plata*, 23 maggio 2011; Tribunale costituzionale tedesco, ord. 22 febbraio 2011, 1 BvR 409/11.

[454] Per un esaustivo approfondimento della questione si rinvia a due scritti di M RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit. p. 74-75 e *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 6, p. 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.

disporre di un determinato quantitativo di spazio intramurario. In effetti, anche a seguito dei recenti interventi di riforma, perdura tuttora l'assenza nella normativa nazionale di precise regole sulla determinazione della superficie regolamentare degli ambienti detentivi e, dunque, sui criteri oggettivi di calcolo della capacità ricettiva degli istituti penitenziari[455]. In relazione al silenzio legislativo è stato messo in luce come nell'art. 6[456] dell'ordinamento penitenziario i parametri di riferimento per determinare le caratteristiche dei locali detentivi non siano quantificati per legge, ma si richiamino a generici criteri di normalità. La traduzione in pratica di queste disposizioni, quindi, comporta il collegamento ad un metro di natura metagiuridica che va desunto in relazione agli avanzamenti dei livelli di vita raggiunti dalla società esterna[457]. Nel perdurante silenzio del legislatore circa la determinazione di uno spazio detentivo intramurario l'Amministrazione penitenziaria ha individuato il criterio idoneo per determinare tale spazio nel decreto del Ministero della sanità 5-7-75 relativo all'altezza minima e ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali di abitazione. Non si tratta, dunque, di parametri legislativi ma di criteri specificamente concepiti per normare strutture molto diverse rispetto agli istituti di detenzione: per tale ragione, le indicazioni ministeriali non sono state considerate giuridicamente vincolanti neanche dalla stessa Amministrazione penitenziaria[458].

---

[455] In questo senso F. PICOZZI, *Sovraffollamento e diritto alla superficie detentiva minima: dal sistema CEDU all'ordinamento italiano*, elaborato finale del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi di Roma Tre, 2014, p. 25.

[456] A norma dell'art. 6 O.P. (Locali di soggiorno e di pernottamento): "I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o piu' posti. Particolare cura e' impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a piu' posti. Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta. Ciascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto".

[457] Cfr. G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario,* op.cit., p. 68 ss.

[458] Così F. PICOZZI, *Sovraffollamento e diritto alla superficie,* op. cit. p. 26-27.

L'incertezza generata dalla lacuna normativa sembra perdurare anche in seguito alle sentenze della Corte EDU che non contengono alcuna indicazione circa i criteri su cui calcolare lo spazio detentivo *pro capite* minimo dei 3 mq. L'assenza di specifiche indicazioni normative - nazionali e sovranazionali - ha creato una notevole confusione nella giurisprudenza: i giudici di merito, infatti, mostrano grande incertezza riguardo al criterio di calcolo da adottare nel misurare lo spazio vitale effettivamente a disposizione del detenuto. L'eterogeneità dei criteri adottati rischia di tramutare il diritto a uno spazio detentivo dignitoso in un diritto frammentato, con evidenti ricadute sul piano dell'effettività della tutela: la valutazione del giudice non è condotta sulla base di statuizioni astratte e generali espressamente codificate, ma in base a criteri evanescenti che calcolano la superficie tanto al lordo quanto al netto dell'arredo e dei servizi igienici[459].

A questo proposito, ribadendo che la dignità umana non è certo valore valutabile in termini di centimetri o metri quadri - dovendo la riflessione essere necessariamente condotta immaginando nuovi modelli di spazio e tempo della pena (si pensi all'uso generalizzato della sorveglianza dinamica) - sembra più che

[459] La difficoltà di individuare un criterio univoco di calcolo è dimostrata da una serie di pronunce della giurisprudenza di merito in seguito alle sentenze *Sulejmanovic* e *Torreggiani*. Nel senso che superficie vada calcolata al lordo del mobilio: Mag. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011, n. 17/10 e Trib. Sorv. Venezia, ord. 22 luglio 2014, n. 1895/14. Nell'opposta direzione secondo cui l'arredamento comporta una riduzione dello spazio utile per ciascun detenuto che deve necessariamente essere presa in considerazione: Mag. sorv. Verona, ord. 2 luglio 2013. Una terza corrente giurisprudenziale ritiene che occorra procedere ad uno scomputo selettivo della mobilio presente nella cella, in quanto solo taluni arredi (ad esempio l'armadio ma non il letto) sottrarrebbero spazio vivibile al detenuto, in tal senso Mag. sorv. Padova, ord. 30 maggio 2013, Mag. sorv. Genova, ord. 13 giugno 2014 e Mag. sorv. Padova, ord. 10 luglio 2014, n. 1256. Un'ulteriore corrente, invece, richiede che la superficie dei 3 mq debba essere calpestabile dovendosi quindi procedere a uno scomputo totale del mobilio presente nella camera di pernottamento (Mag. Sorv. Venezia, ord. 6 febbraio 2014, n. 301 e Mag. sorv. Catanzaro, ord. 21 luglio 2014, n. 863). Infine, una quinto orientamento giurisprudenziale calcola la superficie scomputandola al netto del mobilio presente, ritenendo tuttavia che la disponibilità di uno spazio individuale inferiore a 3 mq possa essere compensata dalla presenza di positivi elementi, quali la possibilità di trascorrere almeno 8 ore al giorno fuori dalla camera di pernottamento (Mag. sorv. Trieste, ord. 8 luglio 2014, n. 382). La ricostruzione della giurisprudenza di merito nei termini sopra indicati è riconducibile a F. PICOZZI, *Sovraffollamento e diritto alla superficie*, op. cit. p. 42 ss.

auspicabile un intervento del legislatore che ponga fine a questo stato di incertezza, così contribuendo all'emersione del diritto.

Ultimo rilievo mosso alle misure adottate dal Governo riguarda la natura trasversale del diritto a uno "spazio detentivo dignitoso" come diretta conseguenza del sovraffollamento carcerario. Tale connessione rende evidente come un effettivo processo di emersione non possa esaurirsi nell'approvazione di riforme a carattere squisitamente penitenziario: le scelte compiute in materia di esecuzione penale devono necessariamente essere affiancate da concrete ed effettive politiche di *welfare* in grado di promuove percorsi di inclusione sociale su larga scala e nel lungo periodo. Occorre cioè una riflessione normativa profonda che sappia intervenire, prevenendoli, sui flussi in entrata più che su quelli in uscita.

Non è stato così fino ad oggi. Lo dimostra l'insistente penalizzazione di condotte che aumentano esponenzialmente la detenzione sociale, composta da tossicodipendenti, stranieri e altri soggetti emarginati. Il sovraffollamento penitenziario appare, in altri termini, come il riflesso della criminalizzazione di fenomeni sociali su scala nazionale; fenomeno ulteriormente aggravato dalla progressiva erosione delle risorse destinate alle politiche di inclusione, proprio mentre la crisi economica genera un aumento esponenziale delle individualità marginalizzate. Evidente, dunque, come il fenomeno del sovraffollamento sia in realtà lo specchio delle molte disuguaglianze di fatto presenti nella società italiana la cui mancata rimozione costituisce una gravissima inattuazione dello specifico impegno delineato, a carico della Repubblica, dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione[460].

Eppure, come sottolineato da autorevole dottrina, il sintagma "sicurezza" abbraccia un campo ben più ampio di quello della lotta contro la criminalità, comprendendo anche il contrasto all'emarginazione e all'esclusione sociale. L'esigenza di sicurezza dovrebbe allora tradursi in un mutamento delle politiche penali: piuttosto che ispirarsi al modello del "diritto alla sicurezza" esse dovrebbero informarsi a quello della "sicurezza dei diritti", inserendosi nel quadro generale di una politica integrale di protezione e soddisfazione dei diritti umani

[460] Così M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., p. 79.

che vede il diritto penale e gli indirizzi volti alla prevenzione dei delitti come elementi a essa non già sostitutivi, ma sussidiari[461].

Non pare azzardato, dunque, ricondurre il "diritto a uno spazio detentivo dignitoso" nel novero dei diritti sociali, così generando in capo ai pubblici poteri veri e propri obblighi positivi: lo Stato non solo non può disinteressarsi del disagio sociale espresso dal fenomeno del sovraffollamento carcerario ma, al contrario, è tenuto a mettere in campo ogni politica - economica, previdenziale, sociale - necessaria ad attuare i principi costituzionali di uguaglianza e garanzia dei diritti fondamentali. In assenza di tali interventi, e proseguendo sulla via dell'emergenza, il percorso intrapreso per l'emersione del diritto a uno spazio detentivo dignitoso corre numerosi rischi: non soltanto quello di rimanere incompleto, ma anche di prestare il fianco a pericolosi *dietrofront* da parte delle future forze politiche una volta che le luci europee, attualmente puntate sulla situazione italiana, saranno nuovamente calate.

2.2. Il diritto a non subire tortura nell'ordinamento penale italiano. Un "reato sommerso"

Alla luce delle riflessioni introduttive, dell'analisi sinora condotta e considerando la crescente attenzione ai diritti delle persone ristrette che ha portato a ricomprendere la detenzione in condizioni di sovraffollamento tra le situazioni in contrasto con l'art. 3 CEDU, appare ancora più grave la persistenza nell'ordinamento italiano di un altro diritto sommerso che pure avrebbe dovuto - già da lungo tempo - essere destinatario di un'espressa tutela.

Si parla, com'è evidente, del diritto a non subire tortura. Oggetto di divieto inderogabile ai sensi dell'art. 3 - e fulcro di numerose altre previsioni di diritto internazionale e comunitario - esso tuttavia permane nel limbo dei diritti privi di

[461] A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, op. cit., p. 23. In questo senso anche M. RUOTOLO, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013, p. 587 ss.

tutela, non essendo stata inserita nel codice penale un'apposita fattispecie di reato che preveda (e sanzioni) le relative condotte.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di ricostruire storia e ragioni della mancata introduzione del reato di tortura nell'ordinamento, con particolare attenzione al Disegno di Legge recentemente approvato dal Senato - e in attesa di esame da parte della Camera - che sembra voler colmare la lacuna normativa con l'introduzione dell'art. 613 *bis* c.p. Troppo poco e troppo tardi, forse, per una questione che da anni pone l'Italia in contrasto con l'ordinamento internazionale e - come si vedrà - con il dettato costituzionale: perché la tortura rappresenta, sin dalla sua connotazione etimologica[462], una realtà incompatibile con ogni sistema che ponga la dignità umana alla base del proprio impianto giuridico e sociale.

2.2.1. Il crimine di tortura: quadro internazionale e comunitario

Come ricordato nel primo capitolo, la tutela dei diritti fondamentali dell'essere umano diviene oggetto dell'attenzione della comunità internazionale a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, quando più fortemente è avvertita la necessità di fissare limiti minimi di tutela delle persone - nonché di istituire organismi idonei a garantirne l'effettività - per impedire il ripetersi delle brutalità dei conflitti con cui si era drammaticamente inaugurato il "secolo breve"[463]. Un indagine riguardante il diritto a non subire tortura non può allora non prendere le mosse da una puntuale analisi del quadro sovranazionale in materia e delle diverse definizioni di tortura offerte dal diritto internazionale e comunitario.

Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, proprio all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (di seguito, DUDU) si presenta

[462] «"Tortura" viene dal verbo "torcere", che esprime l'atto del piegare con la forza, deformandolo, un corpo [...]. Nel suo stesso nome è già incluso il concetto di "torto", che è alla lettera l'opposto di "diritto". Nello Stato di diritto, dunque, la tortura non ha mai cittadinanza né può ambire ad ottenerla». In questo senso, A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p. 4.

[463] Cfr. E. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991*, New York, 1994.

come una sorta di carta costituzionale del diritto internazionale umanitario: pur componendosi di soli trenta articoli, infatti, individua con precisione il nocciolo duro dei diritti umani che gli Stati sono tenuti a rispettare in qualsiasi circostanza - inclusi i conflitti armati - ponendosi esplicitamente alla base di un percorso in cui ogni potere pubblico si sforzi di promuovere il rispetto dei diritti e delle libertà e di garantirne, mediante misure progressive di carattere nazionale e internazionale, l'universale ed effettivo riconoscimento e rispetto[464].

La DUDU costituì altresì il primo passo verso la realizzazione di un'ideale "Carta internazionale dei diritti umani", unitamente ai due accordi adottati all'unanimità dall'ONU il 16 dicembre 1966: il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Patto internazionale sui diritti civili e politici. Trattandosi, come naturale, di un atto a natura fortemente ideologica adottato in un periodo storico in cui le atrocità dei conflitti mondiali erano appena alle spalle, gli articoli della Dichiarazione consistono perlopiù in vivide e sintetiche affermazioni di principio, lasciando ai trattati successivi il compito di tradurre il suo contenuto in disposizioni pattizie idonee a imporre obblighi giuridici agli Stati, specificare i diritti in essa enunciati e garantirne la piena tutela giurisdizionale. Così, l'art. 5 si limita ad affermare che «nessun individuo potrà essere sottoposto a trattamento o punizioni crudeli, inumani o degradanti». Tale affermazione, che accoglie evidentemente una nozione di tortura estremamente ampia e onnicomprensiva, rappresenta in ogni caso un innegabile passo avanti, gettando le basi per successivi interventi internazionali volti a fornire definizioni più complesse ed esaustive del fenomeno sancendo altresì i relativi obblighi negativi e positivi al riguardo.

Tra i due conflitti mondiali vedono la luce anche le quattro convenzioni di Ginevra[465], introdotte nell'ordinamento italiano con legge n. 1739 del '51. In tutti i testi la comunità internazionale sceglie di inserire un articolo pressoché identico: si tratta del "*common article*" 3, ai sensi del quale «sono e rimangono vietate, in

[464] Preambolo alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

[465] Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra; Convenzione per il miglioramento della sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna; Convenzione per il miglioramento della sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate di mare; Convenzione relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra.

qualsiasi tempo e luogo […]: a. le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b. la cattura di ostaggi; c. gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti». Si è offerta così tutela orizzontale a tutti i soggetti che si trovino coinvolti in un conflitto armato per ragioni di servizio o per casualità; a tale scopo è stata introdotta una definizione estremamente ampia di tortura, che ne permette la repressione quale che sia la modalità in cui venga commessa.

Negli anni successivi al secondo conflitto mondiale si colloca altresì la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che, come noto, pone all'art. 3 un inderogabile divieto: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

La Convenzione non si dilunga in definizioni tecniche ma ribadisce un divieto già acquisito nella cultura internazionale dei diritti; questa asciutta previsione, ormai assurta a *standard*, sarà integralmente riprodotta anche all'interno dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[466]. Come osservato nelle considerazioni di apertura, l'assoluta inderogabilità del divieto delineato dall'art. 3 si evince da un'altra previsione convenzionale: mentre l'art. 15 del documento, infatti, consente agli Stati parte di derogare alle previsioni della Convenzione «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», il primo capoverso dello stesso articolo esclude da tale possibilità quattro disposizioni, preposte alla tutela di diritti di particolare importanza, tra cui l'art. 3. Ne consegue l'impossibilità di operare sul divieto tortura qualsiasi forma di bilanciamento accogliendo così l'esortazione della delegazione del Regno Unito, che chiedeva di esplicitare la volontà che il divieto non potesse essere aggirato «per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato»[467].

[466] Firmata a Nizza il 7 dicembre 2000.

[467] Cfr. A. ESPOSITO, *Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 57 ss.

Nonostante l'importanza degli atti sinora richiamati, il trattato internazionale di riferimento per un indagine sul diritto a non subire tortura è ancora oggi rappresentato dalla Convenzione contro la tortura (universalmente nota come CAT, *Convention Against Torture*), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1984 ed entrata in vigore il 27 giugno 1987[468].

Dopo aver richiamato i divieti contenuti nella DUDU e nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione istituisce un modello di controllo basato sulla creazione di un nuovo organo, preposto alla verifica del rispetto degli obblighi in essa sanciti: il Comitato contro la tortura (anch'esso noto come CAT)[469]. Dal punto di vista contenutistico la Convenzione si apre con la complessa definizione di tortura, a norma dell'art. 1 il termine "indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate". La definizione appare completa e calzante, contemplando tanto l'ipotesi di condotta "inquisitoria", che mira a estorcere una confessione, quanto il caso delle torture inflitte a scopo sanzionatorio o intimidatorio nei confronti di persona sospettata di aver commesso un reato o già condannata. Analizzando la fattispecie secondo i criteri dell'ordinamento penale italiano, si tratta di un reato proprio - essendo essenziale la qualifica di pubblico ufficiale, o il suo consenso

[468] In Italia, l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione sono contenuti nella legge n. 489 del 1988.

[469] Il Comitato è composto da dieci esperti di diritti umani, eletti per quattro anni (art. 17). A differenza del Comitato per i diritti umani, istituito dal Patto sui diritti civili e politici del 1966 sempre in seno all'ONU, l'organo ha una competenza più settoriale e specifica, occupandosi esclusivamente del diritto a non essere sottoposti a tortura.

«espresso o tacito» qualora l'esecutore materiale sia un terzo - caratterizzato da dolo specifico, seppure amplissimo, individuato nel fine di ottenere informazioni, punire per un atto commesso dalla vittima o da terzi ovvero in «qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione». È quindi una fattispecie complessa e strutturata, che avrebbe potuto trovare già da tempo facile applicazione anche nell'ordinamento nazionale senza richiedere modifiche sostanziali.

Tuttavia, ai fini dell'analisi critica circa il processo di emersione del diritto a non subire tortura, la norma di maggior impatto è senz'altro rappresentata dall'art. 4 della Convenzione, ai sensi del quale «ogni Stato Parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale». Al paragrafo 2 dello stesso articolo, si precisa che «ogni Stato rende queste trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità». Alla luce di tale disposizione appare ancora più evidente come il ritardo dell'Italia nell'introdurre uno specifico reato di tortura, assistito da adeguate sanzioni, non costituisca una mera disattenzione politica nei confronti del fenomeno ma - in modo ben più grave - un'esplicita violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, integrante la violazione degli artt. 10 e 117 della Costituzione.

Significativo in tal senso il Protocollo aggiuntivo alla Convenzione (OPCAT) del 2002 - ratificato dall'Italia, con dieci anni di ritardo, soltanto nel 2012 - contenente obblighi positivi di azione mossi dal chiaro intento di assicurare condizioni di detenzione conformi a dignità umana. Il Protocollo, infatti, impone agli Stati l'osservanza di una serie di obblighi di collaborazione fra i quali figurano, in particolare, il dovere di garantire l'accesso a tutti i luoghi di detenzione e di istituire un organo indipendente di vigilanza e garanzia sull'osservanza dei divieti posti dalla Convenzione: impegno, questo, tuttora in larga parte disatteso[470].

Come avvenuto per la DUDU, la CAT è presto seguita da un analogo atto adottato a livello di Consiglio d'Europa: la Convenzione europea per la

[470] *Supra*, cap. 3, par. 2.1.2.

prevenzione della tortura viene firmata a Strasburgo il 26 novembre 1987 ed entra in vigore, insieme ai due Protocolli addizionali, il primo marzo del 2002.

Diversamente da quanto osservato in materia di rapporti fra DUDU e CEDU, il Consiglio d'Europa sceglie la strada della prevenzione istituendo un organo ampiamente richiamato nelle riflessioni precedenti: il Comitato Europeo per la prevenzione della tortura, di cui la Convenzione delinea lo Statuto operativo[471][472].

Infine, appare imprescindibile citare a conclusione dell'analisi sulle principali fonti internazionali del diritto a non subire tortura, lo Statuto della Corte Penale

---

[471] R. MORGANS, M. EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, *Council of Europe Publishing*, 2001, Londra, p. 12. Vale la pena ribadire in questa sede che spetta al Comitato l'alto compito di vigilare allo scopo di prevenire la pratica della tortura e di altre punizioni o trattamenti crudeli, inumani o degradanti nel territorio dell'Unione Europea per mezzo di visite in ogni luogo in cui si trovino persone private della libertà per ordine di una pubblica autorità (art. 2): in tal modo, si è scelto con lungimiranza di porre l'accento sulla condizione di privazione della libertà personale, senza prevedere un elenco tassativo dei luoghi cui il CPT possa avere accesso. Di conseguenza, rientrano nella definizione dell'art. 2 non solo gli spazi "canonici" di detenzione - istituti penitenziari, ospedali psichiatrici giudiziari, celle di sicurezza di questure e caserme - bensì tutte le situazioni nelle quali, in forza di un provvedimento «di pubblica autorità», si trovino persone private della libertà personale. Si pensi ai padiglioni giudiziari degli ospedali, o alle realtà - drammaticamente attuali - dei Centri di identificazione ed espulsione per migranti irregolari introdotti con il citato "Pacchetto sicurezza" (poi ribattezzati CARA e in seguito CPT, ma tuttora diffusi e operativi), nei quali a una condizione concreta di ridotta libertà non corrispondono le garanzie previste dalla normativa penitenziaria.

[472] Merita menzione anche il "Corpus di principi per la tutela di tutte le persone sottoposte a una qualsiasi forma di detenzione o di reclusione", adottato dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel dicembre '88, il cui Principio n. 6 chiaramente ribadisce che «nessuna persona sottoposta a una qualsiasi forma di detenzione o di reclusione sarà sottoposta a tortura o a pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti» e che «nessuna circostanza, di qualunque tipo essa sia, può essere invocata come giustificazione per la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, disumani o degradanti» ad ulteriore conferma del carattere di assoluta inderogabilità del divieto di tortura *ex* art. 3 CEDU. Il successivo Principio, stabilendo che «Gli Stati dovrebbero vietare per legge qualsiasi atto contrario ai diritti o ai doveri enunciati in questi principi, prevedere per tali atti le appropriate sanzioni e condurre indagini imparziali in caso di denuncia», ancora una volta vale a ricordare l'importanza di un obbligo comunitario che l'Italia stenta ancora ad affrontare.

Internazionale firmato a Roma nel luglio del 1998[473]. L'Italia ha avuto un ruolo decisivo nell'istituzione della Corte, come testimonia l'insolita prontezza con cui il Parlamento ha ratificato lo Statuto (legge n. 232 del 1999); tuttavia, all'entusiasmo iniziale non ha fatto seguito un'azione altrettanto incisiva nell'adeguamento della legislazione interna al dettato statutario, il che ha comportato, e comporta tuttora, una serie di gravi problemi di cooperazione internazionale. Soltanto nel giugno 2011 - dodici anni dopo - la Camera dei Deputati ha approvato il testo unificato contenente le norme di adeguamento dell'ordinamento italiano alle disposizioni dello Statuto istitutivo della CPI, individuando nel Ministero della Giustizia e nella Corte d'Appello di Roma gli organi cui è attribuita, rispettivamente, l'autorità amministrativa e giudiziaria per la collaborazione con la Corte.

Entrato in vigore il primo luglio del 2002 con un altissimo numero di ratifiche[474], lo Statuto si apre sancendo l'istituzione della Corte (con sede a L'Aja) e la sua giurisdizione «sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale» individuati, *ratione materiae*, in genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine di aggressione (art. 5). La tortura e gli altri trattamenti inumani o degradanti si pongono come comportamenti trasversali in grado di rientrare in tutte le categorie criminose previste dallo Statuto, in base alle circostanze in cui siano commessi[475]. La definizione, più dettagliata rispetto a quella fornita in qualsiasi atro trattato internazionale, è contenuta nel paragrafo 2, lett. e) a norma

[473] Per un approfondimento sulla Corte Penale Internazionale Cfr. A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002.

[474] Pur non potendosi ignorare la mancata adesione di diversi Stati politicamente e militarmente influenti: primi fra tutti Stati Uniti, Cina e Israele.

[475] In primo luogo la tortura è contemplata alle lett. b) e c) dell'art. 6, che individua il crimine di genocidio: infatti, qualora siano commessi in modo sistematico e contro un determinato gruppo «nazionale, etnico, razziale o religioso», tortura e altri trattamenti crudeli possono configurarsi come reato-mezzo necessario alla perpetrazione del crimine di genocidio. In secondo luogo, alla lettera f) dell'art. 7, par. 1, la tortura è qualificata come crimine contro l'umanità, così come gli «altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale» (lettera k)).

del quale «per tortura s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati»: evidente l'analogia con il modello delineato dall'art. 1 della Convenzione di New York.

Il dettagliato esame condotto sull'insieme delle fonti internazionali ed europee in materia di tortura, necessario ai fini del corretto inquadramento del diritto sommerso a non esservi sottoposti, conduce a un'indiscutibile conclusione: il fenomeno è ormai ampiamente assunto come crimine agli occhi della comunità internazionale. Di più, la tortura è generalmente annoverata fra le violazioni dei diritti fondamentali talmente gravi da escludere che il relativo divieto possa essere oggetto di deroghe in ragione di circostanze politiche o sociali: così, il divieto di tortura rientra a pieno titolo nel "nocciolo duro" della tutela internazionale dei diritti umani, quel nucleo di previsioni e obblighi nei quali si intersecano diritto umanitario (o *ius in bello*, oggetto privilegiato delle Convenzioni di Ginevra) e *human rights law*, ossia il complesso delle previsioni internazionali che si pone come obiettivo la garanzia dei diritti di ogni individuo, in ogni tempo e in ogni circostanza. La duplice natura del divieto - consuetudinaria e imperativa -, la sua esplicita inclusione nei più importanti trattati internazionali, la ricchissima e ormai consolidata giurisprudenza in materia, hanno contribuito negli ultimi cinquant'anni alla formazione di una consapevolezza diffusa del fenomeno e alla formulazione di una rilevante opinione dottrinale: le disposizioni che proibiscono la tortura rientrano fra le norme di *jus cogens*, ovvero tra le previsioni accettate e riconosciute dalla comunità internazionale come inderogabili e non modificabili, se non mediante l'adozione di nuove norme di diritto internazionale aventi stessa natura[476].

In altre parole, come confermato da numerose e risalenti pronunce degli organi internazionali[477], il diritto a non subire tortura - unitamente a principi

[476] Definizione contenuta nell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

[477] Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, sent. *Furundzjia*, 10 dicembre 1998; Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. *Al-Adsani c. Regno Unito*, 21 novembre 2000, ric. 35763/96.

universalmente affermati e garantiti quali il diritto alla vita, a un equo processo, alla parità di genere - deve essere annoverato fra le norme che compongono un'ipotetica "costituzione materiale" dell'ordinamento internazionale.

Innegabilmente tuttavia, alla nuova sensibilità internazionale non ha corrisposto una diminuzione in concreto della pratica della tortura nel mondo; al contrario, lo sviluppo della tecnologia e la sempre maggiore raffinatezza delle pratiche hanno portato alla diffusione di nuovi strumenti e tecniche di abuso[478], tanto più insidiosi in quanto studiati per ridurre al minimo le tracce fisiche dei maltrattamenti, rendendo ancora più ardua la ricostruzione delle violenze[479].

Ciò accade, da un lato, a causa della scarsa pervasività della normativa internazionale, nella maggioranza dei casi non assistita da meccanismi coercitivi analoghi a quelli nazionali e che pertanto, basando la propria incisività sulla mera *moral persuasion*, rischia di vedere disattese anche le formulazioni più solenni. Dall'altro, l'effetto è riconducibile al già menzionato atteggiamento dei governi, che sembrano preferire la negazione del problema piuttosto che - come imporrebbe il quadro sovranazionale - dotarsi di strumenti normativi *ad hoc*, introducendo specifiche ipotesi di reato e perseguendo con indagini scrupolose e processi imparziali i casi concreti di violazione. Un atteggiamento caparbiamente portato avanti da esponenti di ogni schieramento politico e che - oltre ad avallare la violazione dei diritti umani - rischia di opacizzare l'intera immagine dei pubblici poteri, minando la fiducia dei cittadini nella correttezza del loro operato.

---

[478] Ci si riferisce, in particolare, alla diffusione di strumenti come *taser* (ribattezzato «dissuasore elettrico») e *spray* urticanti, ufficialmente al bando in tutti i Paesi UE ma di fatto in dotazione ai reparti di quasi tutti i corpi operativi delle polizie europee (inclusa quella italiana). Rientrano nella categoria anche pratiche quali la privazione del sonno e il *waterboarding*, che pur provocando acute sofferenze non lasciano alcuna traccia materiale sui corpi.

[479] A questo proposito si è efficacemente parlato di «carattere evolutivo» del concetto di tortura: F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GIANNELLI, M.P. PATERNÒ, *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, p. 171.

2.2.2. La repressione dei trattamenti proibiti nella normativa italiana

È stato ripetutamente osservato come nell'ordinamento penale italiano - nonostante gli espressi obblighi internazionali - il diritto a non subire tortura sia ancora interamente sommerso. Le esitazioni della politica, gli insanabili contrasti affioranti in sede di esame parlamentare dei relativi disegni di legge e la generale disattenzione dell'opinione pubblica - se non, sporadicamente, in occasione di gravi episodi che scuotono le coscienze individuali - hanno fatto sì che la questione non sia stata considerata come prioritaria da nessuno dei Governi avvicendatisi negli ultimi decenni.

Si tenterà nelle riflessioni che seguono di ricostruire il complesso e lacunoso quadro normativo in cui gli interpreti si trovano a operare quando si verificano ipotesi che, pur integrando gli estremi della tortura così come definita dal diritto sovranazionale, non possono essere ricondotte a una corrispondente fattispecie di reato prevista dalle fonti interne.

A tal fine verrà esaminata la disciplina contenuta nel codice penale e nel codice penale militare di guerra (nel quale, come si dirà, è contenuta l'unica ipotesi espressa di criminalizzazione della tortura nel nostro ordinamento) per ricostruire il quadro di disposizioni che Pubblici Ministeri e giudici combinano e interpretano faticosamente di volta in volta, costretti ad affrontare con gli strumenti normativi a loro disposizione - vere e proprie "armi spuntate"[480] - condotte che richiederebbero una tutela penale sostanziale ben più specifica e dettagliata.

2.2.2.1. Il quadro costituzionale. Richiamo

Come ampiamente messo in luce, al riconoscimento del principio supremo della libertà-dignità dell'individuo, offerto dalla lettura combinata degli artt. 2 e 3

[480] L'espressione è dell'Avv. L. BUSCEMI, Segretario Generale Conferenza Nazionale Garanti Regionali diritti dei detenuti e Dirigente dell'Ufficio del Garante Regionale per la Sicilia dei diritti fondamentali dei detenuti, nell'articolo *La tortura fisica e psichica e' indegna di un paese civile*, in *www.ristretti.it*.

Cost.[481], seguono molte altre disposizioni dalle quali è possibile evincere un quadro di tutela dei diritti fondamentali ampio e dettagliato a cui purtroppo - come visto - non è seguito un adeguato complesso di interventi legislativi volti all'effettiva attuazione delle relative garanzie.

In primo luogo, trattando la mancata introduzione della fattispecie penale della tortura, le disposizioni che vengono in esame sono gli artt. 10 e 117 Cost., che prevedono rispettivamente l'osservanza degli obblighi internazionali e il vincolo che da questi deriva nell'esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni: come ampiamente sottolineato[482], il ritardo dell'Italia in tal senso ha determinato numerose conseguenze in termini di credibilità internazionale e - più concretamente - di condanne pronunciate ad opera della Ct. EDU di Strasburgo.

Di rilievo, in secondo luogo, il più volte citato terzo comma dell'art. 27 Cost.: nel proibire «pene contrarie al senso di umanità», tale disposizione offre ulteriore e solida base per l'inammissibilità, nei confronti delle persone ristrette, di qualsivoglia condotta o trattamento inumano, tra cui vanno innegabilmente annoverati gli atti di tortura.

In terzo luogo, viene in esame la fondamentale disposizione contenuta nell'art. 13 Cost. Sancita l'inviolabilità della libertà personale e la duplice riserva - di legge e di giurisdizione - cui devono soggiacere tutte le limitazioni alla stessa, al quarto comma la norma in parola recita «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà»: qui, più che in ogni altra norma costituzionale, da leggersi in un rapporto inscindibile con il divieto di pene inumane *ex* art. 27, co. 3[483], è nitidamente riscontrabile il nucleo del divieto di tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti come concepito dalla normativa internazionale[484].

---

[481] *Supra*, cap. 1, par. 4.4.1.

[482] *Supra*. cap. 3, par. 2.1.

[483] F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Napoli, 2010, p. 573.

[484] Come messo in luce da autorevole dottrina «in un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione citata [art. 13 Cost.] è la sola ad imporre una repressione penale». Così A. PUGIOTTO, in *Repressione penale della tortura, op. cit*., pag. 6.

L'obbligo per il legislatore italiano implicito nella disposizione in parola, che avrebbe imposto l'introduzione di fattispecie idonee a sanzionare gli abusi in essa menzionati, è rimasto ampiamente disatteso; pur ritenendosi generalmente adempiuto dalla previsione dell'art. 608 c.p., che punisce il pubblico ufficiale che sottoponga a «misure di rigore non consentite dalla legge» le persone ristrette soggette alla sua custodia.

Come si metterà in luce nei paragrafi che seguono, infatti, il quadro codicistico attuale - caratterizzato da previsioni frammentarie, da pene spesso lievissime e da tempi di prescrizione estremamente brevi - appare del tutto inidoneo a fornire adeguate risposte sanzionatorie agli episodi di abusi sulle persone ristrette che si verificano nella realtà penitenziaria, e che i Costituenti avevano inteso prevenire con la limpida previsione di cui all'art. 13, comma 4.

2.2.2.2. L'art. 185 *bis* del Codice penale Militare di guerra

Con la l. n. 6 del 2002, di conversione del d.l. 421/2001 relativo all'operazione in Afghanistan *Enduring Freedom*, l'Italia ha provveduto a inserire nel Codice penale Militare di Guerra l'art. 185 *bis*, rubricato «Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali»[485].

La clausola di specialità in apertura della disposizione e il rinvio espresso alle convenzioni internazionali in materia di protezione dei soggetti coinvolti nei conflitti armati (fra cui rientrano le Convenzioni di Ginevra) sembrerebbero consentire un'efficace repressione della tortura nell'ambito del diritto militare: in realtà la formulazione della norma, come di consueto, ha diviso le opinioni e

[485] L'articolo è così formulato: "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". La legge n. 15 del 2002 ha successivamente innalzato il minimo edittale a due anni di reclusione militare, lasciando invariato il tetto massimo della pena.

suscitato non pochi dubbi[486], sia circa l'esiguità delle pene sia per quanto riguarda l'assenza di specificità nella descrizione della condotta incriminata.

L'introduzione della norma in esame è avvenuta, come spesso in Italia, sull'onda dell'indignazione pubblica seguita a quelli che vengono ricordati come "fatti di Somalia", risalenti al 1996[487]: si trattò di abusi fisici - anche di natura sessuale - e psichici operati da alcuni membri dell'Esercito Italiano nell'ambito delle missioni di pace delle Nazioni Unite UNISOM I e II, in danno di numerosi civili somali. Per far luce sulle vicende fu istituita una Commissione governativa d'inchiesta; della questione si occupò altresì la Commissione Difesa del Senato, che così si espresse nella sua Relazione: «In Somalia si è avuta una vera e propria *escalation* di irregolarità comportamentali che, per quanto episodiche, hanno enfatizzato carenze di controllo sulla disciplina e sul morale»[488]. Le "irregolarità" menzionate integravano in realtà vere e proprie ipotesi di tortura, tanto da portare la Commissione ad auspicare «l'introduzione del reato nel codice penale italiano», accompagnata dalla richiesta «che si riformuli anche il codice militare»: richiesta soddisfatta due anni dopo con la citata legge introduttiva dell'art. 185 *bis*. Come accennato, la scelta del legislatore non è rimasta esente da critiche: sia in relazione al ritardo con cui si è provveduto all'introduzione sia, sotto il profilo prettamente tecnico e giuridico, per quanto riguarda il contenuto della norma.

---

[486] A. LANZI, T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004.

[487] In seguito alla pubblicazione di alcune foto *shock* da parte di un noto settimanale italiano, che mostravano diversi soldati italiani intorno ad un giovane somalo sul cui corpo erano applicati degli elettrodi, si procedette secondo un doppio binario: da un lato l'apertura di un'indagine presso le Procure di Milano, Torino e Livorno, nei confronti di 29 membri dell'Esercito, che tuttavia determinarono l'instaurazione di un giudizio nei confronti di un solo maresciallo (ritratto in una delle foto a fianco del giovane con il corpo percorso da cavi elettrici); condannato ad un anno e sei mesi di reclusione per abuso di autorità è in seguito assolto dalla Corte d'Appello di Firenze per intervenuta prescrizione del reato. Le altre condotte oggetto d'indagine, incluso lo stupro di gruppo in danno di due giovanissime somale, sono rimasti senza colpevoli.

[488] Senato della Repubblica, Doc. XVII, N. 12, 2 giugno 1999, in *www.senato.it*; per una ricostruzione più ampia della vicenda Cfr. E. GALLO, *La relazione dell'8 agosto 1997 sui fatti di Somalia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 1148 ss.

La critica è stata in particolare rivolta alla genericità della formulazione: l'espressione «tortura o altri trattamenti inumani» non sarebbe, di per sé, idonea alla concreta individuazione delle condotte vietate, né sarebbe sufficiente il generico rinvio alle convenzioni internazionali in materia. La stessa Commissione ha espresso forti riserve circa la scelta relativa alle sanzioni, che consistono nella reclusione militare da un anno (in seguito innalzato a due) a cinque. Pene analoghe, infatti, sono previste dal codice penale ordinario in rapporto a crimini ben meno gravi ed efferati. Basti pensare all'art. 625 c.p., che sanziona con la reclusione da uno a sei anni l'autore di furto aggravato: difficilmente giustificabile, in termini di logica e senso di giustizia, che un reato contro le cose - per quanto variamente aggravato - sia sanzionato con la medesima pena prevista per gravissime violazioni della dignità umana compiute da esponenti delle Forze Armate.

Nonostante i suoi evidenti limiti l'art. 185 *bis* c.p. mil. di guerra rappresenta tuttora l'unica ipotesi di tortura espressamente condannata all'interno dell'ordinamento italiano, e va pertanto considerata - se non altro sul piano simbolico e politico - un'importante conquista nell'ambito della garanzia dei diritti umani fondamentali.

2.2.2.3. La frammentaria tutela offerta dal Codice Rocco e il rischio di perdere di vista la naturale conformazione del diritto sommerso

Spostando l'attenzione sul codice Rocco esso non contempla - è il caso di ricordarlo ancora una volta - il reato di tortura. Tuttavia, esiste una serie di disposizioni che prevedono fattispecie criminose nelle quali è possibile rintracciare singole componenti della definizione condivisa dall'ordinamento internazionale: facendo leva su tale quadro normativo si è sviluppata la tesi della c.d. copertura minima, invocata dai rappresentanti di vari Governi in risposta alle numerose sollecitazioni degli organismi internazionali. Secondo la ricostruzione offerta dai sostenitori della teoria, l'esistenza di norme idonee a reprimere e punire le singole condotte integranti il reato di tortura avrebbe escluso la necessità di

prevedere un apposita fattispecie criminosa[489]. La credibilità di tale impostazione risulta compromessa *ab origine* dalla posizione espressa dallo stesso Comitato ONU contro la tortura, riassunta nella nota espressione del Relatore per l'Italia Gil Lavendra, che nel suo commento alla presunta copertura penale parlò di «frammenti sparsi della definizione di tortura»[490].

In realtà, si è già avuto modo di sottolineare come il maggiore ostacolo alla sanzione degli atti di tortura in Italia non consista nella difficoltà di sussumere i relativi comportamenti sotto una fattispecie penale: il fulcro del problema risiede nell'esiguità delle pene previste per i singoli reati e, soprattutto, nei brevissimi tempi di prescrizione per essi stabiliti[491]. In un Paese con tempi processuali biblici - come testimoniano le continue condanne per violazione del principio della ragionevole durata del processo garantito dall'art. 6 CEDU - queste condizioni conducono, immancabilmente, all'estinzione dei reati prima che sia intervenuta una sentenza, con conseguente sostanziale impunità per gli autori.

Le fattispecie delittuose abitualmente invocate a sostegno della tesi della copertura minima sono i reati di percosse, lesioni, violenza privata, minaccia e sequestro di persona: saranno analizzate brevemente ma singolarmente, per evidenziarne punti di contatto e distanza rispetto alla definizione di tortura contenuta nell'art. 1 CAT.

È un'analisi, questa, resa indispensabile da una considerazione: non potendosi immaginare resistenze politiche motivate dalla tolleranza o dalla negazione del fenomeno, le disposizioni in commento rappresentano l'ultimo baluardo dottrinale innalzato contro le proposte di introduzione; almeno nell'opinione di chi - tralasciando l'opposta evidenza emersa in numerosi processi penali - continua a

---

[489] Committee against Torture, Consideration of reports submitted by States parties under Article 19 of the Convention, Second periodic reports of States parties due in 1994, Italy, CAT/C/25/Add. 4, n. 5. Nel documento i rappresentanti dell'Italia chiariscono che la condotta illecita sarebbe pienamente perseguibile grazie a numerose disposizioni presenti nella normativa interna tra cui gli artt. 581, 582, 583, 610, 612 e 605 del codice penale.

[490] Committee against Torture, CAT/C/SR. 214, n. 19 pubblicato in *www.ohchr.org*.

[491] Questione evidenziata dal CAT anche nella *List of issues* all'Italia del 2010, CAT/C/ITA/Q/6, par. 1.

sostenere che il diritto a non subire tortura sarebbe già concretamente emerso nell'attuale ordinamento giuridico e destinatario di adeguata tutela.

I reati di percosse e lesioni, disciplinati agli artt. 581 e 583 c.p. e fra loro distinti esclusivamente in rapporto all'entità del danno fisico cagionato alla vittima, sembrerebbero effettivamente contemplare ipotesi riferibili a casi rientranti nella definizione dell'art. 1, essendo il campo di applicazione della norma rivolto ad ogni ipotesi in cui il maltrattamento consista in un gesto di violenza fisica. Tuttavia, oltre a quanto già osservato in materia di prescrizione, va rilevato che le pene previste per le ipotesi di percosse e lesioni lievi risultano macroscopicamente insufficienti, mentre l'applicazione di quelle più elevate, previste per lesioni gravi e gravissime, è subordinata all'aver cagionato nella vittima rilevanti danni permanenti o comunque duraturi[492], danni che difficilmente si producono nelle ipotesi "ordinarie" di abusi delle autorità sulle persone ristrette.

Inoltre, va ricordato come la sempre maggiore "raffinatezza" delle pratiche di tortura, che nelle sue manifestazioni più moderne mira non tanto a cagionare alla vittima un dolore esclusivamente fisico quanto a spezzarne la resistenza psichica e morale[493], finiscano per restare al di fuori delle condotte contemplate dalla legislazione penale esistente: basti pensare alla richiamata tecnica del *waterboarding*, ampiamente utilizzata in quanto inidonea a lasciare tracce visibili sul corpo della vittima, o, ancora, alle note "tecniche di deprivazione sensoriale"[494] (incappucciamento, privazione del sonno, assoggettamento continuo

[492] A norma dell'art. 583 c.p., infatti: «La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni: 1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni; 2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo.
La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva: 1) una malattia certamente o probabilmente insanabile; 2) la perdita di un senso; 3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella; 4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso».

[493] A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, *in Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 470.

[494] Catalogate e riconosciute come ipotesi di tortura nella citata sentenza della Corte EDU *Irlanda c. Regno Unito*, cit.

a forti rumori o musica alta, razionamento del cibo, "posizioni da stress"), che pur ingenerando nella vittima sofferenze molto acute non producono quei danni permanenti alla salute che il codice penale italiano qualifica come elementi costitutivi dei reati in commento[495].

Quanto all'art. 612 c.p. ("Minaccia"), esso punisce - con la sola multa e a querela della persona offesa - «chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno», mentre al secondo comma prevede la pena della reclusione fino a un anno e la procedibilità d'ufficio per i casi di minaccia grave ovvero messa in atto con le modalità previste dall'art. 339 (con armi, da persona travisata, da più persone riunite; ovvero mediante scritto anonimo, in modo simbolico o ancora avvalendosi della forza intimidatrice di organizzazioni segrete). È evidente come, in questo caso, le difficoltà applicative discendano - oltre che dalla consueta esiguità della pena - dal necessario elemento dell'ingiustizia del danno. La fattispecie rientra fra quelle effettivamente applicate nei processi contro membri delle forze dell'ordine imputati per abusi fisici e morali sulle persone in custodia, fra cui i processi Diaz e Bolzaneto: tuttavia, in quei casi le minacce proferite - provate dalle concordi deposizioni delle persone coinvolte, che ricordano come diversi agenti abbiano minacciato, anche con l'ausilio delle armi, di colpirli a morte o di sottoporli a violenza sessuale - integravano senza dubbio la fattispecie *ex* art. 612 c.p.; diversamente, è intuitivo come in altre circostanze possa risultare difficile ritenere integrato l'elemento costitutivo dell'ingiustizia.

Infine, l'ipotesi di sequestro di persona prevista dall'art. 605 c.p. è assistita da pene idonee, specie se aggravata ai sensi del secondo comma (reato commesso con abuso della qualità di pubblico ufficiale): tuttavia, è evidente come tale ipotesi sia applicabile solo nel caso in cui la privazione della libertà personale sia arbitraria e non assistita da necessità di pubblica sicurezza - peraltro già sanzionate dall'art. 607 c.p. che vieta l'indebita limitazione della libertà personale ad opera di un

[495] Inidonea altresì la fattispecie della violenza privata prevista dall'art. 610 c.p. a norma del quale «chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni». Se per un verso la pena prevista potrebbe apparire - seppur solo nel massimo - adeguatamente determinata, dall'altro la nebulosità e l'indeterminatezza della condotta sanzionata comportano un'estrema difficoltà nell'applicazione in concreto.

pubblico ufficiale - mentre nei casi, di gran lunga più frequenti, in cui gli abusi siano commessi nei confronti di persone detenute o comunque private della libertà in forza di un provvedimento (almeno inizialmente) legittimo, il sequestro non sarà riscontrabile[496].

Dal quadro ora esaminato, emerge chiaramente come la presunta "copertura" delle ipotesi di tortura mediante i "frammenti" contenuti nel codice penale non sia in concreto ipotizzabile, considerando la difficoltà di ricondurre la complessa fattispecie penale integrante il crimine di tortura nell'ambito dei reati ora esaminati, immaginati dal legislatore per rispondere a esigenze sanzionatorie diverse e ben meno gravi.

Considerata la lampante inadeguatezza, ai fini dell'emersione del diritto a non subire tortura, delle ipotesi di reati comuni previste dal codice penale, sembra che una tutela maggiore - e più adeguata in considerazione dalla natura di reato proprio condivisa nel diritto internazionale[497]- potrebbe essere offerta dall'applicazione delle norme in materia di reati commessi da pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni.

Si parla, evidentemente, degli artt. 606 e seguenti del codice penale: arresto illegale, indebita limitazione della libertà personale, abuso di autorità contro persone arrestate o detenute, perquisizione o ispezione personale arbitrarie. Un complesso di norme pensate per reprimere gli abusi commessi da rappresentanti dell'autorità nell'esercizio delle proprie funzioni, di fatto invocate dalla pubblica accusa e applicate in numerosi procedimenti penali aventi ad oggetto ipotesi di

[496] Ciò non ha impedito, in alcune ipotesi, di configurare il sequestro di persona a carico di ufficiali di Polizia che avessero posto in essere limitazioni indebite nell'altrui libertà personale. È quanto accaduto nella sent. 22 gennaio 2010 del Tribunale di Napoli, per i fatti relativi al marzo 2001: una manifestazione di protesta contro il Global Forum in corso nella città di Napoli si era conclusa con l'arresto e il fermo di numerosi manifestanti, misure poi giudicate illegittime dall'autorità giudiziaria. In quella circostanza, furono condannati a due anni e otto mesi di reclusione, per sequestro di persona aggravato, diversi funzionari di polizia: uno di loro sarebbe poi stato condannato per fatti analoghi dalla Corte d'Appello di Genova, nell'ambito del processo Bolzaneto.

[497] Relativamente all'aspro dibattito sviluppatosi in seno al Parlamento italiano circa la natura da attribuire al reato (*infra*, cap. 3, par. 2.2.3.).

tortura[498]. Tuttavia anche in questi casi l'esiguità delle pene, espressione di un sistema codicistico influenzato da un pensiero totalitario severo nei confronti dei cittadini comuni e indulgente verso i propri funzionari, e la conseguente applicabilità dei benefici previsti dalla legge a favore dei condannati - sospensione condizionale della pena, non menzione del reato nel casellario giudiziario - rendono in concreto insufficiente la copertura penale del fenomeno.

In particolare il citato art. 608, ritenuto attuazione dell'esaminato art. 13 comma 4, della Costituzione, punisce «il pubblico ufficiale che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente». La norma, mai modificata rispetto alla formulazione originaria del 1930, risulta carente sotto un duplice profilo: in primo luogo sul piano sistematico, la sua collocazione nel Capo relativo ai delitti contro la libertà personale conduce a limitarne l'applicazione a quelle misure che incidano sulla stessa, senza potervi ricomprenderne anche indebite compressioni della libertà morale attuate da un pubblico ufficiale sulle persone sottoposte alla sua custodia. In secondo luogo, la norma appare macroscopicamente inidonea sotto un profilo di giustizia sostanziale: la pena della reclusione «fino a trenta mesi» (prescrivibile in un solo anno e mezzo e suscettibile dei richiamati benefici penitenziari) appare del tutto insufficiente a garantire un valido effetto deterrente.

Fondamentale, e di frequente applicazione nei casi di abuso su persone ristrette, è poi l'art. 323 c.p. che prevede l'abuso d'ufficio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio: tale disposizione è stata oggetto di numerosi interventi di riforma, che tuttavia, alternativamente ampliando e restringendo i confini della condotta sanzionata, non hanno contribuito a garantirne un'applicazione uniforme. Nell'attuale formulazione, la norma prevede come elemento costitutivo il dolo intenzionale dell'agente e subordina la punibilità al verificarsi dell'ingiusto danno o vantaggio, così ipotizzando un tipico reato di evento[499] e rendendo assai difficile la ricostruzione dei fatti, specie a distanza di tempo. Trattandosi anche in questo caso di una condotta dai confini poco definiti,

[498] Fra cui i processi relativi ai fatti del G8 di Genova del 2001 (*infra*, cap. 3, par. 2.2.3.).

[499] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. op. cit., p. 246.

va ricordato come la Corte di Cassazione abbia precisato che «*realizza l'evento del danno ingiusto ogni comportamento che determini un'ingiusta aggressione alla sfera della personalità per come tutelata dai principi costituzionali*»[500].

Rilevanti, ai fini del quadro normativo che qui interessa, anche le disposizioni relative alla responsabilità di medici e altro personale sanitario, negli episodi di abusi riscontrati nell'esercizio della professione[501]. Il ruolo della scienza medica nel settore oggetti di indagine è di primaria importanza: da un lato medici e sanitari, specialmente se operanti in strutture penitenziarie e padiglioni carcerari di ospedali pubblici, sono coloro che più facilmente si trovano a riscontrare tracce di abusi e maltrattamenti sulle persone ristrette e a soccorrerne le vittime; dall'altro, è noto come nelle esperienze dei regimi totalitari del secolo scorso - ma anche di quello attuale - non siano mancati medici che hanno prestato la propria scienza alla brutalità dei torturatori, rianimando le vittime per permettere di proseguire l'interrogatorio o, semplicemente, voltando lo sguardo davanti agli episodi di cui fossero testimoni diretti o indiretti[502].

Nell'ordinamento penale, l'unica espressa previsione di responsabilità per il sanitario che ometta di denunciare episodi di abuso appresi nell'esercizio delle proprie funzioni è contenuta nell'art. 365 c.p., rubricato "omissione di referto", che punisce - per mezzo di una lievissima sanzione pecuniaria - il medico che ometta o ritardi di riferire alla competente autorità "nei casi che possano presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio". Più incisivo, ma evidentemente inadeguato quanto alla pena comminata (reclusione fino ad un anno o multa fino a € 516) è l'art. 481 c.p. che sanziona "chiunque,

[500] Cass. pen. Sez. VI, sent. 6 febbraio 2004 n. 4945.

[501] Al riguardo si veda la pubblicazione, curata dai sanitari del Genova Social Forum, *Obbligo di referto*, 2001; importanti anche i documenti e le dichiarazioni reperibili sul sito *www.medicicontrolatortura.it*; si veda altresì Medici e tortura. *Sette storie d'oggi*, a cura di Amnesty International, 2000.

[502] Comportamenti tanto più gravi in quanto contrari non solo agli obblighi di legge, ma anche all'etica professionale e umani di chi, in ragione della sua professione, è tenuto a offrire soccorso e tutela a persone bisognose di cure. Così A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, 2005, Roma, p. 77; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1982, p. 112 ss.

nell'esercizio di una professione sanitaria […] attesta falsamente, in un certificato, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità".

Nella giurisprudenza italiana, medici e altri membri di personale sanitario coinvolti in episodi di maltrattamenti su persone ristrette sono stati perseguiti, il più delle volte, mediante l'applicazione dell'art. 323 c.p. relativo all'abuso di ufficio: esempio lampante è la sentenza della Corte di Appello di Genova per i fatti di Bolzaneto, mentre è stata oggetto di una diversa ricostruzione la posizione del personale medico nel caso, tragicamente noto, di Stefano Cucchi[503].

Tirando le fila del ragionamento sinora condotto, sembra emergere con chiarezza la nebulosità del quadro normativo in cui devono muoversi gli operatori del diritto quando si trovano a perseguire ipotesi concrete di tortura. Non si tratta di casi di scuola: negli ultimi anni sono stati numerosi i procedimenti penali avviati nei confronti di membri delle forze dell'ordine accusati di violenze e

[503]Per la morte di Stefano Cucchi, in primo grado la III Corte d'Assise di Roma (sent. 13/13 del 5 giugno 2013) aveva condannato - per omicidio colposo, in concorso tra loro - i soli imputati facenti parte del personale sanitario in servizio al padiglione penitenziario dell'ospedale Pertini, in cui Cucchi era stato ricoverato due giorni dopo il suo arresto in condizioni di salute già molto critiche. La Corte affermò che fosse morto per via della c.d. sindrome da inanizione, ossia per una protratta malnutrizione, pur non escludendo «*il legittimo dubbio che Stefano Cucchi, arrestato con gli occhi lividi e che lamentava di avere dolore, fosse stato già malmenato dai carabinieri*». Anche assolvendo tutti gli imputati appartenenti alla Polizia Penitenziaria, la Corte nel dispositivo ribadiva: «*dal collegamento dei principi posti dagli artt. 2, 3 e 32 Cost. si ricava la significativa rilevanza del diritto alla salute anche in ambito penitenziario, poiché i citati principi garantiscono il bene della salute dell'individuo in ogni ambiente comunitario, inteso come luogo dove si svolge e si realizza la sua personalità. […] Dalle norme Costituzionali e dai diritti riconosciuti al detenuto dall' art. 11 dell'Ordinamento Penitenziario emerge che la tutela della salute dei detenuti è particolarmente stringente per l'Amministrazione Penitenziaria, chiamata a prendere in carico per intero il detenuto affidato completamente alla sua custodi: essa pertanto deve garantire che ciascun detenuto usufruisca, nel modo migliore, dell'assistenza sanitaria*».
Una ricostruzione, comunque, travolta dalla recentissima sentenza con cui lo scorso 31 ottobre 2014 la Corte d'Assise d'Appello ha assolto tutti gli imputati - personale penitenziario e sanitario - per insufficienza di prove, contraddicendo le richieste dei legali della famiglia Cucchi e della stessa Procura, che nella persona del Procuratore Capo Pignatone ha definito i contenuti della sentenza "a parere dell'ufficio di procura, in tutto o in parte non condivisibili" (Il Fatto Quotidiano *online*, 2/11/14).

maltrattamenti. Quasi tutti si sono conclusi con sentenze di improcedibilità per intervenuta prescrizione o di assoluzione per inesistenza della norma penale incriminatrice; anche nei casi in cui si è giunti a una condanna le pene comminate si sono dimostrate del tutto inadeguate alla gravità dei fatti. Situazione limpidamente riassunta nelle parole di uno degli inquirenti del processo Bolzaneto: «anziché ricondurre l'insieme dei fatti a un'unica fattispecie - un caso di tortura - abbiamo dovuto considerarli uno per uno: uno sputo, un calcio, il taglio di una ciocca di capelli, così da inquadrarli via via come lesione, lesione grave o violenza privata a seconda dei casi. Con questa frammentazione, si è corso il rischio di perdere di vista l'insieme»[504].

2.2.3. Riflessioni conclusive. Le conseguenze della mancata emersione: dai processi Diaz e Bolzaneto alla sentenza di Asti

È stato ampiamente messo in luce come l'assenza nell'ordinamento italiano di una specifica norma penale che sanzioni le condotte di tortura comporti un'estrema frammentazione nella repressione del fenomeno, impedendo l'emersione - e l'effettiva tutela - di un diritto implicitamente riconosciuto dalla Costituzione ed espressamente garantito dalla comunità internazionale.

Fra gli esempi più eclatanti, inevitabilmente, vanno richiamati i gravissimi episodi generalmente ricordati come "fatti di Genova"[505]. Nell'ambito delle proteste contro il G8 del 2001, una disastrosa gestione dell'ordine pubblico e una serie di vuoti nella catena di comando - poi riscontrati in sede processuale - portò a

[504] Le dichiarazioni appartengono a Ranieri Miniati e sono riportate in V. AGNOLETTO, L. GUADAGNUCCI, *L'eclissi della democrazia. Le verità nascoste sul G8 2001 a Genova*, 2011, Milano, p. 152.

[505] Le novantatre persone arrestate (di cui solo dodici arresti sarebbero stati convalidati dal GIP) nella notte del 20 luglio 2001 dalla scuola Diaz-Pertini di Genova, furono poi trasferite - insieme a molte altre fermate nel corso della giornata - nelle caserme di Forte S. Giuliano e Nino Bixio di Bolzaneto. Lì furono trattenute per oltre 48 ore senza possibilità di comunicare con l'esterno e sottoposte a violenze fisiche e psicologiche che, nelle parole di Antonio Cassese, erano da qualificare come «vere e proprie torture» (*Come punire quelle torture*, in La Repubblica del 20 marzo 2008).

quella che Amnesty International definì icasticamente «la più grave sospensione dei diritti umani in un Paese occidentale dopo la Seconda guerra mondiale».

Nell'oggetto di tale "sospensione" rientrano diritti costituzionali di varia natura: certamente, se si considera che furono eseguiti arresti e fermi senza alcun provvedimento dell'autorità giudiziaria competente, fu violata l'inviolabilità personale protetta dall'art. 13 Cost.; negando alle persone fermate la possibilità di comunicare con i propri legali di fiducia (e, per quanto riguarda i numerosi fermati di nazionalità straniera, le rispettive Autorità Consolari) fu leso il diritto alla difesa garantito dall'art. 24 Cost. «in ogni stato e grado del procedimento»; negando o ritardando ingiustificatamente le cure mediche alle persone ferite, fu leso il diritto alla salute (art. 32 Cost.); ma soprattutto, ed è ciò che più interessa in questa sede, nei giorni di Genova fu violato il diritto a non subire tortura[506].

Nella requisitoria della sentenza di primo grado, i pubblici ministeri ricordano che «una normativa *ad hoc* avrebbe probabilmente previsto pene più severe di quelle che sono state inflitte» di conseguenza, «non sarebbe scattata la prescrizione» per molti gravi reati, rimasti di fatto impuniti. Si tratta soltanto di una delle tante pronunce in cui i giudici lamentato apertamente l'impotenza dell'accusa davanti alla macroscopica insufficienza degli strumenti interni a disposizione, nel combattere con "armi spuntate"[507] una difficile battaglia contro apparati statali spesso più inclini all'autodifesa che non ad una doverosa autocritica collettiva.

Altro episodio che ha riportato al centro del dibattito pubblico la questione della tortura, e più in generale degli abusi sulle persone private della liberta, è il caso di Asti: lì dove «la tortura è avvenuta, ma non è perseguibile adeguatamente»[508].

---

[506] Per un'esaustiva ricostruzione della vicenda processuale si veda A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. Ita. di dir.e proc. pen.*, 2009, p. 1803 ss.

[507] *Supra*, nota n. 479.

[508] Cfr. MAURO PALMA, ne "Il Manifesto" del 19 aprile 2012.

Si deve a Mauro Palma, ex presidente del Comitato Europeo per la prevenzione della tortura, questa sintetica analisi della sentenza[509] che nel gennaio 2012 ha assolto cinque agenti di polizia penitenziaria, per una serie di abusi e maltrattamenti in danno di due detenuti nell'istituto penitenziario di Asti, risalenti al biennio 2004-2005.

L'assoluzione è derivata dalla controversa scelta di derubricare i reati di abuso di autorità e maltrattamenti aggravati, per i quali i PM avevano chiesto pene fino a tre anni e mezzo, sostituendoli con le ipotesi di abuso di ufficio generico e lesioni personali: quest'ultimo capo d'imputazione è stato dichiarato improcedibile per mancanza della querela di parte – assenza che non deve stupire vista la condizione di soggezione delle vittime, ancora detenute all'epoca del processo e intimorite dalle possibili ritorsioni - mentre l'abuso di ufficio era già estinto per intervenuta prescrizione.

In questo caso il giudice, pur ritenendo ampiamente provati i fatti[510] - ammessi sia dagli stessi imputati in conversazioni telefoniche intercettate, sia da ex agenti di Polizia Penitenziaria sentiti in qualità di testimoni - e chiarendo che essi «*potrebbero agevolmente essere qualificati come tortura*», ha scelto, «*prendendo atto della mancanza di una fattispecie penale idonea al caso di specie*» (e ritenendola, quindi, l'unica strada percorribile all'attuale stato della legge) di assolvere gli autori.

Ancora una volta, quindi, la mancanza del reato di tortura nel codice penale criticato a gran voce dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha garantito l'impunità di persone - pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni - responsabili di fatti estremamente gravi, ampiamente dimostrati nell'ambito di un

[509] Trib. Asti, sent. 30 gennaio 2012, n. 78.

[510] Nelle motivazioni pubblicate il 7 febbraio 2012, un vero e proprio decalogo di torture, si parla di «violenze fisiche», a cui si aggiungono «*privazioni del sonno (i detenuti venivano picchiati soprattutto di notte), del cibo, dell'acqua e dei servizi*». Ancora, «*È provato al di là di ogni ragionevole dubbio che ad Asti vigevano misure eccezionali volte a intimidire e [...] punire i detenuti aggressivi [...] e a "dimostrare" a tutti gli altri carcerati che chi non rispettava le regole era destinato a pesanti ripercussioni*». Il magistrato delinea un quadro inquietante di violenze e intimidazioni, «*scientifico e sistematico*» e, ciò che è più grave, tollerato: «*era possibile per gli agenti porre in essere tali comportamenti poiché si era creato un sistema di connivenza con molti agenti della Polizia penitenziaria e anche con molti dirigenti*».

regolare procedimento penale: una sconfitta dello Stato, nell'esercizio della sua potestà punitiva, che non può lasciare indifferenti.

2.2.3.1. Il pluriennale *iter* parlamentare del reato di tortura

Nessun diritto sommerso come quello a non subire tortura ha visto così numerosi tentativi di emersione nella legislazione italiana. Negli ultimi trent'anni - a partire dall'entrata in vigore della Convenzione di New York - il Parlamento ha visto l'avvicendarsi di numerosi disegni di legge mirati all'introduzione del reato nella normativa penale, nessuno dei quali ha, sinora, ha superato il vaglio di entrambe le Camere.

Nel solo biennio 2001-2002, al Parlamento furono presentati ben sette disegni di legge in materia ad opera di rappresentanti di diversi ed eterogenei gruppi parlamentari; tuttavia, l'*iter* dei DDL non giunse mai a compimento a causa degli insanabili contrasti che si sollevarono già in seno alle varie Commissioni e, maggiormente, nel corso del dibattito parlamentare.

Già nel 1992, a quattro anni dalla ratifica della Convenzione di New York, Amnesty International inviò alle forze politiche italiane una nota in cui sollecitava le Camere ad avviare i lavori per l'introduzione di un reato *ad hoc* che rendesse possibile l'adeguato sanzionamento delle condotte vietate dalla CAT. Tuttavia dovettero trascorrere ancora diversi anni perché, nel corso della XIII Legislatura, siano presentati i primi progetti di legge relativi al reato, che in ogni caso non arrivano all'esame delle Camere.

I lavori ripresero vigore nell'ambito della XIV Legislatura, apertasi in modo incoraggiante con la citata introduzione del reato di tortura nel Codice penale militare di guerra, avvenuta con l. n. 6 del 2002. Nel corso della Legislatura successiva, vennero presentati altri otto disegni di legge in materia, quattro alla Camera[511], quattro al Senato[512].

[511] Disegni di legge n. C 915, recante "Introduzione degli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale in materia di tortura", presentato il 26 maggio 2006; n. C 1206, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale concernente il reato di tortura e altre disposizioni in materia

Le proposte risultavano accomunate da caratteristiche comuni (verranno, infatti, riuniti in un unico testo ai fini dell'esame parlamentare). Quanto alla collocazione sistematica della norma, il reato di tortura viene inserito all'art. 613 *bis* c.p., nell'ambito dei delitti contro la libertà morale: una scelta che, se comprensibile in rapporto al primo scopo del reato - estorcere informazioni o forzare una confessione - sembra invece difficilmente giustificabile nel caso di torture inflitte per scopi discriminatori, che parrebbe più logico inserire, come alcune delle proposte suggerivano, tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale del Titolo XII (delitti contro la persona) [513].

Nonostante le critiche, il disegno di legge approvato all'unanimità dalla Camera, passò al vaglio del Senato[514]; tuttavia quando il traguardo sembrava ormai raggiunto, la crisi di governo del 2008 e il conseguente scioglimento anticipato delle Camere congelarono l'*iter* del disegno di legge, mai arrivato alla discussione in Senato. Nella successiva legislatura, nonostante la presentazione di numerosi proposte pressoché identiche a quelle precedentemente esaminate[515], la

---

di tortura", presentato il 27 giugno 2006; n. C 1272, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale concernente il reato di tortura e altre norme in materia di tortura", presentato il 3 luglio 2006; n. C 1279, recante "Introduzione degli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale e altre disposizioni in materia di tortura", presentato il 4 luglio 2006.

[512] Disegni di legge n. S 324, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale concernente il reato di tortura", presentato il 12 maggio 2006; n. S 789, recante "Introduzione nel codice penale del reato di tortura e modifiche al codice di procedura penale", presentato l'11 luglio 2006; n. S 895, cit., recante "Introduzione del reato di tortura", presentato il 27 luglio 2006; n. S 954, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale concernente il reato di tortura e altre norme in materia di tortura", presentato il 14 settembre 2006.

[513] Tale scelta collocatoria suscitò, peraltro, il parere sfavorevole della Commissione Giustizia del Senato che, nella Relazione del 2007, così si esprime a voce del Relatore, Sen. Buccico: «La scelta operata nel disegno di legge n. 1216 non appare condivisibile, sia perché tradisce la genesi storica e la suità ontologica della tortura che, nella sua specificità, si inquadra nel rapporto – patologico e perverso – tra autorità ed individuo, sia perché […] sarebbe marginalizzata, se non azzerata, la specificità del disvalore della tortura».

[514] DDL n. S/1216, recante "Introduzione degli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale in materia di tortura".

[515] Alla Camera sono stati presentati i disegni di legge n. C 857, recante "Introduzione degli articoli613-*bis* e 613-*ter* del codice penale in materia di tortura", presentato il 7 maggio 2008; n. C 1508, recante "Introduzione degli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale e altre disposizioni in

questione della tortura e dell'adempimento dei relativi obblighi internazionali non trovarono spazio e riconoscimento.

Oggi, nonostante larghissima parte dell'attività parlamentare e dell'opinione pubblica siano concentrate sugli interventi necessari a contrastare gli effetti della crisi economica - arrivando, a volte, a qualificare la salvaguardia dei diritti fondamentali come un "lusso" non urgente in tempi di difficoltà - la questione dell'introduzione del reato di tortura è tornata a imporsi nel pubblico dibattito.

La scorsa primavera, infatti, è stato approvato in Senato il disegno di legge introduttivo del nuovo art. 613 *bis* del Codice Penale, attualmente all'esame della Camera: considerata la portata della novità, la proposta sarà autonomamente esaminata nel paragrafo conclusivo.

2.2.3.2. Il Disegno di legge "Tortura" all'esame del Parlamento e il futuro art. 613 *bis* c.p.: rilievi critici e considerazioni finali

Il disegno di legge S. 10, presentato il 15 marzo 2013 su iniziativa del Sen. Luigi Manconi, è stato approvato dal Senato[516] il 5 marzo 2014; occorre tuttavia

materia di tortura", presentato il 19 luglio 2008; n. C 1838, recante "Introduzione dell'articolo 613 *bis* del codice penale e altre disposizioni in materia di tortura", presentato il 29 ottobre 2008; n. C 3094, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale, concernente il reato di tortura, e altre norme in materia di tortura", presentato il 5 gennaio 2010. Al Senato sono stati presentati i disegni di legge n. S 256, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale concernente il reato di tortura e altre norme in materia di tortura", presentato il 29 aprile 2008; n. S 264, recante "Introduzione dell'articolo 613-*bis* del codice penale e altre disposizioni in materia di tortura", presentato il 29 aprile 2008; n. S 374, recante "Introduzione dell'articolo 593-*bis* del codice penale concernente il reato di tortura e altre norme in materia di tortura", presentato il 6 maggio 2008; n. S 1237, recante "Introduzione del reato di tortura", presentato il 26 novembre 2008; n. S 1596, recante "Introduzione degli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale in materia di tortura", presentato il 29 maggio 2009; n. S 1884, recante "Introduzione degli articoli 613 *bis* e 613 *ter* del codice penale in materia di tortura", presentato il 16 novembre 2009.

[516] Con 231 voti favorevoli, nessun voto contrario e tre sole astensioni: *www.senato.it* .

porre l'accento sulle rilevanti differenze esistenti tra il testo proposto[517] e quello successivamente approvato[518].

Rileva *in primis* la differente collocazione: pur situandosi nello stesso Titolo XII (reato contro la persona), il nuovo articolo passa dalle condotte contro la libertà personale (sez. II) ai reati contro la libertà morale, oggetto della sez. III.

La modifica più rilevante, sul piano giuridico e ontologico, risiede tuttavia nella diversa natura attribuita alla nuova fattispecie. Non reato proprio, come nell'originale formulazione, bensì comune: l'eventuale qualifica professionale dell'autore - pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio - è prevista a titolo di mera aggravante, mentre in un'autonoma norma è stato introdotto il reato di istigazione alla tortura[519], questo sì qualificato come proprio.

---

[517] Art. 1. Dopo l'articolo 608 del codice penale è inserito il seguente: «Art. 608 *bis*. (Tortura). Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge ad una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La pena è aumentata se ne deriva una lesione personale, è raddoppiata se ne deriva la morte. Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che istiga altri alla commissione del fatto, o che si sottrae volontariamente all'impedimento del fatto o vi acconsente tacitamente»

[518] Art. 1. Nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione III, del codice penale, dopo l'articolo 613 sono aggiunti i seguenti: «Art. 613 *bis*. (Tortura). Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagiona acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle funzioni ovvero da un incaricato di un pubblico servizio nell'esercizio del servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. Se dal fatto deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate. Se dal fatto deriva una lesione personale grave le pene sono aumentate di un terzo e della metà in caso di lesione personale gravissima. Se dal fatto deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

[519] Art. 613 *ter* c.p. (Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura) "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se

Una scelta, questa, che diverge dall'unanime impostazione delle fonti internazionali in materia[520] e che ha suscitato, sin dai primi momenti, reazioni contrarie: il Sen. Manconi, relatore del disegno di legge e Presidente della commissione Diritti Umani, ha espresso «perplessità e insoddisfazione nei confronti di questo testo [...] nel provvedimento la tortura non è qualificata come reato proprio ma comune [...]. Senza questa previsione, il provvedimento risulta devitalizzato». Critica è stata altresì la posizione dell'Unione Camere Penali Italiane (di seguito UCPI) che nel comunicato diffuso il 6 marzo 2014 si poneva in aperto contrasto con la scelta affermando che: «il reato di tortura dovrebbe essere un reato proprio del pubblico ufficiale, come per altro prescritto dalla Convenzione dell'Onu fin dal 1984. Viceversa il testo approvato al Senato introduce la fattispecie come reato comune aggravato nel caso in cui sia commesso dal pubblico ufficiale. Si tratta di un grave errore [...] anche perché in questa maniera la condotta prevista finisce per sovrapporsi a quelle prese in considerazione da altri reati già esistenti, invece quel che doveva essere chiaramente e severamente sanzionato è proprio il fatto che la persona nelle mani dello Stato sia sottoposta a violenze fisiche o morali, per il particolare disvalore che tale fattispecie dimostra». Lo scorso 26 settembre una delegazione della Giunta UCPI è stata ricevuta dalla Commissione Giustizia della Camera: nell'occasione la Giunta ha avuto modo di ribadire come sia «doveroso, in ossequio al precetto costituzionale dell'art. 13, penultimo comma e della Convenzione internazionale in materia, introdurre nel sistema tale reato. Deve però trattarsi di un reato proprio, ovverosia commissibile solo dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio [...] punibile anche se realizzato in forma omissiva»[521].

La previsione del reato di tortura come fattispecie comune, appare effettivamente criticabile sotto molteplici aspetti. Frutto della complessa mediazione tra opposte forze politiche, ed espressione della volontà di non introdurre una norma percepita come simbolicamente discriminatoria nei confronti

---

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".

[520] *Supra*, cap. 3, par. 2.2.1.

[521] Testo interamente pubblicato su *www.camerepenali.it*.

delle forze dell'ordine[522], essa tuttavia finisce per contraddire la stessa essenza del reato. Rinunciando alla definizione di tortura come espressione dell'abuso coercitivo dei pubblici poteri - condivisa nella normativa internazionale pattizia - si finisce, al tempo stesso, per depotenziare la portata della norma penale[523] restringendone, paradossalmente, le effettive possibilità di applicazione[524].

Immutate invece, rispetto all'originaria formulazione del disegno di legge, le disposizioni circa l'assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute mediante tortura, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale (nuovo art. 191, comma 2 c.p.p.); nonché circa il divieto di espulsione o respingimento di cittadini stranieri verso paesi in cui potrebbero essere sottoposti a tortura o altri trattamenti inumani[525] (art. 19, co. 1 *bis* d.l. 286/98). Infine, coerentemente con le previsioni internazionali, è esclusa

---

[522] «Può essere accettato che la tortura sia un delitto generico, ma mai che sia un delitto proprio ed esclusivo di agenti dello Stato». Così P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, p. 43.

[523] In questo senso "introdurre una fattispecie comune significa snaturare il reato di tortura che, nel perdere uno dei suoi elementi caratterizzanti, finirebbe con l'assomigliare troppo ai quei reati ordinari da cui ci si propone invece di tenerlo distinto". Cfr. A. MARCHESI, *L'Italia e la mancata previsione di un reato specifico di tortura*, in L. ZAGATO e S. PINTON, *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, p. 34.

[524] «Configurato come un reato proprio, l'ambito di applicazione della nuova fattispecie chiamerebbe in causa qualunque pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio: il poliziotto o il carabiniere che arresta, il procuratore che interroga, l'agente penitenziario che tiene in custodia, il direttore del carcere che sovrintende alla detenzione, il medico del carcere o di un CIE, il dirigente di polizia che dirige le operazioni di ordine pubblico, il ministro degli Interni che le autorizza»: A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, op.cit., p. 7.

[525] Basti considerare la situazione di cittadini extracomunitari i quali, respinti nel loro tentativo di raggiungere un Paese europeo - o espulsi dopo averlo raggiunto e, in alcuni casi, avervi vissuto per anni - si trovino nel fondato timore di essere sottoposti a tortura o trattamenti crudeli e degradanti nel Paese di destinazione: è questo il nucleo problematico del principio di *non refoulement*, per la cui analisi è fondamentale l'articolo 3 della Convenzione di New York, ai sensi del quale "nessuno Stato parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. In argomento, A. SACCUCCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non refoulement*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2008, fasc. II, p. 35 ss.

l'immunità diplomatica per "cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale".

In definitiva, può dirsi che l'approvazione del disegno di legge in esame - se sarà seguita dal voto favorevole della Camera - segna un passo fondamentale nell'emersione del diritto a non subire tortura nell'ordinamento italiano: pur ricordando come, con la trasformazione in reato comune e la mancata previsione del carattere di imprescrittibilità, si stia rinunciato a introdurre una norma autenticamente «capace di erodere gli spazi di impunità di cui hanno fino ad oggi potuto godere gli apparati statali della sicurezza, i relativi soggetti apicali, i loro uomini»[526]. Sembra utile ricordare, infine, come la possibilità di sanzionare le concrete violazioni non appaia sufficiente alla garanzia di un diritto fondamentale: la prevenzione della tortura nei confronti delle persone private della libertà passa anche - necessariamente - attraverso il ripensamento profondo degli spazi e delle modalità di esecuzione della pena in conformità ai principi espressi dalla Costituzione e dalla giurisprudenza segnando un inscindibile punto di contatto con il diritto a non subire trattamenti contrari al senso di umanità.

[526] A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, op. cit., p. 8.

BIBLIOGRAFIA

V. AGNOLETTO, L. GUADAGNUCCI, *L'eclissi della democrazia. Le verità nascoste sul G8 2001 a Genova*, 2011, Milano

P. ALMERIGHI, *L'effettività della risposta penale*, in *Giust. pen.*, 1995

G. ALTAVISTA, G. DI GENNARO, *Il trattamento dei detenuti di fronte alla formazione internazionale e nazionale*, in *Rass. studi penit.*, 1975

S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009

S. ANASTASIA, P. GONNELLA, *Patrie Galere. Viaggio nell'Italia dietro le sbarre*, Roma, 2005

S. ANASTASIA - M. PALMA, *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, 2001, Roma

S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Roma, 2007

M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007

F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA, *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*,Saveria Mannelli, 2009

A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA - M. PALMA, 2001, Roma

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1986

A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997

A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989

A. BALSAMO, R. R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008

A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975

P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984

S. BARTOLE, B. CONFORTI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999

R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *Dir. pen. e processo*, 2014

D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 2005

E. R. BELFIORE, *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1999

G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2014

A. BERNASCONI, *La semilibertà nel quadro della legge 27 maggio 1998, n. 165: aporie e disfunzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000

E. BERTOLOTTO, *Art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*, Padova, 2006

G. BETTIOL, L. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986

G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1976

R. BIFULCO, A. CELETTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, *Artt. 1-54*, Torino, 2006

F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in Tortura di Stato. Le ferite della democrazia, a cura di A. GIANELLI e. M.P. PATERNÒ, Roma, 2004

F. BILOTTA, *Famiglia di fatto: dal fatto al diritto*, in *Dir. e persona*, 2004

R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000,10

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

N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, 1997

G. BRANCA, *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, 1975

G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27 - 28*, Bologna-Roma, 1991

F. BRICOLA, *L' affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello della riforma penitenziaria"*, in *Quest. Crim.*, 1976

C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rass. Penit.*, 2008

C. BRUNETTI , M. ZICCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004

A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale - Parte generale*, Padova, 2004

P. CALAMENDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepulciano, 2004

P. CALAMANDREI, *La costituzione si è mossa*, in *La Stampa*,16 giugno 1956

P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. CALAMANDREI e F. LEVI, Firenze, 1950

M. CANEPA, A. MARCHISELLI, S. MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, XII, 2002

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

P. CANEVELLI, *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *CP*, II, 1998

G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *ID., Opere*, Milano, 1959

M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO, *Carcere e società*, Padova, 1976

F. CAPRIOLI, *in Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011

F. CARDANOBILE, *Il lavoro dei detenuti*, Bari 2007

C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005

P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2010

P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2006

L. CARLASSARRE, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988

P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa', www.federalismi.it., focus fonti del diritto, n. 1, 11 luglio 2014*

F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871

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

A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, 2005, Roma

A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002

A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994

M. C. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001

M. A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978

F. CAVALLA, *La pena come riparazione: oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, a cura di F. ZANUSI - S. FUSELLI, Milano, 2004

F. CAVALLA, *La pena come problema, Il superamento della concezione razionalistica della filosofia sociale*, Padova, 1979

G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 2005

A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

A. CELOTTO, "*Limite di sagoma" e "limite di volumetria" nelle ristrutturazioni? Sulle paradossali conseguenze dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Giur. It*., 2009

F. CERAUDO, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. SOFRI, F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999

M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 luglio 2014

L. CESARIS, *art. 14-ter della legge del 26 luglio 1975 n. 354, "Reclamo"*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, e F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*, Padova, 2006

M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaic.it, n. 2/2012, 04/04/2012

D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

D. CHINNI, *Un eccesso di concretezza in un caso di restituzione degli atti al giudice a quo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012

S. CIAPPI, A. COLUCCI, *Giustizia Criminale*, Milano,1997

F. CICCOTTI, R. PITTAU, *Il lavoro in carcere - aspetti giuridici e operativi*, Milano, 1987

M. DI CIOMMO, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010

D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941

C. COLAPIETRO, *La condizione dei carcerati*, in *Dir. e Soc*., 2006

A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Diritto Penale e Contemporaneo*, 2011

A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. Ita. di dir.e proc. pen*., 2009

F. COMELLA, *Una defesa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 2011, traduzione in spagnolo del precedente lavoro in lingua inglese, *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven&London, 2009

P. COMUCCI, *Problemi legati alla detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000

M. G. COPPETTA, *Art. 35 della legge del 26 luglio 1975 n. 354, "Diritto di reclamo*", in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, e F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*, Padova, 2006

F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Volti e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013

F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012

F. CARRARA, A. ROLIN, *La pena di morte: stato della questione, esame di alcune recenti pubblicazioni*, 2010

P. CORSO, *Il trattamento dei condannati*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013

P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011

P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1981

P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, 2010, Padova

O. CUSTODERO, *Considerazioni sulle più significative innovazioni all'ordinamento penitenziario*, Milano, 1989

M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004

M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004

M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica*, in *www.giustizia.it*.

C. DE FILIPPI, D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001

C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi, storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009

L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2005

A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup*, 27 febbraio 2014, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014

A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2013

A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, 2012, Milano

F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6

F. DELLA CASA, *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158*, in *"Diritto penale e processo"*, N. 10, 2001

G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997

S. DI NUOVO, G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile, profili giuridici, psicologici o sociali*, Milano, 2005

E. DI SOMMA, *L'affettività in carcere*, in *Dir. pen. e processo*, 1997

M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti,* www.rivistaic.it, n. 1/2012

E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. pen. e criminol*., 2005

E. DOLCINI, *Relazione introduttiva*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002

G. DOSSETTI, *Costituzione e resistenza*, Roma, 1995

A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Pen e Crim*., vol.15, 2012

A. ESPOSITO, *Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008

M. ESPOSITO, *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Milano, 2007

F. FACCIOLI, V. GIORDANO, C. SARZOTTI, *L'AIDS in carcere e nella società*, Milano, 2003

E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981

E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2009

L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei Delitti e delle pene*, 1992

G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978

E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928

G. FIANDACA – E. MUSCO, *diritto penale parte generale*, Bologna, 2007

G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, *Diritto penale*, op. cit., Napoli, 2006

G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003

G. FIANDACA, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale della legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2001

G. FIANDACA, *Il 3°comma dell'art, 27*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27 - 28*, Bologna-Roma, 1991

G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro.it*, 1990

G. FIANDACA, *Principi di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale - "prima lettura" della sentenza n. 364 del 88,* in *Foro italiano*, I, 1988

G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità da danno penitenziario: un brusco dietro front*, in *Riv. di Dir. e Proc. Pen.*, Milano, 3, 2012

F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Gdir.*, 2014

F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. di merito*, 2011

C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziarie e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2013

C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002

G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

M. FLORIS, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, Torino, 2007

M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006

M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1982

A. FRANCO *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014), www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Livorno, 2013

P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, n. 11/2012

D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013

E. GALLO, *La relazione dell'8 agosto 1997 sui fatti di Somalia*, in *Dir. pen. e proc*., 1997

E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost*., 1994

S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010

V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, I, Modena 2010

A. GENNACCARI, *Art. 27 della Costituzione Italiana: il problema dell'individuazione della pena e della rieducazione*, Roma, 2004

F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003

M. GIALUZ, *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministro della giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 marzo 2012

F. GIOGGI, *Elementi caratterizzanti del nuovo ordinamento penitenziario*, in *Giust. Pen.*, 1976

O. GIOLO, M. PIFFERI, *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino 2009

G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione Giustizia*, 26 giugno 2014

G. GIOSTRA, *Per chi suona la campana?*, in *Giur. Cost*., fasc. 6, 2012

F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004

P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013

M. GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Priceton, 1958

V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981

V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*, Padova, 2006

V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981

P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Diritto di famiglia*, 2005

A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 4

B. GUAZZALOCA, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002

B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'Esecuzione penitenziaria,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995

G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di G. MARINI, Roma - Bari, 1987

T. HOBBES, *Leviatano*, Milano, 2004

E. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991*, New York, 1994

I. KANT, *La Metafisica dei Costumi*, Bari, 1970

G. LA GRECA, *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Riv. Rassegna penitenziaria e crimonologica*, n. 2, 3, 2005

E. LAMARQUE, *Corte Costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma - Bari, 2012

E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Scritti 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

A. LANZI, T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004

M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011

J. LOCKE, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, 1982

S. LORUSSO, *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2006

S. LORUSSO, *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011

V. MACCORA, *Ordinamento Penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 1998

M. MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977

V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

A. MANNA, *L'imputabilità e i nu*

G. MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004

F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992

C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice penale*, Milano, 2002

P. MIRABELLA, *L'uomo e i suoi diritti. Una riflessione etica a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2009

L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della Esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011

A. MARCHESI, *L'Italia e la mancata previsione di un reato specifico di tortura*, in L. ZAGATO e S. PINTON, *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010

A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007

A. MARCHESI, *La pena di morte. Una questione di principio*, Roma-Bari, 2004

A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura, in Rivista di diritto internazionale*, 1999

A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione giustizia*, 2009

G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it., dir. e proc. pen.*, 2009

G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000

I. MASSARO, *Il regime di semilibertà*, in AA. VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeon*e), Milano, 1998

J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983

D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 1977

V. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. Penit. Crimin*., 2004

F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Napoli, 2010

F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme: un breve excursus*, in *Giur. It*., 2010

F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost*., 2009

F. MODUGNO, M. RUOTOLO, *Una discutibile soluzione della Cassazione in tema di competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario*, in *Giur.It*., 2001

F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995

L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1980

A. MORO, *Al di là della politica e altri scritti*, Roma, 1982

A. MORRONE, *Ubi scientia ibi ira*, in *giurcost.org*, Studi, 2014

R. MORGANS, M. EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa, Council of Europe Publishing*, 2001, Londra

C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (ristampa, Milano, 1988)

C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (natura giuridica, efficacia, garanzie*), in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972

A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino 2006

A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford - Portland Oregon*, 2004

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

NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, Torino 2006

G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1973, vol. V,

Ordinamento penitenziario, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IX, Torino, 1995

G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995

G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Carcere e società*, a cura di M. CAPPELLETTO – A. LOMBROSO, Padova, 1976

NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Politica del Diritto*, 1974

E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, Livorno, 2013

P. NUVOLONE, *Pena* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982

N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte Costituzionale percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano, 2010

L. OLIVA, *L'incostituzionalità della revoca automatica delle riduzioni di pena: un nuovo contributo alla valorizzazione del principio del finalismo rieducativo*, in *Legislazione penale*, 1996

V. ONIDA, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in *Dir. soc.* 2009

M. ORLANDI, *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. pen.*, VII, 2013

A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003

A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997

L. PACE, *Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p.*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2014

T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Giuda Dir.*, 2006

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

T. PADOVANI, *Ordine pubblico e Ordine penitenziario:un'evasione dalla legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, Bologna, 1981

F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002

M. PALMA, *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo di prevenzione della tortura*, in *Volti e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma, 2013

C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, 2009

M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006

P M. PAVARINI, *La nuovo disciplina del lavoro dei detenuti nella logica del trattamento differenziato*, in *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (l. 10 ottobre 1986, n. 663)*, Padova, 1994

M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche dell'ordinamento penitenziario,* in *Marginalità e società*, Milano, 1987

G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro.it*, 1971, p. 66 e G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997

F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014

M. PERSIANI, G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro* Padova, 2009

F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivistaaic.it*, n. 4, 2012

R. PESSI, *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici*, in *"Diritto del lavoro"*, 1978

L. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice penale*, Milano, 2002

F. PICOZZI, *Sovraffollamento e diritto alla superficie detentiva minima: dal sistema CEDU all'ordinamento italiano*, elaborato finale del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi di Roma Tre, 2014

G. PIERRO, *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale*, in AA. VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, Milano, 1998

S. PIETRALUNGA, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Padova, 1990

C. PINELLI, *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012

L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006

F. PIZZOLATO, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1998

M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008

A. PRESUTTI, *Legge 27 Maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 2000

A. PRESUTTI, *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA

A. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999

A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014

A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fasc. 6

A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014

A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013

A, PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune consierazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in *Volti e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma, 2013

D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007

C. PUNZI, *Il processo civile – Sistema e problematiche*, Vol. II, seconda edizione, Torino, 2010

P. PUSTORINO, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011

C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2012

G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost*., 2009

M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006

U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in *Carcere e società*, a cura di M. CAPPELLETTO - A. LOMBROSO, Padova, 1976

R. ROMBOLI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in *Il dialogo tra le Corti*, Pisa, 2004

A. ROSCIOLI, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2007

C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica, Lectio magistralis*, in *Riv. ita. proc. pen.*, 2000

A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009

M. RUOTOLO, *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014

M RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 6

M. RUOTOLO, *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014

M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014

M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2013

M. RUOTOLO, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013

M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione conforme. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 19/04/2013

M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012

M. RUOTOLO, *Carcere e inclusione sociale*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012

M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in www.rivistaic.it, n. 2/2012, 29/05/2012

M. RUOTOLO, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011

M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, in M. FLORIS, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, Torino, 2007

M. RUOTOLO, *Art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, *Artt. 1-54*, a cura di R. BIFULCO, A.

CELETTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006

M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*,Torino, 2002.

M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Riv. Diritto e società*, fasc. 1, 2005

M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003

M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999

A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014

A. RUGGERI, *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, Relaz. al Convegno su *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Pisa 26-27 marzo 1993, Torino 1994

A. SACCUCCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non refoulement*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2008, fasc. II

C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*, in *Giur. cost.*, 1999

E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004

A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir. e famiglia*, 1998, 4

G. SERGES, *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale, www.federalismi.it., focus fonti del diritto*, n. 1, 11 luglio 2014

G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazioni con i giudici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Volume IV, Napoli, 2011

B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza*, Milano, 1977

G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in M. RUOTOLO, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011

G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza,* Milano, 2008

A. SOFRI, F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999

G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006

G. SPINNATO, S. D. MESSINA, *Diritto penale. Manuale breve*, Milano, 2010

S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte Costituzionale e giudici*, in *Giur. It.*, 2013

S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 ottobre 2012

A. TORRE, *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013

P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione 341/2006 della Corte Costituzionale,* in "*Forum di Quaderni Costituzionali*", 2006

G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro carcerario,* in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981

L. TUMMINELLO, *Il Volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2011

G. VANACORE, *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore,* in *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*, Modena, 2001

G. VASSALLI, Prefazione a *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, a cura di G. GENNARO, M. BONOMO, R. BREDA, Milano, 1997

G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008

G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1982

VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena,* in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1961

F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2014

F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012

M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Milano, 2001

C. VETRANO, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 2004

L. ZAGATO e S. PINTON, *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010

V. ZAGREBELSKY, *La Corte dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il foro it.*, 2012, 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

F. ZANUSI - S. FUSELLI, *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Milano, 2004

SITOGRAFIA

Altro Diritto: www.altrodiritto.it

Amnesty International: www.amnesty.org

Amnesty International - sezione italiana: www.amnesty.it

Associazione Antigone Onlus: www.associazioneantigone.it

Associazione italiana dei Costituzionalisti: www.rivistaaic.it

Associazione umanitaria Medici Contro la Tortura: www.medicicontrolatortura.it

Camera dei Deputati: www.camera.it

Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT): www.cpt.coe.int

Corte costituzionale: www.cortecostituzionale.it

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: www.echr.coe.int

Diritto Penale Contemporaneo: www.penalecontemporaneo.it

Diritto penitenziario e Costituzione: www.dirittopenitenziarioecostituzione.it

Federalismi – Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato ed europeo: www.federalismi.it

Federazione internazionale per i diritti umani: www.fidh.org

Gruppo di Pisa – Diritto e Giustizia Costituzionale: www.gruppodipisa.it

Human Rights Watch: www.hrw.org

Innocenti Evasioni: www.innocentievasioni.net

Ministero della Giustizia: www.giustizia.it

Nazioni Unite: www.un.int

Osservatorio sui diritti umani in Italia: www.duitbase.it

Presidenza della Repubblica: www.quirinale.it

Ristretti Orizzonti: www.ristretti.it

Senato della Repubblica: www.senato.it

Unione delle Camere Penali: www.camerepenali.it